

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**



TRABAJO DE GRADO:

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS SOCIALES”**

PRESENTADO POR:

**ANA MARÍA BONILLA VENTURA
MARITZABEL CASTILLO RAMOS
JENNIFER MARISEL ERAZO CANALES**

PARA OPTAR AL GRADO DE:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

DOCENTE ASESOR:

MSC. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO

CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL, OCTUBRE DE 2014

SAN MIGUEL

EL SALVADOR

CENTROAMÉRICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
AUTORIDADES

ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO

RECTOR

MS.D ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO

VICE-RECTORA ACADÉMICA

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA

SECRETARIA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA

FISCAL GENERAL

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ

DECANO

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ

VICE-DECANO

LIC. JORGE ALBERTO ORTÉZ HERNÁNDEZ

SECRETARIO

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
AUTORIDADES

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ

JEFE DEL DEPARTAMENTO EN FUNCIONES

LIC. JUAN ANTONIO BURUCA GARCÍA

COORDINADOR DEL PROCESO DE GRADUACIÓN

MSC. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO

DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA

DIRECTOR DE MÉTODO

**TRIBUNAL EVALUADOR DE TESIS DE GRADO
ÁREA PROCESAL CONSTITUCIONAL**

MSC. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO

DIRECTOR DE CONTENIDO

DR. ADOLFO MENDOZA VÁSQUEZ

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. CARLOS ROBERTO CRUZ UMANZOR

TRIBUNAL CALIFICADOR

DEDICATORIA GENERAL.

El inicio y finalización del proceso de tesis ha sido para cada una de nosotras, una experiencia muy enriquecedora. Estamos muy agradecidas con Dios por la oportunidad que nos dio de gozar de vida, buena salud y disposición para trabajar y mejorar en cada paso del camino recorrido. La experiencia universitaria ha fortalecido no solo nuestro conocimiento, sino nuestro carácter y determinación para fijar objetivos y alcanzar metas. Reconocemos que aún queda mucho camino por recorrer, pero estamos agradecidas por llegar hasta este momento donde no solo gozamos de satisfacción personal sino, satisfacción en cada una de nuestras familias que han sido un pilar fundamental para nosotras.

Estamos muy agradecidas con todas las personas que formaron parte de este proyecto: las que pusieron su granito de arena en la construcción del mismo, y las que nos guiaron para obtener el resultado esperado.

A nuestras familias, por ser el empuje y la motivación en nuestra vida. No hay palabras para agradecer sus consejos, sacrificios y amor incondicional.

A nuestros asesores de tesis: Licenciado Edwin Godofredo Valladares Portillo y Licenciado Carlos Armando Saravia Segovia, gracias por su calidad humana y su interés en instruirnos en la mejora investigativa.

A la Licenciada Irma de la Paz Rivera Valencia, por ser un gran ejemplo de profesional del derecho, por darnos consejos y por habernos instruido de manera excelente en el Centro de Prácticas Jurídicas.

Al Dr. Adolfo Mendoza y Lic. Carlos Cruz Umanzor, por habernos instruido en las aulas universitarias y ser parte del jurado calificador.

A cada uno de los entrevistados especialistas, muchas gracias por su amabilidad y dedicar un espacio de tiempo para atendernos.

A cada uno de los docentes de la carrera, por compartir su conocimiento y enseñarnos lecciones para la vida diaria, especialmente al Licenciado Florencio Castellón (QDDG).

A Katherine Blanco: por tu disposición gentil de colaborarnos en la búsqueda del libro de *Fernández Rodríguez*, fue muy importante para la comprensión de nuestro tema.

A Nelson Álvarez Lovo: compañero, amigo y primo. Gracias por tu colaboración en la entrevista con el Licenciado Trejo.

A nuestros compañeros, por compartir momentos especiales que recordaremos toda la vida.

A nuestros amigos, por ser parte de nuestro entorno, estar pendientes de nosotras, darnos ánimo y alegrías.

Ana Bonilla

“... Y todo lo que pidas en oración, creyendo, lo recibirás”

Mateo 21:22

Maritzabel Castillo

“Te doy gracias, Señor, de todo corazón...”

Salmo 138:1

Jennifer Erazo

“... Al que cree todo le es posible”

Marcos 9:23

INDICE

Introducción.....	xvi
<u>PARTE I: PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.</u>	
1. Resumen.....	2
2. Justificación de la Investigación.....	5
3. Planteamiento del Problema.....	7
3.1 Enunciado del Problema.....	10
3.2 Alcance de la Investigación.....	11
3.2.1 Alcance Doctrinario-Jurídico.....	11
3.2.2 Alcance Teórico.....	12
3.2.3 Alcance Temporal.....	14
3.2.4 Alcance Espacial.....	14
4. Objetivos Generales e Hipótesis Generales.....	14
4.1 Objetivos Específicos e Hipótesis Específicas.....	16
5. Propuestas Capitular.....	17
6. Materiales.....	18
7. Métodos.....	19
8. Presupuesto.....	20
9. Cronograma de Actividades.....	22

PARTE II: DESARROLLO CAPITULAR.

CAPÍTULO I:

“SINTESIS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA”

1.1 Cuadro del Enunciado del Problema.....	24
1.2 Fundamentación del Problema.....	24
1.2.1 La Inconstitucionalidad por Omisión como figura procesal constitucional emergente y el déficit de su conocimiento.....	25
1.2.2 Importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión como mecanismo para lograr la eficacia de los Derechos Sociales.....	26
1.2.2.1 Factores que inciden en la ausencia de regulación sobre los Derechos Sociales.....	28
1.2.3 La eficacia de los Derechos Sociales en relación al principio de Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad.....	30
1.2.4 El escaso ejercicio de Demandas de Inconstitucionalidad por Omisión sobre Derechos Sociales.....	32
1.3 Conclusión Capitular.....	33

CAPÍTULO II:

“MARCO TEÓRICO”

2.1 BASE HISTÓRICA.

2.1.1 El Impacto de dos Revoluciones: Industrial y Francesa.....	37
2.1.2 Del Liberalismo a la lucha de los Derechos Sociales.....	39
2.1.3 Surgimiento del Constitucionalismo e Internacionalización de los Derechos Sociales.....	41

2.1.4	Consecuencias Ideológicas de la Guerra Fría en los Instrumentos Internacionales.....	43
2.1.5	Reconocimiento de los Derechos Sociales en El Salvador.....	45
2.1.6	Antecedentes de la Inconstitucionalidad por Omisión.....	46
2.1.6.1	Derecho Comparado.....	46
1.	La Constitución de la Ex República Socialista Federativa de Yugoslavia (1974).....	47
2.	La Constitución Portuguesa (1976).....	47
3.	La Constitución de Brasil (1988).....	48
4.	Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (1989).....	49
5.	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).....	50
6.	Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz, México (reformas del 2000).....	50
2.1.6.2	El Salvador.....	51
1.	Inconstitucionalidad 2-95 de las 10:00 horas del 28 de abril de 2000.....	52
2.	Inconstitucionalidad 20-2001 de las 8:30 horas del 9 de julio de 2001.....	54
3.	Inconstitucionalidad 19-98 de las 11:00 horas del 26 de febrero de 2002.....	55

4. Inconstitucionalidad 20-2005 de las 9:30 horas del 12 de julio de 2005.....	55
5. Inconstitucionalidad 14-2005 de las 10:10 horas del 6 de diciembre de 2005.....	56

2.2 BASE DOCTRINAL Y TEÓRICA.

2.2.1 La Inconstitucionalidad por Omisión como parte del Control Constitucional.....	56
2.2.2 Generalidades Doctrinales de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión.....	58
A. Definición de la Inconstitucionalidad por Omisión.....	58
B. Naturaleza Jurídica.....	60
C. Clasificación.....	60
D. Argumentos a favor de la Inconstitucionalidad por Omisión y su relación con los Derechos Sociales.....	62
E. Argumentos en contra de la figura en la esfera social.....	65
2.2.3 Generalidades Doctrinales de los Derechos Sociales.....	69
A. Definición.....	70
B. Definición de Normas Programáticas y su Clasificación.....	70
C. Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Sociales.....	72
2.2.4 Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales.....	76
2.2.5 Teorías que sustentan la Investigación.....	78
A. Doctrina de la Supremacía Constitucional.....	78

B. Doctrina del Estado Social.....	79
C. Teoría del Garantismo de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli.....	81
2.2.6 El Neoconstitucionalismo y la Inconstitucionalidad por Omisión...	83
2.3 BASE JURÍDICA	
2.3.1 Constitución de la República de El Salvador.....	87
2.3.2 Ley de Procedimientos Constitucionales.....	92
2.3.3 Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional.....	94
2.3.4 Normativa Internacional.....	95
2.3.5 Derecho Comparado.....	99
2.4 ANÁLISIS DE CASOS	
2.4.1 Indemnización Universal. Sentencia 53-2005/55-2005.....	102
2.4.2 Trabajadores a Domicilio. Artículo 41 de la Constitución.....	106
2.4.3 Instalación y Mantenimiento de Salas Cunas y Lugares de Custodia para los hijos de los Trabajadores. Artículo 42 de la Constitución.....	110
2.4.4 Trabajadores Agrícolas. Artículo 45 de la Constitución.....	112
2.5 Desafíos de la Inconstitucionalidad por Omisión en la Esfera de los Derechos Sociales.....	114

CAPÍTULO III:

“OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS”

3.1 Operacionalización.....	118
-----------------------------	-----

3.2 Técnicas de Investigación.....	123
3.3 Conceptos Fundamentales.....	123

CAPÍTULO IV:

“ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS”

4.1 Presentación de Resultados.....	126
4.1.1 Descripción de la Entrevista no estructurada.....	126
4.2 Interpretación de Resultados.....	127
4.2.1 Primer Bloque de Entrevistas.....	127
4.2.2 Segundo Bloque de Entrevistas.....	142
4.3 Análisis de los Resultados.....	160
4.3.1 Análisis del Enunciado del Problema.....	160
4.4 Resolución de Hipótesis.....	164
4.4.1 Hipótesis Generales.....	164
4.4.2 Hipótesis Específicas.....	166
4.5 Logro de Objetivos.....	167
4.5.1 Generales.....	167
4.5.2 Específicos.....	168

CAPÍTULO V:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1 Conclusiones Generales.....	171
5.1.1 Conclusiones Doctrinarias.....	171

5.1.2 Conclusiones Teóricas.....	172
5.1.3 Conclusiones Socio-Económicas.....	172
5.1.4 Conclusiones Culturales.....	173
5.1.5 Conclusiones Jurídicas.....	173
5.2 Conclusiones Específicas.....	174
5.3 Recomendaciones.....	175
BIBLIOGRAFÍA.....	177

PARTE III: ANEXOS.

1. Anexo 1: Sentencia de Inconstitucionalidad 53-2005/55-2005” de la Indemnización Universal.....	183
2. Anexo 2: Formato de Entrevista No Estructurada.....	220

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS.

Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Cn.	Constitución.
CT	Código de Trabajo.
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
FESPAD	Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho.
Figura	Figura de la Inconstitucionalidad por Omisión.
FUSADES	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social.
ISSS	Instituto Salvadoreño del Seguro Social.
L.Pr.Cn.	Ley de Procedimientos Constitucionales.
Lic.	Licenciado.
Msc.	Máster.
No.	Número.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

INTRODUCCIÓN.

La Inconstitucionalidad por Omisión es el mecanismo jurídico procesal que se ejerce contra los silencios del legislador, en el incumplimiento del desarrollo de mandatos constitucionales expresos o tácitos, que vulneran el carácter supremo de la Constitución y desmejoran la eficaz aplicación de los derechos. Por otro lado, al referirse a derechos sociales es importante recordar su finalidad, que es garantizar mejores condiciones de vida acorde al principio de dignidad humana. Por lo que al tratar *“La Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales”*, toma principal énfasis el problema de estos derechos y su eficacia, ya que han sido supeditados a meras promesas electorales, a la escasez presupuestaria, a la falta de interés en garantizarlos, entre otros factores. Si decimos que un mandato constitucional no desarrollado por el legislador influye en la eficacia de los derechos, cuanto más en un derecho social que ha sido catalogado como de carácter programático. Por ello, el objetivo de la presente investigación, no solo es abordar el aspecto jurídico de la figura, sino poner de manifiesto los factores extrajurídicos que influyen en la temática. La realidad es que tenemos una Constitución Salvadoreña con más de treinta años de vigencia, y cuando se hace referencia a la Inconstitucionalidad por Omisión, se habla de un “tiempo razonable” que el legislador tiene para desarrollar los mandatos constitucionales pendientes; treinta años entran bajo el “tiempo razonable” del legislador, por lo que es importante crear conciencia y difundir el ejercicio de este mecanismo procesal, para no permitir que las personas estén bajo derechos sociales pausados, derechos que son tan vulnerables y sensibles a la población.

Hasta la fecha han sido pocas las demandas de Inconstitucionalidad por Omisión que han sido admitidas, esto demuestra un déficit de cultura constitucional y un déficit de conocimiento de la figura, ya que algunas personas no conocen el beneficio que posee la referida figura.

Lo anterior ha motivado la realización de la presente investigación, que se compone por tres partes: la primera parte, o Parte I, denominada “Presentación del Proyecto de Investigación”, que contiene los primeros lineamientos que nos aproximarán al contenido de la investigación; la segunda parte, o Parte II, denominado “Desarrollo capitular”, que contempla la estructura de cinco capítulos que se especificarán en los siguientes párrafos; y la tercera parte, o Parte III, que son los anexos de la investigación.

El **Capítulo I: “Síntesis del Planteamiento del Problema”**, contiene el enunciado de la investigación compuesto por dos interrogantes, seguidas de una breve fundamentación del problema del cual se desprenden cuatro temas principales del enunciado del problema; estos serán ampliados en el desarrollo del Capítulo II. Para finalizar, se establece una conclusión capitular que comprende los primeros retos de este trabajo.

El **Capítulo II: “Marco Teórico”**, que comprende los siguientes puntos: **(i) Base Histórica:** en el que se describen los sucesos que potenciaron la lucha del reconocimiento de los derechos sociales, como la Revolución Industrial, Revolución Francesa y el Liberalismo, hasta llegar a la Constitucionalización e Internacionalización de los derechos sociales y la división que se impuso desde un inicio entre éstos y los derechos civiles. De igual forma, se plantea el surgimiento de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión en el Derecho Comparado y en El Salvador.

(ii) Base Doctrinal y Teórica: Que comprende las generalidades doctrinales de la Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales, y la relación entre ambas temáticas, así como las teorías que fundamentan la investigación, tales como: la doctrina de la Supremacía Constitucional, la Teoría del Estado Social y la Teoría Jurídica Garantista.

(iii) Base Jurídica: Que comprende el análisis de la Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales desde la óptica constitucional, legal, internacional y de Derecho Comparado.

(iv) Análisis de casos. Que comprende el caso más reciente en nuestro país de Inconstitucionalidad por Omisión en un derecho social, como el derecho al trabajo, en referencia a la Indemnización por renuncia del trabajador o Indemnización Universal, así como el análisis del grupo de aquellos mandatos constitucionales pendientes de desarrollo identificados en el Capítulo II “Derechos Sociales” de nuestra Constitución, del cual se establecen tres casos de aporte en el ámbito laboral.

(v) Desafíos de la Inconstitucionalidad por Omisión en la Esfera de los Derechos Sociales en El Salvador. Que comprende una conclusión de la investigación en base a los desafíos que se presentan en la temática.

Capítulo III: “Operacionalización de Hipótesis”. En el que se realiza la presentación de los objetivos y descomposición de las hipótesis de la investigación, identificando las variables e indicadores de cada hipótesis. Además, se detalla el tipo de instrumento a utilizar, como la entrevista no estructurada, y las distintas unidades de análisis que brindarán parte de sus conocimientos para enriquecer esta investigación. Para finalizar, se presenta una lista de conceptos fundamentales a nivel de metodología de esta tesis.

Capítulo IV: “Análisis e Interpretación de Resultados”. En el que se desarrolla un análisis comparativo de las respuestas obtenidas a través de las entrevistas no estructuradas, divididas en dos bloques de entrevistas para facilitar su comparación. Asimismo, se presenta el análisis de los resultados del enunciado del problema, la resolución de hipótesis y el logro de los objetivos.

Capítulo V: “Conclusiones y Recomendaciones”.

PARTE I:

“PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN”.

SUMARIO: 1. Resumen. 2. Justificación de la Investigación. 3. Planteamiento del Problema. 3.1 Enunciado del Problema. 3.2 Alcances de la Investigación. 3.2.1 Alcance Doctrinario-Jurídico. 3.2.2 Alcance Teórico. 3.2.3 Alcance Temporal. 3.2.4 Alcance Espacial. 4. Objetivos Generales e Hipótesis Generales. 4.1 Objetivos Específicos e Hipótesis Específicas. 5. Propuesta Capitular 6. Materiales. 7. Métodos 8. Presupuesto.

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS SOCIALES.

1. RESUMEN.

La figura de la Inconstitucionalidad por Omisión se compone por dos elementos: “inconstitucionalidad” y “omisión”; el primero de ellos hace referencia a una conducta vulneradora de la Carta Magna, y “*omisión*”, se define como una inactividad o un dejar de hacer. En algunos diccionarios jurídicos, el término “omisión” es remitido al ámbito penal, no procesal constitucional, esto es porque la Inconstitucionalidad por Omisión es una figura aún en construcción, de tal forma que su regulación expresa se encuentra ausente en muchos países, incluyendo el nuestro. Es por ello, que en la doctrina, hay una pugna en el reconocimiento de la existencia de esta figura, las cuales se analizarán en los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de la misma, así como los diversos tipos de omisión legislativa, y las teorías aplicables a esta investigación en relación a los derechos sociales, tales como: (1) La Doctrina de la Supremacía Constitucional, en la que se establecerá que las disposiciones de la Carta Magna deben ser acatadas por su carácter superior, incluyendo los mandatos constitucionales de disposiciones programáticas pendientes de desarrollo legislativo; (2) La Teoría del Estado Social, en la que se analizará cómo quedaron los derechos sociales después de la crisis del Estado de Bienestar; y (3) la Teoría jurídica garantista de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, que se retomará en referencia a la falta de garantía de los derechos sociales, el cual es un punto de gran importancia, debido que estos derechos al ser incorporados al ordenamiento jurídico adquieren la función de legitimar al Estado y proteger la dignidad humana.

Por otro lado, se establecerá la relación de esta investigación con aspectos de contenido económico, político y social, por ejemplo: en el aspecto económico, es necesario que el Estado cuente con recursos para garantizar y satisfacer el goce de los derechos sociales; de igual forma, es necesario que el legislador secundario priorice garantizar los derechos sociales sobre intereses políticos, o de conveniencia, en su función de creación de leyes (aspecto político); en cuanto al aspecto social, este debe activarse mediante la lucha del reconocimiento del respeto y desarrollo de los mandatos constitucionales, que puede darse por medio del mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión, es decir, la actuación activa de la sociedad que requiere un necesario conocimiento de las nuevas realidades jurídicas, dado que no se puede defender algo del cual se tenga desconocimiento.

Así también, el desarrollo de la investigación resaltaré la importancia del necesario control en las omisiones que incurre el órgano legislativo, al incumplir mandatos constitucionales para legislar, lo que produce un despliegue incorrecto de la eficacia jurídica de la Carta Magna; dicha omisión, debe producirse en un espacio de tiempo razonable. En el caso salvadoreño, el tiempo existente entre la vigencia de nuestra Constitución y la actualidad son treinta años; el deber ser es que los mandatos constitucionales, expresos o implícitos, ya han sido desarrollados, pero, la realidad dice lo contrario, lo que nos lleva a cuestionar ¿Por qué no han sido desarrollados todos los mandatos constitucionales? Si bien es cierto, la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión es una figura emergente en nuestro país, la excesiva dilación de legislar se produce, entre otras causas, por la falta de demanda en la exigencia de desarrollo. Es importante destacar, que la presente investigación trata sobre la esfera social, por lo que el análisis de los mandatos constitucionales pendientes de legislar serán aquellos comprendidos en el Capítulo II (“Derechos sociales”) de nuestra Constitución.

Asimismo, se analizarán las disposiciones de la Ley de Procedimientos Constitucionales, el nuevo proyecto de Ley Procesal Constitucional, la normativa internacional de derechos humanos, y las disposiciones en el Derecho Comparado, tales como, la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974, la Constitución Portuguesa de 1976, la Constitución Brasileña de 1988 y otros países que se tomarán como referencia en la evolución del reconocimiento de esta figura, y servirán para contrastar realidades jurídicas. De igual forma, se analizará la vivencia del tema en cuanto a las debilidades de la realidad práctica, es decir, los desafíos por enfrentar en las omisiones legislativas sobre derechos sociales.

Un punto importante en esta investigación es su relación con otras temáticas jurídicas, por ello, este tema se abordará en relación al Neoconstitucionalismo; este paradigma le apuesta a las Constituciones con pretensión de eficacia, por lo que uno de los instrumentos que cabe reclamar para asegurar la normatividad y aplicabilidad de la Constitución, es el control de constitucionalidad de las omisiones contenidas en la Norma Suprema. La configuración de la justicia constitucional, como mecanismo de defensa de la Constitución, es un punto importante en relación a este tema, debido que es un conducto para lograr la efectividad de los derechos sociales, pues, si la abstención del órgano de poder implica gravamen para alguien, este debe ser sujeto legitimado para impulsar la justicia constitucional, este mecanismo de control debe ser efectivo para que el órgano omisivo cumpla con la actividad debida.

Toda investigación necesita ser comprobada, por ello, se realizará el análisis correspondiente en la utilización de los instrumentos metodológicos pertinentes, tal como la entrevista no estructurada, finalizando con la comprobación de objetivos e hipótesis, y las respectivas conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La importancia de investigar y analizar el desarrollo de la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales, es primordial, debido al poco conocimiento de esta figura en nuestro país, esto se manifiesta en el escaso ejercicio de demandas sobre este tema. A pesar de considerarse como una figura emergente en la regulación expresa de nuestro ordenamiento jurídico, países europeos y latinoamericanos han presentado un significativo avance en el reconocimiento de esta figura, por ello, potenciar un estudio investigativo y crítico de temas recientes, como este, colaboran en disminuir el déficit de cultura constitucional salvadoreña.

Tratar la relación de los derechos sociales en la falta de desarrollo legislativo en nuestro país, es importante por el impacto que produce en la sociedad. El desarrollo de la presente investigación permitirá identificar los principales factores que producen la omisión legislativa de los mandatos constitucionales sobre derechos sociales, ya que desde sus inicios, estos derechos fueron catalogados como normas de carácter programático que exige la implementación de desarrollo legislativo, y donde el Estado es el encargado de atenderlos debido a su carácter prestacional como derechos requirentes de condiciones económico-sociales, tales como habilitación presupuestaria y factores políticos, esto ha influido en la omisión por parte del legislador que impide lograr una efectiva realización y protección de estos derechos. En vista de esto, es cuestionable ¿Cuánto tiempo más se debe esperar para que el Legislador cumpla los mandatos constitucionales pendientes de desarrollo?, y ¿Cómo se puede exigir la agilidad de su cumplimiento? Es ahí la importancia del conocimiento de esta temática, para poder identificar y hacer buen uso del mecanismo procesal pertinente como la Inconstitucionalidad por Omisión, para demandar, ante la Sala de lo Constitucional, la omisión del desarrollo de un mandato constitucional explícito o implícito. Sobre este punto, es importante considerar que

históricamente el control de constitucionalidad fue reconocido frente acciones, es decir, que la Constitución únicamente se podía vulnerar en un hacer, como el caso que una ley fuese contraria a la Constitución, esta visión ha sido ampliada, pues las omisiones también pueden vulnerar a la Constitución, afirmando el reconocimiento de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión para garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a la omisión del legislador.

Es por medio del análisis de nuestra realidad, que se permitirá el planteamiento de desafíos en los diferentes sectores que intervienen en esta temática, tales como, el Estado, el Legislador, la Sala de lo Constitucional y la ciudadanía, con el objetivo de superar, en corto plazo, los obstáculos que rodean las omisiones legislativas en los derechos sociales, para convertirse en verdaderas garantías para los ciudadanos. De esta manera se justifica la investigación: en el abordaje de la temática de forma práctica y en el planteamiento de retos, pues no se trata de argumentar lo que ya se ha analizado sino de realizar un aporte a la investigación científica.

Es por estas razones, -actualidad, importancia, relevancia-, que se argumenta la necesidad de la investigación, la cual se sustentará en recursos doctrinarios y jurídicos, tomando en cuenta nuestra realidad para establecer la adecuada protección de los derechos sociales, por medio de la implementación de desafíos que hagan posible la consolidación de esta temática en teoría y práctica. De esta forma se pretende lograr un estudio analítico que estrechará la brecha del conocimiento existente entre nuestro país, y legislaciones extranjeras en torno al tema, esto permitirá aumentar los aportes de la temática en nuestro país, dado que las investigaciones de las omisiones legislativas en nuestra realidad constituyen un estudio escaso, el cual incentiva y justifica la labor investigativa del grupo, al ser la primera tesis que analizará la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La Inconstitucionalidad por Omisión es una figura reciente que surge como producto de las nuevas figuras procesales, fruto de la realidad cambiante, y es que por ser una figura emergente en nuestro país, forma parte del déficit de cultura constitucional, debido que el ordenamiento jurídico salvadoreño no regula esta figura de manera expresa, lo que causa en gran medida el desconocimiento de esta temática. El avance de la sociedad en nuestro tiempo está generando la necesidad que el Derecho responda a nuevos paradigmas jurídicos, que transformen los antiguos esquemas de derecho, adecuando las nuevas realidades sociales, políticas, económicas y las nuevas figuras jurídicas, como la Inconstitucionalidad por Omisión. Por ello, el nuevo proyecto de Ley Procesal Constitucional contempla de manera expresa esta figura, lo cual es importante para propiciar el conocimiento de la misma, actualmente reconocida vía jurisprudencia, y es que la cultura del conocimiento actualizado de los criterios jurisprudenciales y de derecho comparado no es latente en nuestro país, pues una gran parte de estudiantes y profesionales del derecho no están al tanto del quehacer jurídico, por lo que sí la ausencia de conocimiento de esta figura permanece, no se tendrá un conocimiento pleno de la importancia de activar la participación ciudadana por medio de demandas ante la Sala de lo Constitucional, que exhorten al legislador el desarrollo de mandatos constitucionales pendientes de tratamiento sobre derechos sociales.

Asimismo, el reconocimiento de esta figura vía jurisprudencia, no deja de ser conflictivo ante un posible cambio de precedente jurisprudencial, que podría ser crítico para la implementación de este mecanismo jurídico de manera expresa; por lo tanto, el reconocimiento expreso no solo contribuye con el conocimiento general sino que evita, un cambio brusco jurisprudencial y el fortalecimiento del sistema de justicia constitucional.

La figura de la Inconstitucionalidad por Omisión, plantea una situación espacial problemática, debido que uno de los factores que conforman esta figura es el factor tiempo, dicha omisión debe producirse en un espacio de tiempo considerable, por lo que cumplido este factor -excesiva dilación en legislar- es inconcebible considerar que las personas estén frente a derechos sociales pausados, es decir, ante la incertidumbre de derechos reconocidos pero no desarrollados. La Constitución como norma suprema reconoce derechos y, a su vez, contiene mandatos constitucionales dirigidos al legislador, con el objetivo de lograr plena eficacia de estos a través del desarrollo legislativo; es por ello, que el período de tiempo en la normatividad de derechos de carácter programático, es de importancia en el afirmamiento del principio de Supremacía Constitucional, y en el papel de la Inconstitucionalidad por Omisión.

La Sala de lo Constitucional, atendiendo al principio de Separación de Poderes, debe activar al Órgano Legislativo mediante sentencias que deben ser obedecidas, para que sea el Legislativo, a través de una ley secundaria, desarrolle en su totalidad el mandato constitucional. Esto garantizará un equilibrio entre ambos poderes y a su vez, un gran avance en cuanto a cultura constitucional.

Luigi Ferrajoli establece que una de las tareas fundamentales de la teoría jurídica dentro de un Estado Constitucional, es el de denunciar la ausencia de las normas que vienen exigidas por la Constitución. Es por ello necesario, activar el mecanismo procesal para que esas “leyes del más débil”, que son los derechos sociales, no puedan seguir siendo vulnerados por quienes tienen la responsabilidad de crear el marco jurídico para su protección.¹

Cabe mencionar, que los derechos sociales resultan de las conquistas de los movimientos revolucionarios que dieron paso a su reconocimiento

¹ **Luigi Ferrajoli**, *“Derechos y Garantías La Ley del más débil”*, citado por **Miguel Carbonell** *“La Inconstitucionalidad por Omisión y los Retos del Estado Constitucional”*, Pp.11-12.

constitucional, e internacional; al ser el resultado de esfuerzos sociales deben ser dotados de eficacia, sin embargo, por ser considerados como normas programáticas o derechos de prestación, están sujetos a factores externos de los cuales depende su cumplimiento; es por ello necesario, perfilar a la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión como un mecanismo para enfrentar las dificultades que presentan los Derechos Sociales, por medio del ejercicio del mecanismo procesal pertinente.

Negar el desarrollo de los derechos sociales, obstaculiza la consolidación del Estado Constitucional de Derecho, de ahí la importancia de aportar conceptos, experiencias, y realidades jurídicas de otros países, que servirán de parámetro en cuanto al avance de la figura. La tarea legislativa debe ir encaminada en beneficio de la dignidad de la persona, por lo que es necesario que el órgano legislativo se desprenda de intereses políticos y dé respuesta inmediata a los vacíos legales que se encuentran a causa de la desobediencia de cumplir con los mandatos constitucionales.

La Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales, se enfrenta a una serie de desafíos que pueden superarse si el Órgano Legislativo es respetuoso al principio de Supremacía Constitucional; en este mecanismo se analiza la inactividad del legislador y la incompatibilidad de la Constitución frente a dicha inactividad, por lo que se pretende, como desafío, contrarrestar la indiferencia respecto a dicha temática impulsando el ejercicio de la participación ciudadana en defensa de sus derechos constitucionales y su falta de desarrollo; sin embargo, se espera que la Sala de lo Constitucional sea activista en la defensa de los derechos sociales omitidos.

En una primera perspectiva, se plantea como desafío, que el ordenamiento jurídico tenga mecanismos y vías de defensa para no permitir la violación sin consecuencias, dado que influye no solo en la efectividad de los derechos

sociales, sino en el carácter de supremacía en la Constitución. Es decir, se trata de establecer sanciones para responsabilizar al legislador frente a su omisión, quien debiendo promulgar una determinada norma legal no lo hace, por ello, debe atender las responsabilidades derivadas de sus silencios; razón suficiente para sancionar no solamente la inactividad del legislador, sino también, las consecuencias jurídicas que pueden derivar de su inactividad. Al establecer sanciones al silencio legislativo, se construye una gran posibilidad para que el legislador no demore en cumplir con el desarrollo de los mandatos constitucionales.

En resumen, la Inconstitucionalidad por Omisión es un mecanismo que ha de servir como control de la inactividad misma del legislador, cuyo propósito es evitar que con su pasividad, o con sus silencios, vulnere el principio de Supremacía Constitucional, desobedeciendo los mandatos de legislar en materia de derechos sociales.

3.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

El enunciado del problema está compuesto por dos preguntas; la primera de ellas es el enunciado principal, y la segunda, el secundario, del cual corresponde la síntesis del contexto situacional del problema. Estas preguntas son:

1. ¿Cuál es la importancia de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión y la necesidad que sea regulada expresamente para mermar su déficit de conocimiento, propiciando así el aumento de demandas de la ausencia de desarrollo de mandatos constitucionales sobre derechos sociales?
2. ¿Por qué los derechos sociales se vinculan a factores externos que influyen en su eficacia; podrá justificar la falta de desarrollo legislativo sobre estos derechos?

3.2 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se desarrollará bajo cuatro alcances, los cuales se detallan a continuación.

3.2.1 ALCANCE DOCTRINARIO-JURÍDICO.

Este alcance comprenderá el análisis jurídico de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión, vista a través de métodos interpretativos, no literalistas, pues en nuestro país, esta figura no es contemplada de manera expresa; sin embargo, la Constitución de la República en el artículo 174, establece los procesos de control de la Sala de lo Constitucional, entre ellos podemos ubicar la Inconstitucionalidad por Omisión, dentro del proceso de Inconstitucionalidad; asimismo, el artículo 183 de la Constitución establece que la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional, es el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, y adecuando las nuevas realidades jurídicas, la Sala de lo Constitucional, también es competente para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, tal como se ha contemplado vía Jurisprudencia. Asimismo, se analizará la sentencia sobre el derecho a la indemnización por retiro voluntario, o indemnización universal, así como el capítulo II “Derechos Sociales” de la Constitución, para identificar mandatos expresos o implícitos pendientes de desarrollo legislativo.

En cuanto a legislación secundaria, el artículo 1 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece que la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos es un proceso constitucional, la omisión también forma parte de la inconstitucionalidad, ya que el tiempo de vigencia que tiene esta ley -desde 1960-, hace que muchas realidades ya no se adecuen a lo establecido en ella, es por ello que el anteproyecto de Ley Procesal Constitucional en su art. 85, establece como caso de procedencia en la

pretensión de inconstitucionalidad, los comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales. Es decir, que configura expresamente a la omisión en la Inconstitucionalidad como proceso constitucional.

Es también importante, y de mucha utilidad, revisar el derecho comparado para poder evidenciar las semejanzas y diferencias de diferentes ordenamientos jurídicos en relación a esta temática; de esta forma se pretende destacar los avances, y las limitaciones, que ha tenido el Derecho Procesal Constitucional en otros países, los cuales pueden servir de parámetro para que surjan mejoras en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Ahora bien, con respecto a la doctrina, haremos referencia a la doctrina de la supremacía, en la cual la Constitución consigna su superioridad sobre las leyes ordinarias en todos los sistemas denominados “Estado de Derecho”. Nos referimos a esta doctrina pues establece que la Constitución se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe pero también cuando no se hace lo que ella manda, es decir, que la Constitución se vulnera por acción y por omisión.

3.2.2 ALCANCE TEÓRICO.

En el presente alcance abordaremos la Teoría del Estado Social y la crisis que este condujo a este paradigma, y la Teoría Jurídica Garantista de los derechos fundamentales.

La primera teoría analiza el período después de la Segunda Guerra Mundial, en donde los gobiernos tuvieron que concentrarse en actividades dirigidas a la protección real y efectiva de los derechos básicos de toda la población, haciendo el eje central de los ordenamientos jurídicos al ser humano; los principios de dignidad humana e igualdad de oportunidades se convierten en la base del nuevo Estado Social de Derecho, este se impregna de nuevos elementos que surgen para beneficiar a la persona humana y la

implementación de los derechos sociales, económicos y culturales. Es decir, el Estado deja de ser un simple garante de la libertad e igualdad formal y pasa a implementar acciones referidas a una igualdad real, adoptando medidas a favor de personas o grupos desfavorecidos y priorizar el gasto social sobre cualquier otra asignación para garantizar el cumplimiento de necesidades fundamentales. Así el Estado debe procurar el establecimiento de un orden económico y social que asegure estándares mínimos de vida digna: salud, educación, vivienda, alimentación, salario, etc. Como se puede inferir se requiere de una gran inversión por parte del Estado, por ello, este paradigma se vio en crisis al no ser sostenible; a pesar del cambio de paradigma, el aspecto social dentro del Estado siempre existe, pues el Estado es el garante principal en la protección del ser humano y sus derechos. Basta con la lectura de los principales artículos del capítulo II “Derechos Sociales” de nuestra Constitución, para ver la serie de compromisos que el Estado adopta, tales como “tendrá la protección del Estado, dictará la legislación necesaria, creará organismos y servicios apropiados, el Estado fomentará, regulará condiciones, propiciará la creación, es finalidad del Estado su conservación, fomento y difusión”, entre otros compromisos.

La segunda teoría se aborda como parte de las teorías contemporáneas, y es la Teoría Jurídica Garantista de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli; esta teoría comprende varios aspectos pero el punto de relación del cual se abordará, es en referencia a los derechos sociales, su falta y necesidad de garantías, concibiendo al Estado como un instrumento o fin legitimador, es decir, el necesario avance hacia una judicialización de los derechos sociales por medio del cual se planteen posibles violaciones por parte de los poderes públicos, por acción u omisión. Asimismo establece, la necesidad de delimitar el núcleo intangible de estos derechos, que debe ser

suficiente para garantizar un mínimo vital indispensable, es decir una exigibilidad plena de los derechos sociales.

3.2.3 ALCANCE TEMPORAL.

El periodo que comprende la investigación es entre los años 2007 al 2013, sin embargo se mencionarán demandas presentadas en años anteriores, debido que el tema contiene escasas demandas en referencia a derechos sociales, por lo que la delimitación temporal de esta temática no es estricta a los años mencionados.

3.2.4 ALCANCE ESPACIAL.

El área geográfica donde se desarrollará la investigación será Nacional, es decir en todo el territorio Salvadoreño ya que la materia procesal constitucional así lo exige, debido que los procesos de Inconstitucionalidad por Omisión son conocidos por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, siendo la única autoridad competente para conocer dentro de la circunscripción territorial de El Salvador de las demandas de inconstitucionalidad que se planteen.

4. OBJETIVOS GENERALES E HIPÓTESIS GENERALES.

La formulación de objetivos e hipótesis es importante en el desarrollo de una investigación dado que sirven de guía para orientar la realización del trabajo, esto permite avanzar evitando perderse en la búsqueda del conocimiento científico. Asimismo, los objetivos e hipótesis deben guardar correspondencia entre ellos, por lo que para facilitar la identificación de dicha correspondencia se establecerán dos cuadros: el primero de ellos comprende los objetivos generales (dos) e hipótesis generales (dos), seguidamente del cuadro que comprende los objetivos específicos (tres) e hipótesis específicas (tres).

<p>Objetivo General 1</p>	<p>Identificar, mediante el análisis de la realidad, el actual déficit de conocimiento de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión.</p>
<p>Hipótesis General 1</p>	<p>El déficit de conocimiento de la Inconstitucionalidad por Omisión por ser una figura jurídica emergente en la realidad jurídica salvadoreña, trae como consecuencia la escasa producción de demandas por parte de la ciudadanía y la escasa admisión de demandas de la Sala de lo Constitucional.</p>
<p>Objetivo General 2</p>	<p>Establecer la importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión en relación a los derechos sociales desde nuestra realidad y en los aportes a nivel de derecho comparado, para lograr un efectivo cumplimiento del respeto a los mandatos constitucionales.</p>
<p>Hipótesis General 2</p>	<p>La falta de desarrollo de las omisiones legislativas sobre derechos sociales es una negación del principio de Supremacía Constitucional; por ello, se necesitan condiciones a corto plazo que representen garantías para el ciudadano, tomando como referente los avances de Derecho Comparado.</p>

4.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS E HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

<p>Objetivo Específico 1</p>	<p>Determinar las diferentes causas que genera el déficit de cultura constitucional en nuestro país para lograr el desarrollo normativo de la Inconstitucionalidad por Omisión.</p>
<p>Hipótesis Específica 1</p>	<p>La falta de regulación expresa de la Inconstitucionalidad por Omisión en nuestro país, constituye la principal causa del déficit de cultura constitucional y el conocimiento de esta figura.</p>
<p>Objetivo Específico 2</p>	<p>Conocer los avances de jurisprudencia comparada en la Inconstitucionalidad por Omisión con respecto a derechos sociales para lograr la implementación en nuestro país.</p>
<p>Hipótesis Específica 2</p>	<p>La jurisprudencia constitucional comparada, en relación a la Inconstitucionalidad por Omisión, debe tomarse como referente en nuestro país para lograr un avance en materia de aplicación y garantía de Derechos Sociales; en consecuencia, el desarrollo normativo constitucional de otros países plantea una mejor perspectiva de esta figura ante la falta de desarrollo en nuestro país.</p>
<p>Objetivo Específico 3</p>	<p>Determinar la necesidad de la implementación de sanciones ante comportamientos omisivos excesivamente dilatorios y la importancia del papel activista de la Sala de lo Constitucional ante la ausencia de dicha sanción.</p>
<p>Hipótesis Específica 3</p>	<p>La falta de sanción expresa ante la omisión de desarrollo de mandatos constitucionales permite la vulneración de los derechos sociales; esta puede superarse con la implementación de sanciones expresas.</p>

5. PROPUESTA CAPITULAR

La investigación está estructurada en cinco capítulos, siendo detallados de la siguiente manera:

CAPÍTULO I. Denominado “Planteamiento del Problema”, en donde se establecerá la situación problemática a partir del enunciado del problema y las temáticas principales de dicho enunciado, esta será una primera aproximación de temas que en el siguiente capítulo se ampliarán.

CAPÍTULO II. Denominado “Marco Teórico”, donde se sustentará la base histórica, base doctrinal, base teórica, base jurídica, base práctica y, para concluir, los desafíos que plantea la investigación para el tratamiento de la problemática de eficacia de los derechos sociales en la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión.

CAPÍTULO III. Denominado “Operacionalización de Hipótesis”, en donde se realiza la presentación del sistema de objetivos e hipótesis, los cuales permiten describir las categorías principales en las definiciones, identificación de variables y sus indicadores, para concluir con los conceptos fundamentales metodológicos.

CAPÍTULO IV. Este capítulo hace alusión a la Investigación de Campo que corresponde al análisis e interpretación de resultados, este se realizará por medio de las diferentes unidades de análisis, es decir, el análisis comparativo de las respuestas obtenidas en las entrevistas no estructuradas. Asimismo, se presentan los logros de la investigación al resolver la situación problemática y los objetivos e hipótesis, de esta manera se establecerá en síntesis lo que se ha propuesto con la investigación.

CAPÍTULO V. Denominado “Conclusiones y Recomendaciones”, en el que se realizarán valoraciones doctrinales, jurídicas, teóricas, socioeconómicas y culturales, de acuerdo al tema investigado, concluyendo con

recomendaciones de forma general a los diferentes entes y sujetos vinculados con la temática desarrollada.

6. MATERIALES.

Para la realización de la investigación será necesario contar con una serie de elementos, recursos y métodos, los cuales serán utilizados a lo largo de la investigación, esto contribuirá a la facilitación de la información, la orientación de la investigación y su finalización.

Dentro de los recursos necesarios para la realización de la investigación tenemos:

RECURSO HUMANO: Que será indispensable para afirmar, añadir o cambiar los resultados de la investigación por medio de la comparación de respuestas de las unidades de análisis -especialistas entrevistados-. Así también, en la orientación del contenido y forma de la investigación por medio de los asesores:

- ✓ Msc. Edwin Godofredo Valladares Portillo. Director de contenido.
- ✓ Lic. Carlos Armando Saravia Segovia. Asesor metodológico.

RECURSO MATERIAL: Dentro de los materiales a utilizar se detallan los siguientes:

- ✓ Computadoras.
- ✓ Impresora.
- ✓ Papel.
- ✓ Tinta.
- ✓ Libros.
- ✓ Revistas.
- ✓ Internet.
- ✓ Entre otros.

RECURSO FINANCIERO: Son los medios económicos, propios, que se utilizarán para llevar a cabo la investigación; el presupuesto a emplear se presentará más adelante.

