

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**Universidad de El Salvador**  
*Hacia la libertad por la cultura*

**“EL MECANISMO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE  
INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURIDICAS**

**PRESENTADO POR:**

**BARRERA CAÑAS, MELVIN EMILIANO**

**CAMPOS URBINA, JOSE MARIO**

**MARTINEZ RODRIGUEZ, JONATHAN EZEQUIEL**

**DOCENTE ASESOR:**

**DR. HENRY ALEXANDER MEJIA**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO 2017**

**TRIBUNAL CALIFICADOR**

**LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA  
(PRESIDENTE)**

**LICDA. MARTA LILIAN VILLATORO SARAVIA  
(SECRETARIA)**

**DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA  
(VOCAL)**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

Msc. Roger Armando Arias Alvarado  
RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego  
VICERRECTOR ACADEMICO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benitez  
SECRETARIO General

Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Rafael Humberto Peña Marín  
FISCAL GENERAL INTERINA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata  
DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández  
VICEDECANO

Lic. Juan José Castro Galdámez  
SECRETARIO

Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez  
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Lic. Miguel Ángel Paredes B.  
DIRECTOR DE PROCESO DE GRADUACION

Lic. María Magdalena Morales  
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACION DE LA ESCUELA DE  
CIENCIAS JURIDICAS

## **AGRADECIMIENTOS**

Doy gracias a DIOS por éste triunfo que solo ha sido posible con su ayuda incondicional, le agradezco por todo, por éste título, por MI FAMILIA y por LOS AMIGOS, pues el que encuentra amigos ha encontrado un tesoro incorruptible.

Dedico este triunfo a JESUS por su sacrificio de amor en la cruz, por enseñarme día a día su amor con diversidad de situaciones que solo él puede hacer; quien tiene un propósito especial conmigo, el cual quiero cumplir.

A mi MADRE por nunca desfallecer a pesar de que las circunstancias no siempre han estado a nuestro favor, por mostrarme que siempre podemos salir adelante con Dios, esfuerzo y sacrificio. A mi PAPÁ por guiarme al camino de la Luz que es en Jesús, por ser la persona que Dios utilizó para guiarme a conocer a mi nueva familia.

A mis AMIGOS que siempre creyeron en mí, a los que he conocido a lo largo de este caminar en FIHNEC Jóvenes a quienes considero mi familia, gracias por siempre estar ahí, prestos a servir y apoyar a los demás, gracias por todas las experiencias que juntos hemos atravesado, definitivamente ha sido y seguirá siendo una hermosa aventura, valoro sus enseñanzas y por ello están aquí en estas líneas que se me hacen cortas para describir lo que cada uno de ustedes representa en mi vida. A mis MAESTROS que nunca dudaron en verme triunfante y ver el fruto de sus enseñanzas en mí.

Y AL AMOR DE MI VIDA, que sin aun estar a mi lado me motiva a convertirme en mejor persona, para que cuando vivamos una eternidad juntos sea sirviéndole a Dios como él quiere que sea. –

Melvin Emiliano Barrera Cañas

## **AGRADECIMIENTOS**

En primer lugar, le agradezco a Dios por darme las fuerzas necesarias para lograr los objetivos académicos que me tracé al comenzar este emocionante estudio de la carrera de Ciencias Jurídicas. Luego agradecer a mi madre por sus oraciones, a mi esposa Yesenia, a mi hija Roxana y a mis dos pequeños David y Ezequiel por su comprensión, por siempre inspirarme en seguir adelante y en general a toda mi familia y amigos que siempre son un apoyo moral. Gracias por toda su ayuda.

Jonathan Ezequiel Martínez Rodríguez

## INDICE

RESUMEN.....	i
LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS.....	ii
INTRODUCCION.....	iii
CAPITULO I	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.....	1
1.1. Precedentes Históricos	
1.1.1. Roma	
1.1.2. Francia .....	2
1.1.3. El proceso de formación del control de constitucionalidad.....	4
1.1.3.1. El sistema norteamericano	
1.1.3.2. Surgimiento del control de constitucionalidad en el Estado Constitucional Norteamericano .....	5
1.1.3.3. El caso Marbury versus Madison .....	10
1.2. Generalidades y clases de control.....	15
1.2.1 Inconstitucional por omisión deslinde conceptual	
1.2.2. La inconstitucionalidad “por omisión” y su control .....	17
1.2.3. Alcances conceptuales de la inconstitucionalidad por omisión.....	18
1.3. Debate sobre tipos de control constitucional .....	22
1.3.1. Vulneración constitucional por acción y por omisión: Constitución normativa y su fuerza normática	
1.4. Sistemas que atienden a la extensión de los efectos .....	24
1.5. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano.....	28
1.6. Sistemas que atienden al tiempo del control .....	31
CAPÍTULO II	
PARTICULARIDADES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	32
2.1. Delimitación conceptual	

2.1.1 Inconstitucionalidad .....	34
2.1.2 Omisión .....	38
2.1.3 Inconstitucionalidad por omisión .....	41
2.1.4 Concepción mayormente aceptada por la doctrina .....	43
2.1.5 Inactividad del poder legislativo.....	46
2.1.6 Período temporal excesivo .....	48
2.1.7 Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo.....	49
2.1.8 Ineficiencia de la Norma Constitucional.....	52
2.2. Clasificación de la inconstitucionalidad por omisión .....	53
2.2.1. Omisión Absoluta y Omisión Relativa	
2.2.2. Omisiones Absolutas.....	54
2.2.3. Omisiones relativas .....	57
2.2.4 Diferencias entre omisiones absolutas y omisiones relativas....	59
2.2.5 Omisión Formal y Omisión Material .....	60
2.2.6. Omisión que afecta a Derechos Fundamentales y Omisión que no les afecta .....	62
2.2.7. Omisión evitable y omisión inevitable.....	63
2.2.8. Las lagunas jurídicas y los silencios legislativos	

### CAPITULO III

DESARROLLO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO .....	66
3.1. La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho comparado	
3.1.1. La antigua Yugoslavia .....	67
3.1.2. Portugal .....	68
3.1.2.1. El sistema de control preventivo .....	70
3.1.2.2. El control abstracto de la constitucionalidad.....	71
3.1.2.3. La inconstitucionalidad por omisión .....	71
3.1.3. Alemania .....	72
3.1.4. España .....	75

3.1.4.1. El Tribunal Constitucional como modelo europeo .....	76
3.1.4.2. Competencias del Tribunal.....	81
3.1.5. Italia.....	82
3.1.6 Costa Rica .....	84
3.1.7. Brasil .....	87
3.1.7.1. La acción de intervención directa	
3.1.7.2. La acción genérica directa .....	88
3.1.7.3 La acción de inconstitucionalidad por omisión .....	89
3.1.8. Argentina.....	92
3.1.8.1. Constitución de la Provincia de Río Negro.....	94
3.1.9. Perú.....	97
3.1.10. México .....	100

#### CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA EN EL DESARROLLO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: APORTES.....	104
4.1. Procedencia de la acción de inconstitucional por omisión en El Salvador	
4.1.1. Ejercicio de la Acción de inconstitucionalidad por omisión en El Salvador .....	107
4.1.1.1. El denominado “derecho subjetivo a la normación” .....	109
4.1.1.2. Quebranto a los Derechos Humanos .....	111
4.1.1.3. Ineficacia de las Normas Orgánicas de la Constitución .....	114
4.2. Importancia de la aplicación de la inconstitucionalidad por omisión en El Salvador. ....	115
4.2.1. Omisiones Constitucionales en la realidad jurídica salvadoreña.....	117
4.3. Análisis de criterios jurisprudenciales salvadoreños.....	122
4.4 Criterio adoptado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia	

4.4. La Sala de lo Constitucional integrando el orden normativo en el caso concreto.....	123
4.4.2. La Sala de lo Constitucional frente al incumplimiento del plazo impuesto al legislador .....	124
4.5. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en El Salvador .....	128
4.5.1. Soluciones Provisionales.....	129
4.5.2. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos inter partes.....	132
4.5.3. Soluciones Definitivas .....	136
4.5.3.1. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos erga omnes. ....	137
CAPITULO V	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	140
5.1. CONCLUSIONES	
5.2 RECOMENDACIONES.....	153
BIBLIOGRAFÍA.....	1667

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda los orígenes del control de constitucionalidad en general, con las particularidades de cada momento histórico, hace una especial referencia al surgimiento del modelo de control de constitucionalidad norteamericano, para finalmente realizar una aproximación a las nociones de la inconstitucionalidad por omisión, cuyo desarrollo se ha realizado desde la óptica de los autores que con autoridad académica se han referido al mismo. Posteriormente se procede a desarrollar las particularidades de la definición de la figura en estudio y destacar la clasificación doctrinariamente predominante.

Con el afán de realizar un estudio integral del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, se recurre al Derecho comparado europeo y latinoamericano para evidenciar la conveniencia de regular dicho instituto en El Salvador, con especial atención para los particulares a los cuales se les franquea los mecanismos jurídicos para accionar cuando les afecte sus derechos una omisión contraria a la Constitución. En El Salvador no se encuentra regulada en una ley formal la inconstitucionalidad por omisión, sin embargo, la jurisprudencia de la sala de lo constitucional si ha establecido la posibilidad de darle trámite a demandas en las que se invoca esa figura.

Al final se hacen las conclusiones pertinentes y se procede a realizar una propuesta teórica de un mecanismo de ejecución de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad por omisión, se ha señalado las modificaciones que se le deben hacer al anteproyecto de Ley Procesal Constitucional en cuanto a los criterios jurídicos e intervinientes en la ejecución de las sentencias, para que se les dé cumplimiento de manera expedita y suplir justamente las omisiones que afectan derechos fundamentales y todas aquellas que impiden el normal funcionamiento de éstas en El Salvador.

## LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artículo
Cn.	Constitución de la Republica
AL	Asamblea Legislativa
CNJ	Concejo Nacional de la Judicatura
CFM	Constitución Federal de México
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil
DF	Distrito Federal
DO	Diario Oficial
IIJUNAM	Instituto de Investigaciones Jurídicas de Universidad Autónoma de México
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPC	Ley de Procedimientos Constitucionales
LRDM	Ley de reparación por daño moral
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
SC	Sala de lo Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TSJET	Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala
TSJV	Tribunal Superior de Justicia de Veracruz
UCA	Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”
UES	Universidad de El Salvador
UFG	Universidad Francisco Gavidia
UNAM	Universidad Autónoma de México
UNC	Universidad Nacional de Cajamarca

## INTRODUCCION

La investigación que a continuación se presenta denominada: **“EL MECANISMO DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN”**, ha sido realizada como requisito para obtener el título académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

El propósito de la investigación que nos hemos trazado radica en dejar de manifiesto la relevancia de regular el mecanismo de control de la figura de la “Inconstitucionalidad por Omisión” en la legislación salvadoreña, partiendo del supuesto hipotético consistente en la falta de un mecanismo que establezca de forma concreta el procedimiento de ejecución de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad por omisión emitidas por la Sala de lo Constitucional, configurándose así un vacío en la regulación Procesal Constitucional salvadoreña.

Para ello, se realiza un análisis de la inconstitucionalidad por omisión, contenida en doctrina, legislación nacional y extranjera (Derecho Comparado), que se refiera a esta institución, sin dejar de lado la jurisprudencia que tanto nacional como extranjera se han referido a este tema por parte de las más altas autoridades académicas y judiciales que sobresalen en los países que ya implementan este tipo de control, donde el beneficio y desarrollo jurídico ha resultado notorio, dejando en evidencia la necesidad de contar con una legislación que regule el mecanismo de ejecución de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad por omisión.

Para dar cumplimiento de las metas trazadas en la investigación se hizo necesario el planteamiento y logro de objetivos, que dicho sea de paso ha

contribuido para el desarrollo de cada capítulo contenido en esta investigación, que se detalla a continuación:

En el capítulo uno se desarrolla todo lo concerniente al precedente histórico de la inconstitucionalidad por omisión y los primeros sistemas de control de normas que existieron en los pueblos más avanzados en cuanto a sistemas normativos, dando un ligero esbozo en distintas ciudades importantes como: Roma y Francia, el surgimiento de ésta figura en el sistema constitucional norteamericano, que es el modelo por antonomasia de control constitucional, casos importantes y de precedentes como el “Marbury versus Madison” y las diferentes generalidades de control existentes, los debates que han existido en su momento, las vulneraciones de derechos que ha significado el no acatamiento ya sea, por acción u omisión, la Constitución normativa y su fuerza normática, además de desarrollar los sistemas a los cuales atiende esta figura (extensión de efectos, naturaleza de órgano y tiempo del control).

En el capítulo dos se desarrolla las particularidades que dicha figura representa. Aquí veremos su delimitación conceptual, vista ampliamente desde distintas perspectivas (doctrina, jurisprudencia y legislación) que permitan una mayor comprensión de ésta institución, sus diferentes manifestaciones, las diferencias entre los tipos de inconstitucionalidades por omisión (absoluta y relativa, formal y material), y los derechos fundamentales que se ven afectados por la inactividad legislativa.

En el capítulo tres estudiaremos la Inconstitucionalidad por Omisión desde el punto de vista del derecho comparado, precisamente de los países que desde tiempos remotos han contemplado esta figura y aquellos que, hasta nuestros días, con la evolución de las tendencias jurídicas se han visto en la necesidad de regularla en sus cuerpos normativos vigentes a través de la vía constitucional, legal, jurisprudencial.

En el capítulo cuatro se abordará la regulación de la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión en el Derecho salvadoreño, la procedencia de su control en el derecho positivo nacional, las formas de configurar ésta institución jurídica y las acotaciones que el máximo y único ente de control de la constitucionalidad ha realizado de esta figura.

Cuando se emprende una investigación de ésta naturaleza es menester tener presente la diversidad de textos, legislaciones, contenidos, doctrina y corrientes jurídicas, que a ella se han referido, así como también contemplar el componente histórico en el que por lo general se denota la vulneración de derechos por la ausencia o inexistencia de un precepto legal que, aunque la Constitución ya estableció se desarrolle la legislación secundaria pertinente, dicho desarrollo legislativo no se ha verificado en nuestro país o se ha verificado de manera deficiente.

Se ha formulado el capítulo cinco, con la idea de dar en primer lugar una recomendación con respecto de las leyes actuales para posteriormente dar pie al cumplimiento de éstas, además al haber examinado y tener a la base el contenido del anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, se ha realizado un planteamiento relativamente amplio de una propuesta normativa que regule el control del instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, aplicando las distintas vertientes modernas de pensamiento jurídico relativas al tema, es así que se convierte éste en el eje transversal de nuestra investigación.

# CAPITULO I

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

En el capítulo inicial se abordan los orígenes del control de constitucionalidad en general, con las particularidades de cada momento histórico, se hace una especial referencia al surgimiento del modelo de control de constitucionalidad norteamericano, para finalmente realizar una aproximación a las nociones de la inconstitucionalidad por omisión.

### 1.1. Precedentes Históricos

Desde tiempos remotos en Grecia, (entre los siglos V y VI), ya se hablaba del control del poder, por supuesto no como en la actualidad. Así Aristóteles (384-322 a.c.) señalaba: “El poder absoluto es tiránico por ser enteramente arbitrario”<sup>1</sup>, en el libro V de su obra la Política, hace una descripción de los Órganos de Estado, el Legislativo, Ejecutivo y señalando como tercero el de los tribunales.<sup>2</sup>

#### 1.1.1. Roma

Si bien el Derecho Romano es el de mayor influencia en los sistemas jurídicos modernos occidentales, en cuanto, en que en tal ordenamiento se realizó la clasificación bipartita del Derecho Público y de Derecho Privado, la

---

<sup>1</sup> Aristóteles, La Política, versión castellana de Nicolás Estévez, (Paris: casa editorial Garnier Hermanos, S, ed. SF.,). Pág. 261.