7. MÉTODOS

La investigación se desarrollará tomando en cuenta el Método Científico, Método Analítico, Método Comparativo y Método de la Síntesis o Sintético, a continuación detallados:

MÉTODO CIENTIFICO. Es el procedimiento planteado que se sigue en la investigación para descubrir las formas de existencia de los procesos objetivos, para generalizar y profundizar los conocimientos adquiridos, para llegar a demostrarlos con firmeza racional y para comprobarlos a lo largo de la investigación.² El método científico puede perfeccionarse mediante la estimación de los resultados a los que lleva el análisis directo, tiene como característica que no es autosuficiente, es decir, no puede operar en un conocimiento reposante, sino que requiere de algún conocimiento previo que pueda luego reajustarse y reelaborarse; y que posteriormente pueda complementarse mediante métodos especiales adaptados a las peculiaridades de cada tema, y de cada área en específico. Este método será de gran utilidad para lograr la comprobación de los objetivos e hipótesis planteados.

MÉTODO ANALÍTICO. Es aquel que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de

² Ramón Ruiz Limón, *Historia y Evolución del Pensamiento Científico*, México, 2006, p.121. Libro Electrónico disponible en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007a/257/7.1.htm>
Fecha de consulta: 24 de marzo de 2014.

un hecho en particular, en donde es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia.³

Dentro de la investigación a desarrollar, la importancia del análisis reside en que para comprender la esencia de la temática en concreto hay que conocer la naturaleza de sus partes. El conocer por medio del análisis la realidad de nuestro país en cuanto a la temática a desarrollar, puede “desmembrarse/separarse” para llevar a cabo un análisis más profundo en cuanto a las diferentes condiciones políticas, jurídicas, económicas y sociales que serán de vital importancia para la investigación.

MÉTODO COMPARATIVO. Consiste en observar semejanzas y diferencias en dos o más objetos o fenómenos, con la intención de extraer determinadas conclusiones.⁴ Este método será de utilidad en la interpretación de resultados de las entrevistas no estructuradas.

MÉTODO DE LA SÍNTESIS O SINTÉTICO. Este método se plantea como un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una exposición ordenada y breve en resumen. La síntesis va de lo abstracto a lo concreto, o sea, al reconstruir el todo en sus aspectos y relaciones esenciales, lo cual permite una mayor comprensión de los elementos que componen la investigación.

8. PRESUPUESTO

Son los gastos en la ejecución de la investigación, los cuales serán saldados por cuenta personal. Estos son:

³ *Ibíd.*, pág. 128

⁴ Román Reyes (Dir), ***Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social***, Tomo 1/2/3/4, Ed. Plaza y Valdés, Madrid-México, 2009. Libro electrónico disponible en http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/M/metodocomparativo_a.html. Fecha de consulta 24 de marzo de 2014.

- **GASTOS DE ALIMENTACIÓN:** Contabilizando un total de \$ 100.00
- **GASTOS DE TRANSPORTE:** Es el gasto realizado para asistir a las diferentes asesorías y demás actividades concernientes a la realización de la tesis que requieran movilización por parte del grupo de investigación, presentando un total de \$ 300.00
- **GASTOS DE IMPRESIÓN:** para la realización de la investigación, es de vital importancia la presentación de avances y correcciones impresas y finalmente la tesis completa lo cual asciende a un gasto de: \$ 300.00
- **GASTOS VARIOS:** dentro de estos se hace mención a gastos de internet, telefonía, fotocopias, empastados, compra de libros, entre otros, lo cual asciende a un total de \$ 300.00
- **TOTAL DE GASTOS:** \$ 1,000.00

PARTE II:
DESARROLLO CAPITULAR.

**CAPÍTULO I:
“SÍNTESIS DEL PLANTEAMIENTO DEL
PROBLEMA”.**

SUMARIO: 1.1 CUADRO DEL ENUNCIADO DEL PROBLEMA 1.2 FUNDAMENTACION DEL PROBLEMA 1.2.1 La Inconstitucionalidad por Omisión como figura procesal constitucional emergente y el déficit de su conocimiento. 1.2.2 Importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión como mecanismo para lograr la eficacia de los Derechos Sociales. 1.2.2.1 Factores que inciden en la ausencia de regulación sobre derechos sociales. 1.2.3 La eficacia de los derechos sociales en relación al principio de Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad. 1.2.4 El escaso ejercicio de demandas de Inconstitucionalidad por Omisión sobre derechos sociales. 1.3 CONCLUSIÓN CAPITULAR.

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿Cuál es la importancia de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión y la necesidad que sea regulada expresamente para mermar su déficit de conocimiento, propiciando así el aumento de demandas de la ausencia de desarrollo de mandatos constitucionales sobre derechos sociales?

¿Por qué los derechos sociales se vinculan a factores externos que influyen en su eficacia; podrá justificar la falta de desarrollo legislativo sobre estos derechos?

1.2 FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA.

La Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales es un tema de gran importancia, debido que esta figura es el vehículo para exigir el cumplimiento eficaz de estos derechos contenidos en omisiones legislativas. Los derechos sociales han sido reconocidos como normas de carácter programático, el cual es un obstáculo en el ejercicio de estos derechos, y si están contenidos en omisiones legislativas, no solo se vulneran, ante la imposibilidad de ser ejercidos, sino que genera ineficacia en las disposiciones de la Carta Magna, al existir desobediencia ante un mandato constitucional. El papel omisivo del legislador no consiste en una simple negativa de hacer, sino, en no hacer lo que constitucionalmente está obligado. Es, pues, inconcebible considerar que las personas estén frente a derechos sociales pausados, es decir, ante la incertidumbre de derechos reconocidos pero no desarrollados. La realidad nos presenta una serie de desafíos con respecto a esta problemática, estos desafíos pueden superarse si los diversos sectores se involucran hacia una misma dirección para lograr avances en cuanto a cultura constitucional. Las siguientes temáticas desarrollarán los puntos clave del enunciado del problema como una primera aproximación al desarrollo de la investigación.

1.2.1 La Inconstitucionalidad por Omisión como figura procesal constitucional emergente y el déficit de su conocimiento.

La Inconstitucionalidad por Omisión es una figura procesal garantista de los derechos fundamentales, sin embargo, forma parte del déficit de cultura constitucional debido a su escaso conocimiento. La realidad cambiante se pone de manifiesto ante el surgimiento de nuevas figuras del derecho, implementadas y ejercidas vía jurisprudencia por la ausencia de regulación en las legislaciones vigentes, tal es el caso de esta figura en nuestro país, que no es desarrollada por la Ley de Procedimientos Constitucionales -vigente desde 1960-, ni de forma expresa por nuestra Constitución -vigente desde 1983-, pero, a la luz del art. 174 Cn., que establece los procesos específicos de control de la Sala de lo Constitucional, podemos hablar de esta figura dentro del proceso de Inconstitucionalidad, tal como se ha contemplado por nuestra Jurisprudencia, y que con el nuevo proyecto de Ley Procesal Constitucional, aun en discusión, se regula de forma expresa. Esta necesidad que forme parte en un nuevo proyecto de Ley que derogue la vigente, es un paso para mermar el actual déficit con respecto a este tema, pues al ser una figura jurídica emergente, no hay amplio conocimiento con respecto a su ejercicio, lo cual puede verse materializado con las escasas demandas de Inconstitucionalidad por Omisión hasta la fecha; es por ello que el conocimiento de esta figura, su implementación expresa y ejercicio, contribuye a la realización efectiva de derechos fundamentales al exigir el desarrollo legislativo de mandatos constitucionales omitidos.

Asimismo, es importante destacar, que la contemplación de esta figura únicamente vía jurisprudencia, presenta un problema que puede darse a futuro, por el cambio de precedente jurisprudencial, es decir, la presencia de un cambio de criterio de la Sala de lo Constitucional con respecto a esta figura; por tanto, la inclusión de la misma en nuestra legislación, no garantiza solamente la supremacía constitucional, sino evita un cambio brusco del

avance en la mejora del sistema de justicia constitucional, entendida -la justicia constitucional-como el desarrollo de una actividad de carácter jurisdiccional por parte de un órgano que posee un estatus diferente al de la justicia ordinaria, cuya competencia recae sobre los procesos constitucionales;⁵ en nuestro país, ante la omisión de la Asamblea Legislativa durante un plazo razonable donde se ha generado ineficacia de una norma de mandato, es la Sala de lo Constitucional, previo a la interposición de un proceso de Inconstitucionalidad por Omisión, la encargada de declarar si dicha omisión ha sido imprescindible, o no, para dotar de eficacia plena a la norma constitucional.

Vemos, pues, que la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión contribuye al establecimiento de la mejora del sistema de justicia constitucional, por ello es necesaria su regulación expresa.

1.2.2 Importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión como mecanismo para lograr la eficacia de los Derechos Sociales.

El enfoque de los derechos sociales y su eficacia, puede verse desde dos perspectivas:

A. La primera perspectiva contiene los acontecimientos históricos que potenciaron la conquista y reconocimiento de estos derechos, tales como los movimientos revolucionarios de Europa del siglo XIX, que fomentaron la constitucionalización de los derechos sociales, y ampliaron la concepción del derecho individual.

B. La segunda perspectiva se conforma por el análisis de la actualidad, en donde a pesar del reconocimiento positivado de los derechos

⁵ **Diccionario Electrónico de Derechos Humanos**, en la voz: "*Justicia Constitucional*", fecha de publicación 20-02-2011. En el sitio: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/86 Fecha de consulta: 23-04-2014

sociales, hay grandes carencias en su desarrollo, lo que influye el tratamiento de los derechos sociales en la Inconstitucionalidad por Omisión.

La Inconstitucionalidad por Omisión es el mecanismo procesal pertinente para exigir la eficacia de los derechos frente el comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa, de desarrollar derechos comprendidos en mandatos constitucionales, esta omisión produce consecuencias en la eficacia de los derechos, sobre todo si hablamos de derechos sociales que por su carácter programático no tienen aplicación directa, sino que requieren un desarrollo posterior. En este punto, es importante analizar el paradigma del Neoconstitucionalismo, el cual le apuesta a las “*Constituciones Normativas Garantizadas*”, estas constituciones contienen normas supremas con pretensión de eficacia; en el Neoconstitucionalismo, el control sobre las omisiones inconstitucionales se instituye como un vehículo para asegurar la normatividad suprema y la efectividad de dichas constituciones pero, llevar la teoría de un paradigma a la práctica difiere mucho, pues, en qué medida pueden adoptarse los planteamientos del Neoconstitucionalismo a nuestra realidad; en lo que respecta a nuestro tema, el postulado de las Constituciones Normativas Garantizadas parece resolver el problema, sin embargo, nuestra Constitución vigente contiene normas operativas y programáticas en donde estas últimas, requieren la promulgación de una ley posterior que hace factible el cumplimiento efectivo de la norma constitucional, mientras una ley ordinaria no las active efectivamente, los derechos contenidos en la norma no tendrán aplicación.

Por otro lado, tratar la eficacia de los derechos sociales es problemático debido a su dependencia de factores externos como la realidad política, social y económica, a diferencia de los derechos individuales como la vida y la libertad, que están rodeadas de otras garantías o derechos que fortalecen ese derecho individual, por ejemplo, el derecho a la libertad está rodeado de la garantía de presunción de inocencia, garantía de audiencia, garantía de

defensa. Esta es la razón por la cual los derechos sociales se reconocen como derechos débiles, que si bien es cierto poseen fuerza simbólica, pues están reconocidos, no gozan de fuerza normativa al no ser desarrollados. Es ahí donde la Inconstitucionalidad por Omisión, se reconoce como mecanismo para lograr la eficacia de los derechos sociales, al exigir, por medio de demandas ante la Sala de lo Constitucional, el desarrollo legislativo de derechos para que estos sean ejercidos.

1.2.2.1 Factores que inciden en la ausencia de regulación sobre derechos sociales.

En el tema anterior se mencionó sobre la fuerza simbólica de los derechos sociales, cómo la ausencia de regulación de estos derechos pausa una verdadera fuerza normativa, y cómo la efectividad de estos derechos se ve influida por factores externos que inciden en la ausencia de regulación de los derechos sociales. Sobre dichos factores se establecen los siguientes puntos:

Como primer punto nos referimos al papel que desempeña el Estado -a partir del Estado de Derecho-, ya que los derechos sociales conllevan obligaciones de hacer para éste, quien debe generar las condiciones necesarias para que el derecho social pueda darse y ejercerse; pero, es necesario tomar en cuenta sí en los países de alto nivel de pobreza y bajos niveles de ingreso como el nuestro, se le puede exigir que “haga de todo” si no se tienen los recursos financieros suficientes. Bajo este enfoque se hace referencia al Estado Social, que es el resultado de aunar el Estado de derecho, la libertad de mercado y el bienestar social, es decir, la activa participación de los poderes públicos para garantizar y promover los derechos económicos y sociales. Este modelo de Estado se instauró con posterioridad de la Segunda Guerra Mundial, pero, no fue sostenible debido a la grave crisis económica internacional que se experimentó a partir de la década de los 70. A pesar que

este modelo ha sido replanteado, el ámbito social dentro del Estado juega un papel importante, debido que es imprescindible que el Estado actúe como garantizador del bienestar general.

Como segundo punto, la actividad del Estado va de la mano con la participación de la sociedad por medio de los movimientos sociales, el involucramiento de las instituciones gubernamentales o no gubernamentales, etc., es decir el poder social frente al poder político para hacer voz en la lucha en la efectividad de estos derechos. Frente a un Estado pasivo no puede existir una sociedad pasiva; sí las luchas en el pasado fueron para que los derechos sociales fueran consagrados en textos constitucionales, nuestra lucha debe ser que los derechos, ya reconocidos, sean ejercidos para una vida acorde con el principio/derecho de dignidad humana. Sobre este punto, Karl Loewenstein establece que *“las disposiciones programáticas de una Constitución, son para los agentes estatales, estímulo y guía de la acción pública, y para el pueblo representan la esperanza de que algún día se acataran”*,⁶ dicha esperanza, que establece Loewenstein, no debe ser guardada sino activada a través de la necesidad de los contrapesos sociales. Recordemos que el carácter declarativo de las normas programáticas conduce a que no sean accionables, es decir, que no puedan hacerse valer en juicio porque no están revestidas de coercitividad; es por ello que los derechos sociales, deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado, dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución.⁷

Como tercer punto es importante analizar la vulneración de la Constitución por un órgano constitucionalmente conformado, como la Asamblea

⁶ Karl Lowenstein, *“Teoría de la Constitución”*, citado por José Francisco Ruiz Massieu *“Cuestiones de Derecho Político (México-España)”*, P.59.

⁷ Tribunal Constitucional de Perú, N° STC 2945-2003-AA, acción de amparo contra el Estado Peruano, párr. 13.

Legislativa; esta vulneración se produce ante la omisión dilatoria del desarrollo de mandatos constitucionales lo que impide el ejercicio de los derechos contenidos en ellos, lo que nos lleva a la Inconstitucionalidad por Omisión.

Asimismo, es necesario, un rol activo de la Sala de lo Constitucional, pues es el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas. Atendiendo al principio de separación de poderes, es la Sala quien debe activar al Órgano Legislativo mediante sentencias que deben ser obedecidas, para que el órgano legisferante desarrolle el mandato constitucional estimado por medio de una demanda. Recientemente la Sala declaró inconstitucional la omisión legislativa contenida en el art. 38 ordinal 12, sobre la prestación de indemnización por renuncia voluntaria o “indemnización universal”, la Sala estableció un plazo para que dicha ley fuese emitida hasta el 31 de diciembre de 2013, el cual fue cumplido, pero, debido al *vacatio legis*,⁸ el órgano legislativo determinó que dicha ley entrará en vigencia el 1 de enero del año 2015.

1.2.3 La eficacia de los derechos sociales en relación al principio de Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad.

El principio de supremacía de la Constitución es un gran referente en el establecimiento de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión, pues, la doctrina de la supremacía suministra argumentos para sostener que la Constitución no solamente se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga, asimismo establece que no hay zona alguna que los poderes del Estado

⁸ Plazo, inmediatamente posterior a su publicación, durante el cual no es obligatoria una ley. Guillermo Cabanellas, “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, 24^a, tomo VIII, Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1996, página 298.

puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan.⁹

Si bien es cierto, la Constitución por su naturaleza y característica no puede desarrollar y agotar todos los principios, figuras e instituciones que recoge -por lo que hace necesaria la actuación posterior del legislador secundario-, tampoco el ordenamiento jurídico prevé mecanismos de sanción o plazos ante las infracciones de mandato constitucional de desarrollo en ley, lo que produce que la función del legislador, de cumplir los mandatos constitucionales, sea omitida sin consecuencias; es por ello que el Control de Constitucionalidad de Leyes, es el mecanismo que se ejerce para que el Órgano competente declare la inconstitucionalidad del objeto de control, -normas, actos y omisiones-, para evidenciar si el contenido de normas constitucionales resultan violentadas, asegurando el cumplimiento de las normas constitucionales (eficacia) y el Principio de Supremacía Constitucional; es así como la eficacia de los derechos sociales se relaciona con tan importante principio y con la Inconstitucionalidad por Omisión, como una forma de control de la constitucionalidad.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la supremacía constitucional no solo se limita a convertir a la Ley Suprema en referente negativo, como límite al poder, por el contrario, provoca que su proyecto normativo sea de obligatorio cumplimiento. Así, la falta de realización de estas obligaciones es también una violación a la supremacía constitucional, pues si se dejara la opción de cumplirlas o no, a discreción de los poderes ordinarios o constituidos, se los colocaría en el mismo nivel del Constituyente. Por lo tanto, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la norma constitucional se refleja en

⁹ **German Bidart Campos**, *“Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”*, citado por **Juan Martín CAMUSSO** *“La Inconstitucionalidad por Omisión como vía para lograr la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Anuario X-2007, Editorial La Ley, Buenos Aires. P. 828.

obligaciones de hacer, para cuya efectividad está diseñado el mecanismo procesal de control de las inconstitucionalidades por omisión.¹⁰

1.2.4 El escaso ejercicio de demandas de Inconstitucionalidad por Omisión sobre derechos sociales.

El desconocimiento de la figura jurídica de Inconstitucionalidad por Omisión, trae como principal consecuencia el escaso ejercicio de demandas de este tipo; por lo tanto, la ausencia de demandas que reclamen desarrollo legislativo sobre derechos sociales, genera a su vez violación a dichos derechos. El déficit jurídico-constitucional en el tema de la Inconstitucionalidad por Omisión que sufre nuestro país, también, queda evidenciado por la calidad de argumentos que sostienen las demandas iniciadas, que se hace extensivo en el desconocimiento general a la comunidad jurídica salvadoreña, esto puede influir en el hecho que la figura no se encuentre regulada expresamente en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

En El Salvador se han promovido demandas de este tipo que no han prosperado debido a la falta de conocimiento respecto a esta temática. Fue hasta el año de 1995 que se promovió el primer proceso de Inconstitucionalidad por Omisión que logró finalizar con una sentencia definitiva en el año 2000. Ante esta situación, se presenta el gran reto de propiciar el conocimiento sobre dicha figura a través de identificar las omisiones legislativas en el ordenamiento jurídico vigente; de esta forma se establecería mayor protección a los derechos sociales que puedan resultar vulnerados mediante la actividad omisiva del legislador.

Finalmente, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre la Inconstitucionalidad por Omisión, tiene poco desarrollo, circunstancia que ha

¹⁰ **Líneas de la Sala de lo Constitucional**, *Inconstitucionalidades, 2011*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador. En el sitio: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/web/j/Constitucional/Incons2011.pdf>

sido obstáculo para configurar criterios sobre la misma, pues a escasa información, escaso conocimiento.

1.3 CONCLUSIÓN CAPITULAR.

Establecer la investigación de esta temática es importante porque es parte de una nueva realidad jurídica procesal, es por ello que debe propiciarse el estudio y conocimiento de nuevos temas investigativos para dar realce a nuevas formas de exigir el ejercicio de derechos.

La Inconstitucionalidad por Omisión, como la inobservancia total o parcial de mandatos constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción del órgano legislativo dentro de un plazo prudente de tiempo, hace darnos cuenta de la omisión excesivamente dilatoria de nuestra Asamblea Legislativa, dado que el “plazo prudente” ya ha sido cumplido; desde la vigencia de nuestra Constitución a la actualidad son más de treinta años en que se ha permitido la vulneración de derechos sociales, al no dotárseles de eficacia por no estar desarrollados. El ejercicio de esta figura puede eliminar toda deuda pendiente de desarrollos legislativos sobre derechos sociales, al ejercer la participación ciudadana por medio de demandas de Inconstitucionalidad por Omisión.

La construcción de un sistema jurídico que dé eficaz respuesta a la compleja realidad actual, crea la necesidad de plantear e implementar retos que contribuyan a la consolidación del Estado Constitucional de Derecho, esto se ve en peligro ante el no desarrollo de derechos consagrados en el texto constitucional por mandato al legislador secundario, poniendo en pausa el efectivo goce de derechos sociales; cabe destacar, que los mandatos al legislador *no son meras proposiciones declarativas de buena intención, sino*

*que son verdaderas normas jurídicas que necesitan conectarse con otras para originar su plenitud aplicativa.*¹¹

Esta necesidad de desarrollo secundario se torna problemático, sí las personas que conforman el órgano legisferante no poseen conocimiento jurídico-constitucional y falta de interés en adquirirlo, o sí existe subordinación a intereses políticos por lo que no dan primacía a la función legisladora de desarrollar mandatos constitucionales; esto produce una ineficaz aplicación de esos derechos que carecen de fuerza vinculante. Por ello, los retos deben plantearse como soluciones a corto plazo que contribuyan a mejorar la aplicación de la Inconstitucionalidad por Omisión en la realidad jurídica salvadoreña, para promover el respeto a la Constitución y los Derechos Sociales.

Uno de los grandes y principales retos, es propiciar el conocimiento sobre esta temática activando el ejercicio de una amplia participación ciudadana sobre estos derechos tan nuestros, siendo el proceso de Inconstitucionalidad por Omisión un mecanismo para demandar la falta de desarrollo en Ley. Propiciar dicho conocimiento, contribuye a la formación constitucional general, pues el deber de conocimiento constitucional no recae solamente en los profesionales del derecho, sino en toda la población en general. Sin embargo, nada se logra con ejercer las demandas ciudadanas sobre derechos sociales sí en la actitud de Sala hay temor para exhortar al legislador para que cumpla el mandato Constitucional; y es que los Tribunales se muestran activistas en materias de protección a la libertad de expresión, a la propiedad privada, o al debido proceso, pero, cuando de garantizar derechos sociales se trata, se muestran absolutamente deferentes hacia el legislador. Esto niega la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

¹¹ **Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2012**, Corte Suprema de Justicia, San Salvador. P.561. Sentencia de Inconstitucionalidad 66-2005/4-2006.

Uno de los retos a largo plazo, es la ratificación de una nueva Constitución, sumado con el reto, a mediano plazo, de la ratificación del nuevo proyecto de Ley Procesal Constitucional, donde se regulen expresamente nuevas figuras producto de nuevas realidades jurídicas, entre ellas la Inconstitucionalidad por Omisión. Cabe reconocer, que la importancia del papel de la jurisprudencia ha sido clave ante el vacío de esta figura en nuestra Legislación, pero, como ya hemos establecido, el cambio de precedente es una llamada de atención importante para que esta figura no pueda ser sostenida permanentemente por la Jurisprudencia.

En este mismo sentido, la Constitución debería establecer plazos en los mandatos constitucionales que enuncia sobre derechos sociales, para no permitir la violación de sus normas al ser omitidas en tiempos excesivamente dilatorios, dado que influye no solo en la efectividad de estos derechos, sino en su carácter de Norma Suprema.

Cabe aclarar, que la complejidad de los derechos sociales consiste en su dependencia, en ciertos casos, de actividades de planificación, previsión presupuestaria y la puesta en marcha del poder político,¹² por lo que la Sala, puede establecer estimatoria una omisión legislativa pero, sí depende de una inversión del Estado, dicho desarrollo legislativo no resuelve el no ejercicio del derecho, hasta que sea contemplado en el presupuesto anual, lo positivo de estos casos es que refuerza su exigibilidad. Por ello, el reto para la Justicia Constitucional en la esfera de los derechos sociales, lo constituye la Inconstitucionalidad por Omisión, pues la violación de la Constitución no debe permanecer impune por el propio órgano legisferante renuente de instrumentar mandatos constitucionales.

¹² Abramovich y Courtis, "**Los derechos sociales como derechos exigibles**", Madrid, Trotta, 2002. P.15.

CAPÍTULO II: “MARCO TEÓRICO”

SUMARIO: 2.1 BASE HISTÓRICA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. 2.1.1 El impacto de dos revoluciones: Industrial y Francesa. 2.1.2 Del Liberalismo a la lucha de los Derechos Sociales. 2.1.3 Surgimiento del Constitucionalismo e Internacionalización de los Derechos Sociales. 2.1.4 Consecuencias ideológicas de la Guerra Fría en los Instrumentos Internacionales. 2.1.5 Reconocimiento de los Derechos Sociales en El Salvador. 2.1.6 Antecedentes de la Inconstitucionalidad por Omisión. 2.1.6.1 Derecho Comparado. 2.1.6.2 El Salvador. **2.2 BASE DOCTRINAL Y TEÓRICA** 2.2.1 La Inconstitucionalidad por Omisión como parte del Control Constitucional. 2.2.2 Generalidades doctrinales de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión. 2.2.3 Generalidades doctrinales de los Derechos Sociales. 2.2.4 La Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales. 2.2.5 Teorías que sustentan la investigación. 2.2.6 El Neoconstitucionalismo y la Inconstitucionalidad por Omisión. **2.3 BASE JURÍDICA.** SUMARIO: 2.3.1 Constitución de la República de El Salvador. 2.3.2 Ley Procesal Constitucional 2.3.3 Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional 2.3.4 Normativa Internacional. 2.3.5 Derecho Comparado. **2.4 ANÁLISIS DE CASOS.** 2.4.1 Indemnización Universal. Sentencia 53-2005/55-2005. 2.4.2 Trabajadores a domicilio. 2.4.3 Instalación y mantenimiento de salas cunas y lugares de custodia para los hijos de los trabajadores. 2.4.4 Trabajadores agrícolas. **2.5 DESAFÍOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SALVADOR.**

2.1 BASE HISTÓRICA:

SUMARIO: 2.1.1 El impacto de dos revoluciones: Industrial y Francesa. 2.1.2 Del Liberalismo a la lucha de los Derechos Sociales. 2.1.3 Surgimiento del Constitucionalismo e Internacionalización de los Derechos Sociales. 2.1.4 Consecuencias ideológicas de la Guerra Fría en los Instrumentos Internacionales. 2.1.5 Reconocimiento de los Derechos Sociales en El Salvador. 2.1.6 Antecedentes de la Inconstitucionalidad por Omisión. 2.1.6.1 Derecho Comparado. 2.1.6.2 El Salvador.

2.1.1 EL IMPACTO DE DOS REVOLUCIONES: INDUSTRIAL Y FRANCESA.

El término “revolución” viene del latín *revolutiō, -ōnis*, que significa “una vuelta”, e implica un cambio violento en las instituciones políticas, sociales o económicas de una nación.¹³ En la actualidad, las revoluciones son consideradas puntos de acento en la historia, de los que parten la mayoría de sistemas políticos y sociales actuales; por ello, se parte del estudio de dos revoluciones que establecieron grandes aportes para el enfoque de los derechos sociales en nuestra temática.

Revolución Industrial (1760-1840). Iniciada en la segunda mitad del siglo XVIII en Inglaterra, consistente en las transformaciones técnicas y económicas en la sustitución de la energía física por la energía mecánica de la máquinas, y el cambio de la producción manufacturera por la fabril, en el proceso de producción capitalista; este cambio en la producción, intensificó las migraciones del campo a la ciudad que produjo bajos salarios, debido a la abundante mano de obra disponible por la utilización de máquinas, esto reducía el precio de la fuerza de trabajo a niveles de mera subsistencia; por otro lado, la burguesía desplazó a la nobleza como clase rectora en los

¹³ **Diccionario de la Real Academia Española**, en la voz: “Revolución”, en el sitio: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=oJLyQMqM2DXX2gb461jx>. Consultado el 29 de Abril de 2014.

países occidentales, y por el acogimiento de la ideología liberal, el Estado burgués consideraba que toda intervención para solucionar los problemas surgidos entre el capital y el trabajo era inútil, perjudicial, e injusta, debido que en toda actividad debían respetarse las leyes naturales y no limitar la libertad de los individuos.¹⁴

El sistema del liberalismo económico creó condiciones para que las grandes empresas eliminasen a las pequeñas, a través de la sustitución de la libre competencia por el monopolio, esta situación constituyó el germen de las alteraciones campesinas y de las revoluciones obreras que acontecieron durante la segunda mitad del siglo XIX en Europa. Por esta razón, la revolución industrial es referente en la presente temática, pues, las conquistas sociales de los trabajadores posibilitaron la creación de las primeras leyes protectoras de sus derechos.

Revolución Francesa (1789). Se afirma que esta revolución marca un antes y un después en el concepto de los derechos humanos, debido a la instauración de los derechos del hombre y del ciudadano, hoy reconocidos como derechos de primera generación o derechos fundamentales. La Revolución Francesa, como todos los procesos políticos, fue un fenómeno complejo causado por factores sociales, económicos e históricos. La Francia del siglo XVIII sufría cambios demográficos muy importantes, por ejemplo: las luchas financieras se agravaban por liderazgos incompetentes, excesivos impuestos que aumentaban el empobrecimiento de los trabajadores, así como la agitación intelectual alentada por el Siglo de las Luces, el ejemplo de la guerra de la Independencia Estadounidense, entre otras causas. Se hace referencia a esta revolución, por la afirmación del Estado liberal que propició atropellos a los derechos sociales, debido que el poder estatal quedaba limitado por las amplias libertades otorgadas al individuo; en este panorama,

¹⁴ **Francisco Borja Escobar**, Trabajo de Grado en Relaciones Laborales, *“El trabajo infantil en la Revolución Industrial hasta la actualidad”*, Universidad de Cantabria, España, 2012. P. 8.

surgen los derechos individuales como bienes preciados, que exigen del Estado una posición de mera abstención.

Si bien es cierto, durante el siglo XVIII y XIX, se encuentran algunos textos constitucionales con referencias expresas a derechos sociales-como el derecho al trabajo o a la asistencia en situaciones de necesidad-, y políticas gubernamentales que se intentan implementar por medio de medidas legislativas, el establecimiento de este germen de derechos sociales en una época influenciada por ideas liberales, no permite una concepción concreta de los mismos, puesto que la consagración de derechos sociales demanda una participación activa del Estado, en el sentido de adoptar medidas que permitan el mejoramiento de los estándares de vida, contradiciendo el pensamiento liberal que pedía del Estado una abstención o un no hacer. Por ello, los derechos sociales establecidos a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, en la Constitución francesa y en políticas estatales en Alemania, Estados Unidos o Colombia, no pueden ser interpretados como derechos sociales a cabalidad, pues entrarían en contraposición con las ideas del pensamiento clásico liberal.

2.1.2 DEL LIBERALISMO A LA LUCHA DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Respecto a las desigualdades e injusticias sociales del liberalismo, que fueron la base de la reacción para la lucha de los derechos de los económicamente débiles, García Pelayo establece, que la oposición entre Estado y Sociedad producía una inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales.¹⁵ Es por esta separación, que los principios liberales tuvieron que recibir una nueva interpretación, pues el empuje de las masas que exigían sus derechos era cada vez mayor, surgiendo la necesidad de establecer la justicia social que el mercado liberal no era capaz de producir.

¹⁵ **Manuel García Pelayo**, *“Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”*, Editorial Alianza, Madrid, 1982, p. 21.

En un primer momento, las luchas políticas del proletariado tienen como propósito condiciones mínimas de subsistencia, para pasar a conquistas políticas, económicas y jurídicas. De dichas transformaciones es producto la concretización del Estado Social, que reflejó el cambio de concepto de igualdad, formulado por el liberalismo, por el de igualación, esto es, que los hombres que son desiguales no deben ser tratados conforme a una irreal igualdad jurídica que encubre una verdadera desigualdad social. Es de esta manera que el derecho social ha sido, desde su nacimiento, el gran equilibrador de las desigualdades sociales.

Dentro de una concepción liberalista los derechos sociales no tendrían razón de ser, pues en las afirmaciones de los defensores del individualismo destacan que los derechos individuales son absolutos, que el Estado sólo tiene una función coercitiva para hacer respetar los derechos individuales, y que el único Estado legítimo es el Estado mínimo. Planteamientos como los de Friedrich Hayek evidencian la oposición de los derechos sociales en el liberalismo, pues estos derechos son concebidos como sin sentido. Según su planteamiento, un derecho conlleva una obligación, y en los derechos sociales no es posible identificar el sujeto sobre quien recae la obligación correlativa, ese sujeto no puede ser la sociedad porque la sociedad no es un organismo capaz de deliberar.¹⁶ En este sentido, cabe destacar nuevamente la importancia de las conquistas sociales en el cambio del paradigma liberal, pues en una visión liberalista las omisiones legislativas sobre derechos sociales no tendrían razón de ser.

Ahora bien, los sucesos históricos de principios del siglo XX, acontecidos tanto en Europa como en Latinoamérica, cambiaron la concepción de las ideas liberales clásicas frente a los derechos humanos, lo que tuvo como resultado la consagración expresa en las constituciones contemporáneas de

¹⁶ **Carlos Santiago Nino**, “Sobre los derechos sociales”, en “*Derechos Sociales y derechos de las minorías*”, primera edición, UNAM, México, 2000. Pp. 137-139.

un significativo número de derechos sociales, que tenían por objeto remediar las grandes desigualdades heredadas del siglo anterior.

2.1.3 SURGIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO E INTERNACIONALIZACION DE LOS DERECHOS SOCIALES.

El proceso de constitucionalización de los derechos sociales fue paulatino según el desarrollo de cada país; estos derechos se ven plasmados en México en su Constitución de 1917, en la Constitución alemana de Weimar de 1919, y en nuestro país en la Constitución de 1950, expresándose de esta manera los llamados derechos de prestación, es decir, que el Estado debe adoptar una acción positiva para la creación de servicios que garanticen el ejercicio de esos derechos.

Asimismo, la “Declaración Rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado”, del 4 de enero de 1918, fue uno de los primeros textos en oposición a la concepción meramente individualista contemplada hasta ese entonces, en diferentes Declaraciones como: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y la Declaración Americana de la independencia de Estados Unidos (4 de julio de 1776). Esta Declaración Rusa hace eco a las reivindicaciones económico-sociales de la clase trabajadora, ya que por primera vez, se presenta el embrión de los futuros derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como el derecho al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la educación y al sufragio universal.

Después de la Segunda Guerra Mundial, a partir de 1948, se presentó un proceso creciente de constitucionalización de los derechos humanos en las Constituciones europeas, pero, por el alineamiento internacional de los países en la guerra Fría, se impone una división en los derechos individuales y los DESC; cada país puso acento en uno de estos derechos de acuerdo al bloque que se adscribía (socialista o capitalista). No obstante, España -que

se adscribía al bloque capitalista-, expidió una Constitución que incorporó derechos civiles y políticos, y, económicos, sociales y culturales, proclamándose como un Estado Democrático y Social de Derecho. Esta Constitución inspiró a varias Constituciones Políticas de América Latina como las de Colombia, Argentina, Perú, Ecuador y otros países.

La Constitución española en su título primero, de los artículos 10 a 54, es un modelo de síntesis y de reconocimiento de los DESC en un mismo plano o igualdad con respecto a los derechos civiles y políticos. Sin embargo, hay un elemento en el párrafo segundo del artículo 53 de la Constitución, que permite que el ciudadano, cuando considere que alguno de los derechos civiles y políticos ha sido vulnerado, pueda recurrir a la tutela ante el Tribunal de Justicia, y al amparo ante el Tribunal Constitucional. Ese derecho a la tutela judicial efectiva no se aplica en relación con los DESC, porque el párrafo tercero del artículo 53 señala que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, de manera que habrá que esperar que exista una ley específica interna que desarrolle uno de los DESC, para que ese derecho se convierta en justiciable y pueda ser reclamado ante los tribunales. Así, derechos tan importantes como al trabajo, a la negociación colectiva, los derechos de los discapacitados físicos o mentales, los de los jubilados, el derecho a la seguridad social, al seguro de desempleo, a la vivienda, al medio ambiente, entre otros, quedaban desprotegidos, afirmando la característica de los derechos sociales como normas programáticas dependientes de un desarrollo legislativo posterior para el logro de su plena eficacia.

Aunado al proceso de constitucionalización de los derechos humanos se presenta el de la internacionalización de los derechos humanos. Este proceso de internacionalización, en particular de los DESC, arrancó en 1919, año en que se suscribió el Tratado de Paz de Versalles (28 de junio), que puso fin a la Primera Guerra Mundial y creó la Sociedad de Naciones (SDN)

como una organización mundial encargada de implementar las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales. Simultáneamente, el Tratado de Versalles creó también la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha sido de enorme importancia para el avance de los DESC en el plano internacional y la defensa de los derechos de los trabajadores, tanto laborales como sindicales. Los DESC han sido reconocidos en múltiples instrumentos internacionales como derechos humanos, sin embargo su discusión en la actualidad, es sobre su exigibilidad y justiciabilidad.

2.1.4 CONSECUENCIAS IDEOLÓGICAS DE LA GUERRA FRÍA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Como se ha mencionado, la división que impuso la guerra fría trajo consecuencias, por esa lectura diferenciada de los derechos: para los capitalistas los únicos derechos humanos válidos eran los individuales o civiles y políticos, mientras que para el sector comunista los derechos humanos más importantes eran los de contenido económico, social y cultural.

En 1966, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se desarrolló en dos tratados que especifican y detallan más el contenido de los principios establecidos en la Declaración Universal; los relatores de estos pactos, inmersos en plena guerra Fría, no fueron capaces de incluir los derechos civiles y políticos, y DESC en un solo tratado internacional, sino que abrieron el espectro de dos tratados: el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que no fue solamente una división formal sino que, a los derechos civiles y políticos se les dotó de mecanismos de control y de tutela más rígidos y específicos que a los otros.

El Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se le reconoció un organismo internacional como el Comité de los Derechos

Humanos, con la capacidad para recibir quejas por las violaciones de los derechos consagrados en el mismo, la tutela y el derecho a un recurso efectivo y definitivo; y se estableció, en su artículo 2, que los derechos contenidos en el Pacto son de reclamación inmediata ante los tribunales de justicia. Por otra parte, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no establece la tutela judicial efectiva para estos derechos, sino que establece que su realización será progresiva en función de los recursos del país; tampoco reconoce expresamente que estos derechos puedan ser justiciables ante los tribunales.

En consecuencia, hay una diferenciación desde el constitucionalismo comparado, que se reafirma a nivel internacional por razones ideológicas, fruto de la guerra Fría. Esta situación empieza a salvarse parcialmente en 1989 cuando el bloque comunista desaparece, cae el Muro de Berlín y se termina la guerra Fría.

A partir de entonces, en la década de los noventa, las Naciones Unidas desarrolla la Carta de las Naciones Unidas en su plenitud, y convocan grandes conferencias mundiales para estudiar cuestiones de derechos humanos básicos relativas al desarrollo económico y social, tales como la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en Viena (1993), o la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo (1994), y la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Mujer efectuada en Beijín (1995).

A lo largo de estas conferencias, se fueron identificando las necesidades de desarrollo económico y social de los países, e incorporando el catálogo completo de los derechos humanos en ese acervo que se cristalizó en la llamada Declaración del Milenio, que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, en el 2000, por parte de la cumbre de Jefes de Estado de todo el mundo. Esa agenda de desarrollo, y los Objetivos del

Milenio, fueron corroborados y confirmados por la Segunda Cumbre Mundial de Jefes de Estado, reunidos en Nueva York en septiembre de 2005.

Vemos, pues, como la comunidad internacional ha ido avanzando en el reconocimiento de los derechos sociales; sin embargo, hay un amplio recorrido, no solo en afirmar su reconocimiento sino, lograr su efectiva aplicación.

2.1.5 RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SALVADOR.

Nuestro país posee una amplia historia constitucional desde su primera Constitución en 1812, sin embargo, para el estudio de la presente investigación, se hará referencia a las Constituciones a partir de 1950, año en el que se promulgó la primera Constitución que reguló de forma expresa los derechos sociales en uno de sus títulos, estableciendo como novedad que la Corte Suprema de Justicia sería el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y que puede hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

El Estado salvadoreño a partir de la Constitución de 1950 no solamente consagra e incorpora derechos individuales, sino también sociales (título XI), como los relativos a la familia, al trabajo y seguridad social, a la educación, ciencia y cultura, salud pública y asistencia social. El Estado Salvadoreño adoptó la construcción jurídica del Estado Social de Derecho en la Constitución de 1950, cuyos rasgos esenciales se mantienen en las Constituciones de 1962 y 1983.

A pesar de la situación de inestabilidad social en el país en los años posteriores a la promulgación de la Constitución de 1950, el apartado de derechos sociales permaneció casi inalterable en la promulgación de la

Constitución de 1962, en donde se amplió el derecho de sindicalización y contratación colectiva a los empleados y trabajadores de las entidades estatales autónomas y semi-autónomas, y se permitió, optativamente, la enseñanza religiosa en las escuelas públicas.

La última Constitución aprobada ha sido la de 1983, y consta de dos grandes apartados: a) la parte dogmática, en la que asume un estilo garantista de los derechos individuales y derechos sociales, y b) la parte orgánica, en la que se organiza el Estado con sus órganos e instituciones. Esta no es propiamente una nueva Constitución, pues conservó la misma tónica de la Constitución anterior en lo referente a los derechos y garantías fundamentales de la persona, ampliando la protección del gobernado; asimismo, los derechos sociales conservaron la misma filosofía, pero con las correcciones hechas de 1962.

De esta manera se constituye nuestra Carta Magna vigente, la cual estudiaremos en el desarrollo de la base jurídica, Capítulo II “Derechos Sociales” de la Constitución, para identificar la deuda del legislador desde más de treinta años en referencia a estos derechos pendientes de desarrollo legislativo para que sean dotados de plena eficacia, estos pueden ser exigidos a través del mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión, la cual se abordará a continuación a partir de su base histórica.

2.1.6 ANTECEDENTES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Es importante conocer los antecedentes de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión, primeramente en el Derecho Comparado para dar paso a los precedentes en nuestro país.

2.1.6.1 Derecho Comparado.

En este apartado se observarán seis países, que a pesar de tener diferentes tratamientos en relación a la omisión, han dado pautas significativas para el

surgimiento de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión como parte del control constitucional:

1. La Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia (1974). Reconocido como el primer ordenamiento jurídico que constitucionalmente legisló sobre la Inconstitucionalidad por Omisión, establecido en su artículo 377:

“Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.”

La labor del Tribunal de Garantías Constitucionales consistía en constatar el incumplimiento del órgano competente en dictar normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de la Constitución, y posteriormente, dar a conocer tal situación al órgano legislativo; es decir, una labor de mera recomendación sin coacción jurídica.¹⁷

2. La Constitución Portuguesa (1976). Lo novedoso de la Inconstitucionalidad por Omisión en la ex Yugoslavia influyó notablemente para que dos años después, en 1976, se legislara sobre el tema en la Carta Suprema de Portugal, establecido en su artículo 279:

“Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes, que las dicten en un plazo razonable.”

¹⁷ **Miguel Carbonell (Coordinador)**, *“En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por Omisión”*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2003, P. 110.

Mientras estuvo vigente el Art. 279, sólo en dos oportunidades el Consejo de la Revolución utilizó la competencia constitucional mediante las resoluciones números 105 y 56, de Mayo de 1977 y abril de 1978 respectivamente. Posteriormente, con las reformas de 1982, el art. 279 pasó a ser 283, y disponía lo siguiente:

“...Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de la Inconstitucionalidad por Omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.”