<sup>2</sup> Enrique Bravo Díaz, *Desarrollo histórico del Principio de Separación de Poderes*, (Barranquilla: Universidad del Norte, 2012). Pág. 243. Esta concepción parte del pensamiento aristotélico que posteriormente desarrollaría John Locke (1632-1704) y por Charles Louis de Secondat Barón de la Bredé y Conde de Montesquieu

que más incidencia ha tenido en el ordenamiento jurídico actual que es precisamente la rama del Derecho Privado, que por vía indirecta recibe influencia el Derecho salvadoreño.<sup>3</sup>

Dicha influencia eminentemente privatista no hace posible seguir la huella del Derecho Público desde la perspectiva, más allá de comprender que se debe al Derecho Romano la designación de “*Constitutio*” al referirse a la forma de un régimen estatal y el conjunto de obligaciones de derechos afectos a la actividad estatal o *ius publicum*.<sup>4</sup>

### 1.1.2. Francia

El surgimiento del Estado legal de Derecho y el sistema francés *sui generis* de control constitucional tiene eco en las ideas renacentistas de Charles-Louis de Secondat Barón de Montesquieu (1689-1785)<sup>5</sup>, también, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) y François-Marie Arouet, más conocido como Voltaire (1694-1778); en razón a que, ante la influencia de la Ilustración y de la revolución industrial y más adelante los excesos de la monarquía absolutista de la época (1789). El Estado de Derecho figura como triunfo sobre el absolutismo en Europa, fue instituido como Estado Liberal en el entendido que sus autoridades estaban sometidos a un Derecho vigente, fundamentado en el principio de legalidad y la seguridad jurídica, el derecho de las personas

---

<sup>3</sup> El Derecho salvadoreño recibe influencia a través del Código de Napoleón Francés que sirve de modelo al Código Civil Chileno.

<sup>4</sup> Ferrer Mac-Gregor et. al., *El Origen científico del Derecho Procesal Constitucional*, (Managua, Nicaragua, 2010). Pág. 78.

<sup>5</sup> Siro García del Mazo, *El Espíritu de las Leyes*, (Madrid: Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, 1906). Sentó la tesis de la División de poderes, como garantía del control y para evitar el abuso de los gobernantes. Rousseau, elaboró la teoría del contrato social. El soberano debía ser el pueblo y no el monarca. Por su parte Voltaire, defendió la libertad del pensamiento y la tolerancia religiosa, atacó los privilegios del clero y la nobleza, y enalteció el trabajo de la burguesía frente al ocio de la Aristocracia.

de la libertad e igualdad y la división de poderes. En la segunda etapa del desarrollo del Estado de Derecho, la actividad administrativa del Estado es una exigencia para promover la realización de los fines humanos racionales, estableciendo y garantizando un orden jurídico que proteja la libre consecución de sus objetivos individuales por parte del ciudadano, la tercera etapa desarrolla la idea del Estado de Derecho y que se corresponde con su identificación plena con el Estado Legal de Derecho, esta tiene lugar a partir del siglo XIX y constituye una protección del positivismo jurídico que identifica plenamente el derecho con la ley, y se define como acto de voluntad del Parlamento.

En este contexto la función judicial fue sistemáticamente limitada, porque después de la Revolución Francesa, a los jueces que en el antiguo régimen habían actuado con arbitrariedad, les tenían mucha desconfianza, tal fue el caso conocido como *Rapport aun nom du Comte de Constitución Sur l'organisation du pouvoir judiciaire*.<sup>6</sup> Por lo que al juez le fue confiada la función de ser “La boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”.<sup>7</sup>

Desde la lógica del Estado Legal de Derecho, la Constitución no es más que un documento político, sin carácter jurídico, sin embargo, atendiendo a la propuesta Kelseniana de que la constitución constituye la cúspide del ordenamiento jurídico y la fuente normativa del mismo, entendida como norma de producción de leyes, se fue reconociendo la necesidad de la existencia del ejercicio del control del poder, especialmente el poder Legislativo, en un único organismo. Por estas razones, en Francia se constituye a partir de la

---

<sup>6</sup> Informe en nombre de la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre la organización del poder judicial, traducción libre del francés al castellano.

<sup>7</sup> Siro García del Mazo, El Espíritu de las leyes, pág. 237.

Constitución de 1852 el Senado Conservador, como un órgano garante de la Constitución, cuyas funciones fueron marcadamente políticas, no judiciales, finalmente, la actual Constitución Francesa data de 1958, se creó el *Conceil Constitutionnel* (Concejo Constitucional), que se caracteriza por ejercer funciones de naturaleza *Sui Generis* que lo caracteriza como una especie de jurisdicción política suprema.

### **1.1.3. El proceso de formación del control de constitucionalidad**

#### **1.1.3.1. El sistema norteamericano**

El modelo de control de constitucionalidad americano de las leyes suele ser referido como “la piedra angular de toda la estructura constitucional de los Estados Unidos y la más original contribución del genio americano a la ciencia política”.<sup>8</sup>

La doctrina acentúa, invariablemente, la sentencia de la Suprema Corte Federal norteamericana de 1803 en la que el Juez Marshall ha sido el ponente, como el marco inaugural de aquél sistema de control, en lo cual se da el reconocimiento concreto de la supremacía de la Constitución. Y, en efecto, en cuanto al perfeccionamiento del control judicial de las leyes así es.

Sin embargo, no sería exacto aceptarse, sin matizaciones, que el sistema de control de constitucionalidad americano ha sido inaugurado por aquella famosa resolución como fruto de una visión iluminada y repentina de

---

<sup>8</sup> Charles Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, 1913, edición de 1968, MacMilan, (Nueva York)., pág. 162, apud Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, (Tecnos: Madrid, 1998)., pág. 93.

aquél *Chief Justice*; en verdad, resulta más bien de un proceso de formulaciones doctrinarias, debates constituyentes e incluso, antecedentes judiciales.<sup>9</sup> En tal sentido habría que señalar en el proceso de formación de la *judicial review* las formulaciones teóricas antes gestadas y, en fin, el contexto en que tiene origen el principio fundamental de la supremacía normativa de la Constitución sobre todos los poderes como valor supremo y que rompía con la firme doctrina de la soberanía parlamentaria inglesa. Habría también que dejar constancia de cómo la teoría de la separación de poderes sería considerada como la fuente central de la Constitución americana e influir en la limitación del legislador.

Asimismo, el peso que posee el principio *stare decisis* en aquél sistema jurídico, donde la jurisprudencia es fuente principal del Derecho, repercutiendo de manera muy relevante en el control de constitucionalidad de las leyes, parece justificar un estudio más detenido a los propósitos de esta investigación.<sup>10</sup>

### **1.1.3.2. Surgimiento del control de constitucionalidad en el Estado Constitucional Norteamericano**

El control de constitucionalidad de las leyes, la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo americano se opone a la tradición inglesa de la soberanía parlamentaria, doctrina que inmuniza el control judicial de las leyes y que se impuso frente a la doctrina de Locke y que dura hasta los días de hoy en Inglaterra. Parece oportuno indagar, desde luego: ¿Cómo se explica que Estados Unidos de América, que sigue la

---

<sup>9</sup> Mauro Viveiros, El control de constitucionalidad: El sistema brasileño como un modelo híbrido o dual, (Madrid, 2011). Pág.14.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, Pág. 14

tradición del *common law*, va a instituir un modelo constitucional que limita los poderes del Parlamento y atribuye el control de legitimidad de las leyes al poder judicial?.<sup>11</sup>

Una respuesta satisfactoria a tal indagación exige considerar, antes de todo, el contexto y las circunstancias históricas que marcaron aquella sociedad en el proceso posterior a su independencia de Inglaterra.<sup>12</sup>

El nuevo escenario político y social que se tiene en Estados Unidos tras la guerra de independencia trabada con la Corona inglesa lanza graves desafíos para la estructuración de un sistema jurídico que respondiese a necesidades muy concretas de las nuevas fuerzas políticas, económicas y sociales, sobre todo de una enorme clase media, formada por agricultores y propietarios que impulsaban la economía en donde poseer tierra no representaba un problema, dada la extensión del territorio, el proceso de industrialización era menos avanzado que en Inglaterra y cuyos intereses eran muy diferentes, en aquél momento histórico, a las dos poderosas oligarquías europeas.<sup>13</sup> En el ámbito del Derecho Público, la necesidad de ajustar las normas jurídicas era aún más evidente; los viejos lazos con Inglaterra se habían quebrado.

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, 15

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> L. Friedman, *History of American Law*. Touchstone Books. 2ª ed. (New York, 1985)., pág. 114, *apud* Magaloni Kerpel, Ana Laura. El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, McGrawHill, (Madrid, 2001)., pág. 4. Conforme sostiene Friedman, "Ciertamente había menos oligarquía en los Estados Unidos que en los viejos reinos de Europa. El derecho de los miles de personas que configuraban la clase media tuvo que evolucionar. Para sobrevivir, tenía que ser más claro y más accesible que el derecho de la minoría adinerada. En pocas palabras, el derecho se tuvo que adaptar a las necesidades de los consumidores; tuvo que cambiar por lo menos para que los abogados, como gestores de la información legal, lo pudieran utilizar. Lo que ocurrió básicamente con el derecho norteamericano durante el siglo XIX fue que experimentó una transformación colosal para responder al vasto y creciente número de consumidores."

La Constitución es redactada en el verano de 1787 en Filadelfia, por 55 delegados de los trece Estados fundadores que habían sido convocados para enmendar -*The Articles of Confederation*– la anterior Constitución en vigor desde 1781 y que fracasó por los escasos poderes que le otorgaba al gobierno central, ya que la soberanía se la reservaba de forma expresa cada uno de los Estados.<sup>14</sup>

Algunos Estados no ratificaron la aprobación de la Constitución hasta que el Congreso aprobó la “Carta o Tabla de Derechos (*The Bill of Rights*), aprobadas el 25 de septiembre de 1789 y ratificadas por los Estados el 15 de diciembre de 1791.

Con el catálogo de los derechos fundamentales (*Bill of Rights*), dos años después de la aprobación de la Constitución de 1787, se concretiza el paso final en dirección al principio de la legitimidad democrática consistente en el establecimiento de límites al ejercicio del poder y el aseguramiento de los ámbitos de libertad a los ciudadanos.<sup>15</sup>

Una característica original de la Constitución de los Estados Unidos es el hecho de representar el propio acto de fundación del país y no apenas su carta política, siendo considerada por la doctrina como expresión autorizada del contrato social que une a los ciudadanos y legitima a las autoridades instituidas. Pero, el elemento fundamental, la gran aportación americana, fue plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que

---

<sup>14</sup> Enrique Alcaraz Varó, et. al., *El inglés jurídico norteamericano*, (Barcelona, Ariel Derecho, 2ª ed., 2002)., pp. 15-16.

<sup>15</sup> Fernando Silva Soares, “Common Law: introdução ao direito dos EUA”, São Paulo: Revista dos Tribunais (1999)., pág. 83.

decide la validez de las leyes del Parlamento.<sup>16</sup> Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, dice Corwin, “la noción de soberanía del órgano legislativo desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de derecho”.<sup>17</sup>

La lógica argumentativa era muy sencilla y muy clara: “la interpretación de las leyes es una competencia propia de los tribunales y, al fin y al cabo, la Constitución no deja de ser una ley, aunque fundamental; y del mismo modo que nos parece juicioso y razonable que, en caso de conflicto entre dos leyes, el juez aplique la posterior, así es igualmente plausible que cuando el conflicto se entabla entre normas de distinto valor, se prefiera la de mayor jerarquía.

Ciertamente, aún subsiste el riesgo de que los jueces estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio, pero, si algo prueba esta observación, sería que no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo (legislativo)” y, lógicamente, si los jueces dependiesen de aquel sujeto que ha de ser controlado, serían juez y parte”.<sup>18</sup> Este modo de razonar, es decir, el anclar el Derecho aplicable a un parámetro de validez superior, no era desconocido en Estados Unidos donde los jueces estaban obligados a

---

<sup>16</sup> Enrique Alcaraz Varó et. al., *El Inglés jurídico norteamericano*, págs. 16-17. La Constitución Norteamericana recoge, en su Título VI, la declaración de la supremacía de la Constitución como la ley suprema del país (*the supreme law of the land*); consecuentemente, gozará de superioridad jurídica (*shall enjoy legal superiority*) por encima de cualquier disposición opuesta o contradictoria (*conflicting provisión*) contenida en las leyes o en las Constituciones de los estados de la Unión. Esta previsión se la conoce como “Cláusula de Supremacía” (*Supremacy Clause*).

<sup>17</sup> E. García de Enterría, *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, (Madrid, ed. MacGraw-Hill, 1996), cf., López Pina, Antonio, Manual de derecho constitucional, segunda ed. Marcial Pons, (Madrid-Barcelona, 2001),. pág. XXIV

<sup>18</sup> Luis Prieto Sanchis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, (Trotta: Madrid, 2003),. pág. 52.

desechar toda norma de origen colonial que contraviniese el Derecho inglés. De ahí que, “conseguida la independencia”, cada una de las antiguas colonias sustituyeron sus viejas *Charters* por nuevas Constituciones; y si bajo la tutela de Inglaterra los jueces tenían la obligación de no aplicar aquellas normas que contradijeran las *laws of the kingdom*, ahora no sería extraño que asuman la potestad de declarar *null and void*, y por consiguiente inaplicables, las normas contrarias a las nuevas *fundamental laws*.<sup>19</sup>

La supremacía del Parlamento inglés se imponía, mediante las Cartas, (tales cartas pueden ser consideradas las primeras Constituciones de las colonias, sea porque eran vinculantes para la legislación colonial, sea porque regulaban sus estructuras jurídicas fundamentales) para no permitir la aplicación judicial de leyes coloniales contradictorias. Según lo ha precisado Mauro Cappelletti, con la independencia de las colonias americanas en 1776, las Cartas fueron sustituidas por las nuevas Constituciones y, como anteriormente los jueces ya tenían la consciencia y la práctica de decretar la nulidad de las leyes que violasen las Cartas y la legislación del Reino Inglés, se volvió prácticamente “natural” controlar las leyes que contrariasen las Constituciones de los Estados que acababan de adquirir la independencia.

Cuando en 1776 las colonias inglesas de América proclamaron su independencia de Inglaterra, uno de sus primeros actos de independencia fue el de substituir las viejas “Cartas” por las nuevas Constituciones, entendidas como las Leyes Fundamentales de los nuevos Estados independientes. Y como, en el pasado, nulas y no aplicables habían sido consideradas por los jueces las leyes contrarias a las “Cartas” coloniales y a las “leyes del reino”, así no es correcto admirarse de que la misma nulidad y no aplicabilidad

---

<sup>19</sup> Viveiros, *El control de constitucionalidad.*, Pág. 23.

viniese, después, a ser afirmada, y con mayor razón, para las leyes contrarias a las nuevas y victoriosas Cartas constitucionales de los Estados independientes.<sup>20</sup> Parece que la historia estaría a sugerir a los norteamericanos que, siguiendo el ejemplo inglés, deberían disponer de un parámetro normativo supremo y un órgano judicial propios, este para hacer respetar aquél. Es así que la experiencia jurisdiccional inglesa habría servido para que los jueces norteamericanos, a partir del mismo raciocinio lógico jerárquico en el confronto de leyes empleado por los tribunales de la patria-madre, llegasen al objetivo que Coke no tuviera la ventura de conseguir: controlar el Parlamento, suceso que sólo ha sido posible con el giro esencial, el anclar la fuerza suprema de todo ordenamiento jurídico en una Constitución escrita y rígida, arriba de la cual no habría nadie.<sup>21</sup>

Por todo ello se ha afirmado que el principio inglés de supremacía del legislativo ayudó en América al nacimiento de un sistema contrario, un sistema que sin traumas ni recelos permitió a los jueces el control sobre la validez de la legislación.<sup>22</sup>

### **1.1.3.3. El caso Marbury versus Madison**

Si se acepta la tesis de la usurpación de poder, por el hecho de la Constitución no prever el control, ¿habría incidido una vez más la máxima histórica de que “el poder no tolera vacíos”? ¿Lo que los constituyentes no explicitaron en 1787, tendría hecho John Marshall en 1803?

---

<sup>20</sup> *Ibíd.* Pág. 58.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, pág. 25.

<sup>22</sup> Juan Manuel López Ulla, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, (Madrid: Tecnos, 1999)., pág. 33.

Al ver el caso, se encuentra que el entonces Presidente del Tribunal Supremo, federalista convencido, nombrado a su vez por un Presidente de los Estados Unidos también federalista John Adams, Marshall se enfrentó al siguiente problema: tras la victoria del anti federalista Jefferson en 1800, Adams aprovechó los últimos momentos de su presidencia para nombrar en los puestos de jueces inamovibles a hombres bien conocidos por sus convicciones federalistas; fue tal la precipitación de la decisión de nominar a William Marbury que el nombramiento no tuvo tiempo de llegar a su destinatario. El nuevo ministro de Jefferson, Madison, se negó a dar curso a esta decisión y Marbury se dirigió entonces al Tribunal Supremo solicitándole el “*writ of mandamus*” que obligara a la administración a permitirle ocupar su puesto, tal y como se preveía en la ley judicial de 1789.<sup>23</sup>

El contexto político antecedente es particularmente interesante y vale recordarlo. Antes de las elecciones de 1800, en donde se produjo la derrota del Partido Federalista, dando paso al Partido Republicano, y anticipando su derrota electoral, los federalistas pretendieron minimizar las consecuencias de perder el poder.

Así, muy a última hora nombraron a algunos jueces que les permitiesen controlar el poder judicial (los llamados jueces de medianoche). En los últimos días de la Administración del presidente Adams se nombró, entre otros, William Marbury, banquero y gran terrateniente, como Juez de Paz del distrito de Columbia, y su nominación fue confirmada por el Senado. También se nombró a otras personas (Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper) que luego pleitearían con él. No obstante, se produjo un error o un descuido en la notificación de los nombramientos, y a algunos de los nuevos

---

<sup>23</sup> Viveiros, El control de constitucionalidad, pág. 32.

jueces la Administración que los nombró, antes de dejar el poder, no les expidió su credencial.

De modo que, ya bajo la Presidencia de Jefferson, Marbury y los demás que no lo recibieron exigieron al nuevo Secretario de Estado, Madison, que les entregase los nombramientos. Éste hizo caso omiso, y ante ello Marbury recorrió directamente al Tribunal Supremo.<sup>24</sup>

El dato colateral y curioso es el relativo a la propia investidura de Marshall como juez del Tribunal Supremo: él, que fuera Secretario de Estado del Presidente Adams y era primo lejano de Tomas Jefferson, su adversario político, pertenecía al bando federalista y su partido, los federalistas de Adams y Hamilton, perdió las elecciones de 1800 y, en los últimos días de mandato de Adams, siendo ya éste Presidente en funciones, fue designado *Chief Justice*. Su nombramiento ha resultado de dos coincidencias: en diciembre de 1800 el *Chief Justice* Elsworth enfermó súbitamente y renunció; el Presidente Adams ofreció el cargo a John Jay, que ya había sido juez del Tribunal Supremo entre 1789 y 1795. Pese a ser confirmado por el Senado, Jay no llegó a tomar posesión, retirándose de la vida pública. Mientras tanto, los republicanos de Jefferson ganaron las elecciones, y Adams, ya en funciones, se apresuró a nombrar a unas cinco decenas de jueces partidarios suyos.<sup>25</sup>

Mediante la *Judiciary Act* aprobada el 13 de febrero de 1801 (cuando los republicanos o jeffersonianos ya habían ganado las elecciones y Jefferson aún no había tomado posesión) los federalistas habían creado los Tribunales

---

<sup>24</sup> Miguel Beltrán de Felipe et. al., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, (Madrid, CEC, 2005)., pág. 88.

<sup>25</sup> Mario Antonio Ramírez Solano, *El Constitucionalismo Liberal*, (San Salvador: Colección Jurídica Universidad Tecnológica de El Salvador, 2005)., pág. 73.

de Circuito y otros órganos jurisdiccionales, y los puestos fueron inmediatamente cubiertos con partidarios del cesante Adams.<sup>26</sup>

Estaba vacante el cargo de *Chief Justice* y cuando todos daban por nombrado a William Paterson, que ya era juez del Tribunal Supremo, el Presidente Adams lo descartó. Así que nombró a Marshall, su Secretario de Estado, un día antes de dejar la presidencia: nombró a Marshall el 20 de enero, el Senado le votó el 27 de enero, juró su cargo el 4 de febrero y el 4 de marzo se hizo cargo del Gobierno el Presidente electo Thomas Jefferson.<sup>27</sup>

Pero, al volver al caso concreto, ante esta situación, que enfrentaba directamente al nuevo Presidente y al Tribunal Supremo, John Marshall se encontraba con dos soluciones igualmente arriesgadas: denegar la petición de Marbury o estimarla ordenando al Secretario del Estado que expidiese el documento necesario o supliéndolo.

La primera solución habría dado a entender que el Tribunal había actuado con miedo, y habría socavado su prestigio (y acaso de la joven democracia americana, pues en la práctica equivaldría a permitir a los nuevos gobernantes incumplir obligaciones contraídas por los anteriores), y la segunda era muy arriesgada y de muy difícil ejecución, pues el nuevo gobierno había dado a entender que no se sentía vinculado por unos nombramientos

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, CEC, (Madrid, 2005), pp-88-90). Efectivamente, conforme apuntan Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, “ante el asunto Marbury, la posición del *Chief Justice* Marshall era peculiar: pariente lejano del nuevo Presidente, él mismo había sido prácticamente un “juez de medianoche”, era partidario declarado de los federalistas, e incluso es muy posible que un descuido suyo o de su personal fuese la causa de que, en la precipitación de los últimos días del Gobierno federalista de Adams, no se expidiese el nombramiento al Sr. Marbury. Hoy probablemente se diría que estaría “contaminado” y se le obligaría a abstenerse”

que consideraba ilegales, y además el Tribunal carecía de medios coercitivos o de ejecución propios.

La decisión adoptada, que para unos ha sido producto de “sentido del Estado” de Marshall, para otros una solución particularmente hábil y astuta, será el resultado de una composición verdaderamente salomónica, una salida por la tangente, a punto de Christopher Edley haber dicho que “Marbury fue una auto-restricción del Tribunal Supremo, se afirma el poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con objeto de poder estimarse desprovisto de jurisdicción para dar una solución a la controversia planteada”.<sup>28</sup>

En su decisión declara que la ley de 1789 la *Judiciary Act* que otorga al Tribunal Supremo el derecho de imponer el nombramiento de los jueces federales es contraria a la Constitución y en consecuencia no corresponde al Tribunal Supremo examinar la demanda de Marbury. Este, sin embargo, conserva la posibilidad de demandar al Ministro ante otro tribunal con objeto de obtener la pertinente reparación.

Verdadera obra maestra de estrategia constitucional, esta decisión posee naturaleza política en cuanto el Tribunal cede hábilmente sobre lo que le importa al Presidente Jefferson, el federalista Marbury no obtiene su nominación, pero, estableciendo al mismo tiempo el principio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuestión a la que los jeffersonistas prestaron poca atención satisfechos, como estaban, de haber ganado el caso.

---

<sup>28</sup> Derecho administrativo. Reconcebir el control judicial de la Administración, (INAP, Madrid, 1994)., pág. 39, apud Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, Pág. 91. Otros autores consideran haber sido una usurpación de poderes (cfr. BEARD, Charles A., *A suprema corte e a Constituição*. introd. e bibliografía: Alan F. Westin. Trad.: Paulo Moreira da Silva, Rio de Janeiro, Forense, 1965) y para García de Enterría (*La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 127) una función auto atribuida, apud Tavares, André Ramos, *Teoría da Constituição*, (Saraiva, 2005)., pág. 120.

Lo importante para la administración presidencial fue que no se atribuyera el puesto al juez Marbury; lo esencial para el Tribunal fue el establecimiento del principio del control, cuya lógica consistía en reforzar el poder federal.

Si se disuelven los aspectos políticos ya subrayados, aquella resolución, aunque envolviese una cuestión sencilla del punto de vista jurídico dada la circunstancia de que, al fin y al cabo, se trataba de reconocer o no la competencia de la Corte para el *writ of mandamus*, fue importante especialmente por fijar con mucha precisión la vinculación de todos los poderes al poder normativo de la Constitución como fuente suprema del Derecho, especialmente el legislativo, y la clara distinción entre actos de naturaleza política, no pasibles de control judicial, y actos jurídicos de la Administración Pública plenamente controlables.

Su importancia es reconocida también por haber sido la primera sentencia a declarar la inconstitucionalidad de una ley federal, puesto que antes, entre los años de 1774 y 1803, cerca de una veintena de leyes de los Estados ya habían sido anuladas por el Tribunal Supremo por inconstitucionalidad.<sup>29</sup>

## **1.2. Generalidades y clases de control**

### **1.2.1. Inconstitucional por omisión deslinde conceptual**

La inconstitucionalidad puede darse por acción o comisión y por omisión. El primer caso se da cuando se dicta un instrumento normativo (ley, decreto, ordenanza, resolución, etcétera) contrario a la Ley fundamental, sin

---

<sup>29</sup> Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, (Madrid, CEC, 2005)., pág. 91.

perjuicio de que, en puridad, nos interese enfocar aquí de manera particular las pretermisiones del legislador.

El segundo supuesto se configura, valga la tautología, cuando se omite inconstitucionalmente, esto es, cuando no se actúa o no se sanciona una norma pese a la imposición de la Constitución al respecto y también cuando se lo hace deficiente o discriminatoriamente, debe entonces generarse en ambos casos una situación inconstitucional.

Al utilizar una imagen discursiva podríamos decir que la primera hipótesis (por acción o comisión) supondría una inconstitucionalidad positiva, no por el resultado sino por el medio que se emplea para configurarla: un producto normativo. Mientras que la segunda (por omisión) importaría una inconstitucionalidad negativa: una incautación lisa y llana, o bien, una actividad insuficiente y defectuosa.

La inconstitucionalidad por violación a la Ley Fundamental tiene un carácter positivo, en cambio, la inconstitucionalidad por omisión es de naturaleza negativa, cuando determina la obligación de legislar, para que la norma sea eficaz, se da la inacción; es decir la omisión de la obligación plasmada en la Constitución, la que produce el vicio de inconstitucionalidad.

La omisión se vincula, a la estructura de normas constitucionales que para la eficacia requieren la necesaria intervención del Legislador; por lo que la omisión del legislador origina la inconstitucionalidad por omisión. La existencia de este Instituto responde a la nueva caracterización de las constituciones; ya que hoy la Constitución toma el papel de transformar la

sociedad con objetos útiles con la anticipación de la realidad futura,<sup>30</sup> y procurar a su vez, que la actuación del Estado esté apegada a los parámetros en las conductas catalogadas como relevantes para el legislador y estas no respondan al marco jurídico material de la Constitución.

### **1.2.2. La inconstitucionalidad “por omisión” y su control**

Así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer.

Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos “inconstitucionalidad por omisión”. Para detectarla hay que examinar en cada caso si la obligación de “hacer” que impone la constitución (por ejemplo, legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber, etc.

Por lo menos en las omisiones inconstitucionales que lesionan derechos subjetivos (por ejemplo, si no se reglamentan las cláusulas constitucionales programáticas que los reconocen) es menester divulgar la idea de que sobre tales omisiones debe recaer el control de constitucionalidad que las subsane, en resguardo de la supremacía, y en beneficio del titular del derecho que por la misma omisión sufre perjuicio.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Víctor Bazán, *Neoconstitucionalismo e Inconstitucionalidad por Omisión*, (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2007)., pág. 283.

<sup>31</sup> Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, (Buenos Aires, 1996)., pág. 89.

### 1.2.3. Alcances conceptuales de la inconstitucionalidad por omisión.

La inconstitucionalidad por omisión de acuerdo a su radio de cobertura se divide en una amplia y una restringida.

a) Posición amplia: Sin ánimo taxativo, se hace un enunciado de las visiones de algunos de los exponentes de esta concepción. En general, la doctrina argentina se ha ubicado en esta tesitura entendiendo que la inconstitucionalidad por omisión puede activarse ante inercias de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Es preciso advertir, sin embargo, que no ha existido una preocupación sostenida por profundizar y sistematizar los perfiles conceptuales de la figura.

El fundamento para habilitar las omisiones inconstitucionales legislativas radica, como "*mutatis mutandis*" así lo puntualizara Aguilar de Luque, en que "si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional es controlar la regularidad constitucional del actuar de los poderes públicos y, de modo específico, del legislador, tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar".<sup>32</sup>

Para el ya reconocido tratadista Bidart Campos, así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Constitución porque

---

<sup>32</sup> Luis Aguilar de Luque, y Rivas Morales: "El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", Madrid: UNED, en Revista de Derecho Político, (1987)., pág. 25.

se hace algo que ella prohíbe, “hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer.

Esta omisión es inconstitucional, y a la figura se le llama inconstitucionalidad por omisión”.

Añade, que para detectarla, “hay que examinar en cada caso si la ‘obligación’ de ‘hacer’ que impone la Constitución (por ejemplo: legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber.<sup>33</sup>

La conceptualización que revela una mayor complitud, desde la perspectiva amplia, a nuestro parecer es la siguiente, y simplificando al extremo la cuestión y partiendo de la posición de vinculación entre elementos sostenidos por obligacionistas y normativistas, entendemos que “la inconstitucionalidad por omisión consiste en *“la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución”*.<sup>34</sup>

b) Posición restringida: En Europa se aferran a esta postura reducida, en general comprimiendo la inconstitucionalidad por omisión a las pretericiones

---

<sup>33</sup> Bidart Campos, Manual de la Constitución, pp. 354-355.

<sup>34</sup> Víctor Bazán, Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales, (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014)., pág. 103.

legislativas, autores como Picardi (Italia), Gomes Canotilho (Portugal) y algunos doctrinarios españoles que se han acercado de un modo sistemático a la problemática que se analiza.

Picardi puntualiza que por omisión del legislador se entiende una situación caracterizada, de una parte, por un precepto constitucional que describe un determinado comportamiento del legislador (sanción de normas legislativas de conducta); y, por otra parte, un acto concreto del legislador que contrasta, en todo o en parte, con aquello descrito por el precepto constitucional.

Por su parte, luego de advertir que la noción de omisión legislativa no es un concepto 'naturalista', reconducible a un simple 'no hacer' o a un simple 'concepto de negación', Gomes Canotilho señala que la omisión legislativa, para cobrar significado autónomo y relevante, debe conectarse con una exigencia constitucional de acción, no siendo suficiente el simple deber general de legislar para dar fundamento a una omisión inconstitucional. Es decir, que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del no cumplimiento de exigencias constitucionales legisferantes en sentido estricto, o sea, del no cumplimiento de normas que, de manera permanente y concreta, vinculan al legislador a adoptar medidas legislativas 'concretizadoras' de la Constitución.