En los años posteriores se incrementó relativamente el conocimiento de casos de Inconstitucionalidad por Omisión, así por ejemplo, en 1997 se plantearon seis demandas de las cuales sólo una tuvo pronunciamiento favorable.¹⁸ A pesar de las reformas y el leve aumento de demandas, las sentencias seguían manteniendo efectos meramente declarativos en los que únicamente se establecían recomendaciones al legislador.

3. Constitución de Brasil (1988). Según el Art. 102 de la Constitución, el órgano competente para conocer los casos de Inconstitucionalidad por Omisión es el Supremo Tribunal Federal; y en su ordinal segundo dispone:

“Declarada la Inconstitucionalidad por Omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.”

Un aspecto sumamente importante en la formulación brasilera, es el hecho que no restringe las inconstitucionalidades a las omisiones legislativas, sino también a las omisiones provenientes de un órgano administrativo. Esta figura fue recogida por otros Estados miembros de la Federación en Brasil en

¹⁸ **Luis Nunes de Almeida**, *“Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual”*, Editorial Aza, Barcelona, 1998, Pág. 222.

sus Constituciones estatales, tales como las Constituciones de los Estados de Río Grande do Sul (Art. 95, inciso XII, letra d), Sao Paulo (Art. 74, inciso VI y 90.4), Santa Catarina (Art.85, 3) y Río de Janeiro (Art. 162, 2). De las cuatro normativas Constitucionales de Estados brasileros, dos de ellas, Río Grande de Sul y Sao Paulo, legislan la Inconstitucionalidad por Omisión con un alcance restringido, es decir sólo a la omisión legislativa; las otras dos constituciones, Santa Catarina y Río de Janeiro, norman al instituto en un sentido amplio abarcando omisiones legislativas y administrativas.

En cuanto a la legitimación activa era de carácter limitado, pues el uso de este mecanismo de control, era ejercido únicamente por las personas y grupos que establecía la Ley, y los efectos de la sentencias para las omisiones legislativas continuaban siendo declarativos.

4. Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (1989).

En Costa Rica la Inconstitucionalidad por Omisión no está consagrada en su Constitución sino en la Ley de La Jurisdicción Constitucional cuyo artículo 73 en sus literales a), b) y f) establece que cabrá acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privado, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de habeas corpus o de amparo...

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.”

En Costa Rica el órgano competente para conocer sobre omisiones es la Sala Especializada en lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y abarca omisiones legislativas y administrativas.

5. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). En su art. 336 numeral 7 establece como atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

“7) Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo, así como los lineamientos de su corrección, si fuere necesario.”

Los efectos de la sentencia, a diferencia de los países anteriores, tienen un carácter imperativo, pues la Constitución faculta, no solo declarar la Inconstitucionalidad por Omisión, sino, establecer un plazo para que sea superada; no cumplido lo anterior el Tribunal está autorizado para emitir lineamientos de corrección, logrando eficacia en los preceptos violados.

6. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz, México (reformas del 2000). La Constitución de los Estados Unidos de México, al igual que la costarricense, no regula la Inconstitucionalidad por Omisión. Sin embargo, tratándose de un Estado Federal, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, expedida el 25 de septiembre de 1917, y sus reformas del 3 de febrero del año 2000, regula en su artículo 64, la existencia de una Sala Constitucional dentro del Tribunal Superior de Justicia, esta debe sustanciar los procedimientos en las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y deberá formular los proyectos de resolución definitiva que deberán someterse al pleno del Tribunal Superior de Justicia.

Con respecto a las omisiones legislativas, el art. dispone:

“Art. 65.- El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá..., de las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso no

ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución...

La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos en sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiese la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.”

Al igual que Venezuela, esta Constitución señala un plazo en el que debe subsanarse la omisión, concediéndole atribuciones al Tribunal de dictar bases provisionales en caso de no acatarse la sentencia.

Como se ha observado, la importancia del estudio de los diferentes tratamientos de las omisiones legislativas en el derecho comparado es de gran importancia, debido que la Inconstitucionalidad por Omisión es un mecanismo importante en el control de constitucionalidad; a través del tiempo los diferentes países se han preocupado por crear diferentes estrategias de carácter jurídico que permitan darle plena eficacia a los preceptos constitucionales y no permitir que sean violentados por omisión.

Por otro lado, países donde no existe regulación constitucional o legal de esta figura, como el nuestro, la jurisprudencia ha jugado un papel muy importante. Asimismo, en países como Alemania, Austria, España, Italia, Colombia, entre otros, han empezado a combatir el vacío de las omisiones parciales vía jurisprudencia a través de sentencias interpretativas, aditivas o manipulativas.

2.1.6.2 El Salvador.

La figura de la Inconstitucionalidad por Omisión en El Salvador, no se encuentra regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico

Constitucional o legal; pero, esto no ha sido obstáculo para invocar la omisión legislativa por medio de demandas ante la Sala de lo Constitucional, siendo la primera en 1995 que terminó con la sentencia desestimatoria dictada en el año 2000.

En los primeros precedentes jurisprudenciales en nuestro país se pueden observar diferentes obstáculos, por un lado, la actitud de autocontención de la Sala de lo Constitucional en su sistemática forma de rechazo al conocer sobre las pretensiones incoadas, actitud que prescinde de incursionar jurídico-constitucionalmente en el tema de los derechos sociales y contribuir a la consolidación de los mismos; por otro lado, el déficit de desconocimiento de la temática al no plantear adecuadamente las demandas, lo que conllevó a muchas inadmisibilidades, desestimaciones y sobreseimientos.

A continuación se establecerá el estudio de cinco casos que conforman precedentes de la temática que no fueron estimatorios:

1) Inconstitucionalidad 2-95 de las 10:00 horas del 28 de abril de 2000. En donde se demandó la Inconstitucionalidad por Omisión del Código de Familia en relación al art. 32 de la Cn., por omitir legislar sobre las relaciones que forma una persona casada o de unión no matrimonial con otra persona, es decir, las relaciones que no son matrimoniales ni de unión no matrimonial, permitiendo más de un hogar. La sentencia fue desestimatoria de la pretensión.

Las premisas de la Sala de lo Constitucional en el tema de la Inconstitucionalidad por Omisión expresados en este precedente son los siguientes:

I. La vigente Ley de Procedimientos Constitucionales no regula la Inconstitucionalidad por Omisión.

II. El reconocimiento del “carácter normativo de la Constitución como su rango de supremacía”.

III. La necesidad específica de “dar cumplimiento al proyecto global que la Constitución informa”

IV. El proyecto global informado por la Constitución se hace mediante normas de diverso tipo entre las que se encuentran los “mandatos al legislador o mandatos constitucionales”

V. Los mandatos constitucionales: no necesariamente aparecen explícitos en el texto constitucional ni tampoco es imprescindible que contenga un plazo.

VI. Los criterios o aspectos objetos de control constitucional son tres: en primer lugar, la existencia del mandato constitucional explícito o implícito. En segundo lugar, la razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de disposiciones infraconstitucionales. En tercer lugar, la forma en que se dará cumplimiento al mandato.

VII. De los criterios o aspectos objeto del control constitucional del punto anterior, la Sala puede determinar los dos primeros pero no el tercero, es decir, la forma de cumplir con el mandato constitucional.

VIII. La Inconstitucionalidad por Omisión no es aplicable a toda la Constitución en sus diversos tipos de normas, sino sólo a los mandatos constitucionales.

IX. El pronunciamiento de fondo de la Sala de lo Constitucional en los procesos de Inconstitucionalidad por Omisión no puede implicar una orden a los órganos y entes investidos de potestades normativas para que emitan las disposiciones infraconstitucionales, pues ello violaría el principio de separación de poderes e independencia de órganos.

X. Por el principio de autorrestricción judicial, el fallo de la Sala de lo Constitucional debe limitarse a constatar la existencia del mandato constitucional, constatar un comportamiento omisivo, establecer si el comportamiento ha sido excesivamente dilatado y determinar si con ello la norma constitucional se vuelve ineficaz.

Sobre los criterios anteriores, el Juez Aliven Lizama argumenta dos críticas en su artículo “La Inconstitucionalidad por Omisión en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”¹⁹, que nos parece importante destacar:

- La idea de “un proyecto global que la Constitución informa”, es criticable pues la Constitución es la expresión de las diferentes fuerzas sociales y políticas que lo pactaron o aceptaron, y expresa diversos puntos de vista y perspectivas contrastantes sobre la realidad, su texto normativo es capaz de acoger diversas opciones político-sociales y no “un proyecto global”.
- Asimismo, se ve de manifiesto la posición conservadora jurídica y políticamente de la Sala, pues, prescinde de incursionar en el ámbito de los derechos sociales, restándoles normatividad, y se inhibe frente al Legislativo en ordenar la emisión de disposiciones infraconstitucionales, argumentando erráticamente vulneraciones al principio de separación de poderes e independencia de órganos.

2) Inconstitucionalidad 20-2001 de las 8:30 horas del 19 de julio de 2001. El segundo precedente jurisprudencial decide sobre la demanda de Inconstitucionalidad por Omisión del Art. 30 de la Ley del Servicio Civil, al no establecer un procedimiento previo a la supresión de plazas laborales. La decisión jurisprudencial que pone fin al proceso de

¹⁹ **Revista Trimestral “Enlace”** del Consejo Nacional de la Judicatura, número 26, Enero/Febrero/Marzo, primera edición, San Salvador, 2007. Pp. 24-29.

manera preliminar fue declarar inadmisibile la demanda de inconstitucionalidad presentada. Esta sentencia se encarga de repetir los criterios del precedente anterior, pues se limita a reconocer la existencia de la Inconstitucionalidad por Omisión contra mandatos al Legislador establecidos por la Constitución, un recuento de las características de los mandatos constitucionales y de la contención de la Sala de lo Constitucional mediante la conservadora e imprecisa formula de la “libertad de configuración del Legislador”.

3) Inconstitucionalidad 19-98 de las 11:00 horas del 26 de febrero de 2002. En este caso se demandaba la Inconstitucionalidad por Omisión de los Arts. 16, 102, 103, 193, 220, 224, 229 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones. La decisión de la Sala de lo Constitucional fue declarar la inexistencia de la Inconstitucionalidad alegada únicamente en el caso del Art. 16, y respecto de las restantes 6 disposiciones legales dictó sobreseimiento. Este precedente repite textualmente y sin añadidos lo expresado en la Inconstitucionalidad 2-95 de las 10:00 horas del 28 de abril de 2000.

4) Inconstitucionalidad 20-2005 de las 9:30 horas del 12 de julio de 2005. El cuarto precedente jurisprudencial lo configura la demanda de Inconstitucionalidad del Art. 1157 del Código de Procedimientos Civiles por violación a la seguridad jurídica. La parte demandante no formuló demanda de Inconstitucionalidad por Omisión, aunque de su contenido la Sala de lo Constitucional infiere que la demandante está aludiendo a la Inconstitucionalidad por Omisión, realizando algunas acotaciones sobre la misma y declarando improcedente la pretensión contenida en la demanda. En la resolución de este precedente se formula un añadido de relevancia, que es la distinción entre “omisión inconstitucional de un mandato al legislador” y “algunas normativas o casos no previstos expresamente en la

legislación secundaria”, lo cual es importante pues no toda laguna legal representa una omisión inconstitucional.

5) Inconstitucionalidad 14- 2005 de las 10:10 horas del 6 de diciembre de 2005. Correspondiente a la demanda de la Inconstitucionalidad por Omisión del Art. 67 de la Ley de Medio Ambiente, por no regular una protección y conservación de animales domésticos y de aquellos que no están en vías de extinción, o que no son de carácter singular o representativo. La decisión de la Sala de lo Constitucional fue declarar improcedente la pretensión.

Como se ha observado, las primeras demandas de Inconstitucionalidad por Omisión evidencian el déficit de conocimiento de la figura, al no plantearse adecuadamente las demandas; pero, no todo el panorama es gris, se han presentado poco a poco algunos avances. Por ello, los precedentes antes mencionados, servirán de contraste en el análisis de la demanda de Indemnización Universal que se revisará en la base jurídica.

2.2 MARCO DOCTRINAL Y TEÓRICO.

SUMARIO: 2.2.1 La Inconstitucionalidad por Omisión como parte del Control Constitucional. 2.2.2 Generalidades doctrinales de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión. 2.2.3 Generalidades doctrinales de los Derechos Sociales. 2.2.4 La Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales. 2.2.5 Teorías que sustentan la investigación. 2.2.6 El Neoconstitucionalismo y la Inconstitucionalidad por Omisión.

2.2.1 LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN COMO PARTE DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.

La Constitución, como toda norma jurídica, puede ser vulnerada, por lo que es necesaria la existencia de instrumentos que aseguren su eficacia, es por ello, que el Control de Constitucionalidad de Leyes, es el mecanismo que se

ejerce para que el Órgano competente declare la inconstitucionalidad del objeto de control, -normas y actos-, para evidenciar si el contenido de normas constitucionales resultan violentadas, asegurando el cumplimiento de las normas constitucionales y el Principio de Supremacía Constitucional, pues la Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ella ordena que se haga.

Se considera importante partir con este tema por la innegable trascendencia del papel que ha adquirido la Inconstitucionalidad por Omisión en el control constitucional, debido que el control de constitucionalidad no se reduce a las vulneraciones de la Constitución por acción del Legislador, sino también por las omisiones legislativas. Es decir, que tanto la omisión -no hacer-, como la acción -hacer-, son verdaderas vulneraciones a la norma jurídica si contradicen lo que esta preceptúa. Ahora bien, el control de constitucionalidad, como medio de defensa de la Constitución, se clasifica en dos grandes sistemas: el sistema americano o difuso y el sistema europeo o Concentrado. En el primero de ellos, todos los jueces son juez de legalidad y de constitucionalidad, debido que la declaración de inconstitucionalidad no es facultad exclusiva de un Tribunal Supremo -como el caso de la Sala de lo Constitucional en nuestro país-, sino de todos los Tribunales establecidos en un territorio determinado. El juez se pronuncia en el momento de dictar sentencia y el efecto de tal declaración no significa la derogación de la norma, sino la inaplicabilidad de la norma impugnada. Por otro lado, el sistema Europeo se caracteriza por concentrar la jurisdicción del control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal que no enjuicia hechos específicos, sino resuelve problemas de compatibilidad entre dos normas, eliminando la disposición incompatible con la norma constitucional.²⁰

²⁰ **María de Los Ángeles Gordillo**, *“Control Constitucional, un posible cambio en Argentina”*, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, 2007. Pp. 14-15.

El objetivo de este apartado no es la explicación de los sistemas de control constitucional, por ello la brevedad de su desarrollo, sino destacar el papel del mecanismo de control en la protección de la supremacía constitucional frente a las leyes creadas por el Parlamento, que en un primer momento eran consideradas únicamente en vulneración por acción, y posteriormente también por omisión, afirmando de esta manera el papel de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión, que constituye una forma de control constitucional.

2.2.2 GENERALIDADES DOCTRINALES DE LA FIGURA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

A continuación se establecerán generalidades de la Inconstitucionalidad por Omisión, como: su definición, en sentido amplio y estricto, su naturaleza jurídica, la clasificación de las omisiones legislativas, y los argumentos a favor y en contra de la figura que proporciona la doctrina.

A) Definición de Inconstitucionalidad por Omisión.

La Inconstitucionalidad por Omisión es una figura relativamente reciente que aparece en consonancia a las nuevas realidades jurídicas, por lo tanto, es considerada como una figura que se encuentra en construcción y que está siendo reconocida en las legislaciones de distintos países. Sin embargo, de acuerdo a los aportes de la doctrina, podemos identificar dos sentidos en la definición de este concepto, los cuales son:

- **Sentido extenso.** La vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en sentido general, lo que incluiría actos políticos, administrativos y la no emisión de decisiones judiciales. Autores como Néstor Pedro Sagüés y Bidart Campos establecen definiciones en sentido extenso:

- Para Sagüés, se alude a la Inconstitucionalidad por Omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino en abstención de conductas.²¹ Y agrega que el órgano moroso puede ser el Legislativo, Ejecutivo o Judicial.

- Bidart Campos, establece que la Inconstitucionalidad por Omisión “sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo”.²²

Asimismo, como vimos en la historia de la Inconstitucionalidad por Omisión en el derecho comparado, la Constitución de Brasil, contempla la figura en un sentido amplio.

- **Sentido Estricto o Restringido.** Se reconoce de esta manera pues las omisiones se limitan a la omisión del poder legislativo.

- Podemos identificar este sentido en la definición de Aguiar de Lucke que establece a la Inconstitucionalidad por Omisión como la “violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto”.²³

- Por su parte la sentencia 24/1982 del Tribunal Constitucional de España establece que “la Inconstitucionalidad por Omisión solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”.²⁴

²¹ **Néstor Pedro Sagüés**, “Inconstitucionalidad por Omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial”, *Ius et Veritas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 5, pág. 39 y ss.

²² **Germán Bidart Campos**, “La justicia constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión”, *Anuario jurídico*, UNAM, México, núm. VI, 1979, pág. 9 y ss.

²³ **Luis Aguiar de Lucke**, “El tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la Inconstitucionalidad por Omisión”, *Revista de Derecho Político*, Nº 24, Universidad Nacional de Educación a distancia, España, 1987, P. 25.

²⁴ **STC 24/1982** del 13 de Mayo.

- Otro concepto en sentido estricto es el que aporta José Julio Fernández, en el que establece: “La Inconstitucionalidad por Omisión es la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de tal forma que se impide su eficaz aplicación”.²⁵

La presente investigación se refiere a la definición en sentido estricto, por referirse a las omisiones legislativas.

B) Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica de la omisión legislativa es salvaguardar el cumplimiento de las normas constitucionales incompletas, y supondría la sanción ante la transgresión de la auténtica obligación que producen. Es decir, cumplir el destino de la Constitución como verdadera norma jurídica: ser cumplida y aplicada.²⁶

C) Clasificación.

De las cuales se establecerán tres tipos de omisiones, tales como:

- **Omisión absoluta y omisión relativa (omisión total y parcial).** En la omisión absoluta hay ausencia total de la norma que debería de regular una situación jurídica fijada constitucionalmente. Por su parte, las omisiones relativas vulneran el principio de igualdad debido que el legislador, no contempla, en los supuestos de aplicación, a ciertos grupos o sujetos de los cuales también debería aplicarse la ley creada.²⁷ Esta clasificación se

²⁵ **José Julio Fernández Rodríguez**, “*Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El Caso Español*”, Civitas, Madrid, 1998. P.81

²⁶ *Ibidem*. P. 159.

²⁷ En cuanto a la omisión relativa hacemos referencia a la reciente admisión de demanda de la Sala de lo Constitucional, **ref. Inconstitucionalidad 15-2014** de las 14 horas con 2 minutos del 14 de mayo de 2014, en la que los actores piden en su demanda que se declare la Inconstitucionalidad por Omisión Parcial de los art. 86 y 87 de la Ley de la Carrera Policial (declarados improcedentes por no ocupar la calidad de objetos de control), y el art. 195 del

relaciona con otra, que es la omisión formal y material; la primera, supone que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto de un encargo al legislador que necesita regulación de desarrollo. Por otra parte, la inactividad de las omisiones materiales, al igual que las relativas o parciales, vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar a los grupos regulados en la normativa existente.²⁸ Relacionando ambas clasificaciones, las omisiones absolutas o totales son siempre formales, en cambio en las omisiones relativas o parciales hay que distinguir entre las que suponen una agresión al principio de igualdad, que son las omisiones de carácter material, y las que desarrollan de forma incompleta un precepto constitucional, que son de naturaleza formal. Por lo que se concluye, que toda omisión formal lo es también material, pero no toda omisión material es formal.

- **Omisiones que afectan a derechos fundamentales y omisiones que no les afecta.** Se afectan derechos fundamentales por medio de las omisiones legislativas cuando no se llevan a cabo las medidas legislativas necesarias para la eficacia de los derechos humanos, particularmente de los derechos de segunda y tercera generación que casi siempre requieren, para su plena eficacia, la interposición de la acción legislativa. La segunda forma, como su nombre lo indica, es cuando la omisión frente al mandato constitucional no afecta derechos fundamentales.

- **Omisión “evitable” y omisión “inevitable”.** En la primera de ellas, el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales, a pesar de que las condiciones se lo permiten. La segunda división es aquella que indica factores de corte extra jurídico sobre los que descansa la efectividad del

Código Electoral, haciendo referencia a la omisión de las condiciones para ejercer el voto del personal policial; es decir un olvido en los supuestos de aplicación.

²⁸ José Julio Fernández Rodríguez, “Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión”, en Miguel Carbonell (Coordinador), *En Busca de las Normas Ausentes. Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por Omisión*. Op. Cit. P. 60

derecho,²⁹ tales como la conveniencia política, la posición ideológica, el costo económico o la opinión pública, que sumen al legislador en la imposibilidad o en la necesidad de no poder desarrollar los preceptos constitucionales.

D) Argumentos a favor de la Inconstitucionalidad por Omisión y su relación con los derechos sociales.

El auge que la Inconstitucionalidad por Omisión está alcanzando, se debe a los beneficios que se logran mediante su aplicación; en consecuencia, es fundamental mencionar posturas a favor de la existencia de esta figura. Entre ellas tenemos:

1. El carácter normativo, o fuerza normativa, de la Constitución: *“Una de las consecuencias principales de la caracterización de la Constitución como norma fundamental, y fundamentadora, del ordenamiento jurídico salvadoreño, es su aptitud para regular, en forma y contenido, la producción de normas subconstitucionales, y de los actos y omisiones de sus operadores, rasgo particular de la Constitución a la cual se refiere la doctrina denominándola fuerza normativa de la Constitución”.*³⁰ Partiendo que los preceptos de la Constitución instituyen verdaderas normas jurídicas, y son la expresión de un mandato imperativo, no se concibe su vulneración sin consecuencias; en este sentido, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución supone el establecimiento de garantías y controles para hacerla valer frente a actuaciones u omisiones del órgano legislativo, por ello, su razón de ser uno de los argumentos a favor de la Inconstitucionalidad por Omisión, pues, como se ha establecido, la infracción de la norma jurídica tiene dos causas: una actuación positiva o una agresión pasiva emanada de una actividad del sujeto transgresor, debido que para la verificación del respeto de la fuerza normativa de la Constitución, no bastan

²⁹ *Ibidem.* P. 64

³⁰ **Inconstitucionalidad (por omisión) 18-98** de las ocho horas y veinte minutos del veinte de Noviembre de dos mil siete.

los expedientes hermenéuticos tradicionales que, generalmente, han centrado su actividad en el campo de las transgresiones positivas a la misma; pues la inobservancia flagrante de la Ley Suprema también se consuma cuando los operadores omiten la aplicación y el funcionamiento de una norma.³¹ De ahí que, el ‘no hacer’ en la omisión inconstitucional merece ser refutado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar.³²

2. Supremacía de la Constitución. La Constitución se configura como un conjunto de normas con vocación de aplicación efectiva, respaldado por la existencia de unos órganos que velan por su cumplimiento y que pueden poner sanciones en caso contrario; como norma jurídica, posee fuerza vinculante bilateral: vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos. Por lo que parece irónico que cualquier ordenamiento que consagre la supremacía constitucional permita la impunidad de las infracciones de los mandatos contenidos en su texto, consintiendo que quede al arbitrio de un poder constituido -el Legislativo- el cumplimiento de los deberes impuestos por la norma a la que, desde un plano formal, debe obediencia.³³

Cuando el legislador omite el desarrollo de preceptos constitucionales, cuya actividad se requiere para garantizar su cumplimiento y eficacia, se vulnera la Constitución, es ahí donde la Inconstitucionalidad por Omisión, en manifestación del carácter supremo de la Carta Magna, es un mecanismo que dota de eficacia a la norma en la que se estima que existe una omisión legislativa. Por esta razón forma parte de los argumentos a favor de la figura.

³¹ *Ibidem.*

³² **Germán Bidart Campos**, *“El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa”*, Ediar, Buenos Aires, 1995. P. 348.

³³ **Patricia Estévez Huebra**, **AAVV**, *“Cien Años de Soledad: La Inconstitucionalidad por Omisión”*, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. P. 6

3. La realidad transformadora de los derechos. Si reflexionamos las conquistas sobre derechos nos daremos cuenta que no se han quedado estáticos, pues los derechos no son acabados; tampoco los ordenamientos jurídicos pueden ser expresión de concepciones universales e inmutables. Gustavo Zagrebelsky establece una teoría de derecho dúctil que nos parece interesante abordar en este punto. Como veremos más adelante, en los argumentos en contra, muchos rechazan la Inconstitucionalidad por Omisión por no encontrarse positivado en los ordenamientos jurídicos; pero, el derecho no se puede reducir a lo que un ordenamiento jurídico establece, y en este caso, no podemos reducir el rechazo de esta figura por no encontrarse establecido en la Constitución o Ley, y por ser producto de nuevas realidades jurídicas.

Según Zagrebelsky, el derecho dúctil está envuelto en una esfera anti positivista³⁴ pues, no se puede identificar el derecho con la ley, así como el positivismo jurídico niega la existencia de derechos diferentes de la voluntad recogida en la ley; pero, las realidades van cambiando y las leyes dejan de adecuarse a la práctica, surgen nuevas figuras jurídicas, se amplían derechos, es decir, surgen cambios transformadores, porque el derecho no es estático. En una visión positivista las omisiones legislativas no tienen razón de ser; por el contrario, bajo la idea de derecho dúctil, que hace referencia a un derecho moldeable/ carente de rigidez, se reconocen los cambios productos de nuevas realidades jurídicas, tal como la figura emergente en nuestro país de la Inconstitucionalidad por Omisión.

4. Eficacia de los derechos sociales. La “eficacia” hace referencia a la capacidad de alcanzar el efecto que se espera. Sobre la eficacia de las normas constitucionales, podemos diferenciar dos tipos: las normas constitucionales de eficacia plena, y las normas constitucionales de

³⁴ **Gustavo Guastini**, “*Derecho Dúctil, Derecho Incierto*”, Anuario de Filosofía del Derecho XIII, Universidad de Génova, 1996. P.111.

eficacia limitada. Las omisiones legislativas sobre derechos sociales hacen referencia a normas de eficacia limitada, pues contienen la exigencia de un obligatorio desarrollo posterior para su eficacia plena. Por lo que toda norma constitucional de eficacia limitada es un encargo al legislador.³⁵

La introducción de la Inconstitucionalidad por Omisión podría activar los derechos sociales de manera pronta, razón de ser un argumento a favor del reconocimiento de la figura, pues al desarrollar normas contenidas en mandatos constitucionales que han sido omitidas, se activa el ejercicio de esos derechos dotándolos de eficacia.

E) Argumentos en contra de la figura en la esfera social.

Algunas razones que se alzan en contra de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión se enmarcan en un ámbito positivista y que excede lo estrictamente jurídico, algunas de estas razones son:

1) La ausencia de base positiva. Es decir, la inexistencia de una previsión expresa de la misma en el seno del ordenamiento que este siendo considerado. Muchas constituciones carecen de vías necesarias para proceder al control de este tipo de vulneración, considerando que esta figura es aun emergente en ordenamientos jurídicos como el nuestro. La ausencia de regulación expresa sobre el particular también se encuentra en países como España, lo cual lleva a Pérez Royo a negar su existencia: *“Cuando hablamos de Inconstitucionalidad por Omisión estamos hablando en un sentido figurado y no haciendo referencia a un fenómeno real del universo jurídico en el que nos movemos (...) la Inconstitucionalidad por Omisión es una creación doctrinal que no tiene traducción en el Derecho positivo (...) en*

³⁵ **José Julio Fernández Rodríguez**, *“Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado...”*, **Op. Cit.** Pp. 162-164.

*efecto, nada hay en la Constitución Española que autorice a hablar de Inconstitucionalidad por Omisión.*³⁶

La falta de regulación expresa de esta figura no debe ser determinante para aceptar su negación, pues no deja de ser una visión reduccionista de los fenómenos jurídicos, debido que es posible arbitrar modos de enfrentarse a la omisión inconstitucional sin necesidad de estar regulados en el Derecho positivo; por esta razón se concluye que desde una óptica positivista extrema, resulta “justificable” negar su existencia por su ausencia de base legal, sin embargo que el derecho positivo no lo regule expresamente no es impedimento para el no ejercicio de esta figura, sobre todo si ya se contempla en la jurisprudencia nacional, pues los criterios jurisprudenciales van más actualizados que el derecho positivo. Por lo tanto, este argumento para negar la relevancia y existencia de la figura, no puede tomarse fielmente como clave para excluir la existencia de la Inconstitucionalidad por Omisión.

2) La libertad de conformación del legislador. La Jurisprudencia de nuestra Sala ha establecido en la Ref. 14-2005 del 06/12/2005 en su máxima 5: *“Queda fuera del marco de competencia de la Sala de lo Constitucional la determinación del contenido normativo de la norma infra constitucional necesaria para darle cumplimiento al mandato constitucional, cuestión que queda a disposición de la libertad de configuración del legislador.”* Este concepto, libertad de conformación del legislador, se define como: la diversidad de criterios y consideraciones que el legislador puede adoptar en la configuración de las leyes. Pero, esta libertad de conformación del legislador no responde ante la problemática de derechos sociales pausados, es decir, derechos reconocidos más no efectivizados por la falta de desarrollo en ley de un mandato constitucional; la omisión legislativa no debe presentarse como una figura extraña a la general configuración y realización del sistema constitucional, pues no se trata de

³⁶ **Javier Pérez Royo**, *“Inconstitucionalidad por Omisión”*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 3501.

mandar al legislador sobre los criterios que tiene que tomar para crear la ley en deuda, sino de exhortar al legislador que cumpla, sobre todo aquellos derechos que dependen para su ejercicio de una normativa infra constitucional, como los derechos sociales programáticos; por lo que no puede admitirse, en nombre de la libertad de conformación del legislador, que el valor jurídico de los derechos sociales y sus fundamentos terminen vacíos de contenido.

3) La división de poderes. Otro de los argumentos en contra es que la Inconstitucionalidad por Omisión no respeta el principio de separación de poderes, según el cual, los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, realizan las funciones de producción de normas jurídicas, de ejecución de tales normas y de solución de controversias, sin involucrarse uno en las competencias del otro. De acuerdo a este criterio, que se relaciona con el anterior, el hecho que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la inactividad del legislador en el desarrollo de los preceptos constitucionales, imponiéndole un plazo para dictar la normativa omitida, atenta contra la libertad de configuración normativa o discrecionalidad del legislador, el cual debe conservar la facultad de determinar el momento en que ha de ser desarrollado el precepto constitucional. Asimismo, se aduce que se vulnera el principio de separación de poderes, ante la posibilidad que el juez constitucional colme las lagunas jurídicas derivadas de la falta de desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales. Sobre este punto, nos referimos a la base histórica respecto de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, y a la Constitución de Venezuela, en donde declarada la omisión, se establece un plazo en el cual debía ser subsanado, y sí transcurrido sin atenderse la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictaría bases provisionales en tanto se expide la ley. Estas normas de carácter provisional, duraderas hasta que el legislador dicte la disposición que cumpla con la obligación del desarrollo legal, son

rechazadas por este argumento por vulnerar el principio de separación de poderes. Sin embargo, consideramos positivo que estas Constituciones hayan dejado de tener efectos meramente declarativos en sus sentencias, para adoptar un carácter imperativo al facultar no solo la declaración de la Inconstitucionalidad por Omisión, sino, establecer un plazo para que sea superada; y al no ser cumplido, el Tribunal está autorizado para emitir lineamientos de corrección, logrando una verdadera protección frente a la omisión y eficacia de los preceptos violados.

4) Factores Extra-jurídicos. Uno de los argumentos en contra más certeros, pero no justificativo, es que esta figura depende de factores externos, extra-jurídicos, que no solo influyen en la omisión, sino la limitan. Los factores que resaltan son: la vertiente política y económica, entre otros.

Con respecto a la vertiente política, no cabe duda que puede impedir la introducción de la Inconstitucionalidad por Omisión, en la medida que el poder político influya en los partidos políticos en el poder contra esta figura, con el objetivo de no obstaculizar las finalidades coyunturales que van apareciendo, muchas veces por la proximidad de una contienda electoral,³⁷ o, en esta misma línea, que exista subordinación a intereses políticos por lo que no dan primacía a la función legisladora de desarrollar mandatos constitucionales. Asimismo, la necesidad de desarrollo secundario se torna problemático, si las personas que conforman el órgano legisferante no poseen conocimiento jurídico-constitucional y falta de interés en adquirirlo; lo que produce una ineficaz aplicación de esos derechos que carecen de fuerza vinculante.

Con respecto a la variable económica, Miguel de la Madrid establece que el mandato jurídico, que implica frecuentemente la proyección de una voluntad política, se apoya en circunstancias de poder que, a su vez, pueden tener su

³⁷ **José Julio Fernández Rodríguez**, *"Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado..."*, **Op. Cit.** P. 179.

origen en factores de naturaleza económica.³⁸ El posible coste económico que supondría articular alguna de las exigencias constitucionales también jugaría a favor de la inexistencia de obligaciones jurídicas de desarrollo y de mecanismos para darle efectividad. Esto es especialmente patente respecto a las disposiciones prestacionales que existen en una Carta Magna y que pueden suponer enormes inversiones públicas. A ello puede sumarse el posible perjuicio a ciertos sectores que tienen poder económico, como los empresarios.

Lo anterior no deja de ser cierto, pues, la Inconstitucionalidad por Omisión, en la medida que garantiza obligaciones de desarrollo constitucional, entraría en oposición con el coste económico que supondría dar efectividad a tal obligación. Sobre este punto, como ejemplo, ¿Qué hay de los muchos trabajadores que renunciaban de sus empleos resignándose a no recibir la prestación de su tiempo de trabajo? Y lo beneficioso para los empleadores que los empleados, sobre todos aquellos con muchos años de trabajo, renunciaran; esto deja de ser beneficioso para los empleadores con la entrada en vigencia, en Enero de 2015, de la Ley de Indemnización Universal, en donde ya surgieron las primeras discusiones sobre la aplicación de esta ley.³⁹

2.2.3 GENERALIDADES DOCTRINALES DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Como ya hemos establecido, la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión es un mecanismo que busca lograr la eficacia de los derechos sociales; por ello, existe gran vinculación entre estas dos temáticas sobre las cuales versa esta investigación. Ahora nos ocuparemos de esbozar ciertos aspectos doctrinales en relación a los derechos sociales.

³⁸ **Miguel de la Madrid Hurtado**, *“Estudios de Derecho Constitucional”*, UNAM, México, D.F, Pág. 16.

³⁹ **Empresarios discuten con diputados Ley Universal de Indemnización**. Prensa Gráfica 04/Sept/13. <http://www.laprensagrafica.com/2013/09/04/empresarios-discuten-con-diputados-ley-universal-de-indemnización>. Consultado el 19/05/14.

A) Definición de los derechos sociales.

Desde el Estado Social, el ciudadano ya no es considerado únicamente en su dimensión individual, sino que está inmerso en el conjunto de la sociedad. De esta forma, el individuo no será titular tan solo de los clásicos derechos subjetivos que le otorgaba el liberalismo, sino que también, posee unos derechos que exigen prestación por parte del Estado llamados derechos sociales, que están directamente relacionados con el respeto a la dignidad de la persona, la libertad e igualdad, pues buscan superar las desigualdades sociales para lograr una existencia digna del ser humano.

El derecho social se define como el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo.⁴⁰

Cabe mencionar, que la vigencia de estos derechos se encuentra condicionada a las posibilidades reales de cada país, de allí que la capacidad para lograr la realización de los mismos varía de país a país. Es decir, que pueden exigirse al Estado en la medida de los recursos que se tengan, pero esto no significa que el Estado lo puede utilizar como excusa para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando en realidad dispone de ellos.

A pesar que los derechos sociales poseen carácter programático no quiere decir que no sean verdaderos derechos, pues al estar reconocidos en la Constitución son normas jurídicas constitucionales.

B) Definición de normas programáticas y su clasificación.

Las normas programáticas son reglas constitucionales no auto-aplicativas o no auto-operativas, que requieren ser reglamentados por ley para entrar en

⁴⁰ **Lucio Mendieta**, *"Derecho Social"*, Porrúa, México, 1967. Pp. 66- 67.

funcionamiento. La no operatividad no afecta su validez, pero sí condiciona su eficacia, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exigibilidad. Según el Profesor José Korzeniak, las normas programáticas *“mencionan un determinado tema pero no lo regulan, sino que encomiendan u ordenan su regulación al legislador o a otra autoridad de la República, por lo que no son susceptibles de aplicación hasta tanto dicha regulación no se haya producido”*.⁴¹

Es importante, pues, conocer la clasificación de las normas programáticas, las cuales se dividen de la siguiente manera.

- **Por su imperatividad:** Según otorguen una facultad o impongan una obligación a los poderes constituidos, pueden ser: Normas programáticas optativas y normas programáticas de cumplimiento obligatorio.

Las primeras llamadas también meramente permisivas, son optativas porque confieren una facultad al legislador o autoridad, que la ejercerá o no según entienda conveniente. Ejemplo de estas es cuando la ley establece: “La ley podrá...establecer/conceder/aplicar/etc.” Las segundas, llamadas también normas programáticas imperativas, imponen una obligación de hacer con la que se debe cumplir.

- **Por sus destinatarios:** En relación si el encargo del constituyente de desarrollar la norma programática está dirigida a la legislatura o a otros poderes constituidos: Normas programáticas dirigidas al legislador y normas programáticas dirigidas a otras autoridades.

Las primeras son dadas con el propósito que desarrolle el precepto programático constitucional a través de leyes secundarias posteriores; las

⁴¹ **José Korzeniak**, *“Curso de Derecho Constitucional”*, citado por **Iván Castro Patiño**, Tesis Doctoral *La Inconstitucionalidad por Omisión. Una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana*, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador 2003, P. 30

segundas son menos frecuentes y pueden dirigirse a cualquiera de los poderes constituidos.

- **Por su discrecionalidad:** Según sea más o menos reglamentado el encargo de desarrollo de la disposición constitucional efectuado a la legislatura o a otros poderes constituidos, pueden ser: Normas programáticas que solo encomiendan la regulación del tema y normas programáticas que dan directrices en cuanto a cómo debe ser la regulación.

En las primeras, la norma otorga amplia discrecionalidad para el desarrollo del propósito constitucional; en las segundas, la discrecionalidad es mucho menor, puesto que la propia norma establece claras directrices.

Esta breve clasificación será útil cuando se identifiquen los mandatos constitucionales sobre derechos sociales pendientes de desarrollo para poder identificar a qué clasificación pertenece.

C) Exigibilidad y Justiciabilidad de los derechos sociales.

Lo trascendente en un ordenamiento jurídico no es que los derechos sociales se expresen, ni que se establezca un contenido mínimo de tales derechos asegurados por el derecho internacional; es decir, que teóricamente se establezcan. Lo trascendente, es que se desarrollen mecanismos para que lo expresado sea garantizado como normas jurídicas vinculantes y de efecto directo, al menos en su contenido esencial, es decir, acciones jurisdiccionales idóneas para la protección de tales derechos, haciendo referencia a una verdadera exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad. La justiciabilidad se define como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia, el cumplimiento al menos de

algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, es decir, que sea exigible judicialmente.

Se afirma que aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no significa que los beneficiados por la conducta estatal, gozan de ese derecho hasta verificar, si la población se encuentra en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. En este sentido, lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento.⁴²

La exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales debe superar los obstáculos que impiden una adecuada realización de los mismos, y es que existe una inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela, pues, las acciones judiciales tradicionales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los conflictos individuales. Se argumenta que los derechos sociales requieren obligaciones positivas del Estado, que los hace dependientes de otros factores, como fondos públicos, por lo que el órgano judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer. Cabe aclarar que los derechos sociales no se agotan en obligaciones positivas, el Estado también tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten, por ejemplo, el Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, así también el Estado debe abstenerse de interferir en huelgas.⁴³ Ciertamente algunos derechos sociales se

⁴² **Víctor Abramovich y Christian Courtis**, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en “*La Protección Judicial de los derechos sociales*”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, Ecuador, 2009. Pp. 18-28.

⁴³ *Ibídem*. Pp. 4-6.

caracterizan principalmente por exigir del Estado acciones positivas, como los derechos de prestación, pero no podemos reducir bajo “prestacionales” a todos los derechos sociales, ni afirmar que todos requieren acciones de hacer, como hemos visto el Estado también tiene deberes de abstención en los derechos sociales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió su Opinión General Nro. 9 (“La aplicación interna del Pacto”), de 1998, que hace referencia al problema de la justiciabilidad de los derechos sociales:

“En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto...”⁴⁴

Los obstáculos antes referidos se pueden resumir según la visión de Víctor Abramovich y Christian Courtis,⁴⁵ en los siguientes:

1. Determinación de la conducta debida. Existe una falta de especificación concreta del contenido de estos derechos, en el sentido que la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, que se torna imposible de identificar si la conducta debida no resulta inteligible, es decir, aclarar la especificación de su contenido y limite.

2. Autorrestricción del Poder Judicial frente cuestiones políticas y sociales. Cuando la reparación de una violación de derechos

⁴⁴ Fairstein, C. y Rossi, J. “Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Revista Argentina de Derechos Humanos, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 327-349.

⁴⁵ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, *Ob. Cit.* Pp. 18-28.

sociales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, afecta de alguna manera la admisibilidad de una demanda o el resultado favorable de la misma, puesto que las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones de hacer no cuentan con resguardos procesales suficientes y resultan por ello de dificultosa ejecución. En este sentido, no debe subestimarse la importancia de estos derechos que, a pesar, de generar un costo económico al Estado, constituyen verdaderos derechos sobre los cuales el Estado ha adquirido la obligación de garantizarlos.

3. Inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los derechos sociales. Según Ferrajoli, este argumento señala una laguna que determina la falta de plenitud del sistema o una crisis de la capacidad regulativa del derecho, pues la tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad.⁴⁶ Sin embargo, la actual inadecuación de los mecanismos o garantías judiciales no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos sociales, sino que más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos.

4. La escasa tradición de control judicial en la materia. Este obstáculo es de índole cultural y se refiere a la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos, especialmente los derechos de prestación; aun cuando el conflicto es percibido en términos jurídicos, las víctimas de estas violaciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo como la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, a partir de su desconfianza, en gran medida justificada, de la actuación del Poder Judicial.

⁴⁶ **Luigi Ferrajoli**, "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-30

Todo obstáculo referido a la justiciabilidad de los derechos sociales debe ser superado, pues la finalidad es lograr que estos derechos sean exigibles. Siendo la Inconstitucionalidad por Omisión un mecanismo para lograr que esos derechos sociales no efectivizados sean exigibles, por lo cual este apartado abona a la temática. Es decir, ausencia de justiciabilidad no corresponde a desprotección total, debido al ejercicio de este mecanismo.

2.2.4 LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES.

Habiendo visto las generalidades de la Inconstitucionalidad por Omisión -definición, naturaleza jurídica, clasificación de las omisiones y los argumentos a favor y en contra de la figura-, y las generalidades de los derechos sociales -definición de derecho social, norma programática y su clasificación, y, su carácter en la exigibilidad y justiciabilidad-, es preciso unificar las dos temáticas en una sola, tal como se ha planteado en el tema de investigación, pues el objetivo no es priorizar un tema sobre otro, que pueden ser estudiados por separado, sino conocer la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales.