A su tiempo, Fernández Rodríguez entiende que 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 forma tal que se impide su eficaz

aplicación”. Aclara que la primera idea (falta de desarrollo) hace referencia a la omisión, mientras que el resto alude a la inconstitucionalidad.<sup>35</sup>

El autor Gómez Puente parte de la inactividad legislativa como concepto jurídico, es decir, pretende desterrar a nuestro juicio, con razón que aquella sea una cuestión meramente política carente de toda significación jurídica. Añade que la teoría de la inactividad se construye a partir de un deber jurídico positivo de obrar.<sup>36</sup>

Es que, si la emanación de una ley que viola la Constitución tiene notorias consecuencias jurídicas que pueden conducir a activar el control de constitucionalidad y por tanto la declaración de su inconstitucionalidad con efectos generales o particulares, de acuerdo con el sistema de control de constitucionalidad al que se adscriba, el incumplimiento de un mandato constitucional de legislar en desarrollo de la ley fundamental, naturalmente también debe tenerlas.

Finalmente, sintetizando el pensamiento de Villaverde Menéndez, vemos que este autor se distancia de lo que denomina la tesis obligacional (deber de legislar), postulada por los doctrinarios anteriormente nombrados, y sostiene que dentro de la libertad de decisión que ostenta, el legislador puede optar por permanecer pasivo, lo que en rigor supone no legislar. Añade que tal silencio legislativo puede tener consecuencias contrarias a la Constitución cuando de él cabe derivar una norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas no queridas por la Constitución. Sólo aquellos silencios de la ley

---

<sup>35</sup> José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión, Teoría General del derecho Comparado. El caso español*, (Civitas: Madrid, 1998)., pág. 81.

<sup>36</sup> Marcos Gómez Puente, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, (Madrid, 1997)., pp. XXXII-XXXIII

(omisiones relativas) o del legislador (omisiones absolutas), que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución puede y deben ser declarados omisiones inconstitucionales.<sup>37</sup>

### **1.3. Debate sobre tipos de control constitucional**

#### **1.3.1. Vulneración constitucional por acción y por omisión: Constitución normativa y su fuerza normática**

La clasificación más atractiva en la que distingue normas constitucionales son las normas operativas y normas programáticas.

a) Normas operativas (o autosuficientes, o auto aplicativas): Son las que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma. La operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible.

b) Normas programáticas: como lo indica el adjetivo, las que proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente. Se suele decir que son de aplicación diferida, hasta que aquella norma posterior las complete. Y ello no es así porque, de serlo, se plantea un serio problema en relación con la supremacía de la Constitución.

En efecto: si se dice que una norma programática contenida en la Constitución no puede funcionar hasta que los órganos de poder la

---

<sup>37</sup> Ignacio Villaverde Menéndez, La inconstitucionalidad por omisión, (Madrid, 1997)., pág. 35-45.

reglamenten mediante otra norma derivada más precisa, parece que la supremacía de la Constitución queda postergada, bloqueada o relegada hasta que el órgano del poder actúa; y si acaso no actúa, la falta de reglamentación de la norma programática enerva aquella misma supremacía.<sup>38</sup>

Tan compleja cuestión nos obliga a decir, sumariamente, que la existencia de las normas programáticas no viola, por sí sola, la supremacía de la Constitución. (Por eso, no descartamos el concepto de norma programática como admisible en el derecho constitucional). Lo que sí aclaramos es que la inactividad de los órganos del poder que omiten reglamentar mediante normas más precisas a las normas programáticas de la constitución, es *inconstitucional por omisión*.

Al hilo de la precedente introducción, cabe recordar que el Estado Constitucional actual se caracteriza por poseer una Constitución normativa y garantizada por la jurisdicción y, además, recipiendaria de supremacía. De ello se sigue que, en tantos receptores de normatividad jurídica, los preceptos constitucionales deben ser aplicables, pues sólo de esa forma podrá garantizarse la permanencia de la Constitución como norma suprema o fuente de fuentes.

Adviértase, a modo aclaratorio, que no se postula una sinonimia entre validez y eficacia, pues las normas constitucionales valen por sí mismas con independencia de su eficacia, y es precisamente aquel anclaje axiológico la fuente de la que dimanan la vinculatoriedad y la vocación de efectividad de las mismas. Kelsen sostuvo que la eficacia es sólo una condición de validez de las normas, acerca de lo cual de Páramo ha apuntado que si para aquel autor

---

<sup>38</sup> Bidart Campos, Manual de la Constitución, pág. 34.

la validez de las normas inferiores es el criterio de eficacia de la Constitución y la eficacia de ésta es la condición necesaria de la validez, entonces la Constitución no puede fundamentar, sin caer en circularidad la validez de las normas inferiores.

Para el profesor y tratadista Norberto Bobbio, toda norma jurídica puede ser sometida a tres valoraciones distintas e independientes entre sí: i) la de su justicia, que apunta a la correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que informan un determinado orden jurídico; ii) la de su validez, que se vincula con la existencia de la norma en cuanto tal, lo que supone su promulgación por el poder legítimo para sancionar normas jurídicas, no haber sido abrogada, ni ser incompatible con otras normas del sistema; y iii) la de su eficacia, que significa el efectivo cumplimiento de la norma por sus destinatarios.<sup>39</sup>

#### **1.4. Sistemas que atienden a la extensión de los efectos**

Es la primera de las clasificaciones que se desarrollaran en este apartado la cual a su vez se subdivide en:

a) Sistema con alcance particular, es decir que en este caso la sentencia dictada solamente afecta al interesado, al declararse inaplicable la ley, o al decreto-ley inconstitucional; este sistema es el adoptado en las constituciones y leyes de amparo adoptadas en Nicaragua en los años de 1893, 1911 y 1939.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho (1958 y 1960), Debate, trad. castellana de Eduardo Rozo Acuña, (Madrid, 1991)., pág. 33 y ss.

<sup>40</sup> Iván Escobar Fornos, Manual de Derecho Constitucional, (Managua: Nicaragua, 2º Ed., Editorial Hispamer, UCA, 1998)., pág. 253.

b) Sistema con alcance general, en este sistema la sentencia que se dicta a diferencia del sistema con alcance particular hay un pronunciamiento general de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley, declarándola nula en este último caso, este sistema es seguido por la Constitución Austríaca de 1920.

c) Sistema de alcance mixto. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el Sistema del Tribunal de Garantía de España de 1933 en donde la ley fue declarada inconstitucional por razones de forma y por tanto es nula; pero la misma no afectaba de ninguna manera, toda situación jurídica que fue creada durante su vigencia.

Por tanto, en este caso, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad por razones de fondo o materiales, solo producen efecto en el caso concreto y como consecuencia, no existe una declaración general de inconstitucionalidad.

Esta clasificación atiende a si la sentencia produce efectos vinculantes o no. En el primer caso, la declaración de inconstitucionalidad del tribunal tiene efectos decisorios, en el segundo, constituye en la práctica un órgano auxiliar del poder legislativo.

El Derecho comparado es ejemplo de sentencia vinculante, la decisión del Supremo Tribunal Federal del Brasil que suspende total o parcialmente los efectos de las leyes, decretos u ordenanzas que considere inconstitucionales, ya sea en la forma o en el fondo (artículo 138 de la Constitución).

Así ocurre también con los tribunales constituciones en materia del control de constitucionalidad de las leyes, como el caso de Alemania, Austria,

Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia, Hungría, Italia, Perú, Polonia, entre otros.

Un caso histórico de tribunal que dictaba resoluciones sin efecto vinculante fue el tribunal de garantías Constitucional del Ecuador, en el texto original de la Constitución de 1978 y 1979, por lo que no podía considerarse un verdadero órgano de jurisdicción constitucional.<sup>41</sup>

En los casos que la resolución de un órgano de control produce efectos decisorios y vinculantes, es necesario distinguir si dichos efectos son generales (*erga omnes*) o inter partes.

Sí el fallo produce efectos generales o *erga omnes*, la norma cuestionada se excluye del sistema jurídico. Es lo que ocurre con las sentencias de los Tribunales Constitucionales de Perú, Polonia, Hungría, Bolivia, Guatemala, Italia, Austria, Bélgica, España, Portugal, Alemania, Yugoslavia, Colombia, entre otros. Asimismo, tiene el mismo efecto el control por vía de acción pública ante la Corte Suprema en Costa Rica, México y los fallos del Supremo Tribunal Federal en Brasil, entre otros.

El fallo con efectos *erga omnes* otorga una mayor seguridad jurídica y eficacia, propias de un auténtico sistema de control de constitucionalidad. No obstante, se señala como riesgo “el gobierno de los jueces”, lo que exige de los jueces la prudencia debida.<sup>42</sup> Si el fallo solo produce efectos particulares o intérpretes, la norma cuestionada continua vigente y únicamente no se aplica drásticamente a ese caso en particular. Es lo que ocurre con los fallos de los

---

<sup>41</sup> Humberto Nogueira Alcalá, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, (Lima: Perú, 2006)., pág. 57.

<sup>42</sup> *Ibíd.* Pág. 58.

Tribunales y la Corte Suprema de los Estados Unidos, con los fallos de los tribunales ordinarios argentinos, así como los fallos de la Corte Suprema a través del recurso extraordinario; en Venezuela respecto a los fallos de los jueces ordinarios que declaran la inaplicabilidad de las leyes, en Chile, con los fallos de la Corte Suprema en recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entre otros.

Puede clasificarse los efectos de los fallos en el tiempo, en términos de si se producen efectos hacia el pasado (*ex tunc*), o desde el momento del fallo hacia el futuro (*ex nunc*).

Un efecto *ex tunc* se da en el supuesto de declaración de nulidad de la sentencia, la que tiene un carácter declarativo. Este es el efecto propio del sistema norteamericano de *judicial review*, aun cuando ya en 1965, la Suprema Corte de los Estados Unidos determinaría que los efectos retroactivos no eran necesarios.

El efecto *ex tunc* está considerado también en los fallos de los jueces en materia de inconstitucionalidad de Venezuela y Argentina, entre otros países de América Latina. Tales efectos constituyen la regla general en los fallos de los tribunales constitucionales de Alemania (artículo 79 Ley del T.C.). España (artículo 40 LOTC). Portugal (artículos 282.1 Constitución), entre otros casos.

El modelo de control concentrado austríaco mantuvo la tesis de que la sentencia producía la anulación de la norma *ex nunc*, pro futuro, a partir de un año (artículo 139 y 140 Constitución). La reforma a la Constitución introducida en 1975, permite al Tribunal Constitucional austríaco determinar que la

sentencia tenga efecto retroactivo (artículo 139.6 y 140.7 de la ley constitucional federal).

Así leyes anteriormente derogadas por la ley invalidada por el tribunal vuelven a entrar en vigor, si éste lo determina expresamente (artículo 140.6 de la ley constitucional). Las sentencias de los tribunales constitucionales de Ecuador y Perú producen efectos *ex nunc* por regla general, como, asimismo, el Tribunal Constitucional chileno cuando dicta fallos sobre normas jurídicas vigentes.<sup>43</sup>

### **1.5. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano**

Sistema al igual que la clasificación antes mencionada hace su propia clasificación dependiendo el órgano que hace efectivo el control de constitucionalidad, la cual se desarrolla de la siguiente manera:

a) Sistema de control ejercido por un órgano político: es decir que el que controla es un órgano de los que compone la estructura normal del Estado, o bien sea por uno que haya sido creado para tal efecto, como ejemplo de los primeros tenemos al Presidente del Reich de la Constitución alemana de Weimar, quien era calificado como defensor de la Constitución. Y como ejemplo del segundo se puede citar el Senado Conservador en la Constitución Francesa del 13 de diciembre de 1779.<sup>44</sup>

b) Sistema de defensa ejercido por órganos jurisdiccionales: La defensa o control de la Constitución lo pueden hacer tanto los tribunales ordinarios de

---

<sup>43</sup> Nogueira Alcalá, Justicia y Tribunales, Pág. 59.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, pág. 253.

justicia (ejemplo de ellos son el mexicano y el norteamericano) o uno creado especialmente para tal fin (ejemplo la Alta Corte Constitucional establecida en la Constitución austriaca del 1 de Octubre de 1920, elaborada por Kelsen); este sistema es de los más aceptados porque el problema de inconstitucionalidad de una ley o un decreto-ley, acto o disposición, se resuelve aplicando el derecho, lo que le corresponde al poder judicial y las personas que integran este poder son las que tienen la mayor preparación o imparcialidad para realizar esta función.<sup>45</sup>

Se puede desarrollar diversas sub clasificaciones en virtud de su naturaleza, en virtud de su ámbito de acción, en virtud de su composición y en virtud de su duración. De acuerdo al ámbito de la naturaleza del órgano que realiza el control este puede ser realizado por órganos políticos, por tribunales de justicia ordinarios o a través de tribunales especializados como son las Cortes o Tribunales especiales constitucionales.<sup>46</sup>

Por regla general el control por el órgano político le corresponde al mismo Parlamento, como ocurre en otros países como china y Cuba, o en órganos de naturaleza "*sui generis*" como fue el "Concejo de la Revolución" en la Revolución portuguesa de 1976, hasta que una reforma constitucional lo eliminó reemplazándolo por el Tribunal Constitucional de la década de los años ochenta; un caso de control teológico lo constituye el concejo de los custodios de Irán, integrado por teólogos musulmanes que verifican la armonía del texto jurídico con el Corán, que constituye la Ley Suprema del Estado y se sitúa por sobre la Constitución Jurídica. El control a través del Órgano Judicial es el ejercido por los tribunales ordinarios de justicia, control que puede

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*, pág. 254.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, pág. 48.

subclasificarse como control difuso el que es realizado por diversos tribunales e instancias de la judicatura como es el caso de los Estados Unidos de América, Argentina, Canadá, Nueva Zelandia y la India, o en control concentrado cuando dicho control solo lo ejerce el Órgano Superior del poder Judicial la Corte Suprema de Justicia, tal como son los casos de Costa Rica, Uruguay, Paraguay. También existen sistemas jurídicos en los que usan de forma mixta, en el que combinan dosis desarrolladas de modelos de Jurisdicción constitucionales el control concentrado y difuso.<sup>47</sup>

El Control a través de los Tribunales Constitucionales, que están integrados por miembros letrados, donde una parte importante de ellos no son parte del poder Judicial y son nombrados por órganos políticos representativos sean estos el Parlamento el Gobierno o por ambos, sin perjuicio de que algunos miembros sean nombrados por los Tribunales superiores, ejemplo de ello son: Los Tribunales Constitucionales de Andorra, Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Chile, Ecuador, España. Francia, Guatemala, Hungría entre otros.

Es necesario precisar que por regla general los tribunales constitucionales no forman parte del poder Judicial, hay excepciones donde el Tribunal Constitucional forma parte de la estructura orgánica del Poder Judicial aun cuando cuentan con plena independencia para el ejercicio de funciones específicas.

Asimismo, la función del tribunal constitucional puede verse complementada por elementos de la jurisdicción difusa o concentrada en

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*, pág. 49.

manos de tribunales ordinarios como ocurre por regla general en América del Sur de lo cual son ejemplos Chile, Ecuador, Perú y Colombia<sup>48</sup>.

### **1.6. Sistemas que atienden al tiempo del control**

Este sistema se subdivide en tres modalidades:

a) El control preventivo que se da antes de perfeccionarse la ley, o bien, sobre la ley, pero antes de su promulgación. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Consejo Constitucional Francés, en donde el control preventivo es ejercido obligatoriamente antes de la promulgación, en caso de tratarse de leyes orgánicas o reglamentos de las cámaras;

b) El control posterior o reparador que es el que se concede con posterioridad a la aplicación de la ley.<sup>49</sup>

c) Control Mixto: que es aquel que puede ser controlado antes y después de que la norma es sancionada.

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*, pp. 49-53

<sup>49</sup> *Ibíd.*, 50-53.