En este sentido, como primer punto, se ha establecido que la Inconstitucionalidad por Omisión es un mecanismo dinamizador de los derechos sociales de manera directa, puesto que estos derechos se configuran como normas constitucionales de eficacia limitada que se traducen en concretas obligaciones de desarrollo ulterior.⁴⁷ Asimismo, es importante aclarar, que los derechos sociales constitucionalizados son auténticas normas jurídicas y no es correcto concebirlas como meros principios programáticos que no vinculan a los poderes públicos, aunque a veces en la praxis se confirme esta idea.

⁴⁷ **Javier Tajadura Tejada** “La Inconstitucionalidad por Omisión y los derechos sociales”, en **Miguel Carbonell (Coordinador)**, “En busca de las normas Ausentes”, **ob. Cit.** P. 287.

Como segundo punto, en cuanto al rol de la Sala de lo Constitucional, esta puede actuar de diversas maneras para la implementación de la normativa que ya ha sido declarada como omisiva:

1. Dictar las bases provisionales para dar plena efectividad al precepto constitucional sobre derechos sociales, hasta que el legislador actúe y subsane la omisión. Constituciones como la Venezolana contemplan estas disposiciones provisionales en defecto de la no acotación del órgano legislativo.

2. Ordenar al legislador dictar la norma, estimando un plazo, y “confiando” en la acotación del legislativo, pues, no se establece el hacer en caso de cumplirse el plazo y no acatarse.

3. La tercera manera, y más débil, sería formular una recomendación al legislador, sin ningún elemento de vinculación.

Relacionado a lo anterior, y como tercer punto, frente a un órgano renuente, la importancia de la opinión pública y de una ciudadanía activa es muy grande. Esto quiere decir, que esta figura no se puede configurar como garantía para llevar a cabo la construcción de una esfera social, sin el elemento participativo de la población. Dicha garantía reside en la conciencia jurídica, política y social del pueblo, es decir, en lo que Lucas Verdú ha denominado “sentimiento constitucional”.⁴⁸ Esto es, porque el que efectiviza los derechos omitidos mediante demandas planteadas ante la Sala, es la población.

La figura de la Inconstitucionalidad por Omisión aporta indudablemente un respaldo importante y útil a la construcción del Estado social; los gobiernos o mayorías legislativas no comprometidas con el programa constitucional de transformación social y con los derechos sociales, se verían desautorizadas

⁴⁸ Lucas Verdú, “*El sentimiento constitucional*”, Madrid, Reus, 1985, citado por Javier Tajadura Tejada, *ob. Cit.* P. 289.

ante la opinión pública, debido que, mecanismos como la Inconstitucionalidad por Omisión permiten que esas “leyes del más débil”, no puedan ser vulneradas por la complicidad y el silencio de quienes tienen la responsabilidad de crear el marco jurídico necesario para su protección.⁴⁹

Es ahí donde esta temática afirma que la introducción de la Inconstitucionalidad por Omisión activa los derechos sociales frente a la inactividad del legislador por la actividad de las demandas de la población.

2.2.5 TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN.

En virtud de la presente investigación se proponen tres teorías que brindaran aporte a la justificación de la temática.

A. Doctrina de la Supremacía Constitucional.

No puede hablarse de Inconstitucionalidad por Omisión sin reconocer la superioridad normativa y el carácter de fuente suprema de la Carta Magna. La doctrina de la supremacía constitucional en relación a la temática se puede abordar en dos enfoques principales:

1. En todo Estado debe existir un mecanismo de revisión o de control, mediante el cual se pueda verificar si las normas secundarias guardan congruencia con la Constitución, y si existe alguna normativa en colisión con ella debe invalidarse. Es decir, el proceso de Inconstitucionalidad.

2. La doctrina de supremacía constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad a las omisiones legislativas, porque impone un deber permanente de vigilar y sancionar todo tipo de contravención a la Constitución, bien se trate de acciones positivas que la violenten o bien de

⁴⁹ **Miguel Carbonell (Coordinador)**, “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por Omisión, **Ob. Cit.** P. 12.

omisiones que obstaculicen el desarrollo real de sus preceptos. Es decir, el proceso de Inconstitucionalidad por Omisión.

Ignacio Villaverde Menéndez establece que *"el fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro que la garantía de la supremacía constitucional, de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer esa supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes"*.⁵⁰

Vemos, pues, que es importante conciliar la supremacía Constitucional con las omisiones legislativas. Es por ello, que la Inconstitucionalidad por Omisión de los derechos sociales, dota de eficacia a los derechos pausados y reafirma el carácter de supremacía de la Constitución.

B. Doctrina del Estado Social.

El Estado Social de Derecho es producto de la lucha de los movimientos obreros por construir un nuevo Estado que fuera capaz de orientar la actividad de los órganos, hacia una perspectiva social como respuesta al Estado liberal, principal violador, y no garantizador de derechos sociales.

El Estado Social de Derecho es definido por un conjunto de condiciones jurídicas, políticas y económicas que propone fortalecer servicios y garantizar derechos, para proveerla integración de las clases sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y marginación a través de la compensación de las desigualdades. Mediante el Estado Social se busca reorganizar la actividad estatal para crear normas que garanticen el respeto de los derechos y libertades, y la reivindicación y tutela de los grupos sociales económicamente débiles. Propiamente dicho, un Estado Social de Derecho es aquel, donde sus elementos fundamentales (Estado, Derecho y

⁵⁰ **Ignacio Villarde Menéndez**, *"La Inconstitucionalidad por Omisión"*, Editorial McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid, 1997, p 119.

Sociedad) buscan siempre que la acción estatal se someta a las normas jurídicas, para cumplir y hacer cumplir, su principal función de velar por el bien común.

La transformación del Estado Liberal al Estado Social hizo surgir esta nueva esfera de protección por el empuje de las masas que exigían sus derechos. Esta forma de Estado es la más cercana a la sociedad civil, ya que implica la adopción de un compromiso moral colectivo para hacer frente a las necesidades básicas de los individuos en una sociedad. El Estado de Bienestar es un nuevo enfoque del Estado Social, en donde las prestaciones de servicios públicos de interés social como educación, vivienda, atención médica, asistencia social, etc., es un pilar fundamental en el papel del Estado. La crisis de este Estado fue inminente por no contar con los recursos económicos suficientes para materializar todas las necesidades que se debían garantizar, no pudiendo superar la marginación y desigualdad existente, debido a la crisis económica mundial que dio golpe al Estado Social. Sin embargo, el surgimiento de un Estado que diera prioridad a la protección de las necesidades vitales del ser humano en sociedad, ampliando la visión de una escasa protección de los intereses individuales, como en el Estado liberal, brindó el afirmamiento de la importancia de la esfera social, aún en Estados post-Estado Social.

La esfera social en la actualidad continúa en esfuerzos sociales por concretarlo; los principios de solidaridad, dignidad humana, la justicia social y el bien común, constituyen estandartes para los económicamente débiles, no así para las esferas de poder. Sin embargo, en la actualidad, los esfuerzos por dotar de mecanismos eficaces a los derechos sociales han progresado, a pesar de no ser suficientes.

El Estado Social constituyó el punto de partida en donde se le dio énfasis a la esfera social, por lo tanto, es de importancia para el abordaje de la temática.

C. Teoría del Garantismo de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli.

La teoría jurídica de Luigi Ferrajoli tiene sustento en las ideas pertenecientes a la Escuela analítica italiana (Escuela de Turín), cuyo fundador fue Norberto Bobbio. Según Ferrajoli, “garantía” es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.⁵¹

La teoría Garantista en relación a los derechos sociales, hace referencia a las obligaciones que derivan de los derechos, es decir, garantías positivas, primarias o sustanciales, y garantías negativas, secundarias o jurisdiccionales. Las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respecto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho.

Las garantías primarias u obligaciones/prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo, hacen referencia a los derechos sociales en el sentido que, deben ser precisadas por el legislador a través de mandatos claros. Por su parte, las garantías secundarias u obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad -cuando constaten actos ilícitos o actos no válidos que violen derechos subjetivos-, consisten en vías de reclamación en violación de las garantías primarias.

Las garantías de los derechos sociales es enunciado en “Derecho y Razón”, y establece que *“el enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, no se ha visto acompañado por la elaboración de garantías sociales adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional comparadas a las*

⁵¹ **Luigi Ferrajoli**, “Garantías, Jueces para la democracia”, número 38, Madrid, 2000, P. 39

*previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad.*⁵²

La teoría Garantista de Ferrajoli es aplicable al derecho penal y al procedimiento penal, pero, el autor establece la generalidad de esta teoría a todos los derechos fundamentales, haciendo referencia, en la amplitud de sus planteamientos, a los derechos sociales, punto sobre el cual retomamos esta teoría.

Uno de los enfoques de la teoría de Ferrajoli que mayor aplicación tiene a la temática es su abordaje del principio de legalidad y de jurisdiccionalidad. En el principio de legalidad, las prestaciones que satisfacen los derechos sociales deben ser impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio. El aporte del principio de jurisdiccionalidad es que en las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, deben ser sancionadas de manera que todos los derechos sean justiciales, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión, a tal fin sería necesario que las leyes no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos investidos de las correlativas obligaciones funcionales.⁵³

Esta teoría, ha sido retomada para mantener una adecuada construcción del garantismo social, punto muy importante en el desarrollo de la investigación en cuanto a las omisiones de derechos sociales del órgano legisferante, en donde la Inconstitucionalidad por Omisión es el mecanismo para garantizar el cumplimiento de los mandatos omitidos en la Carta Magna. Pero, es necesaria la aplicación de un principio imperante de jurisdiccionalidad de los derechos sociales para ampliar ese mecanismo de protección.

⁵² Luigi Ferrajoli, *“Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”*, 6° Edición, Madrid, Trotta, 2004, Pág. 863.

⁵³ *Ibidem*. Pp. 917-918.

2.2.6 EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Para concluir este Marco Doctrinal-Teórico es preciso abordar el tema de esta investigación en relación a los postulados del Neoconstitucionalismo, partiendo que en los esquemas del derecho surgen nuevos planteamientos que reformulan o transforman modelos, ejemplo de ellos es el paso de un modelo liberal a un modelo social, y este a un modelo constitucional.

El Neoconstitucionalismo como teoría constitucional surgió después de la segunda guerra mundial, y se caracteriza fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos o normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado, en el que la Constitución deja de ser una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias, para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos.

En una primera aproximación, el Neoconstitucionalismo implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de Derecho, cuyo reflejo provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador.⁵⁴ Por otra parte, y en relación a uno de los argumentos a favor de la Inconstitucionalidad por Omisión, el Neoconstitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la Constitución, como punto de conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales. Debido que, si la infracción de la Constitución escrita es lícita no constituyen normas, dado que una norma no puede ser infringida lícitamente; por el contrario, si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, todos sus preceptos son igualmente

⁵⁴ **Luis Prieto Sanchíz** “*Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho*”, Universidad de Castilla – La Mancha, Toledo, 2002, citado por **Víctor Bazán** “*Neoconstitucionalismo e Inconstitucionalidad por Omisión*”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 6, julio-diciembre, 2005. P. 123.

obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema.⁵⁵

Si bien es cierto, en nuestro país, no podemos hablar de un Neoconstitucionalismo imperante, en una visión a futuro puede llegar a adoptarse, pues sus fundamentos constituyen una ruptura con el formalismo jurídico, además de aportar buena defensa sobre los derechos sociales, considerados como medios para realización de la justicia social. Es aquí donde se centra la importancia de la relación de la Inconstitucionalidad por Omisión y el Neoconstitucionalismo, al ser una doctrina que plantea la insatisfacción de los seres humanos en cuanto al cumplimiento de sus derechos sociales por parte del Estado, por lo que pretende la fundamentalización de éstos como un medio para fortalecer la justicia social y lograr el bien común.

Por otro lado, el Neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley. Prieto Sanchís resume los preceptos del Neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

1. En carácter normativo o fuerza vinculante, pues la Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

2. En la supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

⁵⁵ **Ignacio De Otto**, *“Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”*, 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997. P. 18.

3. En la eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico-ley- para desplegar su fuerza vinculante.

4. En la garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

5. En la presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.

6. En último lugar, la rigidez constitucional.⁵⁶

El punto sobre el que se recalca la relación de este paradigma y la temática en investigación, es en la aplicación directa de las normas constitucionales, es decir, el planteamiento de las Constituciones normativas garantizadas o Constituciones con pretensión de eficacia, que además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles, y dado que se trata de normas supremas, su eficacia no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa sino que es directa e inmediata.⁵⁷ Bajo este fundamento sería importa que este paradigma abordara cómo quedan los encargos al legislador en el paradigma del Neoconstitucionalismo.

Por el momento, en nuestro país, el Neoconstitucionalismo no ha logrado traspasar las páginas de los libros, los muros de un salón de clase y conferencias. Son pocas las personas que tienen conocimiento del tema e interés en adquirirlo, por lo que es necesario identificar cuando saber si estamos en presencia de este paradigma; como se ha establecido, el

⁵⁶ **Luis Prieto Sanchís**, *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.”* Madrid, Trotta, 2003, pp. 116, 117

⁵⁷ **Luis Prieto Sanchís**, *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 5, 2001. P. 205.

Neoconstitucionalismo es protector de los derechos fundamentales, la efectividad de estos derechos y sus garantías, por lo que para afirmar la introducción de este paradigma, es necesario un cambio integral en la dirección del Estado en cuanto protección de los derechos fundamentales. En este sentido, nos referimos al Garantismo de Ferrajoli que está dirigido a asegurar las garantías idóneas para el máximo grado de efectividad de los derechos fundamentales, *no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales*.⁵⁸

Sin duda alguna, la Inconstitucionalidad por Omisión es un referente importante en la defensa de la eficacia de los derechos sociales, por cuanto el nexo entre estas dos temáticas resulta interesante y útil, no solo para esta investigación, sino para futuras.

Ahora bien, el rol de los Tribunales Constitucionales actuales es importante, pues se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento jurídico ante el legislador, es ahí donde Marc Carrillo habla de una evolución institucional que se ha comportado en una “revolución jurídica”, en la que el legislador, que es el depositario de la soberanía popular, le ha surgido un “competidor” que es la jurisdicción constitucional, dada la potestad puesta a su disposición de expulsar del ordenamiento jurídico una ley aprobada por el Parlamento, o incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad/omisión del legislador, como algunos Tribunales Constitucionales han aplicado. Carrillo establece que dicha “situación” en nada vulnera la legitimidad democrática del Estado, puesto que cuando el Tribunal Constitucional ejerce el juicio de constitucionalidad ha de actuar de acuerdo con la Constitución y no frente a ella.⁵⁹

⁵⁸ **Ob. Cit. Luigi Ferrajoli**, “El derecho como sistema de garantías...” pp. 28-30

⁵⁹ **Marc Carrillo**, “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español”, en **Raúl Morodo y Pedro De Vega**, (directores), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 1472.

2.3 BASE JURÍDICA.

SUMARIO: 2.3.1 Constitución de la República de El Salvador. 2.3.2 Ley Procesal Constitucional 2.3.3 Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional 2.3.4 Normativa Internacional. 2.3.5 Derecho Comparado.

2.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.

Toda base jurídica tiene como punto de origen una Constitución, por ello iniciaremos diciendo que nuestra Carta Magna (vigente desde el año de 1983) no regula expresamente dentro de sus normas a la Inconstitucionalidad por Omisión como tal. Sin embargo, estudiaremos los artículos relacionados a la inconstitucionalidad de manera general, puesto que son un gran sustento para poder llegar a la figura específica de esta temática.

El Artículo 174 establece que la Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional que ejercerá competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental. Se trata de una institución cuya finalidad primordial es remediar las infracciones lesivas a los derechos constitucionales que por acción u omisión cometan las autoridades o funcionarios del Estado en el ejercicio de sus funciones. La Sala de lo Constitucional estará conformada por un total de cinco Magistrados, que por su trascendental importancia e influencia en todos los demás aspectos del derecho y la justicia, su Presidente es, también, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Órgano Judicial.

***Artículo 174:** “La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138... La Sala de lo Constitucional estará compuesta de cinco Magistrados designados por*

la Asamblea Legislativa, uno de los cuales será el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien también la presidirá.”

El artículo 183 regula sobre la competencia especial de la Sala de lo Constitucional como máximo interpretador de la Constitución, competencia exclusivamente de la Sala, quien por medio de una sentencia estimatoria pronunciada en un proceso de inconstitucionalidad puede expulsar del sistema legal todas las normas contrarias a la ley suprema, y, ordenar a la Asamblea la expedición de una ley cuya omisión sea declarada. La Sala de lo Constitucional nace como mecanismo para facilitar y expeditar la aplicación de la justicia constitucional.

Artículo 183: *“La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.*

Ahora bien, señalaremos los principales artículos del Capítulo II de la Constitución, debido que dicho capítulo enuncia los Derechos Sociales, los cuales gozan de la protección del Estado y necesitan leyes secundarias que regulen su ejercicio; este Capítulo inicia con el artículo 32 que hace referencia a la familia como base primordial de la vida social. El hecho de encabezar la normativa social con normas protectoras de la familia es porque ésta es la destinataria de las restantes normas protectoras en el orden social, cultural, laboral y económico. La Constitución le otorga a este derecho una protección especial por parte del Estado, puesto que el mandato constitucional ordena integrar los organismos, los servicios y formular la legislación necesaria para su integración, el bienestar y desarrollo social cultural y económico. La Constitución de 1983, presenta innovaciones en materia de familia en relación a la Constitución de 1950, pues se encargó de

consagrar la igualdad, que es uno de los principios más importantes del Derecho de Familia.

Artículo 32: *“La familia es la base fundamentas de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.*

El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.

El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”.

Los artículos posteriores de la sección de familia, reconocen derechos como las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, el derecho de todo menor a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, igualdad de derechos a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, el derecho de toda persona a tener un nombre, -desarrollado por la Ley del Nombre de la Persona Natural-, entre otros. Para regular los derechos y deberes de esta Sección, se creó el Código de Familia. Además en este mismo Código, se establecen artículos que reiteran el compromiso del Estado de brindar protección a la Familia.

Pasando a la siguiente sección “Trabajo y Seguridad Social”, el artículo 37 reconoce como derecho social el derecho al trabajo. Asimismo, establece que el trabajo goza de la protección Estatal; sin embargo, el deber del Estado no consiste tanto en asegurar directamente el derecho al trabajo de todos los ciudadanos, sino más bien tiene el deber de promover políticas que activen el empleo, es decir, que favorezcan la creación de oportunidades de trabajo en el territorio nacional, incentivando para ello el mundo productivo.

Artículo 37: *“El trabajo es una función social, goza de la protección del Estado, y no se considera artículo de comercio.*

El Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, y para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna. De igual forma promoverá el trabajo y empleo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas, mentales o sociales”.

En los artículos siguientes de esta sección, se determina la creación de un Código que tendrá por objeto armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores, estableciendo sus derechos y obligaciones. Por lo tanto, tenemos un Código de Trabajo que regula aspectos como el salario, el aguinaldo, la jornada laboral, días de descanso, indemnización, contratos de trabajo, entre otros.

Especial importancia merece el caso del artículo 32 N°12 de la Constitución que establece la obligación de los patronos a pagar a los trabajadores que renuncien a su trabajo, una prestación económica. En nuestro país es actualmente, el caso más simbólico de Inconstitucionalidad por Omisión, puesto que la Sala de lo Constitucional ya conoció y dictó resolución al respecto. Por lo tanto, este caso será motivo de un especial análisis más adelante.

En la sección tercera, que comienza con el artículo 53, se reconoce el derecho a la educación como un Derecho Social. Por ello, se establece una obligación al Estado para que todas las personas sin excepciones, puedan tener acceso a la educación por medio de planes educativos.

La educación en El Salvador es un derecho básico constitucional y el Estado es el encargado de satisfacer la demanda educativa a sus ciudadanos. En los artículos de la Sección de Educación, se reconocen ciertos derechos por ejemplo la educación gratuita; además, contiene una serie de obligaciones que el Estado debe cumplir para poder cubrir este derecho. Para regular este derecho, la Constitución ordena la creación de una Ley que desarrolle de

manera más amplia el procedimiento que el Estado implementará para lograr que el mayor número de salvadoreños tengan acceso a la educación.

En uno de los artículos de esta sección se declara de interés social la alfabetización, para darle cumplimiento a esa disposición vemos que el Estado a través del Ministerio de Educación está ejecutando un Plan Nacional de Alfabetización, el cual responde al compromiso social de mejorar la calidad de vida de las personas por medio de la educación, retomando su obligación constitucional.

Artículo 53: *“El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana; en consecuencia, es obligación y finalidad primordial del Estado su conservación, fomento y difusión...”*

La sección cuarta, y última del Capítulo II “Derechos Sociales”, reconoce como Derecho Social la salud. Por lo que obliga al Estado a asegurar el disfrute del más alto nivel de salud tanto, físico y mental, para lograrlo el Estado debe asegurar el acceso a la salud a toda su población. Dentro de esta Sección se determina la obligación del Estado de dar asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, para evitar la diseminación de las enfermedades transmisibles. Además, ordena la creación de un Consejo Superior de Salud Pública que velará por la salud del pueblo.

El Estado procura garantizar este derecho a través del Ministerio de Salud. Asimismo, para lograr la realización de este derecho se requiere de una política nacional que contenga mecanismos esenciales no solo el tratamiento a enfermedades, sino también medidas preventivas para garantizar este derecho hacia el futuro.

Artículo 65: *“La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento.”*

El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación”.

Por otro lado, es objetivo en esta investigación, no solo argumentar acerca de las omisiones legislativas sobre derechos sociales sino identificar las deudas pendientes del legislador del Capítulo en comento, estableciendo como punto de partida la reciente sentencia de Inconstitucionalidad por Omisión de la Indemnización Universal, Ref. 53-2005/55-2005, del artículo 38 ordinal 12° en relación con el artículo 252 de la Constitución. Esta omisión por parte del legislador estaba dada por la falta de tutela del derecho a la prestación económica en los casos en que un trabajador permanente decida renunciar por su propia voluntad. Esta sentencia da un soporte jurídico para el trabajador, poniendo de manifiesto la larga omisión de la Asamblea Legislativa al no regular la tutela del derecho a una prestación económica en caso de renuncia voluntaria para los trabajadores.

La Sala de lo Constitucional dio a la Asamblea Legislativa un plazo que vencía el treinta y uno de diciembre de 2013, para que promulgara la ley en que se debía fijar de manera precisa, organizada y sistemática, las condiciones de ejercicio del derecho a la indemnización por renuncia voluntaria de los trabajadores permanentes, acatando dicha resolución al emitir la Ley Reguladora de la Prestación Económica por Renuncia Voluntaria. Sin embargo, hay que enfatizar que la referida ley aún no se encuentra en vigencia, sino hasta el año 2015 que entrará en vigor, prologando un año más este derecho de los trabajadores.

Las omisiones identificadas en referencia a la temática serán desarrolladas en el análisis de casos.

2.3.2 LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES.

En reiteradas ocasiones hemos mencionado que la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión no se encuentra expresamente regulada en

el texto constitucional ni en la Ley de Procedimientos Constitucionales (vigente desde el año de 1960). Sin embargo, la Jurisprudencia se ha encargado de ir actualizando el Derecho Procesal Constitucional de nuestro país de acuerdo a las nuevas realidades jurídicas, reconociendo la Inconstitucionalidad por Omisión a través de distintas sentencias. Por ello, es válido sostener que se puede acudir a la Sala de lo Constitucional a iniciar un Proceso de Inconstitucionalidad por Omisión, siempre que se cumplan los requisitos que la ley determina para empezar un proceso constitucional.

Artículo 1: *“Son procesos constitucionales, los siguientes:*

- 1) *El de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos;*
- 2) *El amparo; y*
- 3) *El de exhibición de la persona”.*

Esta disposición reconoce los procesos constitucionales que son aplicables en nuestro país. Reconocemos la importancia de todos ellos, sin embargo, se hace referencia al Proceso de Inconstitucionalidad pues es el relevante en la temática planteada. Este proceso es un mecanismo que sirve para resguardar el orden jurídico del Estado, en cuanto a la estratificación de las leyes, por medio del cual se pretende defender la supremacía de la Constitución, impidiendo que las normas inferiores a ella no transgredan su superioridad. Asimismo, declarando omisiones legislativas que debe ser subsanada por el órgano emisor de leyes.

Podemos sostener que la finalidad que persigue el proceso de inconstitucionalidad es: resguardar el orden constitucional y evitar excesos de poder en los órganos que tienen a su cargo la emisión de disposiciones de carácter general.

En el artículo 6, el legislador estableció los requisitos que debe cumplir una demanda de inconstitucionalidad para poder plantear de manera correcta

una pretensión ante la Sala de lo Constitucional. Es importante señalar esta disposición, puesto que la Inconstitucionalidad por Omisión es analizada dentro del proceso de Inconstitucionalidad.

Artículo 6: *“La demanda de inconstitucionalidad deberá presentarse por escrito ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y contendrá:*

- 1) *El nombre, profesión u oficio y domicilio del peticionario;*
- 2) *La ley, el decreto o el reglamento que se estime inconstitucional, citado el número y fecha del Diario Oficial en que se hubiere publicado, o acompañando el ejemplar de otro periódico, sino se hubiere usado aquél para su publicación;*
- 3) *Los motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad expresada, citando los artículos pertinentes de la Constitución;*
- 4) *La petición de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento; y*
- 5) *El lugar y fecha de la demanda, y firma del peticionario o de quien lo hiciera a su ruego.*

Con la demanda deberán presentarse los documentos que justifiquen la ciudadanía del peticionario”.

2.3.3 ANTEPROYECTO DE LEY PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Desde hace varios años la Asamblea Legislativa de nuestro país, ha tenido en discusión un nuevo proyecto de Ley Procesal Constitucional. En su texto podemos notar que contiene disposiciones que se adecuan a las nuevas realidades, pues hay muchas disposiciones en la Ley vigente que no responden con los avances de la sociedad. Este proyecto de ley contempla los comportamientos omisivos de los entes con potestad normativa en su artículo 85:

Artículo 85: *“Procede la pretensión de inconstitucionalidad contra disposiciones infraconstitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales”.*

Una Ley Procesal Constitucional moderna debe fundarse en principios democráticos, facilitar el acceso a la justicia, establecer la protección a los derechos fundamentales de la población, y mejorar los mecanismos de control que los ciudadanos pueden activar cuando una norma o un acto del Estado vulneren la Ley Suprema,⁶⁰ de tal forma que la regulación de la omisión, como forma vulneradora de la Constitución, en que incurre el órgano legislativo al no normar mandatos constitucionales, es positivo, de esta manera quedaría plasmado de manera legal para el conocimiento de aquellos que no están al tanto de los avances jurisprudenciales.

2.3.4 NORMATIVA INTERNACIONAL.

Los derechos económicos, sociales y culturales, considerados como derechos de segunda categoría, son derechos que procuran mejoras en la condición de vida. Estos derechos se caracterizan por ampliar la esfera de responsabilidad del Estado, pues imponen un deber positivo doble: la satisfacción de necesidades y la prestación de servicios. Durante mucho tiempo se ha debatido su naturaleza programática, no justiciable, debido que su reclamo es mediato porque está condicionado a las posibilidades económicas del país, o reconocidos como de “satisfacción progresiva”. Sin embargo, pese a la diferenciación de las categorías de derecho, debemos reafirmar la “indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos”, principio cristalizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en la Declaración y el Programa de Acción Mundial adoptados en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, en

⁶⁰ **Boletín de Estudios Legales**, Departamento de Estudios Legales del Boletín N° 142, Octubre 2012, P. 24.

1993. Es decir, que los derechos no son derechos contrapuestos ni indiferentes, sino que hay una conexidad entre todos los derechos humanos.

Las normas internacionales en las que se encuentran disposiciones referentes a los derechos sociales, son los tratados sobre los DESC, entre los cuales resalta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establecen obligaciones para el Estado en la defensa y protección de derechos sociales, las cuales se pueden resumir en tres:

1. Obligación de adoptar medidas inmediatas. Establecida en el numeral del artículo 2 del PIDESC: *“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”*.

De este artículo se desprenden dos obligaciones de efecto inmediato, como la de garantizar que los derechos pertinentes se ejerzan sin discriminación (art. 2,2 PIDESC) y la de adoptar medidas e implementar actos concretos en un periodo de tiempo razonable. Es por ello, que los derechos no son meros principios declarativos, sino que le señalan al Estado un rumbo claro, hacia donde debe dar los pasos necesarios para concretar el contenido de los mismos.

2. Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos. El núcleo de esta obligación es la de identificar los puntos de partida respecto de los pasos que deben darse hacia la plena efectividad de los DESC. En este sentido, los Estados deben: *“i) adoptar medidas positivas cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no*

alcancen los mínimos; ii) conservar la situación si el derecho se encuentra bien protegido”.

Al momento de evaluar el cumplimiento de las obligaciones de garantizar los contenidos mínimos, las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos disponibles. Esto significa la obligación del Estado de realizar un adecuado uso de los recursos públicos con que cuenta y, ante un incumplimiento, tendrá la obligación de demostrar que se debe a la falta de recursos disponibles.

3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad.

El sustento de esta obligación se encuentra en el PIDESC al establecer que los Estados deben lograr la realización progresiva de los derechos, al reconocer la realidad de que muchos países no cuentan con los recursos económicos y técnicos necesarios para garantizarlos de manera inmediata.

Esta noción de progresividad abarca dos sentidos, el primero implica la satisfacción plena de los DESC, que supone una cierta gradualidad. Es decir, que se requiere un cierto tiempo para que los derechos puedan garantizarse plenamente, pero a pesar de esto, existe la obligación por parte del Estado de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible. El segundo sentido es el de progreso, es decir, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC. Las medidas del Estado deben ser “deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones”.

Del principio de progresividad se deriva la obligación de no regresividad, que se explica como “la prohibición de tomar medidas que empeoren la situación de los DESC”. Cualquier medida regresiva requiere la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente.

Por otra parte, en referencia al PIDESC, se ha establecido en la base histórica que este Pacto surge en un panorama político de plena vigencia de la guerra fría, lo que lleva a una lectura diferenciada de los derechos civiles y políticos y los DESC en cuanto a sus órganos y mecanismos de protección; de igual forma, la Convención Americana de los Derechos Humanos corre en la misma línea, puesto que protege sustancialmente a los derechos individuales, dejando únicamente un artículo para referirse a los DESC (art. 26), por lo que llevó a la creencia generalizada que esta Convención únicamente regulaba los derechos individuales, y es por esta razón que fue necesario que se creara un protocolo que llenara dicho vacío, surgiendo el “Protocolo de San Salvador”.

El problema adicional que presenta el Protocolo de San Salvador, tiene que ver con la falta de instrumentalización de mecanismos procesales para demandar la violación de algunos DESC mediante la interposición de peticiones individuales ante el Sistema Interamericano. Bástenos leer su artículo 19, “Medios de Protección”, para enterarnos que únicamente representa un esfuerzo a medias para proteger el derecho del trabajador a organizarse en sindicatos y el derecho a la educación. Dicho artículo enuncia lo siguiente:

“En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Según este artículo, sólo el derecho de sindicación y el derecho a la educación podrán ser objeto del sistema de denuncias individuales previsto

en la CADH para proteger los derechos contenidos en este instrumento. No obstante, algunos de los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador han sido indirectamente protegidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por conexión con los derechos civiles y políticos consagrados en la CADH. Ejemplo: declarar la violación al derecho a un debido proceso y la protección judicial protegiendo indirectamente derechos laborales de los peticionarios.

Por lo anterior podemos concluir, que los derechos sociales tienen respaldo en la normativa internacional, que buscan, mediante la protección de estos derechos, mejorar las condiciones de aplicabilidad de los mismos para lograr una verdadera eficacia; pero, lo importante de esta afirmación no es reconocer que existe una protección internacional de estos derechos, sino, efectivizar dicha protección en nuestro país y así fortalecer el mecanismo de protección de estos derechos en nuestro país, como la Inconstitucionalidad por Omisión, y ampliarlo a la judicialización de los derechos sociales.

2.3.5 DERECHO COMPARADO.

Al inicio de este capítulo, en la base histórica, se señaló el surgimiento de la Inconstitucionalidad por Omisión en el derecho comparado, con el objetivo de dar a conocer los importantes avances que han permitido la consolidación de dicha figura. Ahora, corresponde señalar tres aportes jurisprudenciales de la Inconstitucionalidad por Omisión en los derechos sociales del Tribunal de Venezuela y dos casos del Tribunal de Colombia. Partiendo que el rol de un Tribunal Constitucional actual debe ser activo en virtud del resguardo del principio de supremacía constitucional, desprendiéndose de la concepción tradicional de legislador negativo frente a otras formas de vulneración de la Constitución, como la omisión legislativa, por ello la Inconstitucionalidad por Omisión es el resultado de una evolución de la jurisprudencia constitucional, debido que la jurisdicción constitucional, históricamente no fue concebida

para reparar la Inconstitucionalidad por Omisión, sino para inaplicar reglas inconstitucionales, y como legislador negativo, derogando normas inconstitucionales, hasta que fue necesario ampliar la protección de la Constitución declarando omisiones legislativas, e incluso, dictando bases provisionales por la mora legislativa.

El primer análisis jurisprudencial pertenece al Tribunal Venezolano en su sentencia n° 03-1100 del dos de marzo de 2005, que corresponde a la demanda de Inconstitucionalidad por Omisión de parte del Programa Venezolano de Educación Acción en derechos humanos (PROVEA) -demandantes- por no haberse dictado, dentro de un plazo razonable en derecho, la ley especial que debía contener el régimen prestacional de empleo, señalando la omisión legislativa de este derecho social. La demanda fue estimada, ordenando a la Asamblea nacional dentro de un plazo de tres meses computables desde la notificación del fallo, preparar, discutir y sancionar dicha ley, que debía adaptarse a los lineamientos generales de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, y a las regulaciones constitucionales en materia de seguridad social y trabajo, o en su defecto, un régimen transitorio que solventara la situación lesiva.⁶¹

El siguiente análisis jurisprudencial es sobre el Tribunal de Colombia, por la omisión legislativa relativa que regula el teletrabajo⁶², artículo 3° de la ley 1221 de 2008, por la omisión del legislador en regular la participación de las organizaciones sindicales en la construcción de la política del teletrabajo, estimando el Tribunal la omisión legislativa parcial, por cuanto: (i) existe un

⁶¹ **Víctor Bazán** “La Inconstitucionalidad por Omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006. P. 494.

⁶² El teletrabajo es una forma de organización laboral que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo, siendo el teletrabajador la persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios.

regulación incompleta, (ii) en un texto normativo preciso, existente y determinado del cual se deriva la omisión, (iii) el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008 excluye a los trabajadores, en cabeza de los sindicatos, de la participación en la elaboración de la política pública del teletrabajo, olvidando que tanto la Constitución como la jurisprudencia constitucional han establecido el derecho a la participación de los sectores que se ven directamente afectados con dicha política, (iv) no existe razón suficiente que justifique la omisión relativa en la que incurrió el legislador, (v) con el silencio del legislador se vulnera el derecho a la participación y (vi) pese a que existe un deber impuesto del Constituyente referido a las garantías que deben ser reconocidas a los trabajadores.⁶³ Por lo que el tribunal estimó a las organizaciones sindicales acompañar al Ministerio de Trabajo en su misión de diseñar la política pública de fomento al teletrabajo.

La labor de la Corte Colombiana es muy activista en la protección de los derechos sociales, por ello se analiza otro caso de este Tribunal que corresponde a la sentencia n° C-359/13 de junio de 2013. La demanda se presentó por omitir contemplar a la diversidad étnica y cultural de la Nación en el derecho a una vivienda digna, de los artículos 13 y 28 de la Ley 1537 de 2012, que facilitan el acceso a una vivienda digna a todos los hogares de menores recursos, al establecer la población beneficiaria de los subsidios y dentro de ésta señalar otros criterios de priorización y focalización, excluyendo dentro de la población étnica beneficiaria (afrocolombianos e indígenas), al pueblo *Rrom o Gitano*⁶⁴ y a los raizales.

⁶³ **Sentencia C-351/13** Corte Constitucional de Colombia.

⁶⁴ Los **Rrom o gitanos** que habitan en Colombia son representativos de una cultura de carácter milenario que existe actualmente en diversos lugares del mundo. De acuerdo con el Censo 2005, la población Rom en el país es de 4.832 personas (0,012% de la población). Los gitanos se agrupan en pequeñas comunidades denominadas *Kumpanias*, sin jefes centralizados, donde prevalece la endogamia, con mecanismos de resolución interna de conflictos a partir de su derecho consuetudinario.

En efecto, la Corte Constitucional procedió a determinar que se integre al pueblo romaní y a las comunidades raizales en la población beneficiaria de las medidas que en materia de acceso a la vivienda digna ha establecido la Ley 1537 de 2012. La Corte encontró que el legislador tenía el deber constitucional de incluir este sector de la población omitido dentro de los criterios de priorización y focalización de las familias potencialmente elegibles y merecedoras de subsidio de vivienda en especie, por lo que al no hacerlo incurrió en una omisión legislativa por violación del derecho a la igualdad de trato entre todas las culturas del país.

Estos avances a nivel de derecho comparado, muestran el papel activista de distintas Salas y Tribunales Constitucionales que a través de sus sentencias, exhortan al legislador a cumplir con su obligación y por medio de ello subsanar sus omisiones. Ahora analizaremos la trascendencia de esta figura en la realidad Salvadoreña mediante el análisis de casos.

2.4 ANÁLISIS DE CASOS

SUMARIO: 2.4.1 Indemnización Universal. Sentencia 53-2005/55-2005. 2.4.2 Trabajadores a domicilio. 2.4.3 Instalación y mantenimiento de salas cunas y lugares de custodia para los hijos de los trabajadores. 2.4.4 Trabajadores agrícolas.

2.4.1 INDEMNIZACIÓN UNIVERSAL. Sentencia 53-2005/55-2005.

El primer caso a analizar ha sido sin duda la más representativa en materia de Derechos Laborales que ha tenido nuestro país, la cual fue declarada por la Sala de lo Constitucional en cuanto a la omisión total de la prestación económica por renuncia voluntaria, mejor conocida como Indemnización Universal para los trabajadores permanentes, la cual por décadas había sido postergada su regulación por la Asamblea Legislativa en una ley secundaria como establece la Constitución en su artículo 38 ordinal 12° y su relación con el artículo 252.

Para poder tener una mejor apreciación de los conceptos que la propia sentencia hace, se desarrollarán las impresiones vertidas en esta, que inicia con fragmentos de la demanda presentada, haciendo mención a los artículos que se consideran violentados por la omisión legislativa como los artículos 38, ordinal 12° y su relación con el artículo 252 de la Constitución de la República.

a) Disposiciones Aplicadas.

A continuación, se despliegan los artículos mencionados y posteriormente se analizan las impresiones concernientes en materia laboral enfocadas a la sentencia en desarrollo.

***Art. 38.-** El trabajo estará regulado por un Código que tendrá por objeto principal armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores, estableciendo sus derechos y obligaciones. Estará fundamentado en principios generales que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, e incluirá especialmente los derechos siguientes:*

***12°-** La ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes, que renuncien a su trabajo, una prestación económica cuyo monto se fijará en relación con los salarios y el tiempo de servicio. La renuncia produce sus efectos sin necesidad de aceptación del patrono, pero la negativa de éste a pagar la correspondiente prestación constituye presunción legal de despido injusto. En caso de incapacidad total y permanente o de muerte del trabajador, éste o sus beneficiarios tendrán derecho a las prestaciones que recibirían en el caso de renuncia voluntaria.*

***Art. 252.-** El derecho establecido en el ordinal 12° del artículo 38 de esta Constitución, tendrá aplicación hasta que sea regulado en la ley secundaria, la cual no podrá tener efecto retroactivo.*

El Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales de Manuel Ossorio, define “renuncia” como la dimisión o dejación voluntaria de una cosa que se

posee o de un derecho que se tiene. Caso frecuente de renuncia es la que se hace de los cargos públicos o de los empleos públicos o privados, y en ese sentido equivale a dimisión.⁶⁵

Es importante recalcar la deuda del legislador en este mandato constitucional establecido; en más de treinta años las personas renunciantes no gozaban de la prestación de su tiempo de trabajo, lo que produjo malas prácticas de parte de los empleadores en “desesperar” a sus empleados más antiguos a fin que renunciaran a su trabajo y a su tiempo de trabajo, pues no había ley que hiciera aplicable la indemnización por renuncia voluntaria.

Ahora bien, la Ley Reguladora de la prestación económica por renuncia voluntaria, pendiente de entrada en vigencia en el 2015, establece ciertas condiciones para hacer efectivo este derecho a las trabajadoras y trabajadores permanentes del sector privado, e instituciones autónomas, como: tener por lo menos dos años de servicio continuo, y presentar un preaviso por escrito al patrono con una antelación de 30 días a la fecha en que se hará efectiva la renuncia en el caso de gerentes y jefaturas, y 15 días para los trabajadores que no estén contemplados en los cargos anteriores. Dicha prestación económica será equivalente a 15 días de salario básico por cada año de servicio, y estará exenta del pago del Impuesto sobre la Renta. En tanto, las trabajadoras y trabajadores tendrán derecho además a recibir el aguinaldo y la vacación anual remunerada completa o proporcional. Esta ley prevé situaciones donde se produzcan multiplicidad de renunciaciones voluntarias, en estos casos el empleador podrá diferir el pago de la compensación económica hasta en doce meses, mediante pago mensuales hechos a cada trabajador, previa resolución de la Dirección General de Trabajo.

Lo anterior no deja de ser rechazado por el sector empresarial; testimonios de enfermeras que laboran en el Hospital de Especialidades Nuestra Señora

⁶⁵ **Manuel Ossorio**, en la voz “*Renuncia*”, Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales, Primera Edición Electrónica, pág. 836

de la Paz han manifestado, en aporte a esta investigación, que los administradores del prestigioso hospital les han hecho saber que “esa ley no está dirigida para el sector privado”, lo cual no es cierto, pero dichas “afirmaciones” no dejan de generar incertidumbre en los trabajadores.

b) Análisis Crítico.

Esta sentencia tiene la particularidad que recoge un concepto poco utilizado en nuestro ordenamiento jurídico y base de nuestra temática de investigación, denominado Inconstitucionalidad por Omisión, el cual se traduce en el mecanismo que los tribunales constitucionales tienen para controlar la abstención del legislador de un mandato establecido en la Constitución, para la efectiva protección de las prestaciones derivadas de un derecho fundamental.

Tal como lo reconoce la misma Sala en su sentencia: *“...nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé la Inconstitucionalidad por Omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa. Sin embargo, la Sala considera que dicha figura o instituto es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de la función constitucional y el carácter normativo de la Constitución, su rango de supremacía y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.”*

Por otro lado, la sentencia también destaca que si bien es cierto el artículo 252 de la Constitución no le estableció al legislador un plazo para emitir la norma secundaria en referencia, eso no es un argumento justificativo para no proveerla, puesto que no es imprescindible que los mandatos constitucionales al legislador contengan un plazo para que esta accione y más aún cuando se trata de la tutela de derechos fundamentales.

El análisis de este derecho implica un alto grado de complejidad ya que, por un lado, está el derecho del trabajador, y por otro lado el impacto significativo que podría producir la implementación de dicha prestación en la economía nacional; un país como el nuestro en vías de desarrollo y falta de recursos, debe considerar la capacidad de los patronos para afrontar esta prestación, sobre todo de empresas pequeñas en el que se vean en una situación de múltiples renunciadas, esto podría llevar a una empresa, que no esté bien económicamente, a la quiebra, es por ello que el Ministerio de Trabajo ha recomendado a las empresas la creación de reservas suficientes de los pasivos laborales en sus empresas que les permitan hacer frente a esta prestación universal.

Finalmente, para satisfacción y en beneficio de la tutela de los derechos de los trabajadores, mencionamos que la Asamblea Legislativa aprobó por unanimidad la Ley contemplada en este caso, la Ley Reguladora de la Prestación Económica por Renuncia Voluntaria, la cual entrará en vigencia el 1 de enero del año 2015. Con ello, se da cumplimiento a la sentencia emitida en febrero de dos mil trece, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la que ordenaba a este Órgano de Estado, regular este derecho constitucional en una ley secundaria, como resultado de décadas de lucha de los trabajadores y en respeto de las normas establecidas en la Carta Magna que habían sido omitidas de regulación.

2.4.2 TRABAJADORES A DOMICILIO.

Con el fin de identificar omisiones legislativas pendientes de derechos sociales, corresponde analizar el artículo 41 de la Constitución y el Capítulo II “Del trabajo a domicilio” del Código de trabajo en los artículos comprendidos del 71 al 75.

El trabajo a domicilio constituye una forma antigua de empleo flexible que está cobrando nuevo auge en América Latina como resultado de los

procesos de flexibilización de las relaciones laborales y de la proliferación de las cadenas de subcontratación a nivel nacional e internacional. Según el Convenio 177 de la OIT, el trabajo a domicilio se define como el trabajo que una persona realiza:

- a) En su domicilio o en otros locales que escoja el trabajador, distintos de los locales de trabajo del empleador;
- b) A cambio de una remuneración;
- c) Con el propósito de elaborar un producto o prestar un servicio según las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros insumos.

Tradicionalmente este tipo de trabajo ha sido asociado con actividades industriales de baja productividad y situaciones de sobre-explotación y pobreza, en su mayoría en países como el nuestro, el trabajo a domicilio se realiza en la actualidad en una diversidad de sectores económicos como en el textil, confecciones, calzado, el bordado, teletrabajo, entre otros.

Por la naturaleza misma del trabajo a domicilio la subordinación entre los sujetos está muy diluida, porque no es la típica relación que se da en la fábrica. Por ello, se manejan otros conceptos que dan cuenta de esta subordinación, como el de *ajenidad* (que se refiere a las situaciones en las cuales el trabajador no pone el producto directamente en el mercado). Seguridad y salud son derechos prácticamente inexistentes para este tipo de trabajadores, pues, es frecuente que la relación de trabajo quede encubierta y sin protección social.

El artículo 41 de la Constitución establece el reconocimiento de un salario mínimo para el trabajador a domicilio, el cual se reafirma en el art. 144 del Código de trabajo; por la naturaleza de su función, el patrono es el obligado a suministrar las materias primas en todo o en parte en las fechas y horas

convenidas y a recibir el trabajo y pagar los salarios en la forma, tiempo y lugar convenidos, por lo que la Constitución establece el derecho del trabajador al pago de una indemnización por el tiempo que pierda con motivo del retardo del patrono en ordenar o recibir el trabajo o por la suspensión arbitraria o injustificada del mismo, esto se relaciona con el inciso final del art. 73 del Código de Trabajo. Por otro lado, es importante que todo patrono que ocupe los servicios de trabajadores a domicilio debe inscribirse en el registro de la Inspección General del Trabajo y deberá llevar un libro autorizado por dicho Departamento, en el que conste: (art. 72 CT)

- El nombre y apellido de sus trabajadores y la dirección del lugar donde viven;
- La cantidad y naturaleza de la obra u obras encomendadas;
- La cantidad, calidad y precio de las materias primas que suministra;
- La fecha de entrega de materia prima a cada trabajador y la fecha en que éstos deben devolver los respectivos artículos ya elaborados; y
- El monto del salario.

Sin embargo, la Constitución reconoce al trabajador a domicilio una situación jurídica análoga a la de los demás trabajadores, por lo que las condiciones del trabajo deben estar sujetas a las prestaciones sociales y demás beneficios laborales como vacaciones, aguinaldo, entre otros. Es aquí donde estamos frente a una omisión parcial, pues en la “situación jurídica análoga a los demás trabajadores” hay una deuda de regulación. Partiendo que en la realidad, el trabajo a domicilio es una práctica de explotación en donde no se cumplen sus derechos laborales mínimos pero, ante esta situación, no hay regulación que los ampare ¿Cómo podrían hacer efectivos sus derechos si no hay regulación que los ampare? Hay una deuda del legislador en este sentido pues, la Constitución reconoce una situación jurídica análoga que no

se cumple y no se regula legislativamente. Estos derechos pueden hacerse efectivos por medio de una demanda de Inconstitucionalidad por Omisión parcial, en el que se ordene al legislador regular sobre este grupo de trabajadores omitidos.

Esta omisión relativa, se hace más evidente en la falta de seguridad social para el trabajador de este rubro. Los regímenes de seguridad social, cuyo objetivo básico es proteger a los trabajadores ante los riesgos provenientes de la actividad laboral (incluyendo accidentes del trabajo y enfermedades profesionales), cubriendo por extensión los principales eventos o situaciones comunes a todas las personas (enfermedad, accidentes no laborales, maternidad, vejez y muerte), no están dentro de los derechos tutelados para el trabajador a domicilio, pues la Ley del Seguro Social y su Reglamento ni siquiera los menciona, están desprotegidos en todo sentido en el tratamiento de accidentes de trabajo y enfermedades, recordemos que estos trabajadores comparten, muchas veces, su vivienda y su espacio de producción, es ahí donde la presencia de polvo o sustancias químicas pueden tener efectos perjudiciales para el trabajador e incluso para su propia familia, los cuales al no contar con una política en seguridad social, que los proteja ante los riesgos provenientes de la actividad laboral que desarrollan incluyendo accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, e incluso situaciones comunes a todas las personas (enfermedad común, accidentes no laborales, maternidad, vejez y muerte), se ven desprotegidos y relegados como resultado de la omisión relativa a sus derechos en cuanto a seguridad social.

Desde una perspectiva de política y de planificación social, los trabajadores a domicilio necesitan y requieren de enfoques de planificación que reconozcan el hogar como su lugar de trabajo; visibilidad en las políticas que enfatice las contribuciones positivas de los trabajadores a domicilio a la vida de las ciudades; y que se garantice la participación y la voz de los trabajadores a

domicilio en la formulación de políticas tanto macro como microeconómicas. Específicamente, las políticas estatales en materia de Trabajo y Seguridad Social deben tener en cuenta las necesidades y el valor de los trabajadores a domicilio al permitir actividades comerciales en áreas tanto residenciales como urbanas.

FESPAD ha sido una institución que ha puesto énfasis crítico en el sector de los trabajadores a domicilio, reconociendo el salario precario del cual disponen, y su carecimiento de prestaciones sociales y demás beneficios laborales como vacaciones, aguinaldo, entre otros.⁶⁶

2.4.3 INSTALACIÓN Y MANTENIMIENTO DE SALAS CUNAS Y LUGARES DE CUSTODIA PARA LOS HIJOS DE LOS TRABAJADORES.

El art. 42 plantea una omisión total en cuanto a seguridad social para la mujer trabajadora, nos referimos a la obligación que se le hace al patrono de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores. El inciso segundo del art. 42 establece el mandato constitucional de regular legislativamente la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores, lo cual se omite en el Código de trabajo vigente desde 1972, ni ha existido interés para incluirlo mediante reforma al código de trabajo. Asimismo, el Estado, como principal garante, no ha tratado de implementar políticas encaminadas a cumplir con este derecho, ni los empleadores en sus políticas empresariales se han preocupado porque sean implementadas.

El mantenimiento de salas cunas y lugares de custodia para los niños de las trabajadoras vendría a ser un beneficio útil, sobre todo para las madres de recién nacidos o hijos menores que aún no están en edad de ir al kínder. Con

⁶⁶ **El Trabajo a Domicilio: una nueva modalidad de explotación**, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). En el sitio: <http://www.fespad.org.sv/el-trabajo-a-domicilio-una-nueva-modalidad-de-explotacion/> Consultado el 10/06/14.

respecto a este punto, en Chile, por medio de la Dirección del Trabajo⁶⁷, ha comprendido regulaciones importantes al respecto, como una obligación del empleador el mantenimiento de las salas cuna, que comprende la de cuidar y conservar las salas cunas en condiciones que permitan la permanencia, cuidado y atención de los menores de dos años como, la de suministrar o proveer la alimentación que los menores requieren mientras permanecen en esos establecimientos. En este referido punto, el empleador no está obligado a pagar los gastos de los útiles de trabajo y de los útiles de aseo, utilizados por los menores de dos años que son llevados por la madre trabajadora a una sala cuna, salvo que las partes así lo hayan pactado expresa o tácitamente. Asimismo, el Código de Trabajo, regula al respecto en su art. 203:

"Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o Estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local del trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter."

En nuestro país, en cuanto a políticas empleadas por el Estado, el único avance que se ha tenido es la creación de la Ley de Lactancia Materna aprobada en el año 2013 la cual solamente hace mención en su artículo 35 a que *"Los patronos tienen la obligación de establecer un espacio higiénico, dentro del centro de trabajo, para que las madres puedan extraerse y conservar la leche materna"*. Pero específicamente acerca de las salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores no hay disposición al

⁶⁷ Dictamen de la Dirección General de Trabajo **Nº 3126/85**.

respecto, por lo que evidencia una omisión total del mandato constitucional comprendido en el art. 42 inciso dos.

2.4.4 TRABAJADORES AGRÍCOLAS.

El Artículo 45 de la Constitución establece que los trabajadores agrícolas tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales. Por lo que el Código de Trabajo contempla disposiciones especiales para el trabajador agrícola desde el art. 96 al 99.

El trabajo agrícola se define, según el art. 96 CT, en referencia a las labores propias de la agricultura como la preparación y roturación de tierras destinadas al cultivo, siembra, operaciones de riego, cuidado y protección de plantaciones a excepción de las que se realicen por medio de maquinarias aéreas. Las disposiciones especiales para el trabajador agrícola y las disposiciones generales del trabajo agropecuario (art. 84-95 CT) nada hablan sobre las prestaciones de seguridad social de los trabajadores de este rubro, por lo que identificamos en este caso una omisión relativa o parcial.

El art. 45 de la Constitución hace referencia también a los trabajadores domésticos, y en sus disposiciones especiales del Código de Trabajo (art. 76-83) tampoco hace referencia a la seguridad social de los trabajadores. Pero, es necesario analizar la Ley del Seguro Social y su Reglamento para concluir sobre la omisión parcial del art. 45 de la Constitución.

La Ley del Seguro Social no contempla los supuestos de los trabajadores agrícolas y domésticos, sin embargo el Reglamento para la Aplicación del régimen del seguro social en su art. 2 establece:

Art. 2.- El régimen del Seguro Social no será todavía aplicable:

a) A los trabajadores domésticos;

- b) *A los trabajadores eventuales; y*
- c) **A los trabajadores agrícolas.**

Sin embargo, a partir de Agosto de 2010, por iniciativa del Presidente Mauricio Funes, los empleados domésticos pueden gozar de los beneficios médicos al ser afiliados al ISSS, por lo que aunque en el Reglamento se contemple que el régimen del seguro social no es aplicable a los trabajadores domésticos, en la práctica está operando por lo que no hay omisión parcial en este sentido. No así en el caso de los trabajadores agrícolas, que no tienen acceso al seguro social, lo que implica que no tienen cobertura para servicios de salud o pensiones de retiro, tampoco tienen la prestación social de los aguinaldos y el pago de la vacación anual remunerada. Vemos como el sector laboral en el agro está desprotegido y no goza de efectividad en sus prestaciones sociales, por lo que la obtención de prestaciones como el seguro social y el sistema de pensiones para los trabajadores es una de las propuestas aún en deuda.

La Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones en el art. 9 inciso final establece que los Trabajadores agrícolas (y domésticos) serán incorporados al Sistema de acuerdo a las condiciones y peculiaridades de su trabajo, del cual se dictará un Reglamento Especial. Asimismo, el art. 14 establece que el ingreso base para calcular las cotizaciones obligatorias de los trabajadores agrícolas, domésticos, por ser salarios inferiores al mínimo, “...serán señalados en el Reglamento respectivo”. Reglamento en deuda, el cual reafirma la omisión parcial de los trabajadores agrícolas en materia de seguridad social, el cual es un mandato constitucional pendiente de regulación legislativa. Esto da vía para la demanda de la Inconstitucionalidad por Omisión parcial sobre este punto, el cual es el mecanismo que vendría a dar respuesta a esta omisión legislativa.

Como establecimos, parte del objetivo de la presente investigación no solo era argumentar sobre la Inconstitucionalidad por Omisión y su relación en los

derechos sociales, sino también aportar a la investigación elementos que no han sido abordados, tales como las omisiones legislativas pendientes en nuestro ordenamiento jurídico del Capítulo II “Derechos Sociales”, identificando 3 omisiones del área laboral: dos de carácter parcial como la omisión en seguridad social de los trabajadores a domicilio y los trabajadores agrícolas, y una de carácter total como el mantenimiento de Salas cunas para los niños de los trabajadores.

2.5 DESAFÍOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SALVADOR.

Para concluir el desarrollo investigativo, es importante conocer los desafíos que representa la implementación de la temática, pues, el ejercicio de la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales ha sido activado mediante demandas ante la Sala de lo Constitucional, pero no ha sido suficiente pues aún hay un gran sector en la población que desconoce este mecanismo, razón de su escaso ejercicio. Tristemente aún hay profesionales del derecho que desconocen de esta figura, si bien es cierto es una figura emergente en nuestro ordenamiento jurídico, contemplado únicamente vía jurisprudencia, pero no es justificación para no estar al tanto de las nuevas realidades jurídicas; fue en el año 2000 que la Sala resolvió la primera demanda de Inconstitucionalidad por Omisión en nuestro país, por lo que han pasado 14 años para consolidar el conocimiento de la figura, y sí aún hay carencias o déficit de conocimiento en el ámbito profesional del derecho cuanto más en la población en general. Este déficit de conocimiento ha sido producto del desinterés en educar a la población en el mecanismo para activar el ejercicio de un derecho omitido en un mandato constitucional pendiente de regulación, como la Inconstitucionalidad por Omisión. Esto afirma el primer desafío en relación a la investigación tal como lograr una promoción de cultura constitucional, es decir, una educación en relación a los derechos que se poseen, y aquellos sobre los cuales hay

omisión. Sin lugar a dudas este primer desafío está relacionado con otro como la participación activa de la ciudadanía; los derechos no son acabados por lo que es necesario el ejercicio de las exigencias para la conquista y consolidación de nuevas formas de derecho, o la concretización de derechos reconocidos, mas no efectivizados, por lo que estamos ante derechos pausados, como el caso de la Indemnización Universal, que tuvieron que pasar 30 años para la creación de una ley que contemplara este derecho laboral. ¿Qué hubiera pasado si no se hubiera presentado demanda de Inconstitucionalidad por Omisión de este derecho? Probablemente la Asamblea Legislativa aún no hubiera discutido al respecto, pues hablar de derechos sociales es hablar de dinero, de inversión o gastos, por ello su reconocimiento como derechos extravagantes o derechos caros, pero estas dificultades no deben ser obstáculos para la imposibilidad de realización de estos derechos, sino por el contrario, se debe de hacer un máximo esfuerzo para superar las barreras a fin que los derechos sociales constituyan verdaderas garantías para la persona.

Otro desafío correspondiente es lograr la fijación de la figura dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, consideramos que esto contribuirá al conocimiento generalizado de este mecanismo. La formas para la inclusión de esta figura puede realizarse mediante reforma constitucional, pero esto no es tan sencillo por las exigencias que conlleva reformar la Constitución, por lo que recomendamos la urgente ratificación del nuevo Proyecto de Ley Procesal Constitucional, puesto que en sus disposiciones establece la procedencia de la omisión en la que incurren los entes con potestad normativa.

Los desafíos en virtud de los roles que desempeña el Estado, la Asamblea Legislativa y la Sala de lo Constitucional son importantes de analizar, ya que por un lado, el Estado es el principal garante de los derechos de la persona, incluidos los derechos sociales, por lo que debe dar primacía a la función

protectora de estos derechos que han sido considerados en el tiempo como débiles; en este punto es importante plantear como reto la justiciabilidad de los derechos sociales para lograr una verdadera exigibilidad de los mismos. No podemos ignorar que la esfera de los derechos sociales ha sido encuadrada dentro de programas, primordialmente de orden social, debido a que el Estado se encuentra en la obligación de atenderlos a través de actuaciones positivas o medidas prestacionales. Estos derechos han sido relegados dentro de una noción de progresividad, por lo que hablar de "derechos programáticos", es suprimir parte de la esencia de los derechos fundamentales por la de ser satisfechos paulatinamente en el tiempo, y no de derechos que requieren de la urgente protección por parte del Estado. En este sentido, la Inconstitucionalidad por Omisión se evidencia en el resquebrajamiento del principio de solidaridad y del mencionado principio/derecho de dignidad, es por ello que estos derechos deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución.

Asimismo, la Asamblea Legislativa debe de agilizar las leyes reguladoras de los derechos sociales aún omitidos, y brindar verdadera protección mediante reformas a las leyes sobre aquellos derechos que comprenden omisiones parciales. Es decir, normar de manera eficaz a los derechos sociales, conectándolos con deberes de cumplimiento, de denuncia y sanción ante prácticas omisivas que permitan violación a derechos sociales. Por su parte la Sala de lo Constitucional debe ser protagonista en la defensa de los derechos sociales, e incluso adoptar la implementación de *sentencias aditivas* para hacer frente a las omisiones parciales por la inactividad del legislador. Cabe concluir que los desafíos planteados deben ser implementados a corto plazo para que este mecanismo represente una verdadera garantía en la eficacia de la esfera de los derechos sociales.

**CAPÍTULO III:
“OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS”**

**SUMARIO: 3.1 Operacionalización 3.2 Técnicas de Investigación. 3.3
Conceptos Fundamentales.**

3.1 OPERACIONALIZACIÓN.

Objetivo General 1: Identificar, mediante el análisis de la realidad, el actual déficit de conocimiento de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión.

Hipótesis General 1: El déficit de conocimiento de la Inconstitucionalidad por Omisión, por ser una figura jurídica emergente en la realidad jurídica salvadoreña, trae como consecuencia la escasa producción de demandas por parte de la ciudadanía y la escasa admisión de demandas por parte de la Sala de lo Constitucional.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Inconstitucionalidad por Omisión es la inobservancia total o parcial de mandatos constitucionales, producto de la inacción del legislador dentro de un plazo razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.	<ul style="list-style-type: none"> • Sala de lo Constitucional. • Política Judicial. • Universidades • Escuelas de derecho. 	Déficit de conocimiento de Inconstitucionalidad por Omisión.	<ul style="list-style-type: none"> • Déficit de Cultura Constitucional. • Déficit de conocimiento. • Figura jurídica reciente. • Falta de garantía de un derecho fundamental. 	Consecuencia de la escasa producción de demandas por parte de la ciudadanía y la escasa admisión de demandas por parte de la Sala de lo Constitucional.	<ul style="list-style-type: none"> • Desconocimiento. • Poco ejercicio procesal. • Demandas ineficientes. • Formación del abogado. • Visión lus privatista (literalismo jurídico).

Objetivo General 2: Establecer la importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión en relación a los derechos sociales desde nuestra realidad y en los aportes a nivel de derecho comparado, para lograr un efectivo cumplimiento del respeto a los mandatos constitucionales.

Hipótesis General 2: La falta de desarrollo de las omisiones legislativas sobre derechos sociales es una negación del principio de Supremacía Constitucional; por ello, se necesitan condiciones a corto plazo que representen garantías para el ciudadano, tomando como referente los avances de Derecho Comparado.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
El mandato constitucional al legislador es una orden, expresa o implícita, de normar ciertas situaciones o regular ciertos derechos para que sean ampliados en su protección, el cual no debe ser vulnerado en virtud de su Supremacía.	<ul style="list-style-type: none"> • Asamblea Legislativa. • Políticas del Estado. • Programas del Estado. • PIDESC • Comité DESC 	La falta de desarrollo de las omisiones legislativas sobre derechos sociales es una negación del principio de Supremacía Constitucional.	<ul style="list-style-type: none"> • Omisión. • Mandatos constitucionales de derechos sociales. • Eficacia normativa de la Constitución. • Principio de Supremacía Constitucional. 	Se necesitan condiciones a corto plazo que representen garantías para el ciudadano, tomando como referente los avances de Derecho Comparado.	<ul style="list-style-type: none"> • Condiciones políticas. • Condiciones jurídicas. • Condiciones sociales. • Condiciones económicas. • Garantías. • Eficacia.

Objetivo Específico 1: Determinar las diferentes causas que genera el déficit de cultura constitucional en nuestro país para lograr el desarrollo normativo de la Inconstitucionalidad por Omisión.

Hipótesis Específica 1: La falta de regulación expresa de la Inconstitucionalidad por Omisión en nuestro país, constituye la principal causa del déficit de cultura constitucional y el desconocimiento de la figura.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
La regulación expresa es la determinación de cierto hecho, derecho o figura en el ordenamiento jurídico de un país.	<ul style="list-style-type: none"> • Asamblea Legislativa. • Política Judicial. • Participación ciudadana. • Grupos de presión. 	Falta de regulación expresa de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión.	<ul style="list-style-type: none"> • Incertidumbre a futuro. • Nuevos criterios de la Sala. • Continuidad del desconocimiento. • Falta de garantía para el ciudadano. 	Principal causa del déficit de cultura constitucional y desconocimiento de la figura.	<ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de regulación. • Falta de garantía para el ciudadano. • Política Judicial.

Objetivo Específico 2: Conocer los avances de jurisprudencia comparada en la Inconstitucionalidad por Omisión con respecto a derechos sociales para lograr la implementación en nuestro país.

Hipótesis Específica 2: La jurisprudencia constitucional comparada, en relación a la Inconstitucionalidad por Omisión, debe tomarse como referente en nuestro país para lograr un avance en materia de aplicación y garantía de Derechos Sociales; en consecuencia, el desarrollo normativo constitucional de otros países plantea una mejor perspectiva de esta figura ante la falta de desarrollo en nuestro país.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Jurisprudencia: Conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, de las cuales se puede extraer la interpretación de los jueces a una situación concreta.	<ul style="list-style-type: none"> • Tribunales Constitucionales. • Sala de lo Constitucional. • Interpretación Constitucional. 	La Jurisprudencia Constitucional Comparada de la Inconstitucionalidad por Omisión, debe tomarse como referente en nuestro país para lograr un avance en materia de aplicación y garantía de Derechos Sociales.	<ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de la figura. • Derecho comparado. • Jurisprudencia Comparada. • Pertinencia. • Eficacia de los derechos sociales. 	El desarrollo normativo constitucional de otros países plantea una mejor perspectiva de la figura ante la falta de desarrollo en nuestro país.	<ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de la figura en El Salvador. • Pertinencia de la jurisprudencia comparada. • Experiencias que aportan.

Objetivo Específico 3: Determinar la necesidad de la implementación de sanciones ante comportamientos omisivos excesivamente dilatorios y la importancia del papel activista de la Sala de lo Constitucional ante la ausencia de dicha sanción.

Hipótesis Específica 3: La falta de sanción expresa ante la omisión de desarrollo de mandatos constitucionales permite la vulneración de los derechos sociales; esta puede superarse con la implementación de sanciones expresas.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
La sanción es la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica.	<ul style="list-style-type: none"> • Asamblea Legislativa. 	Falta de sanción expresa de las omisiones legislativas.	<ul style="list-style-type: none"> • Omisión Legislativa. • Sanción. 	Permite la vulneración de los derechos sociales y puede superarse con la implementación de sanciones expresas.	<ul style="list-style-type: none"> • Exclusión. • Víctimas. • Derechos sociales. • Sanciones Expresas

3.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

Las técnicas de Investigación son los procedimientos e instrumentos que se utilizan para acceder al conocimiento, de entre los cuales se destacan las entrevistas en sus variables: no estructurada, semi-estructurada y estructurada, así como las encuestas, guía de observación, entre otras.

El instrumento a utilizar, en la presente investigación, es la entrevista no estructurada, el cual se caracteriza por la elaboración de preguntas flexibles o abiertas, es decir, que la respuesta está sujeta a la interpretación del entrevistado por la amplitud de la pregunta, dichas preguntas están basadas en los objetivos de la investigación, sin embargo el contenido, orden, profundidad y formulación de la pregunta está en manos del entrevistador. Este tipo de entrevistas es muy útil en los estudios descriptivos y en las fases de exploración para el diseño del instrumento de recolección de datos.

Por otra parte, las unidades de análisis son las personas que responderán el instrumento en colaboración con la investigación; para el presente estudio se entrevistarán cinco especialistas, de los cuales se detallan a continuación:

- Magistrado (1)
 - Subdirector Ejecutivo (1)
 - Coordinadores (3)
- } **Unidades de análisis.**

3.3 CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

Análisis: Observación de un objeto en sus características, separando sus componentes e identificando tanto su dinámica particular, como las relaciones de correspondencia que guardan entre sí.

Análisis de datos: Es el procedimiento práctico que permite confirmar las relaciones establecidas en la hipótesis, así como sus propias características.

Causa: Todo aquello que produce un efecto o cambio; condiciones que preceden un hecho.

Cuadro estadístico: Es el arreglo ordenado, de filas y columnas, de datos estadísticos o características relacionadas, con el objeto de ofrecer información estadística de fácil lectura, comparación e interpretación.

Dato: Producto del registro de una respuesta. Proposiciones singular, existencial, o postulado que se acepta para el planteamiento de un problema. Enunciados confirmados por la hipótesis.

Entrevista: Preguntas en forma oral que hace el investigador a un sujeto para obtener información, las cuales anota el investigador.

Hipótesis: Enunciado relacional entre variables que los investigadores formulan como una explicación razonable o tentativa.

Interpretación de resultados: Es la vinculación de los resultados de los análisis de datos con la hipótesis de investigación, con las teorías y con conocimientos ya existentes y aceptados.

Variable dependiente: Es cualquier respuesta o característica conductual en la que esperamos encontrar el efecto producido por los cambios operados en la variable manipulada. La variable dependiente es, pues, el indicador conductual de un constructo psicológico y como tal debe ser fiable, válido, sensible. La variable dependiente suele ser clasificada teniendo en cuenta dos criterios: el cualitativo (criterio cualitativo) y el cuantitativo (criterio cuantitativo).

Variable independiente: Son las causas iniciadoras de la acción. Cuando se pretende estudiar su efecto, reciben el nombre de variables manipuladas (activas o de manipulación directa, y asignadas o de manipulación indirecta). Cuando se convierten en fuentes de confusión son objeto de control.

**CAPÍTULO IV:
“ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN
DE RESULTADOS”**

SUMARIO. 4.1 Presentación de Resultados. 4.1.1 Descripción de la Entrevista no estructurada 4.2 Interpretación de Resultados 4.2.1 Primer Bloque de Entrevistas 4.2.2 Segundo Bloque de Entrevistas 4.3 Análisis de los Resultados 4.3.1 Análisis del Enunciado del Problema 4.4 Resolución de Hipótesis 4.4.1 Hipótesis Generales 4.4.2 Hipótesis Específicas 4.5 Logro de Objetivos 4.5.1 Generales 4.5.2 Específicos

4.1 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.

El objetivo de este apartado es presentar, describir, analizar y argumentar los instrumentos de investigación científica recolectados, a través de las Entrevistas No Estructuradas a las cinco unidades de análisis mencionadas en el Capítulo III; los datos obtenidos de manera directa en las entrevistas - así como el desarrollo de la investigación en el Capítulo II-, servirá para dar respuesta a los objetivos e hipótesis planteados al inicio de la investigación, del cual fueron formuladas las preguntas a los especialistas.

4.1.1 Descripción de la entrevista no estructurada.

El investigador pretende acceder a la perspectiva del sujeto entrevistado para favorecer el desarrollo de la investigación al integrar, cualitativamente, la opinión y análisis de los especialistas con el desarrollo investigativo realizado. Este tipo de entrevista fue realizada a los siguientes especialistas:

1. Licenciado Sidney Blanco. Magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
2. Licenciado Abraham Abrego. Sub Director Ejecutivo de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD).
3. Licenciado Gustavo Adolfo Campos, Coordinador de Inconstitucionalidades de la Sala de lo Constitucional.
4. Licenciado Mauricio Ernesto Trejo. Coordinador del área de Derecho Constitucional y Derechos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ).
5. Licenciado Oscar Pineda. Coordinador del Área de Inconstitucionalidad Democrática del Departamento de Estudios Legales (DEL) de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES)

4.2 INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

A continuación se establecen las respuestas de los entrevistados en orden de las preguntas realizadas a cada uno de ellos, del que se hará un análisis comparativo en dos bloques: el primer bloque consiste en las entrevistas al Magistrado Blanco y el Licenciado Abrego, y el segundo bloque de las entrevistas a los Licenciados Campos, Trejo y Pineda. Este método facilitará la comparación de respuestas.

4.2.1 PRIMER BLOQUE DE ENTREVISTAS.

Pregunta 1.

¿Es la Inconstitucionalidad por Omisión parte de un déficit de cultura Constitucional o déficit de conocimiento?

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

Pienso que sí, en realidad hay muy pocos reclamos de los ciudadanos frente a las omisiones del legislador de cumplir mandatos Constitucionales. Los procesos Constitucionales en los que se enjuicia la omisión de la Asamblea Legislativa es muy escaso, y el desconocimiento de los ciudadanos es la causa para el no reclamo de estas omisiones. El hecho que la figura no esté expresamente regulada influye por nuestra tendencia al literalismo, hay un pensamiento generalizado que si no está dicho no se puede hacer uso de ese reclamo.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

Pienso que ha habido una evolución de la cultura Constitucional en relación a la Inconstitucionalidad por Omisión, que no fue prevista en la Constitución de 1983 expresamente, por un problema de no entendimiento de la figura. La figura ha sido adoptada en algunas Constituciones desde los años 70 en adelante, pero no en la Constitución Salvadoreña, a pesar de ello la

Jurisprudencia posterior lo ha ido adoptando, esto implica que ha habido una evolución de la figura y una evolución en la cultura. En un principio no se conocía de esta figura, porque se consideraba que la Inconstitucionalidad solo se aplicaba en el caso de la actividad legislativa y no de la omisión legislativa. Así que la Inconstitucionalidad por Omisión es parte de una figura en evolución de conocimiento y un avance de cultura Constitucional.

- **Análisis Comparativo:**

Ambos entrevistados dan diferentes enfoques de la respuesta, el primero de ellos, Magistrado Blanco, se refiere a los pocos procesos de Inconstitucionalidad por Omisión, que se refleja en un desconocimiento general de la figura y cómo su ausencia de regulación en la Constitución o Ley es un factor que influye en dicho desconocimiento. Por otra parte, el Licenciado Abrego, enfoca su respuesta en el avance jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional en reconocer la figura, por lo que se infiere que para él la Inconstitucionalidad por Omisión no es parte de un déficit de cultura Constitucional sino parte de un avance de cultura Constitucional.

PREGUNTA 2.

¿Cuál es su postura sobre los mandatos Constitucionales pendientes de desarrollo legislativo en relación a los derechos sociales: son normas programáticas o verdaderos derechos fundamentales?

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

Yo creo que no son excluyentes -sí son normas programáticas o derechos fundamentales-. Son normas programáticas porque son previsiones del constituyente para que puedan ir cumpliéndose paulatinamente, o para que las pretensiones del constituyente se desarrollen en el tiempo; en el sentido que la propia Constitución prevé su desarrollo posterior y se espera que el legislador lo desarrolle. Pero, también está referido a derechos

fundamentales. Es decir, que son normas de carácter programático y son derechos sociales fundamentales.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

Para mí, son derechos vinculantes jurídicamente y no son programáticos. Incluso existen tesis que la Sala de lo Constitucional no ha adoptado totalmente, pero que cuestionan la necesidad de leyes para aplicar los derechos, ya que deberían ser derechos autoaplicativos. Es decir, que son derechos vinculantes desde el momento que están y son reconocidos en la Constitución, por lo que no son programáticos.

- **Análisis Comparativo:**

Los entrevistados tienen, en un primer plano, posturas enteramente encontradas, por un lado el Magistrado Blanco está de acuerdo que los derechos sociales son normas programáticas y derechos fundamentales, aunque no argumenta porqué; por otro lado, el Licenciado Abrego rechaza que los derechos sociales sean programáticos pues, son vinculantes por su reconocimiento en la Constitución, y establece que *“deberían ser autoaplicativos”*, de lo que se infiere que no lo son. Este argumento se contrasta con su respuesta en la pregunta 4, que llama la atención porque es una postura diferente de la que tomó en este punto: *“Los derechos sociales requieren más una intervención legislativa, pues si no hay leyes que desarrollen esos derechos, no se llevan a la práctica; es importante que los derechos sociales estén reconocidos en la Constitución, pero para llevarlos a la práctica, eso no es suficiente”*. En esta pregunta el Licenciado Abrego argumenta que los derechos sociales no son programáticos, pero más adelante concluye que tienen carácter programático. El grupo investigador infiere que en esta pregunta el Licenciado Abrego optó por escoger una de las dos opciones presentadas: derechos programáticos o derechos

fundamentales, del cual es Magistrado Blanco no distinguió uno del otro al considerar que “*no son excluyentes*”.

PREGUNTA 3.

¿Pierde validez el principio de Supremacía Constitucional ante las omisiones legislativas?

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

Creo que sí, la Constitución contiene un programa político, económico, social, que se ve desmejorado cuando, a pesar del mandato Constitucional, las autoridades no desarrollan la materialización de esos mandatos. La Supremacía Constitucional no debe tener una actitud pasiva, sino que la Supremacía Constitucional está orientada a que los contenidos Constitucionales tengan vida propia, vida material, que se puedan realizar y desarrollar. Cuando la Constitución reconoce los derechos sociales, lo que se espera es que los beneficiarios de estos derechos (los ciudadanos), puedan materializarlos y establecer los causes para hacerlos efectivos. Entonces, la Supremacía Constitucional se ve debilitada cuando hay omisión en el desarrollo de la protección de estos derechos.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

Creo que no, siempre y cuando la omisión no sea del contenido esencial del derecho, me refiero que la Constitución enuncia un derecho que debe ser regulado posteriormente en, y ese derecho está bien estipulado su contenido, en ese caso lo que faltaría es desarrollarlo, la Constitución no perdería peso, pero si se deja al Legislador definir el contenido y el alcance de un derecho, porque la Constitución no lo deja claro, se le deja al Legislador secundario una tarea propiamente Constitucional y de alguna manera pierde fuerza la Supremacía Constitucional.

- **Análisis Comparativo:**

Ambos entrevistados coinciden que la Supremacía Constitucional se ve “debilitada” o “pierde fuerza”, con la diferencia que el primer entrevistado, lo establece de forma amplia y el segundo entrevistado de forma restringida. Para el Magistrado Blanco, cuando la Constitución no desarrolla la materialización de un mandato Constitucional que afecta el ejercicio de un derecho, la Supremacía se ve debilitada. El Licenciado Abrego restringe, pues para él no toda omisión legislativa afecta la Supremacía Constitucional, sólo cuando no se estipula el contenido del derecho omitido, pues implicaría que el legislador establecería el alcance de ese derecho. Por ejemplo, que el art. 38, 12º no estableciera que el monto de la prestación económica del trabajador que renuncia sea fijado en relación al salario y tiempo de servicio, regulando únicamente “La ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes, que renuncien a su trabajo, una prestación económica.” Quedando en el legislador establecer el alcance de ese derecho.

PREGUNTA 4.

¿Porque es más dramática la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales? ¿Será por su reconocimiento como derechos débiles o derechos caros?

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

Efectivamente en el tema de los derechos sociales lo primero que pensamos, cuando hablamos de ellos, es en aquel segmento de la población, que suele ser mayoritario, que no tienen acceso al disfrute de los mismos; quienes tienen los recursos para pagar un médico, para garantizarse el estudio, o que tiene asegurado un trabajo porque proceden de buena familia, -para ellos- hablar de derechos sociales previstos en la Constitución no suena a nada, no

les preocupa que este o no regulado, los tienen garantizados. Entonces, los derechos sociales se vuelven más dramáticos para la mayoría de la población que no tiene acceso a los mismos, a la educación, al trabajo, a la salud.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

El problema y la característica de los Derechos Sociales es que implica, en su mayoría, acciones positivas para cumplir dichos derechos, pues requieren acciones del Estado, no como los Derechos Civiles que son más omisiones, es decir, que la autoridad se abstenga de restringir esos derechos. Los derechos sociales requieren más una intervención legislativa, pues si no hay leyes que desarrollen esos derechos, no se llevan a la práctica, por lo tanto, la omisión del Legislador se vuelve fundamental en el caso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque para llevarlos a la práctica es importante que estén reconocidos en la Constitución, pero no suficiente. Incluso la mayoría de Jurisprudencia en este tema, tiene que ver con los derechos Sociales por ese lado, porque son más sensibles.

- **Análisis Comparativo:**

Ambas respuestas siguen una misma línea pues se reconoce que hablar de derechos sociales es hablar de derechos sensibles, derechos que no están asegurados para la mayoría de la población que necesita de ese aseguramiento. Por ello, estos derechos deben ser dotados de garantías adecuadas para su protección, para que sean derechos exigibles, no simples programas a desarrollar según los recursos que se posean, pues los recursos pueden poseerse el problema es que no se priorizan en las áreas sociales. Por esta razón es que la Inconstitucionalidad por Omisión se vuelve más dramática cuando se trata de la esfera social, tal como se contempló en la investigación en la importancia que los derechos sociales tuvieran fuerza normativa, no simbólica, el cual es importante pero no suficiente.

PREGUNTA 5.

Ante una hipotética reforma a la Constitución, sería correcto establecer sanciones a la Asamblea Legislativa ante omisiones legislativas.

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

La Constitución tiene su propio escudo protector para los legisladores (Art.125Cn), allí se amparan no solo por lo que hacen sino también por lo que dejan de hacer, pero en realidad debería de construirse alrededor de la inactividad, una serie de reclamos al legislador. Las sanciones deberían generarse por parte de la población, debido que se supone que los legisladores son sometidos a evaluación ciudadana en cada período de elecciones, por lo que se requiere generar mayor conciencia en la población. Todos los funcionarios, incluidos los diputados, debemos responder por lo que dejamos de hacer y sobre todo en este tema de los derechos sociales que deben ocupar un lugar preferente en la vida de la sociedad, y lo que debe hacer un Estado a la hora de distribuir su presupuesto, es pensar como cubrir todas las necesidades para garantizar el uso y el disfrute de los derechos sociales, esta debe ser una de las conquistas de los propios ciudadanos, exigir más, y me parece muy interesante el tema de otros Tribunales Constitucionales que han tenido la capacidad de controlar el Presupuesto General de la Nación, al juzgar que determinados rubros de derechos sociales están muy reducidos en la cobertura a través del presupuesto.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

Creo que sería importante siempre y cuando se trate de obligaciones expresas en la Constitución. Por ejemplo en la Indemnización Universal, hay una obligación expresa, porque dice “este derecho será regulado por una Ley”. Otro punto importante de aclarar serían los plazos, es decir, cual es el

plazo para emitir la Ley, ya que la jurisprudencia habla de plazos razonables. Para que haya una sanción debe haber una infracción concreta, siempre y cuando haya eso, creo que sería importante que hubiera sanciones por el incumplimiento pero, regulado adecuadamente o precisar cuáles son las conductas, sino puede dar lugar a querer sancionar al Legislador por todo. De hecho hay una sanción tacita en este tema: cuando la Sala declara la Inconstitucionalidad por Omisión, y el legislador no emite la ley, hay Tribunales Constitucionales que en este caso, el mismo Tribunal regula, esta es un especie de sanción porque prácticamente quita esa facultad del legislador y la toma el Órgano Judicial.

- **Análisis Comparativo:**

Ambos entrevistados están de acuerdo que existan sanciones, el primer entrevistado se inclina a las sanciones por parte de la población, es decir, una especie de premio/castigo, pues el ciudadano tiene en sus manos el poder de decisión, ya que los legisladores son sometidos a evaluación ciudadana en cada período de elecciones, para esto, recalca generar mayor conciencia en la población. Por su parte, el Licenciado Abrego, considera importante el establecimiento de sanciones siempre y cuando se traten de infracciones concretas, para no *“dar lugar a querer sancionar al Legislador por todo”*.

El establecimiento de sanciones vendría a reforzar la fuerza normativa de la Constitución en el establecimiento de garantías y controles para hacerla valer frente a las omisiones del órgano legislativo, sin embargo, se reconoce la dificultad para que dichas sanciones se hagan realidad, por lo que la pregunta establece “un hipotético caso”, que desde ya se perfila como una difícil realidad. Las respuestas del segundo bloque de entrevistas enriquecerán la conclusión sobre este punto, valioso para la comprobación de hipótesis, que se verá más adelante.

PREGUNTA 6.

¿Cuáles son las condiciones externas o factores extrajurídicos que inciden en las omisiones legislativas, y cuáles son las condiciones que se requieren a corto plazo que representen garantías para la eficacia de los derechos sociales?

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

Hay que reconocer que si la Constitución desarrolla derechos sociales esto significa costo, en eso se traduce, hablar de derechos sociales es hablar de dinero para poder financiarlos, porque son derechos cuantificables económicamente, no solo para el Estado sino también para las empresas. Cuando estuvimos deliberando la Indemnización por retiro voluntario de los trabajadores, que es un tema novedoso, estábamos preocupados por aquellas empresas que se vieran obligadas a indemnizar a varios trabajadores, y que tratándose de empresas pequeñas representara una desmejora económica fuerte que pudieran hasta hacerlas quebrar, o que las pusieran en aprietos económicos. Los derechos sociales también se traducen en mantener la sensatez respecto a la protección, no se trata de hacer quebrar al Estado o a las Empresas con el propósito de garantizar, pero sí deben de potenciarse más los presupuestos para la protección de estos derechos. Con respecto a las condiciones a corto plazo, en nuestro país, los políticos tienen una visión un poco extraña, dan prioridad a los viajes, a las fiestas y no a la protección de los derechos sociales, hospitales sin medicamentos, sin camas para los enfermos, las atenciones de intervenciones quirúrgicas por tiempos excesivamente prolongados, las condiciones precarias de las escuelas, que luego lo contrastas con excursiones completas de diputados a Europa, es difícil comprender si hay interés en la protección de los derechos sociales. Esa política distributiva del presupuesto, es dramático, lo que refleja es el desinterés en la protección de

los derechos. Entonces, las políticas a corto plazo debe ser cambiar esa mentalidad, los derechos sociales están para proteger a las mayorías necesitadas y deben establecerse los mejores esfuerzos para ofrecerlos con dignidad a los ciudadanos, abandonar las suntuosidades estatales, los despilfarros, gastos innecesarios, inversiones inútiles, no sé quién tendrá ese cambio de mentalidad pero es urgente hacerlo.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

Dentro de los factores extrajurídicos encontramos: La cultura de los Diputados. No todos tienen una cultura Constitucional que los lleve a tener una programación en la Asamblea Legislativa para que vean qué obligaciones tienen en materia Constitucional para legislar, sino que, generalmente va surgiendo de la misma ciudadanía que pide, entonces hay poca voluntad política debido a la poca cultura Constitucional. Otro factor, sobre todo en el caso de los Derechos Sociales, es el factor económico, pues estos implican inversión. Así también el poder -otro factor-, en el caso de la indemnización universal los Legisladores nunca lo abordaron, porque había mucho rechazo por parte de la Empresa Privada, entonces tuvo que haber una evolución para que se diera este caso. El poder es un factor importante porque aquí se ve cual sector es el afectado y que sector tiene poder para detener esa reforma. En cuanto a los factores a corto plazo, al ser los derechos sociales, derechos que van por la idea de tener un programa, por ello son de naturaleza programática, no porque no sean obligatorios, sino porque el Estado debería proyectar su evolución, la primera característica que resalta es su progresividad, es decir, una condición que debería estar incluido en los planes o programas de Gobierno, o proyectos sociales, y en la proyección presupuestaria, que es una condición básica. Muchas veces los presupuestos no están sujetos a un plan para desarrollarlos sino al arbitrio de cada Gobierno. Otra condición importante, es que haya una ciudadanía que exija, porque muchos de estos derechos si no hay una

organización social que los exija, no avanzan. Muchos de estos derechos se han logrado porque las personas se han preocupado a exigirlos, en el ámbito laboral o de igualdad de género, por ejemplo, porque si no hay esa contraloría difícilmente se lograría el reconocimiento de los derechos o su desarrollo. Entonces, las condiciones son económicas, financieras, pero también de priorización, por ser un país pobre. El presupuesto puede priorizar más en programas sociales que en inversión, es más de política.