## CAPÍTULO II

### PARTICULARIDADES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Se da apertura al presente capítulo con las ideas fundamentales que implica la inconstitucionalidad por omisión, desde la óptica de los autores que con autoridad académica se han referido al mismo, posteriormente se procede a desarrollar las particularidades de la definición de la figura en estudio y destacar la clasificación que en la doctrina internacional predomina.

#### 2.1. Delimitación conceptual

Por razones metodológicas es imprescindible efectuar una delimitación conceptual de la inconstitucionalidad por omisión, la que supone involucrar a las pretericiones inconstitucionales que consideramos pasibles o susceptibles de corrección.<sup>50</sup> Se iniciará reafirmando que la vulneración a la Constitución puede darse por acción o comisión y por omisión.

El primer caso se da cuando se dicta un instrumento normativo como una ley, decreto, ordenanza, resolución, etc., cuyo contenido explícito o implícito es contrario a la Ley fundamental.<sup>51</sup>

El segundo supuesto se configura, valga la tautología, cuando se omite inconstitucionalmente, esto es, cuando no se actúa o no se sanciona una norma pese a la imposición de la Constitución al respecto y también cuando

---

<sup>50</sup> Bazán, Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales, pág. 97.

<sup>51</sup> *Ibíd.* pp. 97-98.

se lo hace deficiente o discriminatoriamente, debiendo generarse en ambos casos una situación inconstitucional.<sup>52</sup>

Para el profesor mexicano José René Olivos Campos,<sup>53</sup> la comprensión de Inconstitucionalidad por omisión tiene tantas concepciones que dan lugar a distintos criterios como tratadistas han estudiado dicho tema.

Si bien se pueden identificar algunos elementos comunes con que caracterizan el significado de la inconstitucionalidad por omisión, otras en cambio, comprenden ideas distintas y unas más parecen complementarse. En consecuencia, no existe una definición única y universalmente aceptada.

El tratadista Fernández Rodríguez,<sup>54</sup> conceptualiza la inconstitucionalidad por omisión como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas Constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.

El Doctor Henry Mejía, afirma que “la Inconstitucionalidad por omisión es aquella que se da cuando exista un incumplimiento de mandatos Constitucionales de parte del Órgano Legislativo, siempre y cuando haya transcurrido un plazo razonable y un procedimiento para efectuar o darles cumplimiento a dichos mandatos”.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*

<sup>53</sup> René Olivos Campos, et. al., *Estudios de Derecho Constitucional y Amparo*, (México: Colección “Transformaciones Jurídicas y Sociales” No.4., 2007)., pág. 158.

<sup>54</sup> Miguel Carbonell, “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por omisión”, (UNAM: Instituto de Investigación Jurídica, 2003)., pág. 29.

<sup>55</sup> Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales: Concepto propuesto en clase de Derecho Procesal Constitucional en el Ciclo II año 2015 por el Doctor Henry Alexander Mejía, Catedrático del Departamento de Derecho Público.

El concepto de inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene su origen en el desarrollo doctrinal moderno el que paulatinamente ha sido recogido por distintos ordenamientos jurídicos. Para poder abordar el concepto en estudio proponemos en primer lugar realizar un análisis de los términos que lo componen.

### **2.1.1. Inconstitucionalidad**

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, se encuentra que la inconstitucionalidad es definida como: “Quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del parlamento, por decretos-leyes o actos de gobierno”.

De acuerdo con la organización judicial de cada país, la inconstitucionalidad puede declararse, en lo relativo a las normas legales, por un juez cualquiera, como conflicto o en definitiva de leyes, o por un tribunal *sui generis*, el de mayor jerarquía y especial para estos casos, dada la índole peculiar de los preceptos constitucionales, texto que es como la ley de leyes. “Omisión-Abstención de hacer; inactividad; quietud-dejación de decir o declarar; silencio; reserva; ocultación de lo que se sabe; negativa a declarar olvido de deberes, mandato u órdenes-descuido, falta a las obligaciones lenidad, negligencia, flojedad”.<sup>56</sup> El profesor José Julio Fernández Rodríguez,<sup>57</sup> profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela, España, declara, en cuanto respecta al vocablo

---

<sup>56</sup> Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, (Buenos Aires: 4° ed., tomo II, 1989),. , pág. 115.

<sup>57</sup> José Julio Fernández Rodríguez, Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión, (Unam: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica). <http://www.juridicad.unam.mx>

“inconstitucionalidad”, que “No resulta problemático el uso que hacemos de él ya que estamos haciendo referencia a una conducta vulneradora de la Carta Magna. Estas vulneraciones tienen diversas causas y se presentan con matices diferentes. Asimismo, las consecuencias de tales infracciones pueden ser distintas. Pero todas ellas suponen un ataque a los preceptos básicos del ordenamiento.

Continúa el citado profesor, al declarar la inconstitucionalidad de normas de inferior rango que contradigan el texto constitucional, así como buscar la plena operatividad de las normas constitucionales, aun cuando la inacción legislativa haya frustrado la expedición de la ley reglamentaria, forman parte consustancial de la defensa jurídica de la Constitución”. Nos encontramos en el primer caso, cuando se expide una ley que transgrede la Constitución, y entonces, estamos frente a una violación constitucional de carácter positivo.

Mientras que, en el segundo caso, cuando se incumple con la expedición de una ley o la ejecución de un acto ordenado por la Constitución, estamos en el ámbito de la violación constitucional de carácter negativo, porque es justamente la inacción u omisión de la obligación constitucional, la que produce el vicio.

En la legislación salvadoreña, para el primero de los casos anteriormente señalados, esto es, para la violación constitucional de carácter positivo, existe la acción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 183 de nuestra Carta Magna y regulado de manera puntual en la Ley de Procedimientos Constitucionales. Para el segundo caso, esto es, la omisión inconstitucional o violación de carácter negativo, salvo los casos de omisiones administrativas que impliquen violación de un derecho subjetivo, que causen

o puedan causar un daño inminente o grave, tutelado por la acción de amparo, no existe en nuestro texto constitucional o legal disposiciones que prevengan, corrijan o sancionen la omisión inconstitucional en el dictado de normas u omisiones administrativas con efectos generales,<sup>58</sup> sin embargo ha sido vía jurisprudencial, al igual que países de otras latitudes, especialmente de América como Colombia, Guatemala, Chile y Nicaragua,<sup>59</sup> que se ha reconocido la figura de la inconstitucionalidad por omisión con fundamento en la supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

Para ello es pertinente citar una sentencia emitida por la honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se ha pronunciado de manera pormenorizada al respecto "...entre las disposiciones que integran la Constitución "se incluyen las que la doctrina denomina encargos al legislador, mandatos al legislador o mandatos constitucionales; es decir, normas que prevén la indispensable emisión de disposiciones infraconstitucionales que las desarrollen y concreten, para poder cobrar plena eficacia. Sobre tales mandatos constitucionales al legislador pueden hacerse las siguientes acotaciones:

---

<sup>58</sup> Ley de Procedimientos Constitucionales, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1960)., art. 6 al 10, Proceso de Inconstitucionalidad, art 12-26 Proceso de Amparo ante la lesión de un derecho subjetivo fundamental, y garantías a la seguridad jurídica establecidos en la Constitución. Como bien señalara el Doctor Henry Mejía, "la verdadera naturaleza jurídica de la Inconstitucionalidad es de un proceso, porque su inicio requiere del planteamiento de una pretensión a través de una demanda en función del artículo 183 Cn., en relación al artículo 1 de la Ley de Procedimientos Constitucionales".

<sup>59</sup> Bazán, Control de las omisiones inconstitucionales e Inconvencionales, pág. 30. El restante ítem se refiere a la implementación o aceptación del instituto por la senda jurisprudencial, sin que en sus contextos jurídicos existan previsiones constitucionales o infraconstitucionales que la positiven, de acuerdo con el siguiente detalle: Respecto del ámbito europeo, abordaremos con mayor detenimiento los casos de Alemania, Austria, España e Italia, además de efectuar algunas apreciaciones más breves acerca de otros países, como Francia y Polonia (título decimoquinto). Ya en torno a la dimensión americana (título decimosexto), revisaremos las experiencias de Colombia (capítulo I), Perú (capítulo II), Guatemala, México y ciertas alusiones a Chile, El Salvador y Nicaragua.

a) En primer lugar, que los mismos no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución escrita, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia plena a la norma constitucional que contiene un mandato constitucional; y

b) En segundo lugar, que tampoco es imprescindible que los mandatos contengan un plazo para la emisión de tales disposiciones infraconstitucionales, pues esta misma Sala, como órgano encargado del control de constitucionalidad, puede determinar la razonabilidad de la dilación en el comportamiento omisivo de los órganos y entes investidos de potestades normativas (...).

Los criterios determinantes para el cumplimiento del mandato constitucional son tres:

a) La existencia del mismo como mandato explícito o implícito en el texto constitucional el asunto de 'si existe' el mandato constitucional;

b) La razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de disposiciones infraconstitucionales el 'cuándo' se dará cumplimiento al mandato constitucional; y

c) La forma en que se dará cumplimiento al mismo el 'cómo cumplir' el mandato constitucional, de éstos tres criterios, ésta Sala puede en un proceso de inconstitucionalidad determinar los dos primeros, no así el tercero, pues ello se engloba dentro de la libertad de configuración de los órganos investidos de potestades normativas.

En relación con dicho criterio, si bien la Sala está facultada para señalar al legislador cuál debe ser el contenido de una norma a fin de que ésta sea coherente con la Constitución, ello no implica que pueda configurar en detalle la formulación lingüística de la misma ni determinar plazos o cantidades, pues tal configuración y determinación dependerá de las valoraciones políticas que el legislador estime pertinentes”.<sup>60</sup>

### **2.1.2. Omisión**

La omisión puede ser definida como inactividad o inacción, “abstención de hacer o decir”; “falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”.<sup>61</sup> Dicho vocablo, también se puede asimilar a algunos sinónimos conocidos tales como descuido, olvido, desatención, falta, ausencia, entre otros. Si bien ese es el sentido coloquial de la expresión, el uso y origen jurídico del concepto se encuentra en el derecho romano el que lo utilizó tanto en el Derecho Público como privado, al referirse a casos en que el juez se abstenía a dictar sentencia y al olvido del testador de uno o más herederos forzosos, sirviendo esta última acepción de base a la institución de la preterición.

A pesar de que el desarrollo del concepto, tal como lo señalamos, se remonta varios siglos atrás, es el área del Derecho Penal la que nos provee de una construcción conceptual útil para la figura que plantearemos en esta investigación. De esta manera, tal como lo señala el profesor Juan Bustos, “El tratamiento de la omisión en la dogmática penal es reciente. En el siglo XIX,

---

<sup>60</sup> Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-IV-2000*, Inc. 2-95, Considerando IV 1, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000).

<sup>61</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, (España: Madrid, Calpe, 22<sup>a</sup>, ed., 2001)., pág. 1620. <http://www.rae.es/>

no había mayor preocupación por el delito cometido por omisión, al cual se le aplicaban las mismas reglas que los de comisión. Los peligros de la vida moderna hacia plantearse en ciertos y determinados casos un deber de actuar del ciudadano. Doctrinariamente, el punto de partida son las observaciones de Radbruch en Alemania que, cuestionando el concepto omnicomprendido de acción que postulaba el causalismo, señaló que las estructuras de la acción y la omisión son radicalmente diferentes”.<sup>62</sup>

Ahora bien, la característica básica de la omisión es que es un concepto en referencia. No existe una omisión en sí, sino siempre en relación a una determinada acción.<sup>63</sup> De ésta manera, detrás de la estructura típica de omisión hay siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción que no es realizada por el sujeto, la omisión se define siempre en referencia a una determinada acción, de otro modo se vulneraría el principio de legalidad<sup>64</sup>.

Dicho en otras palabras, es el incumplimiento o retardación en el cumplimiento de un mandato impuesto por el constituyente al órgano legislativo o a un ente con potestades legislativas, sea en la emisión de un acto normativo o del ejercicio de un ámbito competencial cuando este no se ejecuta de manera oportuna en el tiempo.<sup>65</sup> Tal como lo expone el maestro José Julio Fernández Rodríguez,<sup>66</sup> en el Derecho Penal, los delitos y faltas pueden provenir tanto de

---

<sup>62</sup> Juan Bustos Ramírez, Obras Completas, (Lima, Tomo I, año 2005),. , pág. 973.

<sup>63</sup> Véase: Hans Welsel, “Derecho Penal Parte General”, traducción Carlos Fontan. (Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956),. , pág. 206 y Welsel, Hans. “Derecho Penal Alemán”. (Chile: 12ª edición, 3 edición castellana, año 1987),. , pág. 92.

<sup>64</sup> Juan Bustos, Obras completas., pág. 974.

<sup>65</sup> Se advierte en el auto de admisión con referencia: 57-2016 Inconstitucionalidad, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis en el que se admitió una demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Legislativa por retardación en la elección de miembros del consejo nacional de la judicatura.

<sup>66</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 21.

acciones como de omisiones de carácter doloso o culposo, siempre que estén previstas en la ley.

Tanto la acción como la omisión son conductas humanas de las cuales se pueden desprender manifestaciones de voluntad y para que éstas sean jurídicamente relevantes es necesario que dichas acciones u omisiones generen efectos jurídicos penales. Se requiere para que el ordenamiento jurídico penal reaccione frente a estos comportamientos de una conducta, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. Así, particularmente respecto de la omisión, ésta es entendida como la no realización de lo que la ley ordena, es decir, el incumplimiento de un precepto imperativo, adquiriendo así una naturaleza normativa.

Aquella situación, que origina la posterior reacción del ordenamiento penal, es la omisión de realizar aquello a lo que la ley obliga. De esta manera emerge de la norma penal, que ordena la ejecución de un hecho determinado, la obligatoriedad de la conducta, no teniendo este deber de actuar una existencia pre jurídica, es decir, nace de la ley, esto lo convierte en un deber de actuar de naturaleza imprescindible e irrenunciable respecto de los sujetos destinados a ella.<sup>67</sup>

Este concepto de omisión se trasladó al seno del Derecho Constitucional para crear el concepto que resulta útil para el análisis objeto de esta investigación, ya que le otorga una carga de antijuridicidad y de reprochabilidad necesaria y útil para la formulación del mismo, que entendemos de una manera dejar de hacer por parte de quien está obligado a actuar, dicha obligación tiene su origen en una norma vigente al momento de

---

<sup>67</sup> *Ibíd.* Pág. 22.

sucedan la infracción”.<sup>68</sup> La omisión presupone siempre la existencia de un determinado sistema de elementos a saber:

1.- Una norma que demande un determinado hacer a algún destinatario o que espere de él un cierto comportamiento (elemento formal u objetivo) y

2.- Un sujeto que, estando obligado a su cumplimiento, voluntaria o imprudentemente la transgrede, no acatándola en absoluto u observándola de manera incompleta o inacabada (elemento material o subjetivo), consecuentemente, esta última conceptualización nos lleva a obtener dos tipos de omisión: una absoluta, que implicará una inactividad permanente y rotunda; y una relativa o parcial, que, aunque en ciertos casos implique un incipiente cumplimiento de la misma, sigue vulnerándola, conceptualización básica de la figura de omisión legislativa que se abordará en detalle adelante.<sup>69</sup>

### **2.1.3. Inconstitucionalidad por omisión**

La primera, la dimensión conceptual amplia, entiende la constitucionalidad por omisión como la transgresión del orden constitucional, por la negligencia de los distintos órganos del Estado y en los diferentes órganos de gobierno al no legislar sobre determinadas materias o no realizar ciertos actos que sean de naturaleza política, judicial o administrativa cuando tienen la obligación de hacerlo por mandato constitucional. La segunda dimensión conceptual de la inconstitucionalidad por omisión se determina por

---

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> La mayoría de los autores coinciden, al menos en esta clasificación básica, no obstante, se puedan agregar otras.

la inactividad del legislador para expedir las normas que la Constitución dispone que sean emitidas.<sup>70</sup>

Para José Julio Fernández Rodríguez,<sup>71</sup> la inconstitucionalidad por omisión la conceptualizamos como la falta de desarrollo por parte del poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo de tal forma que impide su eficaz aplicación.

Es importante precisar si en el mandato constitucional se encontraba establecido un término expreso para cumplirlo; si la norma constitucional trae consigo el término en que debe emitirse la legislación, resulta más fácil demostrar la omisión por parte del Legislador y en su caso de cualquier ente con potestad normativa, al contrario, cuando la norma no establece un término.

Se deben dar las razones de relevancia constitucional, por las cuales la norma es necesaria en este momento para materializar los postulados constitucionales, apuntando así que la omisión es de tipo inconstitucional; además el hecho de que no se establezcan plazos, no significa que el órgano legislativo pueda omitir el cumplimiento del mandato por término indefinido, pues se corre el riesgo de que se congelen algunos derechos constitucionales, por carecer de normas infra constitucionales que los desarrollen.<sup>72</sup>

Como un acercamiento del concepto de inconstitucionalidad por omisión, debemos entender que se trata de una inactividad del Órgano

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, pág. 156. Esta idea se vincula a lo opuesto, propuesto en esta obra.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, pág. 17.

<sup>72</sup> Néstor Pedro Sagües, *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*. En *Inconstitucionalidad por omisión*. (Bogotá: Temis, 1997)., pág. 113.

Legislativo de emitir las leyes que la Constitución de la República autoriza o le mandata a expedir.

#### **2.1.4. Concepción mayormente aceptada por la doctrina**

Una acotada explicación previa nos lleva a subrayar que, a grandes rasgos, dos son las posiciones salientes que la doctrina nacional y extranjera ha asumido respecto de la delineación conceptual de la inconstitucionalidad por omisión en cuanto a su radio de cobertura: una amplia y otra restringida.

a) Posición amplia: En general, la doctrina argentina se ha inclinado por ésta concepción, entendiendo que la inconstitucionalidad por omisión puede configurarse ante las inercias de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Es preciso advertir, sin embargo, que no ha existido una preocupación sostenida por profundizar y sistematizar los perfiles conceptuales de la figura.<sup>73</sup>

Tal como se ha venido señalando, para el profesor argentino German Bidart Campos, así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, “hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer.

Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos inconstitucionalidad por omisión”. Añade que, para detectarla, “hay que examinar en cada caso si la ‘obligación’ de ‘hacer’ que impone la Constitución (por ej., legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente o está

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*, pág. 98.

condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber”.<sup>74</sup>

A su turno, el tratadista argentino Néstor Pedro Sagüés sostiene que “el Estado puede pecar de inconstitucionalidad no solamente ‘dictando’ normas inconstitucionales, sino también ‘no dictando’ aquellas normas generales que la Constitución le manda promulgar por ejemplo al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la ley suprema; o al no reglamentar el Poder Ejecutivo la ley dictada por el Congreso o Asamblea Legislativa, cuando así debe hacerlo por mandato constitucional”.<sup>75</sup>

Por su parte, Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya entienden que la violación constitucional puede producirse no por incompatibilidad de normas infraconstitucionales con la Constitución, sino por ausencia o falta de regulación, estando ésta prescrita por la propia Constitución. Advierten que la omisión inconstitucional se puede consumir por incumplimiento (demora, inacción, abstención) tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo y que el presupuesto de la inconstitucionalidad por omisión es el incumplimiento de un órgano estatal.<sup>76</sup>

b) Posición restringida: Desde la óptica europea, Picardi puntualiza que por omisión del legislador se entiende una situación caracterizada, de una parte, por un precepto constitucional que describe un determinado comportamiento del legislador (sanción de normas legislativas de conducta); por otra parte, un acto concreto del legislador que contrasta, en todo o en parte,

---

<sup>74</sup> Germán Campos, *Ibíd.*, pp. 354-355.

<sup>75</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Compendio de derecho procesal constitucional*, (Argentina: Buenos Aires, Astrea, 2009), pág. 37.

<sup>76</sup> Humberto Quiroga Lavié, et. al., *Derecho Constitucional argentino*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, T° I, 2001), pp. 564-56.

con aquello descrito por el precepto constitucional *“si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che descrive un determinato comportamento del legislatore [emanare norme legislative di attuazione], per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale”*.<sup>77</sup>

A su tiempo, el ya referenciado autor Fernández Rodríguez, entiende que 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 forma tal que se impide su eficaz aplicación”. Aclara que la primera idea (falta de desarrollo) hace referencia a la omisión, mientras que el resto alude a la inconstitucionalidad.<sup>78</sup>

Finalmente, al sintetizar el pensamiento de Villaverde Menéndez, se observa que este autor se distancia de lo que denomina la tesis obligacional (deber de legislar), postulada por los doctrinarios anteriormente nombrados, y sostiene que dentro de la libertad de decisión que ostenta, el legislador puede optar por permanecer pasivo, lo que en rigor supone no legislar.

Añade que tal silencio legislativo puede tener consecuencias contrarias a la Constitución cuando de él cabe derivar una norma implícita que crea o

---

<sup>77</sup> Bazán, Control de las omisiones inconstitucionales e Inconvencionales, pág. 100., Tr. Al español: "Se refiere a una situación que se caracteriza, por una parte, por un precepto constitucional que describe un comportamiento específico del legislador [leyes] temáticos para la aplicación, por el contrario, una conducta concreta que contrasta, en su totalidad o en parte, descrito por el precepto constitucional", Véase. Picardi, Nicola, "Le sentenze 'integrative' della Corte costituzionale", en AA.VV., Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati, (Milano, Giufrè, Vol. 4, 1977), pp. 597 y ss.

<sup>78</sup> José Julio Fernández, "La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI", La Constitución portuguesa de (1976), Un estudio académico treinta años después, (Madrid, 2006)., pág. 81.

mantiene situaciones jurídicas no queridas por la Constitución. Sólo aquellos silencios de la ley (omisiones relativas) o del legislador (omisiones absolutas), que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución pueden y deben ser declarados omisiones inconstitucionales.<sup>79</sup>

Víctor Bazán sostiene que se está ante la presencia de una omisión inconstitucional cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión Constitucional dirigida a que se haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al pretender dotar a algunos de lo que en igualdad de condiciones y circunstancias acuerda a otros, cuyo objeto de la vía procesal de inconstitucionalidad por omisión será pues de recompensar el Imperio de la Constitución cuya supremacía había quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.<sup>80</sup>

#### **2.1.5. Inactividad del poder legislativo<sup>81</sup>**

El Órgano Legislativo posee dentro de un Estado Democrático de Derecho, total legitimidad para llevar acabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales, puesto que este es el elegido directamente por el pueblo en ejercicio de la soberanía. Cuando hablamos de “Pasividad” o “Inactividad”, del legislador, es necesario hacer alusión primeramente a la existencia de algún deber jurídico del legislador en cuya presencia el comportamiento pasivo del legislador pueda considerarse jurídicamente relevante.

---

<sup>79</sup> Villaverde, La inconstitucionalidad por omisión, Pág. 35 y ss.

<sup>80</sup> Víctor Bazán, Posibles vías de corrección de las omisiones Constitucionales, en el ámbito del derecho público (Argentina: Universidad Autónoma de Buenos Aires, 2007)., pág. 3652.

<sup>81</sup> Nancy Morán Funes et. al., *"El control de la constitucionalidad por omisión"*, (San Salvador: Universidad de El Salvador, 2006)., pág. 54.

En ese sentido, es posible encontrar que cada ordenamiento jurídico, normas jurídicas y principios que se someten a la voluntad del legislador imponiéndole ciertos comportamientos y deberes.

Por tanto, como figura jurídica, la inactividad u omisión legislativa se diferencia de una mera inercia del legislador, en la existencia de un deber jurídico inherente a la función Legislativa respecto a la cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible puesto que para el desarrollo y ejercicio de ese deber de legislar es necesario el dictado de una previsión normativa cuya producción esta jurídicamente condicionada.

Caso contrario se estaría en presencia de una situación jurídica irrelevante, que no sobrepasaría los límites normativos que circunscriben el límite del poder legislativo.

En ese orden de ideas, para lograr identificar las omisiones legislativas, es necesario primero identificar la existencia de los referidos deberes jurídicos que pesan sobre el legislador y la precisión de los contenidos, especialmente cuando no gozan de formulación positiva explícita en el ordenamiento jurídico. Así en algunos casos pueden verse deberes expresos. Lo cierto es que estando o no expresos tales deberes, el legislador está supuesto a cumplirlos, pues se encuentra sujeto a la Constitución e incluso al resto del ordenamiento jurídico, tanto así que la infracción de normas infra constitucionales de las que se deducen deberes legislativos y que contribuyen a delimitar la función del legislador, su competencia normativa y su posición institucional, se considera también una infracción de la Constitución.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Así por ejemplo en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución, establece la Indemnización conforme a la ley, por daños de carácter moral, lo que llevo a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual ordenó a la Asamblea Legislativa, la creación de una Ley

No obstante, lo anterior el problema de la pasividad del legislador se encuentra íntimamente vinculado con la falta de efectividad de las normas constitucionales, así como su aplicabilidad e idoneidad de los órganos y medios procesales y sustantivos para garantizar y tutelar jurisdiccionalmente su cumplimiento.

#### **2.1.6. Período temporal excesivo**

De acuerdo a la doctrina la inactividad antes señalada debe verificarse en un periodo excesivamente prolongado. De ahí que debe existir una relación entre la institución y la necesidad de un proceder, circunstancia que debe analizarse individualmente en cada supuesto. Las disposiciones constitucionales que ameritan el desarrollo no contemplan plazos perentorios en los cuales el poder legislativo debe actuar, sino que conceden a esta libertad para que lleve a cabo su proyecto jurídico político; la expresión “durante un tiempo excesivamente largo” debe entenderse como un tiempo irracionalmente largo, quedando en manos de un órgano competente si ha transcurrido o no ese tiempo, teniendo en cuenta cada caso en particular.

No obstante, lo anterior, el problema de la pasividad del legislador se encuentra íntimamente vinculado con la falta de efectividad de las normas constitucionales, así como de su aplicabilidad e idoneidad de los órganos y medios procesales y sustantivos para garantizar y tutelar jurisdiccionalmente su cumplimiento no debemos olvidar que la necesidad de desarrollo de las

---

para ejercer indemnización por daños morales y le impuso plazo hasta el 31 de diciembre del año 2015, para la creación de la misma. si el daño afecta a la persona en cualquiera de sus esferas no patrimoniales, el daño es de carácter moral. Esta clase de daño goza de protección constitucional y a pesar que se declaró la inconstitucionalidad por misión absoluta en la sentencia 53-2012 no fue hasta el día 6 de enero del año 2016 que se promulgó la Ley de reparación por daño moral.

circunstancias que lo retardan o no intereses equivalentes que tengan que ser ponderados como si se tratara de una situación excesivamente política, sino que en virtud de las exigencias del derecho, uno es el principio de (necesidad de desarrollo) y otro es la excepción (retraso en el desarrollo) por lo tanto la excepción requeriría siempre justificación.<sup>83</sup>

### **2.1.7. Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo<sup>84</sup>**

La aludida falta de desarrollo hace referencia a los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de forma concreta, de tal forma que no todas las normas constitucionales poseen el mismo carácter, sino pueden establecerse diversas tipologías en función de diversos criterios. La clasificación que nos interesa es la que se divide en normas constitucionales: a) autoaplicativas o de aplicación inmediata y b) las de aplicación diferida o condicionada.<sup>85</sup> Las primeras son aquellas cuya eficacia depende de sí misma, es decir que para desplegar toda su fuerza normativa no requieren un desarrollo ulterior por parte de los poderes del Estado, con la facultad de crear normas.

En otras palabras, estas cláusulas no requieren de la creación de una norma posterior de grado inferior o de actuaciones administrativas para ser aplicables, por cuanto su eficacia está determinada por el contenido mismo de la norma constitucional. Las segundas son normas incompletas, puesto que su eficacia está condicionada al desarrollo posterior por parte de los poderes públicos de una norma de rango inferior. Contrario a las normas de aplicación

---

<sup>83</sup> Moran Funes et. al., *“El control de la constitucionalidad por omisión”*, pág. 40.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> Víctor Orozco Solano et. al., *La Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica*, (San José, 2000)., <http://www.uned.ac.cr/redti/documentos/las%omisiones%legislativas>.

inmediata, las normas constitucionales incompletas requieren para desplegar la totalidad de su eficacia un desarrollo posterior. Respecto de estas últimas se vuelven indispensables que los poderes con facultades normativas, desarrollen el contenido de la norma constitucional para que adquiera su condición de aplicable y pueda producir los mismos efectos de la norma auto aplicativo.

Las normas incompletas a su vez pueden ser de dos tipos: 1) Permisos y 2) mandatos constitucionales.

Los primeros son definidos como, aquellas disposiciones constitucionales que establecen situaciones jurídicas que quedan al albor de cualquiera de los poderes del Estado con poder Jurídico para crear normas y que regulan una determinada materia, los segundos son consideradas normas incompletas por cuanto su eficacia depende del desarrollo posterior de una norma de rango o jerarquía inferior.

A diferencia de los permisos, los mandatos constitucionales vinculan de manera inmediata a los poderes públicos con potestad normativa, los cuales no pueden excusarse por ninguna razón el no desarrollo el contenido de la norma constitucional, puesto que de lo contrario existiría un vacío de norma constitucional, produciendo de esa forma su eficacia.

En síntesis, al hablar de inconstitucionalidad por omisión, estamos en presencia de un mandato constitucional llamado también por la doctrina "Mandatos del Legislador", y tendrá relevancia jurídica únicamente cuando exista un precepto constitucional que establezca una conducta y precisamente dicha omisión lesione tal precepto. Esta aseveración dispone hacer un estudio exhaustivo de lo que corresponde verificar si la inconstitucionalidad por

omisión sugiere un estándar establecido de preceptos que tienen que agotarse siempre que esta figura se haga presente, en este capítulo tendremos la oportunidad de comprobarlo.

La gran cuestión que gravita en torno al tema llamado silencio legislativo, íntimamente en conexión con el objeto de la acción que interesa, es el propio concepto de omisión inconstitucional<sup>86</sup>.

Al hablar sobre el concepto de omisión legislativa Gomes Canotilho destaca que “no es un precepto naturalísimo, que pueda reconducirse a un simple ‘no hacer’, a un simple ‘concepto de negación’. Omisión, en sentido jurídico-constitucional, significa no hacer aquello a lo que se estaba constitucionalmente obligado.

La omisión legislativa, para ganar significado autónomo y relevante, debe conectarse con una exigencia constitucional de acción, no bastando el simple deber general de legislar para dar fundamento a una omisión inconstitucional”.<sup>87</sup> Solo cuando se encuentra en presencia de un deber específico de legislar habría una exigencia constitucional de acción.<sup>88</sup>

De acuerdo con Canotilho, “Las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del no cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas en sentido estricto, es decir, el no cumplimiento

---

<sup>86</sup> Viveiros, El control de constitucionalidad, pág. 324.

<sup>87</sup> Bazán, Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales, Pág. 100. en: Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da Constituição, (Almedina, Coimbra, 1998)., Pág. 917.