- **Análisis Comparativo:**

Los entrevistados coinciden en la necesidad de afrontar los problemas de los derechos sociales y generar soluciones. El factor económico, un cambio de visión y la priorización presupuestaria, son los ejes de la respuesta del Magistrado Blanco. Por su parte el Licenciado Abrego, agrega la cultura Constitucional, la voluntad política, una ciudadanía más activa, y los programas de gobierno. Centrando como condiciones a corto plazo, un cambio de visión y la inclusión de los derechos sociales en programas de gobierno.

PREGUNTA 7.

Representa un riesgo que el reconocimiento de la figura se regule únicamente vía jurisprudencia y se deben examinar los avances del derecho comparado para plantear una mejor perspectiva ante la falta de desarrollo en nuestro país.

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

Tanto como riesgo no, porque los Tribunales Constitucionales o las Salas Constitucionales tienen la capacidad para poder regular a veces situaciones que el legislador no quiere, esto es uno de los grandes retos que se tiene sobre el límite del Tribunal, que se puede llegar a regular situaciones que corresponden propiamente al legislador. En realidad, cuando las Salas o los

Tribunales interpretan la Constitución, las interpretaciones llegan a formar parte de la propia Constitución que está por encima de la actividad legislativa. De manera que el hecho que por la vida jurisprudencial se desarrollen algunos aspectos que el legislador no ha querido, no le veo ningún riesgo, porque pienso que los Tribunales son más sensatos que el legislador, y a la hora de hacer reconocimiento de los derechos sociales, un Tribunal puede tener mayor interés o mayor necesidad de proteger los derechos sociales que el propio legislador que tiene tantas otras cosas. Con respecto al derecho comparado, este ha tenido mucha influencia en las decisiones de este Tribunal, obviamente identificando qué clase de Tribunales vamos a seguir, debemos conocer las condiciones en que han pronunciado los fallos. Por ejemplo en materia de derechos sociales tenemos grandes referentes como Colombia y Costa Rica. La jurisprudencia extranjera abre los ojos, a lo mejor uno pueda encasillarse en un análisis determinado, lees una jurisprudencia extranjera y te da luz para poder ir más allá, sin perder de vista el Sistema Salvadoreño, el carácter Republicano, democrático y también la realidad del país. No puede una Sala de lo Constitucional como la nuestra, emitir sentencias excesivamente protectoras de derechos que al final no las puedan cumplir, de nada sirve condenar a millonarias indemnizaciones que no sean capaces de cumplirlas. La realidad del país tampoco podemos desconocerla, no podemos estar emitiendo sentencias que al final van a ser materialmente imposibles de cumplir.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

Se encuentra más desventaja en regular, por ejemplo, hay legislaciones que solo permiten que el Tribunal Constitucional pueda declarar la Inconstitucionalidad por Omisión, en cambio sí lo dejamos en la Jurisprudencia esto va evolucionando, caso por caso, es más abierto, lo cual dependerá que se tenga un Tribunal progresista, pero queda más libertad, en cambio cuando se regula se corre más riesgo que la figura quede demasiado

restrictiva. Incluso hay Legislaciones que establecen la procedencia de la Inconstitucionalidad por Omisión en los mandatos Constitucionales expesos, en cambio la Jurisprudencia, menciona no solo la omisión expresa sino también la implícita, deja abierta la puerta para otros derechos. En cuanto si se deben examinar los avances del derecho comparado para plantear una mejor perspectiva ante la falta de desarrollo en nuestro país, considero que la figura está bien desarrollada en el país, en la Jurisprudencia actual nadie cuestiona que no exista la figura, pero podría ayudar la Jurisprudencia Comparada, ya que la nuestra ha sido algo restrictiva, en los casos donde no está expresamente la obligación de legislar.

Por ejemplo, la Inconstitucionalidad por Omisión planteada sobre el Aborto, en la cual se alegaba que la Constitución había omitido señalar casos en los que había conflicto entre el derecho de la madre y el no nacido, que no regulaba las excepciones, señalando que el Código Penal no regulaba tales excepciones. En este caso, la Sala de lo Constitucional la rechazo, hay varios casos que ha rechazado por criterio jurisprudencial, el criterio no es cerrado, sino que analiza, para ver si aunque no está expresamente lo está implícitamente. Se puede decir que en la Jurisprudencia de nuestro país se ha reconocido implícita y expresamente, otra cosa es que haya sido restrictiva en lo implícito. Pero la jurisprudencia de otros países puede ayudar a enriquecer lo que ya hay de Inconstitucionalidad por Omisión, porque son pocos casos los que ha aceptado la Corte en este sentido.

- **Análisis Comparativo:**

El Magistrado Sidney Blanco no considera como un riesgo que la figura se regule únicamente vía jurisprudencia, *“porque los Tribunales Constitucionales o las Salas Constitucionales tienen la capacidad de regular a veces situaciones que el legislador no quiere”*. Por su parte el segundo entrevistado considera que *“existe mayor desventaja si se regula la figura*

porque prácticamente se estaría limitando, en cambio si se deja en la Jurisprudencia este tema puede ir evolucionando". Ambos entrevistados coinciden que es bueno examinar los avances del Derecho Comparado para fortalecer la figura de Inconstitucionalidad por Omisión

PREGUNTA 8.

¿Ha tenido la Sala de lo Constitucional un papel activista o conservador, protagónico o deficiente sobre el tema y cuál debe ser el papel de la Asamblea Legislativa cuando la Sala declare la Inconstitucionalidad por Omisión de un derecho social?

MAGISTRADO SIDNEY BLANCO.

Nosotros en la Sala de lo Constitucional somos sensibles al tema de la protección de los derechos sociales, convencidos de que los destinatarios de estos derechos son personas que necesitan de esa protección. Por ejemplo en el tema del derecho al trabajo, especialmente en su dimensión de la estabilidad laboral, en ese tema la Sala ha abundado en una jurisprudencia protectora del derecho social al trabajo. Por ejemplo los servidores públicos, en la jurisprudencia anterior de esta Sala su estabilidad estaba sujeta a la vigencia del contrato y como en las disposiciones del presupuesto se establecía la facultad de contratar por tiempos determinados a los servidores públicos, las instituciones hicieron un excesivo uso de esa disposición que le permitía contratar y las plazas de Ley de Salario se convirtieron en contratos. Los servidores públicos tenían que estar sujetos a renovación de contratos, se veían desesperados, la jurisprudencia ha ido permeando un poco ese tema. Ahora nosotros decimos que la naturaleza del trabajo determina la estabilidad; si el trabajo es permanente está obligado a renovar el contrato a menos que concurra una causa para separarlo previo proceso cuando el servidor público se ha vuelto deficiente o cuando se trata de empleos de confianza. De manera que de la carrera administrativa

garantizada por el derecho a la estabilidad, es una conquista que ha habido en el tema de protección de los derechos sociales (En el tema de derecho al trabajo). En el tema al Derecho a la Salud la sala ha emitido muchas sentencias relacionadas con esa protección. En derecho a la educación es menos, hay pocos reclamos en materia de educación. Nosotros en la Sala estamos asumiendo un activismo en la protección de Derechos Sociales, la Asamblea Legislativa respecto a la Inconstitucionalidad por Omisión laboral reaccionó y ha regulado sobre esa situación.

LICENCIADO ABRAHAM ABREGO.

En el caso de la Sala, ha sido muy protagónica y ha tenido un rol muy activista, de hecho se le ha cuestionado por ser demasiado activista, incluso a veces la Sala se ha tomado la atribución de decirle al Legislador como debería regular. Por su parte la Asamblea Legislativa, lo que tendría que hacer es lo que hizo en el caso de la Indemnización Universal, es decir, a partir de la Sentencia que emitió la Sala de lo Constitucional, la cual es una Sentencia Aditiva, porque decía o le daba algunos parámetros de como regular, empezar el proceso de como formular una nueva ley, y así desarrolla el proceso de formación de Ley, entonces esto es lo que debería hacer con cualquier Derecho Social, regular, cumplir con la obligación. Lo que habría que ver en este caso, es en cuanto a las Sentencias Aditivas si hay contradicciones, entre lo que está diciendo la Sala y el Legislador, ya que podría haber conflictos, en tal sentido, que pasa si lo que ordeno o dijo la Sala no es como lo regularon o tenga todos los elementos de cómo lo regularon, entonces podría decirse que no se cumplió con la Inconstitucionalidad por Omisión. Esto sería un aspecto importante, como no está regulada la figura, es aquí cuando han surgido los conflictos, pero la obligación del Legislador debería ser, si está declarada la Omisión, regularla. Pero hasta qué punto va a seguir el Legislador lo que ha dicho la Sala, lo mejor sería resolver por la vía de la regulación, de los alcances de las

Sentencias Aditivas que no están en la Ley de Procedimientos Constitucionales, porque si no lleva a que el Legislador puede de repente decir, no quiero acatar porque me va a decir lo que tengo que hacer , y no lo hace, es ahí cuando la Sala toma la facultad, y ahí empieza el conflicto entre ellos, lo mejor sería que este regulado claramente cuáles son los límites de las Sentencias Aditivas y entonces ya le quedaría al Legislador la obligación para elaborar la Ley.

- **Análisis Comparativo:**

Ambos entrevistados coinciden al responder esta interrogante, pues consideran que el actual papel de la Sala de lo Constitucional es activista, a diferencia que el licenciado Abraham Abrego lo cataloga también como un papel protagónico. Encontramos similitud entre ambos entrevistados al responder, cual es papel de la Asamblea Legislativa ante una Inconstitucionalidad por Omisión, pues señalan que lo adecuado es reaccionar como lo ha hecho el Órgano Legislativo, obedeciendo las Sentencias que emite la Sala de lo Constitucional.

4.2.2 SEGUNDO BLOQUE DE ENTREVISTAS:

Se seguirá la mecánica anterior con la diferencia que el análisis contendrá la comparación de respuestas del segundo bloque, una conclusión comparativa de los cinco entrevistados, y una breve conclusión del grupo investigador.

Pregunta 1.

¿Es la Inconstitucionalidad por Omisión parte de un déficit de cultura Constitucional o déficit de conocimiento?

LICENCIADO GUSTAVO ADOLFO CAMPOS.

Para mí no porque en mi trabajo lo veo todos los días, aun cuando fui estudiante fue un tema que lo vi y me pareció interesante, pero si nos vamos

a la población en general considero que sí, no hay conocimiento de este mecanismo, y aun cuando lo hay, no se hace buen uso de él, muchas demandas no han sido admitidas por errores básicos de planteamiento, es decir hay un déficit de cultura Constitucional que aun impera, y se hace evidente con este tipo figura que aún no tiene conocimiento generalizado.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

Pienso que el problema de desconocimiento de la figura no es a nivel de abogados, por lo menos se supone, pero probablemente sí hay desconocimiento en el resto de personas, de hecho la gente no suele conocer demasiados casos sobre los procesos Constitucionales. Este tema es muy importante, pues es una herramienta para buscar la protección de un derecho social que no se está cumpliendo, el problema es que no está muy difundido.

LICENCIADO MAURICIO TREJO.

Considero que no, la Sala que tenemos actualmente es bastante proactiva en este sentido, creo que la cultura Constitucional ha avanzado bastante en estos últimos años y esta falta de regulación, ya fue suplida por la jurisprudencia que ha emitido la Sala en varias ocasiones, entonces considero que la cultura Constitucional está creciendo, aunque falta mucho por recorrer en temas importantes como este.

- **Análisis comparativo:**

Los primeros dos entrevistados coinciden que la población en general no tiene conocimiento sobre este tema, como establece el Licenciado Pineda *“las personas no suelen conocer demasiados casos sobre los procesos Constitucionales”*, y en el tema de la Inconstitucionalidad por Omisión, a pesar de ser un tema no tan reciente, el problema es que *“no está difundido”*. Para el tercer entrevistado, la cultura Constitucional ha avanzado en los

últimos años, respondiendo la pregunta de forma general, pero, concluye que *“falta mucho que recorrer en temas como este”*.

De las cinco entrevistas realizadas: el Magistrado Blanco, Licenciado Campos y Licenciado Pineda, coinciden en sus respuestas. El Licenciado Abrego reconoce que la figura es un avance en la cultura Constitucional, y para el Licenciado Trejo, la cultura Constitucional ha avanzado, pero faltan más avances en temas como la Inconstitucionalidad por Omisión.

El grupo investigador considera que sí bien es cierto, constituye un avance el reconocimiento de la figura vía jurisprudencia, en base a la investigación realizada, no hay un conocimiento suficiente sobre la temática, el cual se evidencia no solo con las escasas demandas presentadas, sino también por el inadecuado planteamiento de algunas de ellas, lo que ha resultado en inadmisibilidades, desestimaciones y sobreseimientos. Además del evidente desconocimiento de la población en general, producto del desinterés en educar a la población en el ejercicio de este mecanismo, para efectivizar un derecho pausado. Por ello, afirmamos la necesidad del desafío propuesto: lograr una promoción de cultura Constitucional, que está íntimamente relacionado con la necesidad de una activa participación ciudadana.

PREGUNTA 2.

¿Cuál es su postura sobre los mandatos Constitucionales pendientes de desarrollo legislativo en relación a los derechos sociales: son normas programáticas o verdaderos derechos fundamentales?

LICENCIADO GUSTAVO ADOLFO CAMPOS.

El tema de los derechos sociales es delicado, pues hablamos de leyes posteriores de las que dependen su ejercicio y programas para que se hagan efectivos, es decir, poseen un carácter prestacional, que no por ello el Estado debe desatenderlos. Sin embargo, los derechos sociales son derechos

fundamentales, porque están reconocidos en la Constitución. Se dice que estos derechos imponen un hacer para el Estado, pero también amparan prohibición de vulneración a través de abstenciones estatales: el Estado no debe vulnerar la salud o la educación. La segunda virtualidad aplicativa de este tipo de derechos es que se imponen frente al legislador de manera que deben desarrollar sus mecanismos de protección. Y, la tercera consecuencia de caracterizarlos como derechos fundamentales es que pueden ser protegidos a través de los procesos Constitucionales.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

No queda ninguna duda, jurisprudencialmente, que todo lo que está en la Constitución es exigible, es norma aplicable, incluso sin desarrollo legislativo posterior, eso es lo que en principio pienso de todo el contenido de la Constitución, esta es una visión general: La Constitución es norma jurídica de aplicación inmediata, pero con los derechos sociales sucede que la aplicación directa, la ejecución y la materialización, muchas veces ni siquiera dependen de regulación, sino de políticas públicas. Por ejemplo, en el caso de la Indemnización Universal, hacía falta regulación, porque es un derecho social que no es exigible al Estado, es un derecho social que es exigible a un privado. Pero, hay derechos sociales que son exigibles del Estado, para que se hagan realidad, pueda que se necesite una ley que detalle más el derecho, pero aun así puede que no se haga realidad, esto porque el cumplimiento de los derechos sociales desde el Estado es un tema de política pública, no legal. Mi posición es que la Constitución es de aplicación directa en todo, pero que los contenidos de ella, la ejecución y la materialización, a veces no se concretan, no por desarrollo legislativo sino por políticas públicas.

LICENCIADO MAURICIO ERNESTO TREJO.

* Pregunta omitida por razones de tiempo.

- **Análisis Comparativo:**

La discusión de esta pregunta es una de las más controvertidas, por un lado, no se niega que los derechos sociales sean derechos fundamentales: están reconocidos en la Constitución, y todo derecho contenido en la Constitución debería ser de aplicación inmediata, sin embargo, la Constitución contiene mandatos constitucionales sobre derechos sociales, que se caracterizan porque son, en su mayoría, derechos de hacer, es ahí donde el Licenciado Pineda afirma que *“los derechos sociales desde el Estado es un tema de política pública, no legal”*, porque aun desarrollando secundariamente estos derechos, sí son derechos exigibles del Estado, puede que no se cumplan hasta ser incluidos en programas sociales, entonces el desarrollo legislativo no vendría a garantizar el ejercicio de un derecho.

De los cuatro entrevistados que se les realizó esta pregunta, todos coinciden que los derechos sociales son derechos fundamentales, y mencionan el carácter programático de estos derechos. Lo que se pretende es que los derechos sociales sean exigibles, auto aplicativos, sin embargo, en la realidad se comprueba que no lo son. Es por ello, que el grupo investigador reafirma la necesidad del reto propuesto: la justiciabilidad de los derechos sociales para lograr una verdadera exigibilidad de los mismos.

PREGUNTA 3.

¿Pierde validez el principio de Supremacía Constitucional al existir omisiones legislativas?

LICENCIADO GUSTAVO CAMPOS.

El principal argumento que ha utilizado la Sala de lo Constitucional (Inc. 2-95) es que si no se activa este tipo de proceso jurisdiccional (a petición de los ciudadanos) para proteger las omisiones legislativas, estaríamos dejando de lado la fuerza normativa de la Constitución y su carácter de imperatividad.

En la Inc. 37-2004 se dijo que si no se activan estos procesos de Inconstitucionalidad por Omisión estaríamos situando al legislativo al mismo nivel del constituyente, porque él tendría la facultad de decidir si va a cumplir o no con la Constitución. A la inversa, significaría que las omisiones del legislativo van haciendo ineficiente la Supremacía Constitucional. La imperatividad de la Constitución, es la capacidad de imponerse en la realidad y ser norma jurídica vinculante. Si el legislativo tiene la opción de cumplirla o no estamos ante una norma que no vincula. Respecto a la pérdida de eficacia o de imperatividad Constitucional, la Sala reconoce que si no se activaran estos procedimientos y si no se protegiera a través de la Inconstitucionalidad por Omisión, efectivamente estaríamos ante un incumplimiento de la Constitución, por lo que mediante el proceso de la Inconstitucionalidad por Omisión se trata de Salvar ese carácter normativo y esa Supremacía.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

Creo que lo que pierde a veces es efectividad, pero la idea de Supremacía siempre se mantiene, la Constitución siempre va a mantener su característica suprema, no se trata que porque hay un contenido en la Constitución que no se cumple de forma inmediata deja esta de ser suprema, lo que hay es una imposibilidad material de llevarlo a cabo, una imposibilidad del Estado de cumplir la exigencia de esos derechos, pero la Constitución sigue siendo suprema, es decir, la obligación existe, la Constitución sigue siendo suprema, lo que hay es una violación a la Supremacía Constitucional y por eso mismo es que existe la Inconstitucionalidad por Omisión.

LICENCIADO MAURICIO ERNESTO TREJO.

El principio de Supremacía Constitucional es lo que viene a dar pauta para que pueda existir la Inconstitucionalidad por Omisión, ya que la Constitución es la ley suprema para que pueda entonces aplicarse ante una omisión del

Legislador, el prever los mecanismos correctivos, entiéndase para el caso, jurisprudencia Constitucional, pedir al Legislador que implemente estas leyes en el menor tiempo posible. Aclarando que la Sala en ningún momento puede dar la Legislación, pero si establecer los mecanismos bajo los cuales pueda darse e incluso los tiempos en los cuales ya esta ley debe estar debidamente aprobada. Aquí no es que la Sala este obligando o invadiendo funciones, si partimos que la Constitución es producto de la Soberanía Popular, cuando la Constitución nace a la vida jurídica se sobreentiende que tiene ese respaldo popular, entonces es el pueblo a través de los constituyentes quien le establece las funciones al Legislador, entonces la Sala lo único que viene hacer es decirle al Legislador que tiene un mandato, el cual no lo ha cumplido, es decir, lo que hace es, no entrometerse en las funciones del Legislador sino que respetar la soberanía popular y en base a eso mandarle a la Asamblea que emita la ley pertinente.

- **Análisis Comparativo:**

Existe una diferencia de criterios en el primer y segundo entrevistado, el Licenciado Campos responde en base a la Jurisprudencia: en las omisiones legislativas hay incumplimiento de la Constitución, el mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión “trata de salvar” la supremacía Constitucional. Evidenciando en su postura que la Supremacía se ve afectada en la violación de los mandatos constitucionales. Por otra parte, el Licenciado Pineda responde que la Supremacía Constitucional se mantiene, lo que se ve afectado en su efectividad y por ello el mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión dota de efectividad un derecho omitido. Sin embargo, el Licenciado Trejo, se refiere a la supremacía Constitucional como un argumento a favor de la Inconstitucionalidad por Omisión, omitiendo manifestar una postura sobre la pregunta.

De los cinco entrevistados a los cuales se les realizó esta pregunta, encontramos diversidad de posturas: los entrevistados que trabajan en la Sala de lo Constitucional, Magistrado Blanco y Licenciado Campos, están de acuerdo que la Supremacía se ve afectada ante las omisiones legislativas, el Licenciado Abrego está de acuerdo en un sentido restringido, el Licenciado Pineda no está de acuerdo, y el Licenciado Trejo omitió dar una postura sobre la pregunta.

Se ha establecido, en el desarrollo investigativo, que la Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ella ordena que se haga, por lo tanto la Supremacía Constitucional es el fundamento del control a las omisiones legislativas.

PREGUNTA 4.

¿Por qué es más dramática la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales?

LICENCIADO GUSTAVO ADOLFO CAMPOS.

El problema de la crisis de los derechos sociales, de su carácter prestacional y su eficacia, es que estos derechos se han supeditado a réditos electorales, cuando termina la campaña se acaban las promesas y cumplimientos, solo vamos a tener publicidad, estos derechos no están siendo protegidos porque han sido estigmatizados, porque se subutilizan en campañas electorales nada más. Los derechos sociales son tan sensibles para la población que los necesitan, y generalmente, los presupuestos de gastos estatales son siempre desequilibrados.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

Existen derechos que lo único que necesitan del Estado es que no estorbe, hay otros donde el Estado debe de hacer, entonces, el dramatismo es que obliga al Estado a hacerlo, pero si todos exigimos cómo lo va a cumplir, es

ahí donde la Inconstitucionalidad por Omisión es un proceso para hacer realidad una normativa de la que depende el buen ejercicio de un derecho. También puede que sea más dramático o no, dependiendo de la situación económica del Estado.

LICENCIADO MAURICIO ERNESTO TREJO.

Tal vez por el contenido de los mismos derechos, para mí, sería dramático en todo caso, no solo en los Derechos Sociales, también podría serlo en los Derechos Políticos, Derecho al Medio Ambiente, entre otros. En realidad una de las interpretaciones la podría hacer en cuanto a la jerarquía de los derechos, que en cuanto a textos didácticos se mantiene la división.

- **Análisis Comparativo:**

Los entrevistados coinciden que los derechos sociales son derechos sensibles a la población y destacan los factores siguientes: estos derechos se han supeditado a réditos electorales, se necesita que se incluyan en los presupuestos de gastos estatales, dependen del factor económico, en conclusión, requieren acción. En esta pregunta, todos los entrevistados, coincidieron las posturas de sus respuestas. Sobre este punto, el grupo investigador reafirma la importancia de la opinión pública y de una ciudadanía activa, es decir, la construcción de la esfera social no puede configurarse sin el elemento participativo de la población.

PREGUNTA 5.

Ante una hipotética reforma a la Constitución sería correcto establecer sanciones a la Asamblea Legislativa ante omisiones legislativas.

LICENCIADO GUSTAVO ADOLFO CAMPOS.

En un hipotético caso, para que haya sanción debe establecerse quien debe hacer cumplir las sanciones, seguir otro procedimiento para determinar el

incumplimiento, la responsabilidad, y quiénes son los que omiten. Es complicado si hablamos de responsabilidad como órgano, pues si se establece una multa económica, va a salir del patrimonio del Estado y si establecemos la responsabilidad personal habría que ver los diputados que van a votar, porque la responsabilidad no es compartida. La individualización de las personas responsables sería muy difícil para determinar quién es el que está omitiendo. La intención es buena, tratar de forzar al legislativo a cumplir con aquellos mandatos que le impone la Constitución, pero veo dificultad a la hora de individualizar una omisión que se le atribuye al órgano.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

No sé si sería viable imponer sanciones, creo que el obligar a legislar a la Asamblea Legislativa es bien difícil, porque ellos tienen programas de trabajo, secuencias de trabajo, que a veces se interfiere o hay cuestiones de urgencia, y por supuesto las negociaciones políticas. De hecho cuando se trata de órganos políticos, como la Asamblea Legislativa, probablemente el mecanismo más eficiente siempre es la denuncia ciudadana, más que los mecanismos jurídicos de sanciones, cuando se trata propiamente de legislar, no digo que no hayan otros temas, como administrativos, que si pueden haber sanciones específicas, como por ejemplo con el acceso a la información, pero cuando se trata de legislar, lo más importante tal vez sea la demanda social para que se regulen los derechos.

LICENCIADO MAURICIO ERNESTO TREJO.

Para mí, la sanción está en el Código Penal con el incumplimiento de deberes, aunque hacer efectiva la sanción para todos los diputados por incumplimiento, es un poco imposible de aplicar. Para mí, se necesita más seriedad en las denuncias ciudadanas, por ejemplo, en Chile, con que se presente una denuncia, ya se ponen en alerta a los diputados.

- **Análisis Comparativo:**

El primer entrevistado se sitúa en el hipotético caso de la pregunta, estableciendo que para que haya sanción debe de estar bien establecido el incumplimiento, aunque al final concluye que la imposición de sanción a la Asamblea Legislativa no es viable. El Licenciado Pineda afirma que la sanción más viable es la denuncia ciudadana, es decir, la demanda social para que se cumplan con los derechos omitidos. Sin embargo, el Licenciado Trejo establece que la sanción ya está mediante el incumplimiento de deberes del Código Penal, pero este tipo de delito/sanción no es aplicable sino a la Administración Pública. El total de entrevistados manifiestan dos posturas aplicables a esta pregunta: la primera de ella es que si se estableciese una sanción debe de estar bien establecido su incumplimiento, Licenciado Abrego y Licenciado Campos, la segunda postura es que las sanciones deben venir de la población, Magistrado Blanco y Licenciado Pineda.

El grupo investigador concluye que el establecimiento de sanciones económicas no es la solución adecuada para solventar las omisiones legislativas, pues además de los muchos problemas de materialización, los diputados no aprobarían sanciones para ellos mismos, por lo que las sanciones de parte de la población y la sanción de una Sala activa, son aplicables para este punto, es decir, sí la Asamblea Legislativa rechaza la idea que la Sala dicte bases provisionales ante su desobediencia de regular una omisión legislativa, su tarea es cumplir con las sentencias de la Sala para no llegar hasta esos “extremos”, que en nuestro país hasta el momento no se han dado.

PREGUNTA 6.

¿Cuáles son las condiciones externas o factores extrajurídicos que inciden en las omisiones legislativas, y cuáles son las condiciones que

se requieren a corto plazo que representen garantías para la eficacia de los derechos sociales?

LICENCIADO GUSTAVO ADOLFO CAMPOS.

Son varias, la primera es debido a cuestiones presupuestarias, somos un país de escasos recursos, en vías de desarrollo, y es muy común que el Ejecutivo, que es el encargado del Presupuesto, “se ponga de acuerdo con el Legislativo”, además que es muy usual que los órganos de elección política se hagan los desentendidos por cuestiones financieras. La segunda, es que hay falta de tecnicidad y un claro desconocimiento de los diputados sobre las imposiciones constitucionales, se nota que la mayoría de los diputados no tienen clara conciencia de lo que significa una Constitución, de su carácter normativo y que al interior de ella hay diversos mandatos. Un tercer factor es la falta de seriedad en el tratamiento de parte de los órganos de dirección política. En la Asamblea Legislativa hablan de derechos sociales o derechos prestacionales cuando están en la oposición, cuando llegan al Gobierno se les olvida.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

Creo que dependiendo del caso, para unos serán factores externos y para otros no, por ejemplo el caso de los trabajadores a domicilio y agrícolas, en el tema de salario justo, es diferente a los demás trabajadores, pero dependerá de cada caso si se piensa que es justo no, ya que pueden tener otros beneficios, o tendría que valorarse también si es un tema de discriminación, pero recordando que para el desarrollo de cada caso, cada derecho social es diferente. En cuanto a las condiciones a corto plazo, lo primero sería educar a las personas para que exija lo que ya existe, son derechos dados, aunque no todas las personas los exigen, entonces sería informar a la gente para que exija sus derechos. De igual forma, legislar más

de lo que ya está, que las personas demanden reformas legislativas para mejorar sus derechos.

LICENCIADO MAURICIO ERNESTO TREJO.

En las condiciones extrajurídicas, el factor poder y el factor económico, que es uno de los que más ha tenido peso en el caso de los Derechos Sociales. Y las condiciones a corto plazo, la única sería, que haya libertad política para su cumplimiento, ahora si vemos a nivel internacional al sistema de las Naciones Unidas, en cuanto a Derechos Humanos y el sistema regional, ahí encontramos ciertos parámetros que vienen a darnos algún tipo de indicadores, y acá si tiene que ver mucho la capacidad económica de cada uno de los países, incluso, con solo que se estén dando esfuerzos encaminados a su cumplimiento la Organización internacional ya lo da por satisfecho, aunque la meta este aún lejos de cumplir el mínimo vital.

- **Análisis Comparativo:**

En cuanto a factores extrajurídicos, el Licenciado Campos señala factores presupuestarios, políticos, financieros y de desconocimiento constitucional. El Licenciado Pineda no menciona ningún factor porque para él depende de cada caso, y el Licenciado Trejo menciona el factor poder y financiero. En cuanto a las condiciones a corto plazo, el Licenciado Campos no menciona ninguno, el Licenciado Pineda se centra en la educación e información de las personas para que exijan más, y el Licenciado Trejo menciona “que haya libertad política para su cumplimiento”.

De los cinco entrevistados, a los cuales se le hizo esta pregunta, el Magistrado Blanco, Licenciado Abrego, Licenciado Campos y Licenciado Trejo mencionan al menos dos factores coincidentes. Factores que afirman el desarrollo investigativo, pues, se estableció, que si bien es cierto son argumentos certeros, no son justificativos, ya que no es válida la

desprotección de los derechos sociales por incapacidad de garantizarlos. Sí de recursos se trata, los recursos pueden estar, el problema es que no se priorizan en las áreas sociales.

PREGUNTA 7.

Representa un riesgo que el reconocimiento de la figura se regule únicamente vía jurisprudencia y se deben examinar los avances del derecho comparado para plantear una mejor perspectiva ante la falta de desarrollo en nuestro país.

LICENCIADO GUSTAVO DOLFO CAMPOS.

Sí y no...

No, porque en 2009 tuvimos las últimas tres reformas a la Constitución, de esas reformas, dos tienen que ver con derechos sociales. El riesgo está que cada vez que se necesite proteger un derecho social, deba reformarse la Constitución. Cuando se trate de la amplitud de los derechos, y de las prestaciones, no vamos a estar reformando, eso se puede hacer por ley. El riesgo que lo haga el legislador, a través de dos Asambleas Legislativas, es que también se está desvalorizando el carácter normativo de la Constitución. Toda Constitución surge con un ánimo de estabilidad y permanencia, y para ir adecuando los cambios existe la reforma y la interpretación a través de la jurisdicción constitucional, es preferible mantener el texto y fomentar su imperatividad a través de sentencias, que también existe un riesgo que lo haga la jurisdicción constitucionalidad, pero el riesgo es mayor si lo hace la Asamblea Legislativa a cada momento. Cuando la Sala de lo Constitucional protege los derechos sociales a través de la vía jurisprudencial está revitalizando el concepto normativo de Constitución, le está dando fuerza y le está haciendo imponerse sobre los órganos constituidos; mientras que cuando lo hace la Asamblea, se resta el carácter de norma. Entrando en lo jurisdiccional, es más fácil para un Tribunal Constitucional derivar un derecho

fundamental, porque derivar derechos es parte de la misma fuerza de la Constitución. El riesgo es que vengan otros magistrados y que con una sentencia retrocedan, pero si no se permitiera quedaríamos a discreción del Legislativo y a sus mayorías eventuales. En cuanto al Derecho Comparado, si es necesario revisar los avances, este ha sido uno de los recursos más utilizados por la Sala de lo Constitucional. Si el legislador se anima a crear una Ley de Procesal Constitucional moderna, claro que debe buscar experiencias para verificar como desarrolla los procesos de Inconstitucionalidad por Omisión.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

No, desde mi perspectiva, y desde el punto de vista que la ciencia jurídica está ahora en El Salvador, no se agrega nada con que se regule positivamente en los textos de la ley, la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión, porque ya es un tema jurisprudencialmente admitido y muy bien fundamentado, que se deriva del principio de Supremacía Constitucional, así que creo innecesario sumar una regulación para algo que ya está aceptado dentro de la jurisprudencia, que es un tipo de Inconstitucionalidad completamente valido.

LICENCIADO MAURICIO ERNESTO TREJO.

Claro que sí, todo lo que está reconocido solo a nivel jurisprudencial corre el riesgo que la siguiente transformación cambie la integración. Si nos vamos más allá, la tendencia es poner a personas más por política que por técnica jurídica, incluso, llama la atención, que abogados que por su trayectoria se consideraban decentes, hablen que la Constitución no se puede interpretar, además, hay Magistrados que están ahí por una misión, no sería extraño que den marcha atrás y no solo en este tema que considero es un aspecto donde se ha avanzado bastante. Con respecto al derecho comparado, en el derecho uno va aprendiendo de los países que van un poco más avanzados

en esta materia, aunque a veces es un adelanto entre comillas, porque puede ser un atraso en ocasiones.

- **Análisis Comparativo:**

Esta interrogante desborda dos posturas encontradas: La primera es que (1) Si representa riesgo el reconocimiento de la figura a través de la jurisprudencia y la segunda que (2) no hay riesgo alguno. El Licenciado Campos da las dos posturas, inclinándose más que no representa un riesgo. El Licenciado Oscar Pineda responde negativamente la pregunta, puesto que *“la Inconstitucionalidad por Omisión es un tema plenamente valido que goza de reconcomiendo jurisprudencial”*. El Licenciado Mauricio Trejo es muy cauteloso al momento de emitir su respuesta, pues reconoce que en la jurisprudencia siempre corre el riesgo de ser modificada. Por otra parte, en el primer bloque de entrevistas, para el Magistrado Blanco y Licenciado Abrego no representa un riesgo.

En el desarrollo de este trabajo se ha evidenciado que el reconocimiento de la Inconstitucionalidad por Omisión vía jurisprudencia, ha sido un gran avance en materia Procesal Constitucional garantizando su aplicación en la actualidad. Sin embargo, el riesgo puede presentarse a futuro, si llega a integrarse una Sala de lo Constitucional con distinto criterio jurisprudencial. Es por ello, que se resalta la importancia de lograr la fijación de la figura dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño. Con respecto a la revisión del Derecho Comparado, se considera importante siempre y cuando sea pertinente.

PREGUNTA 8.

¿Ha tenido la Sala de lo Constitucional un papel activista o conservador, protagónico o deficiente sobre el tema y cuál debe ser el

**papel de la Asamblea Legislativa cuando la Sala declare la
Inconstitucionalidad por Omisión de un derecho social?**

LICENCIADO GUSTAVO ADOLFO CAMPOS FLORES.

La Sala antes tuvo un papel deficiente y de cierta pasividad, lo cual se ha tratado de cambiar en otras temáticas asumiendo un rol más protagónico, pero, en cuanto a Inconstitucionalidad por Omisión solo tenemos una experiencia estimatoria, por lo tanto no da lugar a afirmar que ya estamos ante una Sala activista en este tema, pues, ha costado llegar a este primer nivel de protección, esperamos que en este año se resuelva la demanda de Inconstitucionalidad por omisión del art. 2, por indemnizaciones de carácter moral, y si fuera estimatoria ya tuviéramos dos al hilo, lo cual afirma un cierto activismo. En cuanto al papel de la Asamblea Legislativa cuando la Sala declare una Inconstitucionalidad por Omisión, estableciendo un plazo para que dicte una ley, lo mejor es que cumplan para no llegar a que la Sala “abuse” por medio de bases provisionales, así no se le resta autoridad o legitimidad al otro, para nosotros fue un riesgo ponerle un plazo a la Asamblea Legislativa para que legislara sobre la indemnización universal, porque y que tal no hubieran acatado, ya habíamos planeado un activismo mayor si no cumplían, por ello lo mejor es que cumplan.

LICENCIADO OSCAR PINEDA.

La Sala de lo Constitucional ha sido activista y protagónica, más allá de solamente hablar de derechos sociales. Esto es bien sabido, bien observado, incluso les ha provocado conflictos, en este sentido pienso que la Sala ha sido muy protagónica. En el caso de la actitud de los órganos del Estado, y en este caso la Asamblea Legislativa, debe ser cumplir la ley y la Constitución, en este caso la Asamblea su papel es de parte demandada, y como tal debe obedecer la sentencia y punto, en el caso de la Indemnización Universal acató la sentencia y esa es la actitud correcta.

LICENCIADO MAURICIO ERNESTO TREJO.

Para mí la Sala ha sido muy activista, bastante proactiva, lo cual es muy positivo. En cuanto al rol de la Asamblea Legislativa debe ser acatar las resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional.

- **Análisis Comparativo:**

Es notable la importancia de incluir una pregunta de esta naturaleza, pues no se concibe dejar de lado el rol que está desempeñando la Sala de lo Constitucional en la actualidad. El Licenciado Campos, a pesar que labora en la Sala, se reserva la respuesta de catalogar a la Sala como activista o protagónica, sin embargo da la pauta que si mantiene este criterio estaríamos frente a un activismo en la Inconstitucionalidad por Omisión en relación a los derechos sociales. El Licenciado Pineda que analiza la situación desde otra institución, cataloga a la Sala como activista y protagónica, no solo en relación a derechos sociales e Inconstitucionalidad por Omisión, al igual que la postura del Licenciado Trejo. Con respecto al papel de la Asamblea Legislativa, hay acuerdo total, su papel es acatar las Sentencias.

De los cinco entrevistados, todos estuvieron de acuerdo que la Sala ha asumido un papel activista en comparación con las Salas anteriores, sin embargo, solo el Licenciado Campos respondió el activismo de la Sala en relación a la Inconstitucionalidad por Omisión, del cual por las experiencias hasta el momento y según su criterio, no podemos hablar de un activismo de la Sala sobre este tema. Por otro lado, la Asamblea Legislativa no puede hacer más que cumplir y regular lo que la Sala les manda.

Como postura del equipo, no podemos ignorar rol activo y protagónico que ha tenido la Sala, sin embargo estamos de acuerdo con el Licenciado Campos, que por el momento no podemos hablar de un activismo en relación

a la Inconstitucionalidad por Omisión porque no hay suficientes experiencias positivas que aporten al desarrollo de la temática. Por otro lado, no cabe ninguna duda del rol de la Asamblea Legislativa, que es cumplir con las sentencias de la Sala.

4.3 ANÁLISIS DE RESULTADOS.

El resultado investigativo y el aporte de los entrevistados especialistas han contribuido a la realización de la presente tesis sobre la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales, la cual ha aportado grandes conocimientos para el grupo investigador, esperando sea satisfactorio para los lectores. Toda investigación necesita ser comprobada, por ello, en este punto se desarrollará el análisis del enunciado del problema y el logro de los objetivos e hipótesis, relacionando su comprobación con el desarrollo investigativo.

4.3.1 ANÁLISIS DEL ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

El enunciado principal es el siguiente:

¿Cuál es la importancia de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión y la necesidad que sea regulada expresamente para mermar su déficit de conocimiento, propiciando así el aumento de demandas de la ausencia de desarrollo de mandatos constitucionales sobre derechos sociales?

Se realizará el análisis desglosando cada una de las partes que componen el enunciado. En primer lugar, en cuanto a la importancia de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión, es un punto que se ha resaltado en el transcurso de la investigación, esta se resume, en activar el cumplimiento de las normas constitucionales contenidas en mandatos omitidos, y lograr el ejercicio eficaz de estos derechos “pausados”, mediante una sentencia que ordene la obligación de legislar o subsanar la omisión infringida. Este punto

está contenido en el Objetivo General 2, así como en la fundamentación del problema en la “Presentación del Proyecto de Investigación”, en los temas 1.2.2 “Importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión como mecanismo para lograr la eficacia de los Derechos Sociales”, (véase página 27) y 1.2.3 “La eficacia de los derechos sociales en relación al principio de Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad”, (véase, página 31). Este punto se relaciona en la pregunta número 4 realizada a los entrevistados, en donde argumentaron la importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales porque estos derechos son más sensibles a la población (véase, páginas 133 y 151).

En cuanto a la necesidad que esta figura sea regulada expresamente, el grupo investigador comprobó una postura ecléctica, es decir, (1) no hay necesidad que sea regulada expresamente, y (2) sí hay “necesidad” de su regulación. Necesidad entre comillas porque sería más bien un beneficio o un aporte que una necesidad. En ambas posturas las respuestas de las unidades de análisis fueron indispensables para ampliar la concepción del grupo, pues se sostenía la necesidad de la regulación de la figura.

La postura que sostiene que no es necesaria su regulación, se enfoca que la figura se encuentra bien definida en la Jurisprudencia, lo cual puede ir avanzando caso por caso, porque es más abierto, en cambio sí se regula, se corre el riesgo que la figura quede demasiado restrictiva (Licenciado Abraham Abrego, pregunta 7, primer bloque de entrevistas (véase página 140). Por otro lado, lo beneficioso de la regulación expresa, es por el riesgo que venga otra Sala con otros criterios y que con una sentencia retrocedan la implementación de esta figura, pues *“todo lo que está reconocido solo a nivel jurisprudencial corre el riesgo que la siguiente transformación cambie la integración”* (Licenciado Trejo, pregunta 7, segundo bloque de entrevistas (véase, página 158). Además, se considera importante que la figura se regule expresamente para dar mayor conocimiento de la misma, pues no se

posee un conocimiento generalizado de este mecanismo, en gran parte porque no todas las personas están al tanto del quehacer jurisprudencial, por ello que se concluye que la afirmación de “una necesidad” no es adecuada, sino más bien, constituiría un aporte importante para evitar un futuro cambio de criterios sobre esta figura, y para contrarrestar el déficit de conocimiento, que es el siguiente punto a analizar.

El desconocimiento de la población sobre la Inconstitucionalidad por Omisión, sigue siendo un factor determinante a la hora de interponer las demandas de este mecanismo sobre derechos sociales, opinión que hizo referencia el Magistrado Sidney Blanco al considerar que hay muy pocos reclamos de los ciudadanos frente a las omisiones del legislador, y manifiesta que *“el desconocimiento es la causa para el no reclamo de estas omisiones”* (Primer Bloque de Preguntas, Pregunta 1, véase, Página 129). El grupo investigador considera que el déficit de conocimiento de la figura está comprobado. Con respecto al déficit de cultura constitucional en relación a la temática, el Licenciado Abrego estableció: *“...en un principio se consideraba que la Inconstitucionalidad solo se aplicaba en el caso de la actividad legislativa y no de la omisión legislativa. Por lo que la Inconstitucionalidad por Omisión es parte de una figura en evolución de conocimiento y un avance de cultura constitucional”*. (Licenciado Abraham Abrego, pregunta 1, primer bloque de entrevistas, véase, Página 129), esto se relaciona con el tema 2.2.1 del Marco Doctrinal y Teórico, en el tema “La Inconstitucionalidad por Omisión como parte del Control Constitucional”, (véase página 57).

Como último punto en el análisis del enunciado principal se encuentra el aumento de demandas de Inconstitucionalidad por Omisión, el cual está relacionado con la necesidad de los contrapesos sociales, es decir, el poder social frente al poder político para hacer voz en la lucha de la defensa de los mandatos constitucionales omitidos sobre derechos sociales. El énfasis en la educación a la población constituye uno de los desafíos planteados,

argumentado como “un cambio de visión por parte de la población” en respuesta del Magistrado Blanco (primer bloque de entrevistas, pregunta 6, véase, página 137). Pero, no se trata de presentar demandas solo para aumentar el número de las mismas, sino de una adecuada interposición de demandas para que estas no resulten en improcedencias, inadmisibilidades o sobreseimientos.

El enunciado secundario establece **¿Por qué los derechos sociales se vinculan a factores externos que influyen en su eficacia; podrá justificar la falta de desarrollo legislativo sobre estos derechos?**

Los derechos sociales se han reconocido como normas de eficacia limitada, pues contienen la exigencia de un obligatorio desarrollo posterior para su eficacia plena. *“Toda norma constitucional de eficacia limitada es un encargo al legislador”* (Véase Capítulo II, Argumentos a favor, en “Eficacia de los derechos sociales”, página 65).

Uno de los principales argumentos que se establece para enunciar la falta de exigibilidad de los derechos sociales, es su dependencia de factores externos, extra jurídicos, que limitan su cumplimiento, tales como la vertiente económica, política y las esferas de poder, esto en relación a las enormes inversiones económicas en ciertos derechos sociales, y el posible perjuicio a sectores de poder económico, como la Empresa Privada. (Véase, Capítulo II, Argumentos en contra, “Factores Extra-jurídicos”, página 69); asimismo, las unidades de análisis coincidieron en dichos factores y agregaron otros, por ejemplo, el desconocimiento constitucional y las contiendas electorales (véase primer y segundo bloque de entrevistas, pregunta 6, páginas 137 y 154).

La realidad del carácter prestacional de los derechos sociales en nuestro país, es que están supeditados a réditos electorales, es decir, la vertiente

política demagógica se pone de manifiesto en las contiendas electorales, y cuando terminan las campañas, terminan las promesas.

Sea cual sea el factor externo, extra jurídico, que limita la eficacia de los derechos sociales, no es justificación permanente para que exista la desprotección de los derechos sociales contenidos en mandatos constitucionales pendientes de desarrollo. El Estado, como principal garante de estos derechos, debe velar por el reconocimiento y garantía de los mismos.

4.4 RESOLUCIÓN DE HIPÓTESIS.

Las hipótesis planteadas en la presente investigación están referidas (1) al déficit de cultura constitucional que impera en nuestro país, (2) a la vulneración de la fuerza normativa de la Constitución y su principio de Supremacía ante las omisiones legislativas, (3) la falta de regulación expresa de la figura, (4) la aplicación del derecho comparado para el avance de la figura en nuestro país, y (5) la falta de sanción expresa ante las omisiones legislativas, realizando el respectivo análisis a continuación.

4.4.1 Hipótesis Generales.

Hipótesis General 1: “El déficit de conocimiento de la Inconstitucionalidad por Omisión, por ser una figura jurídica emergente en la realidad jurídica salvadoreña, trae como consecuencia la escasa producción de demandas por parte de la ciudadanía y la escasa admisión de demandas por parte de la Sala de lo Constitucional.”

El déficit de cultura constitucional en la población, representa el principal obstáculo para generar un aumento de demandas sobre las omisiones legislativas en el cumplimiento de los derechos sociales, por ello, la educación constitucional es un referente importante en el desarrollo de la

temática al crear conciencia de la necesidad de activar la participación ciudadana.

El grupo investigador considera que esta hipótesis ha sido comprobada en los Capítulos II y IV, los cuales plantean el desarrollo teórico-doctrinal y práctico, que se refleja en las respuestas de los entrevistados especialistas en su carácter de representantes de tan importantes instituciones como: la Sala de lo Constitucional, FESPAD, FUSADES y CNJ. En dichas entrevistas se argumentó que el ciudadano no hace uso oportuno de esta figura por desconocimiento, por ello se necesita fortalecer el respeto y cumplimiento de los derechos sociales omitidos, ejerciendo el mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión para la superación de este obstáculo.

Hipótesis General 2: “La falta de desarrollo de las omisiones legislativas sobre derechos sociales es una negación del principio de Supremacía Constitucional; por ello, se necesitan condiciones a corto plazo que representen garantías para el ciudadano, tomando como referente los avances de Derecho Comparado.”

La Constitución se configura como un conjunto de normas con vocación de aplicación efectiva, respaldado por la existencia de órganos que velan por su cumplimiento y que pueden imponer sanciones en caso contrario; como norma jurídica, posee fuerza vinculante bilateral: vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos. De tal manera, que contiene un programa político, económico, social, que se ve desmejorado cuando a pesar del mandato constitucional, las autoridades no desarrollan la materialización de esos mandatos. La supremacía constitucional no debe tener una actitud pasiva, sino que debe estar orientada a dar vida material a los contenidos constitucionales, es decir, que se puedan realizar y desarrollar. Esta hipótesis ha sido comprobada en los Capítulo II y IV, teniendo aportes doctrinarios y prácticos para su argumentación.

4.4.2 Hipótesis Específicas.

Hipótesis Específica 1: “La falta de regulación expresa de la Inconstitucionalidad por Omisión en nuestro país, constituye la principal causa del déficit de cultura constitucional y el conocimiento de la figura.”

La inexistencia de una previsión expresa dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, es un obstáculo para el conocimiento generalizado de la figura, pero no es la principal causa del déficit de cultura constitucional. La regulación expresa vendría a aportar la expansión del conocimiento de la figura, mas no erradicaría el déficit de cultura constitucional. Por ello, la comprobación de esta hipótesis demuestra que la afirmación no es certera.

Hipótesis Específica 2: “La jurisprudencia constitucional comparada, en relación a la Inconstitucionalidad por Omisión, debe tomarse como referente en nuestro país para lograr un avance en materia de aplicación y garantía de Derechos Sociales; en consecuencia, el desarrollo normativo constitucional de otros países plantea una mejor perspectiva de esta figura ante la falta de desarrollo en nuestro país.”

Siempre es importante tomar en cuenta experiencias o situaciones empleadas por otros países en la aplicación de la Jurisprudencia Comparada, para fortalecer los avances en materia de aplicación y garantías del cumplimiento de los derechos sociales en la Inconstitucionalidad por Omisión. Esta hipótesis fue corroborada en el desarrollo de los Capítulos II y IV. Es importante resaltar que debe tratarse de jurisprudencia pertinente, pues no siempre se tratan de avances, puede tratarse de retrasos, por ello la necesidad de evaluar el sentido de la Jurisprudencia comparada.

Hipótesis Específica 3: “La falta de sanción expresa ante la omisión de desarrollo de mandatos constitucionales permite la vulneración de los

derechos sociales; esta puede superarse con la implementación de sanciones expresas.”

No se niega que es un punto interesante que podría contribuir al activismo constitucional en la Asamblea Legislativa, sin embargo, si de sanciones económicas se trata, es muy difícil que pueda regularse, aplicarse y ejercerse, por lo que la sanción que haremos referencia, como sanción aplicable, es a través de la población; una población más activa que reclame sus derechos y “castigue” la negligencia del Legislador por medio del reproche social y el activismo en el mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión. Por lo que la afirmación de esta hipótesis ha sido reorientada.

4.5 LOGROS DE OBJETIVOS.

4.5.1 Generales:

Objetivo General 1: “Identificar, mediante el análisis de la realidad, el actual déficit de conocimiento de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión.”

Mucho se ha argumentado sobre este punto en los abordajes anteriores por lo que se concluye que se ha logrado el desarrollo y análisis de este objetivo. El déficit de conocimiento de la cultura constitucional ha sido producto del desinterés en educar a la población, pues el conocimiento constitucional no solo concierne a los profesionales del derecho sino de toda la población en general. (Véase Capítulo II, 2.5 Desafíos de la Inconstitucionalidad por Omisión en la Esfera de los Derechos Sociales en El Salvador, página 115). Asimismo, los distintos especialistas argumentaron sobre el déficit de conocimiento de la figura (véase, Capítulo IV, 4.2 Interpretación de Resultados, página 129).

Objetivo General 2: “Establecer la importancia de la Inconstitucionalidad por Omisión en relación a los derechos sociales desde nuestra realidad y en los

aportes a nivel de derecho comparado, para lograr un efectivo cumplimiento del respeto a los mandatos constitucionales.”

La Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales han sido dos temas que se han unificaron para que esta investigación cobrara importancia, puesto que no se pretendía estudiarlos aisladamente, sino que se buscaba una unificación (Véase Capítulo II, 2.2.4 La Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales, página 77).

A nivel de derecho comparado, países como Portugal, Brasil, Costa Rica y Venezuela, desde hace varios años han marcado avances en el reconocimiento de la figura, por lo que ha sido necesario señalar sus experiencias en relación a esta temática. (Véase, Capítulo II, 2.1.6.1. Derecho Comparado, página 47). Por lo que el objetivo de la investigación ha sido cumplido.

4.5.2 Específicos.

Objetivo Especifico 1: “Determinar las diferentes causas que genera el déficit de cultura constitucional en nuestro país, para lograr el desarrollo normativo de la Inconstitucionalidad por Omisión.”

Son varias las causas que se han argumentado como obstáculos en el desconocimiento constitucional en general y en referencia a la temática en estudio, por lo que el grupo investigador considera que este objetivo ha sido satisfactoriamente comprobado, y ha sido manifestado desde los primeros argumentos del grupo (véase, página 16), y reforzado con las respuestas de los entrevistados especialistas (pregunta 1 páginas 129 y 144). Concluyendo que algunos de estas causas son: la falta de interés en educar y la falta de interés en aprender, los factores políticos, las esferas de poder, problemas económicos y presupuestarios, entre otros.

Objetivo Especifico 2: “Conocer los avances de jurisprudencia comparada en la Inconstitucionalidad por Omisión con respecto a derechos sociales para lograr la implementación en nuestro país”.

Este objetivo ha sido importante en cuanto al desarrollo de la investigación, el derecho comparado es un guía en los avances obtenidos de esta temática en diferentes países, por lo que representa un aporte sustancial para una mejor aplicación de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión en referencia a derechos sociales en nuestra realidad. (Véase, Capítulo II, 2.1.6.1 Derecho Comparado, página 47).

Objetivo Especifico 3: Determinar la necesidad de la implementación de sanciones ante comportamientos omisivos excesivamente dilatorios y la importancia del papel activista de la Sala de lo Constitucional ante la ausencia de dicha sanción.

Como mencionamos en la argumentación de la hipótesis relacionada con este objetivo, las unidades de análisis fueron muy importantes para entender una mejor perspectiva de esta propuesta, sí bien es cierto las sanciones expresas no son imposibles de consolidar pero, no son lo más indicado a corto plazo. (Véase, Capítulo IV, 4,2 Interpretación de Resultados, página 129). Es prioridad cultivar un cambio de visión, educación en la población, denuncias y activismo ciudadano.

Con respecto al papel activista de la Sala, es tan importante como el mantenimiento de la figura, ya que la Inconstitucionalidad por Omisión nace a la vida jurídica a través de las Sentencias que la Sala emite. No cabe duda que un Tribunal activista en la protección de los derechos sociales, se traduce a mayores garantías para los ciudadanos.

**CAPÍTULO V:
“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”**

SUMARIO: 5.1 Conclusiones Generales. 5.1.1 Conclusiones Doctrinarias. 5.1.2 Conclusiones Teóricas. 5.1.3 Conclusiones Socio-Económicas 5.1.4 Conclusiones Culturales. 5.1.5 Conclusiones Jurídicas. 5.2 Conclusiones Específicas. 5.3 Recomendaciones.

5.1 CONCLUSIONES GENERALES.

Para finalizar el contenido de la investigación, en este apartado se establecerán conclusiones en diferentes puntos, tales como: en la doctrina, teoría, aspecto socioeconómico, cultural y jurídico.

5.1.1 Conclusiones Doctrinarias.

- Los presupuestos para configurar omisiones legislativas inconstitucionales, son: a) incumplimiento de un mandato de legislar establecido expresa o implícitamente en la Constitución, o regular un precepto constitucional de forma incompleta o deficiente, no acorde con el principio de igualdad en relación a todos los sujetos contenidos en la norma, según se trate de omisiones absolutas o totales u omisiones relativas o parciales. b) El transcurso de un plazo razonable sin que se haya cumplido con el mandato concreto de legislar. c) Que impida la eficaz aplicación del derecho omitido.
- Los argumentos doctrinarios en contra de la Inconstitucionalidad por Omisión, tales como: la ausencia de base positiva, libertad de conformación del legislador, el principio de separación de poderes, factores extra-jurídicos, entre otros, no son argumentos justificativos para el rechazo de la figura, pues (1) el derecho no se reduce a las leyes, (2) la Sala no ordena legislar sobre determinados criterios, sino, exhorta que cumpla el mandato omitido, (3) el Tribunal Constitucional actúa -caso de algunos países- ante la desobediencia del legislador y dicta bases provisionales en tanto se expide la ley, o suple lagunas derivadas de la falta de desarrollo legislativo, esto es la excepción no la regla, (4) existan factores que influyen en las omisiones legislativas, pero

no es justificativo para dejar de hacer lo que la Constitución manda que se haga.

5.1.2. Conclusiones Teóricas.

- La Supremacía Constitucional es el principal eje teórico que sostiene la Inconstitucionalidad por Omisión; a través de esta teoría, se logra reconocer la superioridad normativa y su carácter de fuente suprema. Por lo tanto, las disposiciones contenidas en la Carta Magna no pueden quedar en fuerza simbólica, sino que deben realizarse acciones legislativas y prácticas para dotarlas de fuerza normativa. La inacción legislativa transgrede ese carácter supremo, pues la Constitución ordena el cumplimiento de sus mandatos; es por medio de la Inconstitucionalidad por Omisión que puede exigirse su cumplimiento.
- Los derechos sociales forman parte de las necesidades permanentes y constantes de un número considerable de la sociedad. Es por ello necesario, retomar los principios que la teoría del Estado Social pregona al priorizar la dignidad humana, solidaridad y el bien común en el actuar del Estado y sus programas de gobierno, esto propiciaría un mejor cumplimiento de estos derechos que resultan vitales para los sectores más desprotegidos de la población.

5.1.3 Conclusiones Socioeconómicas.

- La realidad práctica de la Inconstitucionalidad por Omisión y su relación con los derechos sociales dentro de un país en condición de subdesarrollo, falta de recursos económicos, plantea grandes retos, pero no hay que dejar de lado la importancia de implementar mejoras en las políticas distributivas presupuestarias, las cuales

deberían de reforzar los aspectos sociales para las mejoras en la satisfacción de estos derechos. Si bien es cierto, hablar de derechos sociales es hablar de dinero, por ello su denominación como derechos caros, no constituye excusa para que el Estado no implemente mejores estrategias económicas dentro de sus planes de Gobierno, logrando mejor distribución en los recursos que se poseen y no excusarse en los recursos que faltan.

- El papel de la sociedad es importante en la economía, una población que exige es vital para que se produzcan cambios favorables en el manejo de los recursos de un Estado.

5.1.4 Conclusiones Culturales

- Uno de los mayores obstáculos en esta temática, es el escaso conocimiento del mismo en la población en general; es necesario “empaparse” de cultura constitucional y cultura jurisprudencial, pues estos temas no conciernen únicamente en la comunidad jurídica, sino que son de interés general.
- Es necesario despojarse de toda cultura literalista y su pensamiento generalizado “si no está expresamente regulado no se puede hacer uso de él”. La visión iusprivatista del derecho ha influido en el tratamiento de los derechos sociales desde sus inicios, esos esquemas del derecho necesitan ser cambiados, y ampliar la visión interpretativa de la norma.

5.1.5 Conclusiones Jurídicas.

- Una investigación no solo trata de argumentar lo que ya se ha establecido en la doctrina, teorías y leyes, sino ir más allá y brindar aportes nuevos en la temática. Es por ello, que el grupo investigador resalta la importancia de las omisiones identificadas en

la Constitución pendientes de regulación legislativa, como el caso de los trabajadores a domicilio y trabajadores agrícolas en seguridad social y el mantenimiento de salas cunas en los lugares de trabajo.

- Es necesario un cambio de legislación en donde se adecuen las nuevas realidades jurídicas. Las realidades cambian y las leyes no deben permanecer estáticas por décadas, sino actualizarse, por ejemplo, la Ley Procesal Constitucional tiene muchas derogaciones tacitas.

5.2 CONCLUSIONES ESPECÍFICAS.

- La Inconstitucionalidad por Omisión es un mecanismo para efectivizar los derechos sociales que han permanecido pausados durante un tiempo prolongado. Este mecanismo forma parte del control constitucional porque la Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también, cuando no se hace lo que ordena que se haga.
- La clasificación de normas constitucionales de importancia en esta temática es la distinción entre normas de carácter programático, y operativas. Las normas operativas al ser autoaplicativas, no son susceptibles de Inconstitucionalidad por Omisión legislativa.
- Hablar de "derechos programáticos" es suprimir parte de la esencia de los derechos fundamentales, pues es referirse a derechos que han de ser satisfechos paulatinamente en el tiempo. Lo programático es la naturaleza del programa que habrá de implementarse para la maximización del derecho. Por ello, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado, dentro de una visión que busca

revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución.

- Los derechos sociales deben conectarse con deberes de cumplimiento, de denuncia y sanción, ante prácticas omisivas que permitan la violación de estos derechos. Es por ello, la exigibilidad por medio de la justiciabilidad de los derechos sociales es un tema pendiente de concretizar.
- Los denominados derechos de segunda y tercera generación son los más susceptibles en sufrir violación por omisión, ya que reclaman de los órganos de poder público un actuar en el ejercicio de las facultades y competencias que le asigna la Constitución, para cumplir los mandatos en ella establecidos.

5.3 RECOMENDACIONES.

A la Asamblea Legislativa, como organismo encargado de emitir leyes:

- Agilizar la ratificación del proyecto de Ley Procesal Constitucional que se adecue a las nuevas figuras y realidades constitucionales.
- Incluir, dentro de su comisión de Legislación y puntos constitucionales, un análisis de los mandatos constitucionales pendientes de regulación y la ampliación de la protección de los derechos sociales más desprotegidos.

A la Sala de lo Constitucional, como único tribunal competente para conocer de la Inconstitucionalidad por Omisión:

- Se le reconoce el papel activista y protagónico que ha tenido por lo cual se recomienda continuar actuando a través de sentencias que respondan a los intereses de los ciudadanos.

A los Ministros de las diferentes carteras de Estado:

- Reconociendo que somos un país en vías de desarrollo; recomendamos que al momento de elaborar el Presupuesto General de la Nación, se tome en cuenta la dignidad humana como aspecto fundamental, pues se debe priorizar en aspectos de derechos sociales como salud, educación y trabajo para garantizar al ciudadano la eficacia de derechos que la Constitución le otorga.

A la comunidad jurídica:

- Como abogados y estudiosos del derecho nos corresponde continuar investigando para conocer los nuevos aportes del mundo jurídico, permanecer al tanto de las leyes, de sus reformas y de la jurisprudencia actualizada, para no desconocer los importantes procesos con los que contamos.

A la población en general:

- Como ciudadanos nos corresponde estar pendientes de la realidad nacional para ir conociendo poco a poco ir conociendo los avances que se logran en materia procesal constitucional; sin una activa participación ciudadana que demande sus derechos, no habrán medios para reclamar al Legislador el cumplimiento de los mandatos constitucionales establecidos por la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA.

ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, primera edición, Trotta, Madrid, 2002.

BAZAN Víctor “*La Inconstitucionalidad por Omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano*”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006.

BAZAN Víctor “*Neoconstitucionalismo e Inconstitucionalidad por Omisión*”, Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 6, julio-diciembre, 2005.

BIDART CAMPOS Germán, “*Algunas reflexiones sobre las omisiones Inconstitucionales*”, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.

BIDART CAMPOS Germán, “*El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*”, Ediar, Buenos Aires, 1995.

BIDART CAMPOS, Germán, “*La justicia constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión*”, anuario jurídico, UNAM, México, núm. VI, 1979.

Boletín de Estudios Legales, Departamento de Estudios Legales, FUSADES, N° 142, San Salvador, Octubre, 2012. En el sitio:<http://es.slideshare.net/FUSADESORG/consideraciones-sobre-el-proyecto-de-ley-procesal-constitucional>

CAMUSSO Juan Martín “*La Inconstitucionalidad por Omisión como vía para lograr la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales*”, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Anuario X, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

CARBONELL Miguel (Coordinador), “*En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por Omisión*”, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2003.

CARBONELL, Miguel, AAVV, *“Derechos Sociales y derechos de las minorías”*, primera edición, UNAM, México, 2000.

CIFUENTES MEDINA, Edilberto, *“La aventura de Investigar: el plan de la tesis”*, segunda edición, Magna Terra, Guatemala, 2003.

COURTIS, Christian, AAVV, *“La Protección Judicial de los derechos sociales”*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, Ecuador, 2009.

DE LUCKE, Luis Aguiar *“El tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la Inconstitucionalidad por Omisión”*, Revista de Derecho Político, N° 24, Universidad Nacional de Educación a distancia, España, 1987.

Diccionario de la Real Academia Española, en el sitio: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=oJLyQMm2DXX2gb461jx>.

Diccionario Electrónico de Derechos Humanos. En el sitio: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/86

Dictamen de la Dirección General de Trabajo, N° 3126/85, Chile.

ESTEVEZ HUEBRA, Patricia, AAVV, *“Cien Años de Soledad: La Inconstitucionalidad por Omisión”*, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

FAIRSTEIN, C. y ROSSI, J. *“Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*, en Revista Argentina de Derechos Humanos, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

FERNANDEZ RODRIGUEZ José Julio, *“Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español”*, CIVITAS, 1998.

FERRAJOLI Luigi *“Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”*, 6° Edición, Madrid, Trotta, 2004.

FERRAJOLI Luigi, *“Derechos y garantías. La ley del más débil”*, Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *“Democracia y Garantismo”*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008.

GORDILLO María de Los Ángeles, *“Control Constitucional, un posible cambio en Argentina”*, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, 2007.

GUASTINI Gustavo *“Derecho Dúctil, Derecho Incierto”*, Anuario de Filosofía del Derecho XIII, Universidad de Génova, 1996

Inconstitucionalidad 14-2005, del 6 de diciembre de 2005.

Inconstitucionalidad 19-98, del 26 de febrero de 2002.

Inconstitucionalidad 20-2001, del 9 de julio de 2001.

Inconstitucionalidad 20-2005, del 12 de julio de 2005.

Inconstitucionalidad 2-95, del 28 de abril de 2000.

Inconstitucionalidad 53-2005/55-2005 de la Indemnización Universal, del 1 de Febrero de 2013.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2011, Corte Suprema de Justicia, San Salvador. En el sitio: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/web/lj/Constitucional/ Incons2011.pdf>

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2012, Corte Suprema de Justicia, San Salvador. En el sitio:

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/constitucional2012.pdf>

MORENO CRUZ, Rodolfo. “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. Vol. XL, núm. 120, septiembre-diciembre, UNAM, 2007.

MORODO Raúl Morodo y DE VEGA Pedro (directores), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

NINO Carlos Santiago “*Derechos Sociales y derechos de las minorías*”, primera edición, UNAM, México, 2000.

NUNES ALMEIDA Luis “*Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*”, Editorial Aza, Barcelona, 1998.

Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PELAYO, Manuel García, “*Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*”, Editorial Alianza, Madrid, 1982.

PEREZ ROYO Javier, “*Inconstitucionalidad por Omisión*”, Civitas, Madrid, 2001.

PRIETO SANCHIZ, Luis “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*” Madrid, Trotta, 2003.

PRIETO SANCHÍZ, Luis “*Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 5, 2001.

SAGÜÉS Néstor Pedro, “*Inconstitucionalidad por Omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial*”, Ius et Veritas, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 5.

SAGÜÉS Néstor Pedro, AAVV, “Inconstitucionalidad por Omisión”, TEMIS S.A, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1997.

Sentencia n° C-359/13 de junio de 2013, Tribunal de Colombia.

Sentencia n° 03-1100 del dos de marzo de 2005, Tribunal de Venezuela.

VANOSI, Jorge Reinaldo, “Teoría Constitucional. Supremacía y control de la constitucionalidad”, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1976.

VILLAVERDE Ignacio, “*La Inconstitucionalidad por Omisión*”, Editorial McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid, 1997.

- **Tesis:**

BORJA ESCOBAR, Francisco, Trabajo de Grado en Relaciones Laborales, “*El trabajo infantil en la Revolución Industrial hasta la actualidad*”, Universidad de Cantabria, España, 2012.

CASTRO PATIÑO Iván, Tesis Doctoral “*La Inconstitucionalidad por Omisión. Una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana*”, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador 2003.

LA ROTTA RAMÍREZ, Alfredo, Tesis para optar al título de Abogado, “*La acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa y su inclusión en el ordenamiento jurídico Colombiano*”, Universidad de Santander, Bucaramanga, Colombia, 2010.

PARTE III:
ANEXOS.

53-2005/55-2005**Inconstitucionalidad.**

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas con treinta minutos del día uno de febrero de dos mil trece.

Los presentes procesos constitucionales acumulados han sido promovidos: el primero –Inc. 53-2005–, por las ciudadanas Tania Carolina Ávalos Aguirre, Claudia Nathaly Flores Mejía, Yeni Yosselin Guandique Bonilla, María Auxiliadora Rivas Serrano y Esmeralda Edith Torres López; y, el segundo –Inc. 55-2005–, por los ciudadanos David Alexander Argueta Gómez, Luis Fernando Castro Morales, Iliana Yamileth Díaz Iglesias, Álvaro Alexander Martínez Portillo y Oxil Roselín Venus Ruballo Torres; con el fin de que se declare la *inconstitucionalidad por omisión total* en que ha incurrido la Asamblea Legislativa por no haber emitido la regulación que desarrolle el contenido de los arts. 38 ord. 12° y 252 de la Constitución (en adelante Cn.).

Han intervenido en los procesos, los demandantes y la Asamblea Legislativa, no así el Fiscal General de la República.

Analizado el proceso y considerando:

I. En el trámite de este proceso los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por las demandantes en el proceso de Inc. 53-2005 pueden *sintetizarse* de la siguiente manera:

A. De acuerdo con los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn., existe un mandato constitucional que impone a la Asamblea Legislativa la obligación de emitir una ley que regule la prestación económica por renuncia del trabajador; razón por la cual, al no hacerlo, dicho órgano fundamental del Estado incurre en una mora legislativa que afecta en forma directa a los trabajadores, sobre todo si se toma en cuenta que al momento de presentar la demanda, habían pasado más de dos décadas sin que tal derecho tenga protección legislativa.

a. Con respecto al art. 38 ord. 12° Cn., resaltaron que el Informe Único de la Comisión de Estudio de la Constitución de 1983 (“IUCEC”, en lo sucesivo) partió del supuesto de que la disposición constitucional en cuestión traería un ambiente de paz social y de armonía entre el capital y el trabajo. De igual forma, aludieron ala “indemnización universal” y reiteraron que el objetivo del Constituyente fue armonizar las relaciones laborales y crear un ambiente de paz social, no la reindemnización del derecho civil.

Para robustecer tal alegato, las demandantes relacionaron la sentencia de 22-X-1999, Inc. 3-93, que se refiere a la naturaleza social del derecho al trabajo. Asimismo, se refirieron a los arts. 2 y 3 de la Carta Internacional de Garantías Sociales, 14.2 y 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 23 y 24 de la Declaración de los Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, citaron de forma comparativa la legislación y jurisprudencias chilenas y mexicanas vinculadas con el derecho al trabajo, así como la recomendación R119 que la Organización Internacional del Trabajo emitió sobre el tema. Agregaron que, a diferencia del derecho internacional y el derecho comparado, en la Constitución salvadoreña existe una disposición que establece una prestación económica a cargo de los patronos y a favor de los trabajadores permanentes que renuncien. Por ello, consideraron que existe un mandato constitucional que exige a la Asamblea Legislativa la emisión de una ley que proteja de manera directa lo consagrado en el art. 38 ord. 12° Cn.

b. Con respecto a los mandatos constitucionales, citaron la sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98, y con base en dicho precedente afirmaron que el Órgano Legislativo se encuentra obligado a seguir los lineamientos que esta Sala emita, como máximo intérprete de la Constitución. Ello, a fin de que se cumplan eficazmente los mandatos constitucionales, situación que, en

opinión de demandantes, se encuentra respaldado por la jurisprudencia establecida en la sentencia de 13-XI-2001, Inc. 41-2000.

A causa de lo expresado, consideraron que si este Tribunal realiza una interpretación del art. 38 ord. 12° Cn. y, además, declara la inconstitucionalidad por omisión, entonces la Asamblea Legislativa se encontrará en la obligación de emitir la ley correspondiente, puesto que, en tal caso, estaría frente a un mandato constitucional explicitado por la jurisprudencia constitucional.

B. En esa misma línea, manifestaron que, en vista de que el parámetro de control es incompleto, la inconstitucionalidad por omisión alegada debe sujetarse a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad.

a. En cuanto a este argumento, citaron la sentencia de 14-XII-2004, Inc. 20-2003. Así, al relacionar el juicio de razonabilidad con la omisión de legislar, las ciudadanas demandantes entienden que es necesario tomar como criterio de análisis la valoración de los principios que afectan la omisión por parte de la Asamblea Legislativa, atendiendo a que no existe una ley concreta con la cual se pueda ponderar los criterios y medios que utilizan los órganos del poder para ejercer sus competencias.

b. Aunado a lo anterior, consideraron que es indispensable emitir una ley, según lo impone el art. 38 ord. 12° Cn., ya que la seguridad jurídica y bien común de los trabajadores así lo imponen.

c. Sobre la *seguridad jurídica*, aludieron a la sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, y agregaron que la infracción al principio de seguridad jurídica de los trabajadores se produce por la falta de tutela del derecho a tener una prestación económica en aquellos casos en que un trabajador permanente – según el Código de Trabajo– decida renunciar por su propia voluntad.

En su opinión, ese perjuicio se manifiesta en que se deja a criterio del patrono decidir qué situaciones de renuncia voluntaria son las que pueden

indemnizarse, ya que, al no existir una ley, aquél puede basarse en subjetividades o en la costumbre de empresa que de alguna manera afectan el derecho a esta prestación económica.

d. En cuanto al *bien común*, relacionaron la sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, y sostuvieron que la omisión legislativa quebranta este valor, pues se produce una afectación al bienestar personal y futuro del trabajador cuando este decide renunciar. Dicha situación dará como resultado una falta de realización personal de todos los sujetos de la sociedad que se encuentren en la misma situación jurídica, lo que soslaya la justicia social como finalidad primaria de la Constitución.

e. En relación con el juicio de proporcionalidad, expusieron que la medida a enjuiciar está constituida por la inacción de la Asamblea Legislativa, mientras que el fin está compuesto por esa negación de crear la ley, situación que limita el derecho constitucional de los trabajadores permanentes de exigir una prestación económica cuando renuncian a su trabajo. Consecuentemente, concluyeron en que no existe un equilibrio, pues el trabajador se ubica en una situación más desventajosa que la que tuvo en su relación laboral.

f. Por otra parte, las demandantes resaltaron que es importante que se emita una ley que desarrolle el mandato constitucional establecido en el art. 38 ord. 12° Cn., en relación con el art. 252 Cn., ya que los trabajadores permanentes se encuentran en una situación de desigualdad material proveniente del “Modelo Cepalino” que el actual Código de Trabajo reviste.

g. Finalmente, solicitaron que se pronuncie una sentencia de las denominadas *manipulativas*, que obligue a la Asamblea Legislativa a emitir la ley que proporción e eficacia inmediata al mandato constitucional establecido en el art. 38 ord. 12° Cn. en relación con el 252 Cn.

2. Por su parte, los motivos de inconstitucionalidad alegados en el proceso de Inc.55-2005, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En términos generales, los actores solicitaron que se declare la inconstitucionalidad por omisión, pues el legislador ha incumplido el mandato del Constituyente establecido en el art. 38 ord. 12 ° Cn., en relación con el art. 252 Cn., el cual debe ser garantizado por los órganos del Estado salvadoreño.

Luego de expresar las razones por las que esta Sala se encuentra habilitada para conocer de las inconstitucionalidades por omisión, señalaron que ni en el Código de Trabajo ni en ninguna otra ley laboral se regula el derecho del trabajador a recibir una prestación económica en caso de renuncia, deficiencia legislativa que es imputable a la Asamblea Legislativa.

A continuación, aludieron a la jurisprudencia emitida por esta Sala sobre la inconstitucionalidad por omisión, así como a la dogmática constitucional relacionada con el citado tema, haciendo la aplicación de esos criterios al caso planteado. Y con base en ello, se refirieron a la distinción entre omisión *absoluta* y *relativa* y afirmaron que la omisión alegada en el caso particular es absoluta, ya que el legislador no le ha dado eficacia al mandato constitucional establecido en los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn.

Dicha omisión –añadieron– afecta el derecho fundamental de los trabajadores, pues, al no haberse complementado el mandato constitucional establecido en las disposiciones constitucionales señaladas, estas pierden eficacia. Por ello, estiman que el encargo al legislador debió cumplirse inmediatamente después de emitida la norma constitucional.

Con arreglo a un sector doctrinario, los ciudadanos indicaron que los encargos al legislador van más allá de la función legislativa normal que debe desarrollar el Legislativo, porque no queda a su discrecionalidad emitir o no un determinado cuerpo jurídico, sino que se trata de una obligación en

sentido estricto. En ese sentido, el intervalo de tiempo dentro del cual debe emitirse la ley no debería postergarse en demasía, pues, de lo contrario, la eficacia del mandato constitucional se volvería nugatoria.

Asimismo, dijeron que las disposiciones constitucionales que contienen tales encargos no son meros principios programáticos, sino verdaderas normas jurídicas cuya naturaleza se identifica, entre otros rasgos, por la eficacia limitada que poseen por sí solas. De esta forma –siguieron–, si la Asamblea Legislativa incumple la obligación de emitir la normativa correspondiente, provoca una ineficacia de los preceptos constitucionales, lo cual, con el paso del tiempo, se traduce en una inconstitucionalidad.

Consideraron que lo afirmado en último término es aplicable a los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn., puesto que las prescripciones en ella incorporadas aún no han sido actualizadas por el Legislativo.

Además, luego de un análisis de los criterios expuestos en la sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95, relativos a la delimitación de los mandatos constitucionales, los actores concluyeron que, por una parte, existe un mandato dirigido explícitamente al legislador para que regule el derecho de los trabajadores a recibir una prestación económica en caso de renuncia y, por otra, el legislador no ha dado cumplimiento a dicho encargo, pues el derecho en referencia no se ha regulado ni en el Código de Trabajo ni en ninguna otra ley formal que tenga alguna relación con los derechos de los trabajadores, por lo que existe la omisión de parte del legislador.

Por otra parte, en cuanto al tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de la disposición infra constitucional, advirtieron que el mandato constitucional de emitir una normativa se originó con la entrada en vigencia de la Constitución, específicamente, el 20-XII-1983. En ese sentido, sostienen que a la fecha en que presentaron su demanda, habían transcurrido más de veintidós años sin que el Legislativo hubiera producido la regulación correspondiente, lo cual es un período excesivamente prolongado.

Por ello, manifestaron que no se trata de una omisión simple, pues el retardo de la Asamblea Legislativa no está justificado ni por las circunstancias actuales del país ni por el contexto sociopolítico del mismo.

De igual manera, dijeron que una omisión de este tipo no puede permitirse en nuestro ordenamiento jurídico, pues, con el contexto globalizado que se vive en la actualidad, es necesario que nuestro país presente un mínimo de seguridad laboral, lo que implica un reconocimiento en la comunidad internacional de que los derechos laborales se están valorando y, en consecuencia, los beneficios para la nación como por ejemplo mayor inversión extranjera y más apoyo internacional.

En otro orden, y citando doctrina, afirmaron que tanto la razonabilidad en el tiempo como la trascendencia o importancia de la medida legislativa son aspectos decisivos para establecer si existe una inconstitucionalidad por omisión; es decir, además del plazo, hay que fijar con precisión la importancia de la regulación de este derecho.

En ese sentido, en cuanto a la importancia de la mediación legislativa, sostuvieron que el derecho contenido en el art. 38 ord. 12° Cn. constituye un derecho fundamental inherente a todo trabajador, por lo que su falta de regulación hace que su eficacia se vuelva nugatoria.

Finalmente, concluyeron que, de acuerdo con los argumentos que han expresado, se ha puesto de manifiesto la violación a la Constitución, como efecto del incumplimiento del mandato establecido en el art. 38 ord. 12° Cn., cuya eficacia ha quedado condicionada a la *interpositio legislatoris*, según lo prescribe el art. 252 Cn.

3. La Asamblea Legislativa—en ambos procesos—justificó su omisión de emitir la ley respectiva que actualice lo regulado en el art. 38 ord. 12° Cn. de la siguiente manera:

A. En relación con la demanda que originó el proceso de Inc. 53-2005,

y luego de transcribir los argumentos centrales de los demandantes, expresó que, a pesar de estar regulado en nuestra Constitución, el derecho establecido en el art. 38 ord. 12° Cn. tendrá aplicación hasta que sea regulado por medio de una ley secundaria, por lo que –a su entender– no es cierto que exista omisión de su parte, pues el art. 252 Cn. no establece ningún plazo dentro del cual deba emitirse la ley.

Por otra parte, señaló que, cuando entró en vigencia la Constitución, nuestro país se encontraba en una guerra civil, que duró aproximadamente doce años. A causa de tal situación, existía una inestabilidad laboral, pues se ignoraba si los centros de trabajo cerrarían sus actividades laborales de manera definitiva.

Agregó que, desde el año dos mil, en la Comisión de Trabajo de la Asamblea Legislativa se encuentran ciertos proyectos de ley secundaria relativas a la indemnización universal, los cuales tienen por finalidad dar cumplimiento a lo impuesto en el art. 252 Cn. En efecto, precisó que los días 17-VIII-2000, 5-VII-2002, 30-X-2003 y 7-IV-2005 fueron presentados ante el citado órgano fundamental del Estado cuatro anteproyectos de la “Ley de Indemnización Universal”.

De ahí que el Legislativo considera que “no se ha quedado corto en presentar proyectos de ley a que hacen referencia los artículos propuestos como parámetros de control”. Aunque –aclara–, dicha labor no es sencilla, pues las diferentes instituciones sindicales, la empresa privada y los entes del gobierno tienen que realizar un estudio exhaustivo para determinar si actualmente existen las condiciones económicas, sociales y políticas para aprobar una “Ley de Indemnización Universal”.

En consecuencia, afirmó que no existe una omisión que pueda reputarse como inconstitucional por parte del Órgano Legislativo, con base en el argumento de que no se ha aprobado la ley a la que se refiere el art. 252 Cn.

B. En cuanto a la función de legislar que le corresponde, la Asamblea Legislativa argumentó que dicha atribución es relativa, ya que tal institución no es la que inicia el proceso de formación de ley, sino que recibe las iniciativas de ley, las cuales corresponden a los Diputados; al Presidente de la República, por medio de sus Ministros; a la Corte Suprema de Justicia y a los Concejos Municipales. No obstante, aclara que, si bien el Legislativo es el que tramita las mencionadas iniciativas, lo cierto también es que las somete a un procedimiento en el que se elabora un dictamen, luego las discute y finalmente las aprueba, gestión que, a su vez, requiere del concurso del Presidente de la República para que la ley sea “perfecta”.

De ahí que consideró que una omisión legislativa no puede recaer en la mera falta de desarrollo por parte del Órgano Legislativo ni en el puro actuar del legislador, ya que no todos los silencios del legislador son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución.

C. Por último, expresó que una omisión legislativa es inconstitucional únicamente cuando el Órgano Legislativo altera el contenido normativo de la Constitución. De esto se sigue que el objeto de control en este caso no sea la conducta de dicho órgano constitucional, sino las consecuencias que de esta se pueda derivar.

La conclusión a la que arribó en este punto fue que, si la infracción constitucional que se produce por la inactividad o silencio del legislador origina una situación jurídica contraria a las disposiciones constitucionales, entonces en el caso cuyo estudio nos ocupa no ha existido ninguna abstención contraria al art. 252 Cn.

4. Tal como lo prescribe el art. 8 Pr. Cn., por auto de 12-X-2005 se corrió traslado al Fiscal General de la República, quien no hizo uso de él.

II. Habiendo expuesto los argumentos de los sujetos intervinientes en el presente trámite, (1) se depurarán ciertos aspectos de la pretensión de

inconstitucionalidad que ha sido formulada en el proceso de Inc. 53-2005; luego, (2) se identificará el problema jurídico concreto que deberá ser resuelto; y, finalmente, (3) se indicará el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo.

1. A. Se observa que las actoras del proceso de Inc. 53-2005 han afirmado que la omisión legislativa de emitir la normativa que actualice los contenidos de los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn. ha ocasionado, también, la infracción al principio de *seguridad jurídica* y al *bien común* de los trabajadores.

B. Con respecto a tal argumento, la fundamentación plasmada por las demandantes está orientada a poner de manifiesto la vulneración a un principio y a un valor constitucional, dada la omisión constitucional de la Asamblea Legislativa en producir una ley que determine las condiciones con arreglo a las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes una prestación económica, cuando estos renuncien a su trabajo (arts. 38 ord. 12° y 252 Cn.).

En ese sentido, el razonamiento reitera que la abstención legislativa es inconstitucional por incumplir un *mandato constitucional* establecido en los arts. 252, en relación con el 38 Cn., y que ello a su vez genera una infracción a la seguridad jurídica y al bien común.

Así, sostener que la omisión legislativa es inconstitucional porque vulnera un principio y un valor constitucional al no cumplir con el mandato que los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn. le imponen a la Asamblea Legislativa, es incurrir en una redundancia argumentativa; es decir, una fundamentación que parte de un razonamiento circular, lo cual genera en esta Sala la imposibilidad de pronunciarse sobre ese punto de la pretensión deficiente.