<sup>88</sup> Esta es también la doctrina del Tribunal Constitucional español: ha de recordarse la doctrina de este Tribunal que ha declarado que la misma sólo se produce cuando la propia Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace (SSTC 24/1982, fundamento jurídico 3º, y 74/1987, fundamento jurídico 4º)” (STC 87/89: fuente: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es))

de normas que, en forma permanente y concreta, vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas concretizadoras de la Constitución”.

### **2.1.8. Ineficiencia de la Norma Constitucional**

Como último elemento se percibe que la norma constitucional no es más que la consecuencia de todo lo anterior, pues la existencia de unas normas de la Ley Suprema que requiere un desarrollo normativo posterior unido a la inacción del órgano encargado de tal desarrollo trae como resultado la falta de eficacia de aquella norma.<sup>89</sup>

Esta característica de la ineficacia es uno de los fundamentos principales de la lógica jurídica de la norma, las cuales no nacen para cumplir un mero requisito de inexistencia en el ordenamiento jurídico, sino que se origina con el propósito de tener un reflejo aplicativo a la sociedad.

Dicho lo anterior la ineficacia de las normas consiste en la conformidad o la adecuación de la conducta de los destinatarios con los que la norma prescribe, por lo que la falta de desarrollo imposibilitara a los ciudadanos cumplir con el precepto constitucional, no por un desacuerdo con su contenido, sino por la carencia de regulación.

Entonces se advierte que la inactividad del legislador, el paso del tiempo generador de fraude constitucional, la exigencia constitucional de actuar y la ineficacia son las claves de la vulneración de la Carta Magna por omisión.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 35.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, pág. 71.

## **2.2. Clasificación de la inconstitucionalidad por omisión**

### **2.2.1. Omisión Absoluta y Omisión Relativa**

Formulada la presentación del abanico de modalidades tipológicas que podría configurarse, se verifica que la cuestión del alcance del potencial control respecto de las omisiones inconstitucionales conduce a la ya clásica tipología de Wessel.

Wessel es quien distingue entre omisiones absolutas y relativas (también pueden designarse, respectivamente, como totales y parciales), categorías que se utilizará como materia prima para ensayar una aproximación conceptual a su respecto, aun abandonando la construcción primigenia que elaborara aquel autor alemán, en atención a las potencialidades funcionales que ellas brindan.<sup>91</sup>

Es que, como se ha precisado, la distinción wesseliana se refirió estrictamente a la violación de derechos fundamentales por parte del Poder Público. Mientras que la omisión absoluta es negada por principio en la percepción de Wessel, trayendo aparejada la inadmisión de una demanda constitucional que se sustente en tal tenor de inactividad (se refiere a la legislación que efectivice el derecho al libre desarrollo de la personalidad). La omisión relativa sí sería fiscalizable en tanto implica la vulneración inmediata a un derecho fundamental de parte del legislador, por lo que procedería interponer una demanda constitucional aunque ésta se fundaría en un actuar positivo del legislador contrario al principio de igualdad, que es a lo que se reconduce en último término según su opinión.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibíd.* Pág. 116.

<sup>92</sup> *Ibíd.*

### 2.2.2. Omisiones Absolutas

La omisión legislativa es absoluta, cuando el Legislador omite regular totalmente la materia contenida en el mandato constitucional, en cierta medida, puede asemejarse a una laguna jurídica, al no dar desarrollo, dentro del ordenamiento vigente, a un precepto constitucional, que requiere justamente de dicho pronunciamiento para ser aplicable de modo eficaz. La distinción entre omisión absoluta y relativa se debe a Wessel. En las absolutas hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente.<sup>93</sup>

Casos de omisiones absolutas inconstitucionales pueden ser, por ejemplo en la visión de Díaz Revorio<sup>94</sup> y ceñidos al ordenamiento jurídico español, los siguientes: la ausencia de regulación legal de la objeción de conciencia hasta 1984, que en la práctica impidió el ejercicio de ese derecho hasta que el Tribunal Constitucional entendió correctamente los efectos de la omisión suscitada (cfr. la STC N° 15/1982); y la ausencia de regulación de la televisión privada, que el Tribunal resolviera de manera diversa en los también distintos supuestos: STC N° 12/1982 (televisión privada de ámbito nacional); STC N° 31/1994 (televisión local por cable); y STC N° 88/1995 (televisión local por ondas).

De otro lado, cuando la omisión es materialmente inconstitucional, estamos frente a la omisión legislativa relativa, porque a pesar de haberse dictado la ley, la misma desconoce principios materiales de la Constitución, resultando violatorio entre otros, del principio de igualdad, al no regular todas

---

<sup>93</sup> *Ibíd.* Pág. 117.

<sup>94</sup> Fernández Rodríguez, La figura de la inconstitucionalidad, pág. 118.

las situaciones análogas al supuesto y por tanto resulta siendo parcialmente inconstitucional.

En el caso de El Salvador, la Sala de lo Constitucional ha caracterizado asimismo los elementos objetivos y subjetivos de la pretensión de inconstitucionalidad: *“La pretensión, como tal, requiere para su viabilidad la existencia de ciertos elementos objetivos y subjetivos, además de una circunscripción en la invocación del derecho y la narración fáctica de los hechos que originan su planteamiento.*

*Mediante ello se demarcan los límites sobre los cuales deberá pronunciarse el tribunal que habrá de satisfacerla jurídicamente.*

*A) En relación con los elementos objetivos y subjetivos sin ánimos de exquisita exactitud, habría que decir que la pretensión de inconstitucionalidad, específicamente—, tiene que estar planteada por un ciudadano en tal carácter; debe dirigirse bien contra una omisión existiendo mandato de parte del constituyente para legislar, o bien contra una disposición vigente con efectos generales, sea pre- o posconstitucional, o bien contra un acto concreto de los órganos estatales basado directamente en la Constitución; y, por último, tiene que contener motivos estrictamente constitucionales, descartando cualquier otra fuente de derecho”<sup>95</sup>.*

Sobre el objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad, establecido la Sala la posibilidad de conocer omisiones inconstitucionales como objeto de control: *“ha afirmado que entre las disposiciones que integran*

---

<sup>95</sup> Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-II-2002*, Inc. 19-98, Considerando III 2, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002).

*la Constitución “se incluyen las que la doctrina denomina encargos al legislador, mandatos al legislador o mandatos constitucionales; es decir, normas que prevén la indispensable emisión de disposiciones infraconstitucionales que las desarrollen y concreten, para poder cobrar plena eficacia”.<sup>96</sup>*

Las omisiones absolutas o totales, son aquellas que surgen cuando hay ausencia absoluta de legislación, vale decir, el legislador no ha dictado la ley necesaria para el desarrollo del precepto constitucional que así lo requiera, en virtud, del mandato concreto de legislar impuesto por la propia Constitución.

De manera, podemos decir que las omisiones absolutas son omisiones de carácter formal, que presuponen la lesión de la Constitución producto del incumplimiento de un deber de legislar impuesto por la propia Constitución al órgano Legislativo.

Al hacer un estudio histórico de la doctrina referente a la inconstitucionalidad por omisión, se advierte que la jurisprudencia alemana (Sentencia de 29 de enero de 1969) y la jurisprudencia italiana, han admitido la existencia de omisiones legislativas absolutas.

Asimismo, en países como Portugal, Brasil y Hungría admiten en sus textos fundamentales las aludidas omisiones. Ahora bien, cabe agregar, que en el Derecho Comparado diversos ordenamientos jurídicos no admiten el control judicial de las omisiones absolutas. En tal sentido Fernández Rodríguez (1998), citando a Pérez Royo, señala que el Tribunal Constitucional español, solo admite la inconstitucionalidad por omisión relativa, que es la que

---

<sup>96</sup> Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad*, Ref.: 28-IV-2000, Inc. 2-95, Considerando IV

se deriva de una actividad incompleta del legislador, es decir, cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir la regulación de determinadas materias produce vulneración de derechos fundamentales.

De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha afirmado la imposibilidad de la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, por considerar que no existe norma que confrontar con la Constitución.<sup>97</sup>

### **2.2.3. Omisiones relativas**

La violación de la Constitución por omisión relativa o parcial puede producirse por carencias o imperfecciones de la disposición en relación con exigencias derivadas de otros preceptos constitucionales, o por una parcial regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional.<sup>98</sup>

En tal supuesto (omisión relativa), como la norma en cuestión presenta un contenido normativo menor al exigible constitucionalmente, el control judicial de constitucionalidad estimulado por la pretermisión en detrimento de algunos sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada.<sup>99</sup> Para abastecer tal propósito condensador,

---

<sup>97</sup> Himara Moncada Pérez, *“El proceso del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas Inconstitucionales en Venezuela”*, (Caracas: Universidad Monte Ávila, 2011)., pág. 37.

<sup>98</sup> *Ibíd.* Pág. 120.

<sup>99</sup> Cf., Francisco J. Eguiguren Praeli, “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, (‘Instrumentos de Justicia Constitucional’), ‘Tribunales y justicia constitucional’, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, (México, UNAM, D.F., 2002), pág. 185.

se seguirá en éste y los dos párrafos posteriores a Gascón Abellán<sup>100</sup>, quien menciona que las sentencias aditivas (añadimos por nuestra parte que se refiere a la tipología “pura o clásica” de ellas, cuestión sobre la que volveremos más adelante) suponen el reconocimiento de la “inconstitucionalidad por omisión” y censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice, es decir, “en la medida en que no prevé” algo, lo que implica que declara inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho, por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos.

En las pretericiones relativas, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo, tentativamente, las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional, el órgano legislativo encargado de efectivizarlo quiebre en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario el principio de igualdad, o tal como afirma Fernández Rodríguez cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de “complitud” de la normativa.<sup>101</sup>

Son aquellas que surgen cuando el legislador en cumplimiento del mandato concreto de legislar, ha desarrollado el precepto constitucional de manera incompleta o deficiente, excluyendo a cierto grupo de personas o sin establecer excepciones que a la postre derivan en violación del principio de igualdad y no discriminación.

---

<sup>100</sup> Carbonell, En busca de las normas, pág. 31.

<sup>101</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 116.

En este mismo orden de ideas, señala Fernández Rodríguez (1998), que las omisiones parciales no se restringen a la vulneración del principio de igualdad, sino que también comprenden una incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional y el consiguiente fraude a la Constitución, es decir, para dicho autor son dos las maneras en que se puede presentar una comisión legislativa relativa a saber:

- a) cuando se vulnera el principio de igualdad y
- b) regulación deficiente del precepto constitucional.

En la jurisprudencia constitucional alemana a estas clases de omisiones se le ha denominado exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficios, al tratarse de la exclusión (producto del silencio del legislador) de algunas categorías de personas o situaciones del ámbito de aplicación de un precepto que concede algún beneficio, contraviniendo el principio de igualdad, que también representa un derecho constitucional.<sup>102</sup>

#### **2.2.4. Diferencias entre omisiones absolutas y omisiones relativas<sup>103</sup>**

Las primeras se refieren a los silencios totales del Legislador en determinadas materias cuyos tratamientos legislativos o regulación vienen exigidos por la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede devenir necesaria para la eficacia de la norma fundamental. Mientras que las segundas se relacionan con el silencio de ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio a la tutela de los derechos, y cuyo parámetro de

---

<sup>102</sup> *Ibíd.*, pág. 38.

<sup>103</sup> Bazán, Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales, pág. 116.

control es por excelencia es el principio constitucional de igualdad.<sup>104</sup> Como se ha precisado, la distinción wesseliana (Wessel exjuez del Tribunal Constitucional Federal alemán) se refirió estrictamente a la violación de derechos fundamentales por parte del Poder Público.

Mientras que la omisión absoluta es negada por principio en la percepción de Wessel, trayendo aparejada la inadmisión de una demanda constitucional que se sustente en tal tenor de inactividad (se refiere a la legislación que efectivice el derecho al libre desarrollo de la personalidad); la omisión relativa sí sería fiscalizable en tanto implica la vulneración inmediata a un derecho fundamental de parte del legislador, por lo que procedería interponer una demanda constitucional aunque ésta se fundaría en un actuar positivo del legislador contrario al principio de igualdad, que es a lo que se reconduce en último término según su opinión.

Efectuadas tales advertencias, aparece la categorización ofrecida por Wessel que se empleará como soporte inicial orientativo para intentar un acercamiento conceptual y descriptivo de ambas categorías, las cuales son tratadas a continuación de con otra denominación, no obstante, el contenido de la definición responde a la misma institución jurídica.

### **2.2.5. Omisión Formal y Omisión Material<sup>105</sup>**

Este criterio se refiere a si el legislador en su búsqueda de regular las materias constitucionales ha normado anteriormente el principio vulnerado o no. Así, si

---

<sup>104</sup> *Ibíd.* pág. 116.

<sup>105</sup> Luis Felipe Geisse Fernández, et. al., *La inconstitucionalidad por omisión legislativa; criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional chileno*, (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2014)., pág. 50.

el legislador nada ha regulado o lo ha realizado de manera incompleta, nos referiríamos a una omisión formal. En cambio, si el legislador ha regulado alguna materia, pero esta ha descuidado y vulnerado principios constitucionales, en especial el principio de igualdad, se estaría hablando de una omisión material.

En palabras de José Fernández Rodríguez, “las omisiones formales suponen que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo al legislador que por definición necesita regulación de desarrollo. Mientras que la omisión material vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar, a los grupos regulados en la normativa existente”.<sup>106</sup> De este modo, las omisiones absolutas tendrían que ser siempre de índole formal, a diferencia de las parciales que pueden ser materiales, dependiendo si vulneran el principio de igualdad o formales en caso contrario.

La primera supone que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva acerca de un encargo que ha recibido, el cual por definición precisa regulación de desarrollo; en la segunda, por su parte, la inactividad vulnera el principio de igualdad al olvidar a quien debería ser equiparado a los grupos efectivamente regulados en la normativa existente, como es natural, media una vinculación entre la categoría de omisiones a la que nos referimos y la de omisión absoluta y omisión relativa que estudiaremos infra, pues las omisiones absolutas son siempre, en la construcción teórica, de índole formal. Mientras que en las parciales no sucede lo mismo, por lo que es necesario discriminar entre las que suponen una agresión al principio de igualdad, que son omisiones de carácter material, y las que desarrollan de

---

<sup>106</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pp. 113-121.

modo incompleto un precepto constitucional, que son omisiones de naturaleza formal.<sup>107</sup>

### **2.2.6. Omisión que afecta a Derechos Fundamentales y Omisión que no les afecta<sup>108</sup>**

Esta distinción se fundamenta a partir de la idea de que la Constitución posee un contenido axiológico, un conjunto de valores y principios determinados, que deben ser respetados y promovidos por quienes detentan el poder, poseyendo de esta manera, una fuerza normativa y exigibilidad directa e inmediata. La diferencia relevante entre ambas omisiones en relación a las incidencias que tengan estas sobre los derechos fundamentales, ya que no todos los contenidos de la Constitución son dogmáticos o valóricos, sino que existen además materias de desarrollo orgánico. Esto significa, que no necesariamente la falta de desarrollo de cualquier norma constitucional tendría aparejada una valoración a esta de una manera sustancial y relevante para el Derecho, sino que pueden también ser falta de desarrollo programático en determinada institución que no vulnere ningún derecho fundamental.

El Estado no sólo es el encargado de la protección de ciertos derechos o valores expresados constitucionalmente, sino que también, es el responsable de promoverlos, incentivar su difusión y promoción, principalmente en el caso de los llamados derechos de segunda y tercera generación, que son producto de una reflexión más profunda respecto de las necesidades del ser humano, tales como los relativos a la igualdad, a través de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales y los relativos a

---

<sup>107</sup> Bazán, Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales, pág. 114.