Esto se debe a que, precisamente, *el control que este Tribunal realizará en el presente proceso de inconstitucionalidad girará en torno a la*

aparente vulneración directa al contenido normativo de la disposición constitucional que impone el encargo al legislador.

Justamente, dicha circunstancia se cifra en el hecho que, como se afirmó en la resolución de 11-VI-2004, Inc. 7-2004, las aseveraciones que postulan la infracción de una disposición constitucional por la supuesta violación a otra, deben concatenarse de manera que ambas no se dependan mutuamente, porque dicha situación vuelve confuso el punto específico de la pretensión, lo cual se traduce en un círculo vicioso que impide su conocimiento mediante una sentencia de fondo.

A causa de lo afirmado, *debe sobreseerse* la pretensión contenida en la demanda presentada por las ciudadanas Tania Carolina Ávalos Aguirre, Claudia Nathaly Flores Mejía, Yeni Yosselin Guandique Bonilla, María Auxiliadora Rivas Serrano y Esmeralda Edith Torres López, *en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la omisión legislativa de emitir una ley que determine las condiciones con arreglo a las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes una prestación económica, cuando estos renuncien a su trabajo (arts. 38 ord. 12° y 252 Cn.), por la aparente vulneración al principio de seguridad jurídica y al valor bien común.*

2. Depurada que ha sido la pretensión, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta sentencia consiste en verificar si los contenidos normativos de los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn. han sido transgredidos por la abstención de la Asamblea Legislativa de producir una ley que determine las condiciones para hacer efectiva la prestación económica por renuncia del trabajador.

3. Establecidos los términos del contraste, a continuación se abordarán los siguientes aspectos relevantes: (III) las dimensiones negativas de libertad y positivas de prestación de los derechos fundamentales; lo cual nos introducirá a (III 1 B) las propiedades que definen al esquema

constitucional de tales derechos. Luego, (III 1 D) se aludirá a la obligación de progresividad que tiene el Estado con respecto a la promoción de los derechos establecidos en la Constitución, que constituirá (III 2) el presupuesto para el análisis de la justiciabilidad de los derechos sociales, así como al papel que en torno al tópico tienen los Tribunales Constitucionales. A continuación, se hará referencia a la función que las garantías desempeñan como mecanismos de protección de la faceta prestacional de los derechos; y, de igual forma, se formularán ciertas acotaciones relativas a las lagunas que se producen en los diversos niveles normativos.

Después, (IV) se desarrollarán algunos tópicos sobre la inconstitucionalidad por omisión y, dentro de este esquema, será necesario referirse a los mandatos constitucionales como normas incompletas. Fijado este marco teórico, (V) se pasará a aplicar sus distintos componentes al caso cuyo estudio se realiza.

III. 1. A. Doctrinalmente se ha pretendido formular una distinción “generacional” entre los derechos fundamentales: por un lado, los civiles y políticos, y, por el otro, los económicos, sociales y culturales.

Según estas posturas, los *derechos civiles y políticos* son asociados a la dimensión *negativa* del principio de libertad y, por ello, demandan del Estado y de los particulares conductas pasivas; básicamente, exigen una abstención de intervenir en la esfera privada de los individuos. Por su parte, los *derechos sociales* han sido ligados con el principio de igualdad, con un contenido eminentemente *prestacional*.

Sin embargo, frente a la contraposición entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ha adquirido fuerza la idea de que todos los derechos fundamentales presentan, unos más que otros, dimensiones *negativas y positivas de libertad*, razón por la cual dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse; que imponen deberes no sólo a los poderes públicos, sino también a aquellos sujetos

privados en condiciones de afectarlos; que demandan prestaciones onerosas, que pueden adoptar carácter individual o colectivo, y que, en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes.

En efecto, el basamento de lo afirmado gravita en que los derechos fundamentales, además de erigirse en *límites frente a la ley*, constituyen el *objeto de regulación de ésta*. De ahí la idea de que *el legislador puede ser una amenaza para los derechos fundamentales, al tiempo que puede ser una garantía de estos mediante la reserva de ley* (sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004).

A causa de lo apuntado, en la actualidad, el Legislativo tiene una *vinculación negativa* y una *vinculación positiva* en relación con los derechos fundamentales. Esta última es la que, justamente, le impone a dicho Órgano constitucional la tarea de promoción legislativa de los mencionados derechos, desde su carácter objetivo.

B. Aunque la dimensión prestacional de los derechos fundamentales se configuró en el marco del Estado social de Derecho, paradójicamente este modelo de Estado no desarrolló un sistema que los garantizara como auténticos derechos subjetivos como sí lo hizo el Estado liberal de Derecho con respecto a los “derechos clásicos de libertad” (los derechos civiles y políticos), sino que simplemente se articuló mediante la ampliación de las funciones del Estado a un serie de ámbitos hasta entonces reservados a la iniciativa privada y sujetos al libre juego de las fuerzas del mercado. Dicho déficit demanda hoy la *reinención* del sistema para considerarlos como auténticos derechos y que generen una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones.

En ese sentido, es necesario desarrollar un nuevo *esquema normativo* en relación con las prestaciones que imponen los derechos fundamentales, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales, el cual puede ser caracterizado por las siguientes propiedades:

a. El reconocimiento explícito e implícito de la *interdependencia y paridad* de los derechos fundamentales.

b. La ampliación del catálogo de los derechos fundamentales, bien por la inclusión en la Constitución y la ley, de nuevos derechos, bien por la interpretación extensiva por parte de esta Sala de los ya previstos.

c. El fortalecimiento de las disposiciones constitucionales dirigidas al establecimiento normativo de *garantías* que tiendan a la protección de los derechos regulados a favor de aquellos grupos de personas hasta ahora excluidos.

d. El reconocimiento de los derechos como *estructuras complejas*, las cuales demandan de los poderes públicos tanto *acciones positivas* como de *abstención*, según se desprende de los propios términos en que están consagrados y sus modos de ejercicio.

e. El reconocimiento de la *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, es decir, de la posibilidad que estos resulten oponibles no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a sujetos privados que estén en condiciones de poder afectarlos. Naturalmente, esta cuestión adquiere relevancia en el marco en el que los agentes privados tienen cada vez mayor poder económico, ideológico y organizacional, y están, por tanto, en situación de transgredir derechos, particularmente aquellos vinculados con el acceso a los recursos destinados a la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

f. El reconocimiento de la aplicación directa e inmediata tanto de la dimensión negativa de libertad como de la dimensión positiva de prestación de los derechos fundamentales, es decir, que no es indispensable su posterior configuración legislativa para que sus diversas modalidades o contenidos mínimos puedan ser directamente reclamables.

g. El reconocimiento de la dimensión colectiva de los derechos y, en

su caso, la previsión de mecanismos idóneos para optimizarlos.

En ese sentido, de acuerdo con este esquema, las disposiciones constitucionales que tipifican derechos “sociales” (o que enfatizan la dimensión prestacional de los derechos fundamentales) se deben interpretar a fin de maximizarlas, para no debilitar la eficacia normativa de unos derechos a los que, después de todo, se ha otorgado rango constitucional.

En ese orden de ideas, si las leyes son amplias y presentan niveles suficientes de *concreción*, el contenido alegable del derecho (de cualquier derecho, no sólo de los denominados “derechos sociales”) será mayor; en cambio, si las leyes de desarrollo o actualización son escuetas o demasiado vagas, lo *justiciable* será obligatoriamente más restringido. Con todo, si no existiera ley, tendría que aplicarse a las prestaciones que implican los derechos fundamentales lo mismo que regiría para cualquier otro derecho: *que por el sólo hecho de estar consagrado en la Constitución, dispone de un contenido que el legislador no puede disponer y –por tanto– debe respetar, no sólo con abstenciones, sino también con desarrollo.*

De acuerdo con esta línea argumental, se concluye que los denominados *derechos sociales* contienen no sólo principios rectores que actúan como derechos de configuración legislativa (cuyo sentido depende del desarrollo y actualización que le otorga la respectiva legislación, tal como lo sostenía la clásica teoría de los derechos de libertad), sino que, además, este *nuevo esquema constitucional de comprender a los derechos* procura poner de manifiesto que *el contenido esencial de todos los derechos (no sólo los sociales) depende en parte del desarrollo legislativo y puede, al menos en sus aspectos fundamentales, ser derivado directamente de la Constitución, sin que los poderes públicos puedan desconocerlo, ni por acción ni por omisión.*

C. Ni los derechos civiles y políticos pueden caracterizarse sólo como derechos de abstención; ni los derechos sociales actúan siempre como

derechos de prestación. Del mismo modo, si los derechos sociales son derechos positivos, de prestación, ello no obsta a que puedan comportar, también, deberes negativos, de abstención o de no intervención.

Muchas de estas obligaciones negativas no implican, en realidad, grandes desembolsos financieros ni dependen tanto de la reserva de lo económicamente posible. Es más, *existen obligaciones positivas vinculadas a la satisfacción de derechos civiles, políticos y sociales (en sus dimensiones objetivas) que, por regla general, tienen que ver no con prestaciones fácticas, sino con regulaciones normativas, como la emisión de una ley, un reglamento o, simplemente, de un marco regulatorio que garantice el disfrute del derecho cuya efectividad se pretende.*

En definitiva, puede afirmarse que, contemplados desde sus diversas facetas, todos los derechos comportan, en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles ante los poderes públicos: desde obligaciones negativas de *respeto* hasta obligaciones positivas de *promoción* y *satisfacción*, pasando por obligaciones de *protección* frente a vulneraciones provenientes de particulares y actores privados.

D. Es necesario formular ciertas consideraciones sobre la obligación de progresividad que tienen los poderes públicos en la promoción de los derechos fundamentales, que impone a los poderes públicos la obligación de desarrollar el contenido del derecho en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, de acuerdo con los contextos históricos, culturales y jurídicos.

Dicha obligación no constituye una habilitación abierta en el tiempo que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la protección o garantía de un derecho. Por el contrario, *es un deber que entraña obligaciones concretas, comenzando por la de demostrar, cuando sean requeridos, que se han desarrollado los esfuerzos suficientes y que se han utilizado los recursos idóneos y eficaces (ya sea humanos, financieros, informativos o tecnológicos, entre otros) para satisfacer –al menos– el*

contenido básico del derecho de que se trate y cimentar la plataforma institucional que haga posible sus modos de ejercicio.

2. Ahora bien, en la medida en que son derechos reconocidos en las constituciones, los denominados derechos sociales son tan fundamentales como los llamados derechos civiles y políticos. Por ello, deben gozar de mecanismos potencialmente equivalentes de protección, incluidos los de tipo jurisdiccional, situación que se encuentra relacionada con las garantías de los derechos fundamentales.

La cuestión de si los derechos sociales son justiciables ha ocupado un lugar central en las discusiones jurídicas. Así, para un importante sector doctrinal la prueba acabada de que los derechos sociales no pueden considerarse auténticos derechos fundamentales sería la imposibilidad de garantizarlos por vías jurisdiccionales; no obstante, esta presentación del problema suele partir de una idea distorsionada.

La justiciabilidad de un derecho (tanto en su dimensión de defensa como prestacional) no es un cuestión de todo o nada. Mas bien, se trata de un concepto graduable, que varía de acuerdo con el contexto y que no se agota en la posibilidad de que un órgano jurisdiccional sancione directamente al renuente o en que otorgue una prestación incondicional a cualquier persona que la solicite en cualquier circunstancia.

Debe aclararse que la justiciabilidad de un derecho (sea este civil, político o social) admite diversos tipos de intervenciones jurisdiccionales: preventivas, sancionatorias o de control. Todas ellas tienen un objeto común: *evitar que la vulneración en cuestión quede impune y establecer algún mecanismo que, al menos, obligue a los órganos legislativos o administrativos a justificar públicamente las razones de su incumplimiento.*

Una de las justificaciones más convincentes del papel que los Tribunales Constitucionales desempeñan en relación con la protección

jurisdiccional de los derechos prestacionales, específicamente cuando la protección de un derecho aparentemente se encuentra condicionada a que el Legislativo emita una determinada normativa, es la siguiente: en las democracias representativas *realmente existentes*, la protección de los derechos fundamentales y de los principios ligados al Estado Constitucional de Derecho no puede encomendarse de manera exclusiva al Órgano Legislativo.

En ese contexto, y precisamente por su papel de relativa independencia de los Órganos políticos, los Tribunales Constitucionales constituyen un instrumento idóneo, si bien no el único ni el principal, para impulsar un cierto control entre poderes en materia de derechos civiles, políticos y sociales, así como para hacer visibles y audibles los intereses y voces de aquellas minorías (y a veces mayorías) marginadas de los canales representativos tradicionales.

Justamente, cuando el goce efectivo de una prestación derivada de un determinado derecho fundamental requiera de la intervención del Legislador, porque la Constitución le impone a este un mandato para emitir un cuerpo jurídico determinado, el mecanismo que las Salas, Cortes o Tribunales Constitucionales utilizan para controlar su abstención es el de la *inconstitucionalidad por omisión*.

A causa de lo anterior, es posible concluir que *la ausencia de legislación no puede significar la inexistencia de un contenido constitucionalmente definido del derecho y, por tanto, susceptible de protección jurisdiccional*.

3. A. Así las cosas, interesa retomar lo afirmado en la sentencia de Inc. 37-2004, en lo relativo a la conexión que puede existir entre la *inconstitucionalidad por omisión* y las *disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales*.

La faceta *prestacional* de los derechos fundamentales que requieren de configuración legal encuentra un ámbito de protección mucho más operativo en medidas legislativas. No obstante, esa necesidad de medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias para la efectiva protección en la conservación y defensa de dichos derechos, no habilita la abstención pública que convierta a los citados derechos en categorías jurídicas formales, sin posibilidad real de ser ejercidos por sus titulares.

Cuando la Constitución ordena la promoción prestacional de un derecho mediante la emisión de una legislación, los poderes públicos que detentan las potestades normativas respectivas están *obligados* a establecer las condiciones normativas para llevar a cabo dicha promoción y aseguramiento. De ahí que, cuando su abstención implica o involucra la ausencia de garantías para una modalidad de ejercicio de un derecho fundamental, esta Sala puede constatar la existencia de una *omisión inconstitucional*.

Este deber estatal de protección y promoción de las prestaciones que imponen los derechos fundamentales se articula, sobre todo, en *garantías adicionales* que enfatizan su dimensión objetiva y que se derivan, por lo general, de normas de mandato o competencia, de organización y de procedimiento. Ello, con el fin de crear las condiciones fácticas y jurídicas que permitan la optimización de la dimensión subjetiva de tales derechos.

B. De acuerdo con lo anterior, es necesario pasar al examen de las *garantías constitucionales establecidas a favor de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, y, en específico, del derecho establecido a favor de los trabajadores permanentes para que los patronos les paguen una prestación económica, cuando renuncien a su trabajo (art. 38 ord. 12° Cn.)*.

En esa línea argumental, el vocablo *garantía* carece de un significado técnico-jurídico preciso. A pesar de esa circunstancia, puede concebirse como el *conjunto de técnicas normativas y procedimentales que el*

ordenamiento prevé para la protección de los derechos subjetivos. Ello implica la existencia de dos aspectos fundamentales para su estructuración: el principio de legalidad y el principio de jurisdiccionalidad.

a. El primero de ellos exige que las prestaciones que satisfacen las facetas objetivas de los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas a su arbitrio o al libre juego de la oferta y la demanda y demás reglas del mercado; es decir, que es necesario que las leyes prevean unívocamente los presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos competentes y procedimientos de protección. Se trata, entonces, de garantías preventivas.

b. El segundo implica que la negación, las lesiones o afectaciones a los derechos deben ser sancionadas o corregidas. Para ello, es necesario que *todos* los derechos fundamentales sean justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su infracción, sea por comisión u omisión. Se trata de un conjunto heterogéneo de herramientas, pues abarca tanto procedimientos de distinta índole, como requisitos sustantivos, cuyo rasgo común consiste en asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales.

Por tanto, uno de los grandes retos para la consolidación de un constitucionalismo efectivo pasa por la exigencia de crear un adecuado sistema de garantías; de tal manera que, *si tomamos en cuenta que las Constituciones actuales contemplan articuladamente los derechos fundamentales, lo que hay que hacer no es reiterar su reconocimiento, sino construir un entramado institucional y procesal para volverlos eficaces* (sentencia de Inc.37-2004, ya citada), *y accesibles por sus titulares.*

De ahí que, con razón, se haya afirmado que *las garantías constituyen verdaderos mecanismos de protección cuya finalidad es reducir la distancia que media entre la fuerza normativa de los derechos fundamentales y la efectividad de estos.*

En el caso de la dimensión prestacional de un derecho fundamental, una *garantía* se traduce en la atribución al Legislativo de un papel relevante en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, para lo cual debe ejecutar las atribuciones que la Constitución le confiere: organizando, regulando y limitando su ejercicio y, en definitiva, ofreciendo un marco jurídico eficaz para su protección y promoción.

C. En ese sentido, y asumiendo que por esencia todos los derechos (civiles, políticos y sociales) son operativos, existen algunos casos en los que la Constitución solamente deja enunciado un mandato al legislador para que este lo *actualice* dentro de los límites que ella impone.

En los derechos de configuración legislativa tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva, por lo que dichos derechos desempeñan una función preferente en la interpretación del Derecho y el interés público que existe en su protección.

Así, lo que sucede es que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la fuerza obligatoria del precepto se manifiesta en primer término con la prohibición de adoptar normas contrarias a la Constitución. Es decir, los derechos con aspectos prestacionales que precisan de configuración legal, como normas objetivas, desempeñan también una *función reaccional*, en caso de no contar con un entramado de normas secundarias que especifiquen el quién, el cómo y las circunstancias de los sujetos llamados a realizar la prestación objeto del derecho.

4. Las auténticas lagunas normativas se manifiestan en la existencia de vacíos que, si tomamos el derecho en serio, tienen que ser eliminados por medio de la interpretación e integración. Pero, además, se concretan en el papel garantista del derecho positivo con respecto a los derechos fundamentales, cuya consagración constitucional equivale a la obligación de introducir en la esfera pública del Estado las obligaciones correspondientes a tales derechos.

En ese sentido, para hablar de la presencia de lagunas en sede constitucional, es necesario que el problema de aplicación generado sea imposible de resolver para el intérprete, en el marco de sus competencias y del principio de separación de poderes.

Dicho con precisión, *debe tratarse de la ausencia indebida de un cuerpo jurídico, la cual, si no es remediada por una específica intervención legislativa, no permite la aplicación de las normas constitucionales con respecto a las que la laguna es predicable.*

En suma, las *lagunas* que se producen en los diversos niveles normativos se caracterizan porque se traducen en la *inobservancia por incumplimiento* de la obligación impuesta a una entidad con potestades normativas por un mandato constitucional, que en principio hace que este no pueda aplicarse y que, además, reclama para su solución una conducta positiva por parte del Legislativo.

IV. Como se acotó previamente, cuando la efectiva protección de las prestaciones derivadas de un derecho fundamental exige del Legislativo la emisión de un cuerpo jurídico, el mecanismo que esta Sala puede utilizar para controlar su incumplimiento es el de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Con respecto a dicho instituto, y a diferencia de otros países, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante “L.Pr.Cn.”) no prevé expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa. Sin embargo, la jurisprudencia emitida por esta Sala ha sostenido que tal instrumento de protección reforzada es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98).

Fundamentalmente, de acuerdo con la citada decisión (reiterada en la

sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95), las razones que han sido argüidas para justificar la *inconstitucionalidad por omisión* son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.

1. Sobre las referidas cualidades de la Constitución (fuerza normativa y supremacía), no es necesario explayarse en esta sentencia. Basta con afirmar que, si bien la Ley Suprema está compuesta por disposiciones jurídicas que incluyen una multiplicidad de normas jurídicas que tienen la misma fuerza normativa porque ocupan el máximo rango jurídico, lo cierto es que no todas ellas tienen la misma *eficacia*.

A. Como se afirmó en la citada sentencia de Inc. 37-2004, la eficacia es una de las dimensiones inherentes de toda norma jurídica, debido a que esta se produce con la intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad para que pueda cumplir realmente con su *razón esencial*: establecer los fundamentos de la convivencia nacional y la construcción de una sociedad más justa (preámbulo de la Constitución).

También, la Constitución establece un conjunto de valores que se traducen en normas jurídicas y en un determinado contenido fundamental que busca ser realizada y, de igual manera, cumplir también con el postulado de eficacia aludido.

Ahora bien, este modo de regular la convivencia tiene como resultado una Constitución integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. Así, las disposiciones constitucionales exigen distinta intensidad de actualización, sin que ello signifique que poseen una significación dispar o un protagonismo diferenciado.

Por tal motivo, de entre la *tipología* de normas que contiene la Constitución salvadoreña, interesa destacar los *mandatos constitucionales*,

que se caracterizan por su *estructura relativamente incompleta*.

B. a. En ese orden de argumentos, es oportuno señalar que, generalmente, la existencia de este tipo de disposiciones constitucionales que tipifican mandatos se traduce en una serie de órdenes al legislador. Tales prescripciones no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino verdaderas imposiciones jurídicas que obligan al órgano emisor a conectarlas con otras de desarrollo infraconstitucional para alcanzar su plenitud aplicativa.

Estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador constituyen cierto tipo de normas incompletas, pues, en línea de principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que el derecho fundamental a la que se refiere el mandato pueda cobrar plena eficacia.

De esta forma, si la ley a la que se remite el mandato está emitida cuando la Constitución entra en vigor, dicho mandato queda completado, es decir, que va a tener aplicación inmediata; en cambio, si en aquel momento no se ha emitido la ley, la aplicación del mandato constitucional quedará diferida hasta que la ley se produzca.

En este tema hay que señalar la peculiaridad que tienen los encargos dirigidos al legislador que se refieren a los derechos fundamentales, puesto que el contenido mínimo de estos derechos ha de tener aplicación inmediata y eficacia directa en todo caso.

Por tal motivo, *las modalidades de ejercicio del derecho fundamental en cuestión deben tener eficacia directa y, por ello, los poderes públicos deben respetar su contenido esencial, aunque no exista una ley que las actualice*.

b. Debe agregarse que estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la

Constitución, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte necesaria para dotar de eficacia plena a la disposición constitucional que tipifica un mandato.

c. Además, los encargos dirigidos al legislador para que produzca disposiciones legales pueden estar condicionados, tanto por el establecimiento en la Ley Suprema de un plazo determinado (lo que tampoco es necesario), como por la *existencia actual* de circunstancias que difieren razonablemente la regulación jurídica que de la correspondiente prestación derivada de los derechos fundamentales. De tal manera que, en este último supuesto, *desaparecida la circunstancia, el mandato dirigido al legislador ya es exigible y, por tanto, la abstención legislativa se reputa como inconstitucional.*

2. A. En efecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que existe tanto una vinculación negativa de la ley frente a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico; como también una vinculación positiva que impone al Legislativo la tarea de promoción y reconocimiento de los derechos fundamentales (sentencia de Inc. 37-2004).

Ello significa que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, para concretar las facultades atribuidas, regular y limitar su ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección. Ahora bien, no está de más aclarar que, a diferencia de la regulación, los límites sólo son susceptibles de ser realizados por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa (sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006).

Esta vinculación positiva al legislador se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los

derechos fundamentales, pues en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por la Ley.

De este modo, los derechos fundamentales también desplegarán su eficacia frente a los particulares, para lo cual habrá que tener en cuenta cómo el legislador ordinario lo ha regulado (sentencia de 21-IX-2011, Inc. 16-2005).

B. Otro de los puntos que abonan a las anteriores afirmaciones se encuentra en el carácter relativo de los derechos fundamentales y el hecho de que la delimitación de su contenido pueda evolucionar, por responder a realidades dinámicas. Todo ello contribuye a que la línea divisoria entre lo constitucional y lo inconstitucional de una intervención legislativa sea difícil de identificar *a priori*.

V. Establecido el anterior marco teórico, es preciso recordar cuál es el problema jurídico que debe ser resuelto por esta Sala. Este consiste en verificar si la abstención de la Asamblea Legislativa de emitir una ley que determine las condiciones de ejercicio al derecho de los trabajadores permanentes a una prestación económica por renuncia voluntaria, infringe los contenidos normativos de los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn.

Para resolverlo, esta Sala debe: (1) constatar si en el texto constitucional existe un mandato que obligue al legislador a emitir dicha ley; (2) verificar si existe un comportamiento omisivo del legislador para cumplir con dicho mandato; (3) establecer si el comportamiento omiso, ha sido excesivo e injustificadamente dilatado; y, en su caso, (4) fijar con precisión la forma en que se dará cumplimiento al mandato constitucional.

1. Sobre el primer aspecto, los demandantes de ambos procesos sostuvieron que el mandato o encargo que el legislador ha omitido normar es

el que está contenido en los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn.

A. De acuerdo con lo previsto en el art. 38 ord. 12° Cn., la ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes que renuncien a su trabajo una prestación económica cuyo monto se fijará en relación con los salarios y el tiempo de servicio. Con arreglo al art. 252 Cn., el citado derecho tendrá aplicación hasta que sea regulado en la ley secundaria, la cual no podrá tener efecto retroactivo.

B. Dada la estructura normativa de los enunciados constitucionales en referencia, es posible afirmar que contienen un *mandato explícito* para que el Legislativo emita un cuerpo jurídico que regule el derecho de los trabajadores permanentes a una prestación económica por renuncia voluntaria.

Aunque el art. 252 Cn. parece limitar expresamente la eficacia del derecho contenido en el art. 38 ord. 12° Cn., de su tenor se infiere la necesidad de una actividad concreta de *actualización legislativa* que garantice la protección de aquel derecho, es decir, lejos de postergar la vinculación que el derecho impone hacia los entes con potestades normativas, reafirma el mandato al Legislativo para que desarrolle las plataformas normativas sobre las cuales el derecho en mención se ejercerá.

En efecto, el art. 38 ord. 12° Cn. tiene una estructura normativa que es posible caracterizar como *incompleta*, ya que su complitud necesita la concreción normativa del legislador. De esta forma, es posible apreciar la existencia de un derecho fundamental, cuya dimensión prestacional aun no goza de una protección y promoción mediante la *garantía* respectiva (que el legislador desarrolle sus condiciones de ejercicio), por lo que, en este punto, se observa una laguna normativa de segundo grado que obligatoriamente debe ser colmada por el Legislativo.

Al respecto, es oportuno evocar que, como se afirmó en la citada

sentencia de Inc. 37-2004, la vinculación de los derechos fundamentales no necesita de la intermediación legislativa, por lo que su falta no neutraliza por completo la operatividad del derecho. Sin embargo, para que las garantías puedan desempeñar su papel de instrumento de protección de los derechos, es necesario un desarrollo legal de los supuestos y condiciones para la protección de estos.

A causa de lo anterior, esta Sala considera que el elemento de la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador se encuentra plenamente establecido en el presente proceso.

2. En relación con el comportamiento omisivo, la inconstitucionalidad alegada por los ciudadanos del proceso de Inc. 55-2005 se cifra en que no existe en el Código de Trabajo ni en ninguna otra ley laboral una regulación referida al derecho del trabajador a recibir una prestación económica en caso de renuncia.

Sobre este punto, la Asamblea Legislativa reconoció explícitamente en sus informes que, en la actualidad, el ordenamiento jurídico no cuenta con una ley vigente que regule el derecho reconocido en el art. 38 ord. 12° Cn. Dicho reconocimiento es robustecido por el hecho de que, según la autoridad demandada, existe un procedimiento legislativo que comprende varias iniciativas de ley sometidas al análisis de una comisión técnica, con el fin de que se promulgue una “Ley de Indemnización Universal”.

De esta manera, también se ha constatado que existe un comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa para cumplir con el mandato constitucional apuntado, a pesar de las iniciativas impulsadas por los legisladores en los años anteriores.

3. En relación con el análisis relativo a establecer si el comportamiento omisivo del legislador está justificado, es preciso analizar los argumentos explicitados por la Asamblea Legislativa.

A. Sobre el tópico, la razones expuestas por el Órgano Legislativo para demostrar que su omisión es válida constitucionalmente pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. Si bien el derecho establecido en el art. 38 ord. 12° Cn. tendrá aplicación hasta que sea regulado por una ley secundaria, el art. 252 Cn. *no establece ningún plazo* dentro del cual se debe emitir la ley correspondiente, por lo que no existe una omisión inconstitucional de su parte.

b. Cuando la Constitución de 1983 entró en vigencia, El Salvador se encontraba en una guerra civil que duró aproximadamente doce años. A causa de tal situación, existía una inestabilidad laboral, pues se ignoraba si los centros de trabajo cerrarían sus actividades laborales de manera definitiva.

c. Desde el año *dos mil*, se encuentran en la Comisión de Trabajo de la Asamblea Legislativa los proyectos de ley secundaria de “indemnización universal”. El propósito es dar cumplimiento a lo establecido en el art. 252 Cn. Los días 17-VIII-2000, 5-VII-2002, 30-X-2003 y 7-IV-2005 fueron presentados en el citado órgano fundamental del Gobierno cuatro anteproyectos de la “Ley de Indemnización Universal”.

B. A continuación, se pasará a examinar las razones argüidas por la Asamblea Legislativa para justificar la constitucionalidad de su abstención en emitir una normativa que actualizara el art. 38 ord. 12° Cn.

a. La primera de las razones que el Legislativo ha explicitado en su defensa está orientada a poner de manifiesto que, a pesar de su consagración constitucional, la eficacia del derecho de los trabajadores permanentes a una prestación económica cuando renuncien voluntariamente a su trabajo está *condicionada* a la promulgación de la “ley correspondiente”.

Con respecto a lo anterior, es preciso recodar que una de las propiedades que caracteriza al esquema constitucional de los derechos

fundamentales consiste en el reconocimiento de su aplicación directa e inmediata tanto en su dimensión negativa (o de libertad) como de su dimensión positiva (o de prestación), lo cual significa que no es necesaria su posterior configuración legislativa para que sus contenidos fundamentales tengan carácter vinculante.

En realidad, tal como ya se mencionó, el principio de constitucionalidad obliga a reconocer que *el derecho establecido en el art. 38 ord. 12° Cn. existe y, por ello, detenta una fuerza normativa que vincula al Legislativo. Sin embargo, en lo que atañe a sus garantías, dicho órgano del Gobierno no ha establecido normativamente los cauces mediante los cuales ese derecho debe ser protegido y asegurado.*

De esta forma, *la ausencia de garantías primarias para el derecho de los trabajadores permanentes a una prestación económica por renuncia voluntaria (art. 38 ord. 12° Cn.) debe ser considerada como una laguna que ineludiblemente ha de ser colmada por la Asamblea Legislativa.*

Precisamente, la disposición constitucional que, a juicio del legislador, fundamenta su alegato de que en el presente caso no ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión (porque el constituyente no reguló un plazo dentro del cual debe emitirse la ley correspondiente) es la que *reafirma* su obligación con respecto a la protección y promoción del derecho mencionado en el párrafo que antecede. *Lo que el art. 252 Cn. hace al estatuir que el derecho establecido en el art. 38 ord. 12° Cn. tendrá aplicación hasta que sea regulado en la ley secundaria es imponer al Legislativo la obligación de prever instrumentos normativos idóneos por medio de los cuales ese derecho pueda ser protegido.*

Además, si se toma en consideración –tal como se aclaró previamente– que no es imprescindible que los mandatos constitucionales dirigidos al legislador contengan un plazo para la emisión de disposiciones infraconstitucionales, tampoco es cierto, como afirma la autoridad demanda,

que la falta de regulación constitucional de un plazo dentro del cual la Asamblea Legislativa debe emitir la ley respectiva deba considerarse como una “justificación” para no proveerla.

En consecuencia, debe desestimarse la primera de las razones con las que la autoridad demandada en este proceso pretende justificar la constitucionalidad de su omisión.

b. El segundo argumento con el cual la Asamblea Legislativa intenta justificar su omisión legislativa consiste en que, cuando entró en vigencia la Constitución, El Salvador se encontraba en una guerra civil, por lo que existía una inestabilidad laboral. Se ignoraba si determinadas empresas cerrarían sus actividades laborales de manera definitiva.

Aquí es preciso señalar que dicha razón, lejos de validar la constitucionalidad de su abstención legislativa, enfatiza la necesidad que sea remediada la ausencia indebida del cuerpo jurídico que el Legislativo debe promulgar para promocionar el derecho contenido en el art. 38 ord. 12° Cn. En efecto, *al afirmar que con la firma de los Acuerdos de Paz llevada a cabo el día 16-I-1992 finalizó el conflicto armado o “guerra civil” que existía en el momento en que la Constitución entró en vigencia, lo que ha hecho la autoridad demandada es reconocer implícitamente que, en la actualidad, han desaparecido las condiciones o circunstancias que permitieron diferir el cumplimiento del mandato constitucional analizado.*

En ese sentido, debe recordarse que los mandatos constitucionales para la emisión de disposiciones legales pueden estar condicionados no sólo por el establecimiento de la Ley Suprema de un plazo determinado, sino también por la *existencia actual* de circunstancias que postergan la emisión del cuerpo jurídico que garantice en la mayor medida posible la correspondiente prestación derivada de los derechos fundamentales. De tal manera que, en este último supuesto, *desaparecida la circunstancia, el mandato dirigido al legislador ya es exigible y, por tanto, la abstención*

legislativa es inconstitucional.

Así las cosas, también debe desestimarse el alegato con el que el Legislativo ha pretendido justificar su comportamiento omisivo.

c. Finalmente, el tercero de los argumentos esgrimido por la Asamblea Legislativa para justificar la constitucionalidad de su omisión consiste en que, desde el año dos mil, en la Comisión de Trabajo de la Asamblea Legislativa se encuentran los proyectos de ley secundaria de “indemnización universal”; ello, con el propósito de darle cumplimiento a lo establecido en el art. 252 Cn.

Sobre este alegato, interesa destacar que el día 17-VIII-2000 (*hace aproximadamente 12 años y medio*) se introdujo a la Asamblea Legislativa el primer anteproyecto de la “Ley de Indemnización Universal”. Hubo otra iniciativa posteriormente introducida el 30-X-2003, y una última con fecha 7-IV-2005, todas acompañadas de un proyecto de ley con el mismo contenido. Con respecto a él, consta en el presente proceso que el Ministerio de Trabajo y Previsión Social le hizo saber a la Presidencia de la Comisión de Trabajo de la Asamblea Legislativa que se encontraba estudiando la factibilidad y repercusiones del anteproyecto, para lo cual tomaron en cuenta los siguientes aspectos:

(i) No obstante estar consciente del mandato constitucional previsto en el art. 38 ord. 12° Cn., dicha administración consideró adecuado realizar previamente los estudios idóneos para poder encontrar la forma más adecuada a la realidad en que se pueda brindar la mencionada prestación; (ii) por medio de estudios económicos precisos, consideró que se debe establecer si los patronos que operan actualmente en nuestro país tienen la capacidad real para responder a dicho requerimiento (aquí, el Ministerio adujo que carecía de los medios para realizar tal estudio, el cual, además, requeriría de un plazo adecuado para completarse y evaluarse); (iii) debe adecuarse la legislación mercantil relativa al porcentaje de las Reservas Legales de las empresas, a fin de poder cubrir las indemnizaciones de un

número significativo de trabajadores renunciando, situación que escapa de la competencia de ese ministerio; (iv) debe considerarse que un efecto sería el alza en los costos de producción, pues los montos adicionales de las “indemnizaciones” se trasladarían a los consumidores finales, lo que produciría una espiral inflacionaria; (v) es preciso hacer un estudio conjunto con los demás ministerios y entes estatales que tengan relación directa con las áreas que impactarán la implementación de esta prestación; (vi) en el nivel de inversión nacional y extranjera, es necesario estudiar y sopesar el impacto en la entonces denominada Iniciativa de la Cuenca del Caribe y la problemática generada por el terremoto del 13-I-2001; (vii) se debe crear un sistema que garantice la capacidad económica de los patronos para responder a dicha prestación, para lo cual es conveniente establecer normas tendientes a la fijación de fondos o reservas excesivos; (viii) es ineludible estudiar la cobertura periódica de tal prestación y precisar si es necesario crear una estructura *ad hoc* para la regulación del sistema; (ix) se debe prever un mecanismo eficaz que posibilite el cumplimiento de la referida prestación, que no sea burocrático o subvencionista; (x) se debe estudiar y comparar experiencias en otros países que enriquezcan las ideas y propuestas internas, por lo que es necesario buscar cooperantes internacionales; (xi) en la práctica, son muchas las empresas que actualmente pagan los pasivos laborales a sus trabajadores en cada año calendario, así como la satisfacción de estos al percibir sus correspondientes indemnizaciones actualmente.

Respecto del anterior informe, esta Sala advierte que, si bien la implementación de un sistema que regule el pago de una prestación económica a favor de los trabajadores permanentes que renuncien está dotada de un alto grado de complejidad que requiere de un análisis exhaustivo de los diversos factores que pudieran estar comprometidos en él, lo cierto es que, luego de dicho informe, se agregaron tres mociones más relacionadas con el tema y, en relación con estas, *no consta que la*

Asamblea Legislativa o la respectiva Comisión hayan tomado en cuenta siquiera las recomendaciones y opiniones del Ministerio de Trabajo sobre el tema o que hayan promovido alguna especie de estudio que permita inferir que el mandato contenido en el art. 38 ord. 12° Cn. está siendo optimizado, es decir, potenciado en la mayor medida de lo posible.

De acuerdo con lo acotado y con que han transcurrido más de siete años desde que se presentó el último de los anteproyectos de la “Ley de Indemnización Universal”, se concluye que la omisión legislativa ha sido excesivamente dilatada, pues no ha sido justificada por la autoridad demandada.

C. Tomando en cuenta lo anterior, la conclusión es inevitable: el comportamiento omisivo del Legislativo de expedir un cuerpo jurídico que establezca las condiciones con base en las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes una prestación económica cuando renuncien voluntariamente a su trabajo, ha sido excesivamente dilatado.

En consecuencia, se deberá declarar la *inconstitucionalidad por omisión alegada por los demandantes*, debido a que la Asamblea Legislativa no ha emitido ningún cuerpo jurídico que actualice el contenido de los arts. 38 ord. 12° y 252 de la Constitución.

VI. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, ahora corresponde determinarlos efectos de esta sentencia.

1. En el presente caso, tal como quedó argumentado, la Asamblea Legislativa ha retardado injustificadamente la producción del cuerpo jurídico a que se refieren los arts. 38 ord. 12° y 252 Cn. Por ello, reconociendo que la eficacia del derecho fundamental aludido ya no puede seguir condicionada hasta que tal entidad estatal así lo decida, es pertinente que la Asamblea Legislativa emita la normativa en la que fije de manera clara, precisa,

organizada y sistemática las condiciones con arreglo a los cuales los patronos estarán obligados a pagar una prestación económica a sus trabajadores permanentes que renuncien a su trabajo.

Tal señalamiento se formula con total respeto hacia el margen de acción estructural que el Legislativo tiene en el tema, para propiciar la colaboración entre este Tribunal y el órgano representativo por excelencia. No obstante, dado que la omisión actual de protección legislativa que afecta al derecho fundamental establecido en el art. 38 ord. 12° Cn. es manifiesta y que, además, reclama una respuesta institucional, es indispensable fijar un término para que la Asamblea Legislativa expida la ley que dé cumplimiento a la mencionada disposición constitucional.

2. La duración del término en el cual se espera que el Legislativo expida la regulación destinada a superar el vacío normativo constatado depende, por lo menos, de dos circunstancias.

A. La primera, del hecho incuestionable que la ausencia de toda previsión al respecto tiene el efecto pernicioso de prolongar la desprotección del derecho fundamental laboral infringido, sobre todo porque, atendiendo a su carácter irretroactivo (art. 252 Cn.), existirán trabajadores a los que materialmente no les será aplicable la Ley, a pesar del cumplimiento de las condiciones que esta establezca.

B. La segunda, que el legislador requiere de un intervalo de tiempo suficiente para debatir el asunto y para darle el alcance que considere pertinente, pues en este punto habrá de recordarse que el órgano mencionado se rige por los principios democrático, pluralista y por el libre debate.

Por tanto, se impone señalar que la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, debe emitir la ley en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones

con base en las cuales los patronos estarán obligados a pagar una prestación económica a sus trabajadores permanentes que renuncien a su trabajo.

3. Finalmente, en el momento de emitir la citada normativa dentro del plazo indicado, la Asamblea Legislativa deberá tomar en consideración: los principios *prooperario* (a favor del trabajador) y *pro libertate* (a favor de la libertad) (Inc. 20-2006); el carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (art. 52 inc. 1° Cn.); el salario que devenga el trabajador y la relación jurídica laboral permanente que lo vincula con el patrono; así como el principio de proporcionalidad en la determinación del tiempo de servicio que el mencionado trabajador deberá cumplir para obtener la prestación económica. Del mismo modo, deberá tener presente que el carácter irretroactivo a que se refiere el art. 252 Cn., solo aplica a aquellos supuestos en los que la renuncia se haya producido antes de la vigencia de la normativa en cuestión.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión total alegada por los demandantes, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 252 de la Constitución, en relación con el art. 38 ord. 12° de la misma, y no haber emitido la ley que determine las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar una prestación económica a los trabajadores permanentes que renuncien a su trabajo.*

En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá emitir, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, la ley por la que se fije de manera precisa, organizada y sistemática las condiciones de ejercicio del derecho a la indemnización por renuncia voluntaria de los trabajadores permanentes. Para ello, debe tener presente lo determinado en esta sentencia.

2. *Sobreséese* el presente proceso, en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la omisión legislativa de emitir una ley que determine las condiciones con arreglo a las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes una prestación económica, cuando estos renuncien voluntariamente a su trabajo –art. 252 en relación con el art. 38 ord. 12° Cn.–, por la aparente vulneración al principio de seguridad jurídica y al valor “bien común”.

3. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

4. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del Diario Oficial. La no publicación de esta sentencia hará incurrir a los responsables en las sanciones legales correspondientes.

Universidad de El Salvador
Facultad Multidisciplinaria Oriental
Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Proceso de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.
Año 2014.

“LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS SOCIALES”

Asesores de Tesis:

Msc: Edwin G. Valladares Portillo

Lic. Carlos A. Saravia Segovia

ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

1. ¿Es la Inconstitucionalidad por Omisión parte de un déficit de cultura constitucional o déficit de conocimiento?
2. ¿Cuál es su postura sobre los mandatos constitucionales pendientes de desarrollo legislativo: son normas programáticas o verdaderos derechos fundamentales?
3. ¿Pierde validez el principio de Supremacía Constitucional al existir omisiones legislativas?
4. ¿Porque es más dramática la Inconstitucionalidad por Omisión en la esfera de los derechos sociales? ¿Será por su reconocimiento como derechos débiles o derechos caros?
5. Ante una hipotética reforma a la Constitución sería correcto establecer sanciones a la Asamblea Legislativa ante omisiones legislativas.

6. ¿Cuáles son las condiciones externas o factores extrajurídicos que inciden en las omisiones legislativas y cuáles son las condiciones que se requieren a corto plazo que representen garantías para la eficacia de los derechos sociales?
7. Representa un riesgo que el reconocimiento de la figura se regule únicamente vía jurisprudencia y se deben examinar los avances del derecho comparado para plantear una mejor perspectiva ante la falta de desarrollo en nuestro país.
8. Ha tenido la Sala de lo Constitucional un papel activista o conservador, protagónico o deficiente sobre el tema y cuál debe ser el papel de la Asamblea Legislativa cuando la Sala declare la Inconstitucionalidad por Omisión de un derecho social.