<sup>108</sup> Fernández Rodríguez, Omisión legislativa, pág. 51.

la fraternidad o solidaridad, que guardan relación con las cuestiones relativas a la paz, al medio ambiente, a la conservación de la naturaleza, a la salud y a la calidad de vida, entre otros.<sup>109</sup> El instituto de la inconstitucionalidad por omisión se vincula a la estructura de determinadas normas constitucionales que requieren, para su cumplimiento una intervención reguladora posterior por parte del legislador.

### **2.2.7. Omisión evitable y omisión inevitable<sup>110</sup>**

El autor José Julio Fernández Rodríguez, distingue entre omisión evitable y omisión inevitable, en la primera, la eficacia de la norma queda entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y algunas acciones paralelas que podían haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico donde se produce; en la segunda categoría, se indican situaciones en la que los factores extrajurídicos sobre los que descansa la efectividad del derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales.<sup>111</sup>

### **2.2.8. Las lagunas jurídicas y los silencios legislativos**

El jurista Karl Larenz,<sup>112</sup> ha visualizado a la laguna legal como “una incompletez contraria al plan de la ley”.

---

<sup>109</sup> José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, (Chile: Universidad Católica de Chile, 2º Ed., 2008)., pág. 91. Derechos de tercera generación, no es unánime la doctrina nacional respecto de su protección, tal como lo señala Cea respecto a estos derechos: “*La Carta fundamental ignora esos derechos, lo cual es, por lo demás, nota generalizada de las constituciones actuales*”

<sup>110</sup> *Ibíd.*, pág. 53.

<sup>111</sup> Por ejemplo, ciertos derechos sociales que estarían en este supuesto, dadas las exigencias monetarias y organizativas que pueden suponer quizá excesivas e inviables en épocas cuando el ciclo económico no lo permite factible.

<sup>112</sup> Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 1994)., pág. 366.

A partir de esta Concepción Jesús Casal,<sup>113</sup> entiende que aquella se trata de la ausencia de una regulación legal acerca de un asunto que, de conformidad con el plan de la ley objetivamente considerado, debió haber sido resuelta por esta, pero que a falta de esta solución legal expresa y específica el Juez recurre a la analogía, a los principios generales del derecho para integrar la laguna es decir recurre a una integración jurídica.

Esto no sucede con una Omisión Legislativa pues ésta es un no haber legislado que de acuerdo las circunstancias “pueda merecer el reproche de Inconstitucionalidad”, pero no necesariamente implica ni genera una laguna jurídica. Por lo demás, básicamente en el supuesto de la Omisión legislativa concurre un mandato constitucional expreso dirigido al legislador, imposición que no existe en el caso de una laguna jurídica.

Para el profesor Constantino Mortati, se podría decir que la omisión supone el incumplimiento de una obligación de hacer mientras que no podría razonablemente aceptarse que el legislador estuviese obligado a regular todos aquellos supuestos que pudiera ser objeto de una norma en ausencia de la cual se produciría una laguna jurídica.<sup>114</sup> El mismo autor añade que el fallo con el que se trata de colmar la laguna Jurídica cumple con la función de darle completitud al ordenamiento Jurídico, mientras la que se declara la Inconstitucionalidad de una omisión puede a su vez fuente de otra laguna. Por su parte las lagunas son situaciones constitucionalmente relevantes no previstas; mientras que las omisiones legislativas se relacionan con situaciones previstas Constitucionalmente.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Jesús M. Casal, *Constitución y justicia Constitucional*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2ª Ed. Ampl., 2004)., pp. 212-213

<sup>114</sup> Constantino Mortati, “*Apunte del Estudio de remedios jurídicos contra comportamientos omisivos del Legislador*”, pág. 927 nota 3.

<sup>115</sup> Jorge Miranda, *Manual de Derecho Constitucional*, pág. 270.

Según el Diccionario Jurídico Enciclopédico de Honduras,<sup>116</sup> en términos generales, se le denomina lagunas legales “*a la imprevisión o al silencio de la ley*”.

---

<sup>116</sup> Diccionario Jurídico Enciclopédico Digital de Honduras, Edición 2005

## CAPITULO III

### DESARROLLO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Con el afán de realizar un estudio integral del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, en este capítulo se ha recurrido al derecho comparado europeo y latinoamericano para evidenciar la conveniencia de regular en el ordenamiento jurídico salvadoreño dicho instituto, por lo cual se hace describen las disposiciones normativas de las legislaciones que la regulan y las bondades jurídicas que ello acarrea para un Estado Constitucional de Derecho, especialmente para los particulares a los cuales se les franquea los mecanismos jurídicos para accionar cuando les afecte sus derechos una omisión contraria a la constitución.

#### **3.1. La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho comparado**

La presente investigación tiene como objetivo profundizar acerca de la Inconstitucionalidad por Omisión, hemos advertido la importancia de contextualizar los países que en cuanto a ella sobresalen, es por ello que realizaremos un análisis del marco jurídico de aquellos países que de manera expresa contemplan esta figura, y también de aquellos que aunque no la poseen expresamente la contemplan de manera supletoria y verificar lo que representa en estos países el instituto ya mencionado<sup>117</sup>. Esta puede ser provechosa y conveniente a efectos de buscar posibles modelos o salidas

---

<sup>117</sup> Mayensi Deras Domínguez, et. al., *"Inconstitucionalidad por omisión"*, (San Salvador: Universidad Francisco Gavidia, 2004), pág. 44.

alternas, a seguir y/o considerar, para que de esta forma se ilustre nuestro razonamiento con el de aquellos que ya en este tema nos toman ventaja, tales son, ordenamientos jurídicos, razonamientos doctrinales y la jurisprudencia que en estas naciones contemplan esta figura. Al analizar los documentos consultados, se concluye que las legislaciones más avanzadas en el complejo campo de la Inconstitucionalidad por omisión, son los siguientes:

### **3.1.1. La antigua Yugoslavia**

Fue en el ya desaparecido país de Yugoslavia que se pronunció por primera vez este concepto, dándole vida a la incorporación en una Constitución a este tipo de inconstitucionalidad. Regulando por primera vez en la Constitución de la Republica Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974, en su artículo 377, luego de un largo trabajo de reforma de la Carta Magna de 1963.<sup>118</sup>

La Ley Suprema del 74 instauró la descentralización política y un régimen de control de la constitucionalidad de signo concentrado, el cual es uno de los aspectos más característicos de esta Constitución, pues fue el único estado del extinto Bloque del Este que presentó este tipo de control.

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, el precitado artículo rezaba de la siguiente manera: “Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la República Socialista

---

<sup>118</sup> Morán Funes et. al., *“El control de la constitucionalidad por omisión”*, pág. 25.

Federativa de Yugoslavia".<sup>119</sup> Como es posible apreciar, este precepto asume un concepto de inconstitucionalidad por omisión que gira en torno a la falta de desarrollo que imposibilita la ejecución de las disposiciones de la Carta Suprema. A esta idea añade otras similares pero referidas a la carencia de ejecución de leyes federales y de prescripciones federales y actos generales.<sup>120</sup>

Es así que tal regulación hace una rápida y general previsión de la inactividad responsable en que caen los órganos competentes para la ejecución de las normas señaladas, siendo el Tribunal Constitucional el encargado de efectuar al respecto una doble función: primero, constataba la existencia de tal omisión, y segundo, informaba al órgano legislativo sobre ella<sup>121</sup>. Sin embargo, la regulación terminaba allí, es decir, que esta se encontraba limitada, por lo que había que entender que se trataba únicamente de una recomendación sin coacción jurídica, quedando la irreprochabilidad de la inacción del legislativo en el terreno político.<sup>122</sup>

### **3.1.2. Portugal**

Éste país es uno por no decir el que más reconocimiento le otorga a esta figura de la Inconstitucionalidad por omisión.

Esto debido a que Portugal ha realizado constantes modificaciones en su ordenamiento jurídico, cambios que según el país resultan necesarios para aplicarse a la realidad portuguesa, con aras de asumir con responsabilidad

---

<sup>119</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 244.

<sup>120</sup> *Ibíd.* Pág. 245.

<sup>121</sup> *Ibíd.* Pág. 246.

<sup>122</sup> Morán Funes et. al., "El control de la constitucionalidad por omisión", pág. 25.

cualquier inacción o retardo en la creación de normas que de ninguna manera vulneren los derechos de los ciudadanos, para convertirse y llegar a tener el ordenamiento jurídico que existe hasta estos días.<sup>123</sup>

El concepto de Omisión Inconstitucional gira en torno a la inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna, por ausencia de la Legislación que les dote de aplicabilidad.

Es por ello que jurídicamente dan aportes relevantes en cuanto a las omisiones de medidas legislativas, haciendo a su vez una separación, distinción, del control de inconstitucionalidad por omisión de los actos no legislativos y principalmente de actos políticos.<sup>124</sup> Son jurídicamente relevantes en el ordenamiento las omisiones de medidas legislativas, lo que excluye el control de inconstitucionalidad por omisión de los actos no legislativos, principalmente de actos políticos.<sup>125</sup> “El actual sistema uso parte de la Constitución del 2 de abril de 1976, producto de un período calificado de revolucionario que produjo una radical transformación.

En su redacción original existen expresiones y fórmulas que denotan ese espíritu tildado de revolucionario, aunque parece que no prejuzgan el fondo de la misma, aunque esta última afirmación merecería un análisis más detenido que ahora no vamos a efectuar por no ser nuestro cometido”.<sup>126</sup>

El paso del tiempo y la necesaria adaptación a las nuevas exigencias políticas dieron lugar a una importante reforma de la Carta Magna en 1982

---

<sup>123</sup> Tatiana Barahona Henríquez et. al., *"La inconstitucionalidad por omisión"*, (San Salvador: Universidad de El Salvador, 2011),. , pág. 20.

<sup>124</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 254.

<sup>125</sup> Barahona Henríquez et. al., *"La inconstitucionalidad por omisión"*, pág. 20.

<sup>126</sup> *Ibíd.* Pág. 341

(Ley Constitucional 1/82 de 30 de septiembre) y a otra de menor trascendencia en 1989 (Ley Constitucional 1/89 de 8 de julio), que trataron de eliminar los vestigios de un pasado ya superado. En los últimos años se ha vuelto a hablar de la posibilidad de modificar alguna de las partes de la Carta Magna, como el tema de la región e, incluso, del Estado-Providencia o Estado Social.<sup>127</sup>

Influenciada por la ya derogada Constitución de la república de Socialista Federativa de Yugoslavia de 27 de febrero de 1974. La redacción de precepto cuyo tenor literal ha sido plasmado, los postulados ideológicos que sirven de base a la constitución portuguesa y la idea de los constituyentes de asegurar la adecuada ejecución por parte del legislador ordinario de un proyecto constitucional que responde a una determinada mentalidad, son elementos que nos impulsan referida afirmación.<sup>128</sup>

### **3.1.2.1. El sistema de control preventivo**

El sistema de control preventivo de la constitucionalidad que este país implementa está referido a los tratados y acuerdos internacionales, a las leyes, y los decretos ley oficiales, en el nivel nacional; y a nivel regional, a los actos del Poder legislativo, y a los de carácter normativo de los Ejecutivos regionales, en éstos casos de control judicial preventivo, si el Tribunal Constitucional decide que una disposición de un acto o de un acuerdo internacional es inconstitucional, éste debe ser vetado por el Presidente de la República o el Ministro correspondiente, y debe ser devuelto al órgano que lo aprobó.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> *Ibíd.* pág. 56.

### **3.1.2.2. El control abstracto de la constitucionalidad**

La constitucionalidad de las leyes también puede ser objeto de un "examen abstracto minucioso" por parte del Tribunal Constitucional, mediante recurso o acción directa, la cual puede ser objeto de un recurso que puede ser introducido ante el Tribunal Constitucional por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea de la República, el Primer Ministro, los Ombudsman,<sup>130</sup> los Procuradores Generales u otros contra las leyes que puedan haber ocasionado un agravio.

En estos casos de control abstracto de normas, los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional también están determinados expresamente en la Constitución, decisiones que tienen fuerza obligatoria y, por consiguiente, se aplican erga omnes, a partir de la entrada en vigencia de la disposición declarada inconstitucional o ilegal, y deben determinar el restablecimiento con efectos retroactivos, de las disposiciones que puede haber anulado<sup>131</sup>.

### **3.1.2.3. La inconstitucionalidad por omisión**

Finalmente, en el sistema constitucional portugués, además de los mecanismos preventivos y a posteriori de control judicial de la constitucionalidad, la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional el poder

---

<sup>130</sup> El término *Ombudsman* tiene su origen en Suecia, donde se utilizó en un principio para designar al funcionario público encargado de examinar las quejas de los ciudadanos contra las organizaciones del sector público. Como parte de su función de carácter neutral e independiente, el Ombudsman ayuda a los funcionarios de las Naciones Unidas a abordar las inquietudes que puedan tener en relación con el trabajo, y a resolver los conflictos por medios oficiosos. <http://www.un.org/es/ombudsman/faqs.shtml>

<sup>131</sup> Barahona Henríquez et. al., "*La inconstitucionalidad por omisión*", pág. 57.

de controlar la constitucionalidad de los actos del Estado mediante la llamada "inconstitucionalidad por omisión", sistema que no existe en ningún otro país de Europa Occidental, y que ha sido previsto recientemente en Brasil.

En efecto, la Constitución estipula que: "Por requerimiento del Presidente de la República, del Ombudsman o del Presidente de las Asambleas regionales en los casos en los que los derechos de las regiones autónomas fueren violados.

El Tribunal Constitucional debe examinar cualquier inobservancia de la Constitución por omisión producto de la ausencia de leyes del Parlamento requeridas por mandatos constitucionales, cuando el Tribunal Constitucional constate una inconstitucionalidad por omisión, debe notificarlo al órgano legislativo competente".<sup>132</sup>

### **3.1.3. Alemania**

En la legislación alemana, a las obligaciones constitucionales que tienen los diputados del Parlamento se les llama "encargos al legislador" los cuales se encuentran contenidos en la ley de Bonn<sup>133</sup>, que regula todo lo

---

<sup>132</sup> *Ibíd.*

<sup>133</sup> La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania 23 mayo 1949. El Consejo Parlamentario ha comprobado, en sesión pública el 23 de mayo de 1949 en Bonn, que la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, acordada el 8 de mayo de 1949 por el Consejo Parlamentario, ha sido aprobada en la semana del día 16 al 22 de mayo de 1949 por las representaciones del pueblo de más de los dos tercios de los Länder alemanes participantes. En virtud de esta comprobación, el Consejo Parlamentario, representado por su Presidente, ha sancionado y promulgado la Ley Fundamental. Así pues, y conforme al artículo 145, inciso 3, se publica la Ley Fundamental en el Boletín Oficial Federal. Esta orden de publicación apareció en la primera edición del Boletín Oficial Federal, con fecha 23 de mayo de 1949. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

relativo a las obligaciones constitucionales que tienen que cumplir los legisladores alemanes.

En lo que respecta a las omisiones es posible distinguir dos tipos: las omisiones relativas y las omisiones absolutas. En 1950 el magistrado del tribunal constitucional alemán W. Wessel<sup>134</sup>, fue uno de los pioneros al diferenciar los tipos de omisiones a que puede haber lugar, estableciendo la viabilidad del recurso de inconstitucionalidad en el supuesto de omisiones relativas, las cuales entiende dirigidas contra un actuar positivo del legislador y no contra una omisión y la improcedencia del mismo ante una omisión absoluta por tratarse de una cuestión política y no de carácter jurídica. Poco tiempo después E. Lechner vuelve a tratar de una forma un tanto confusa sobre la procedencia de la demanda constitucional contra las omisiones del legislador, centrándose en las dificultades de las omisiones relativas dotadas de autonomía y en el deber de legislar que no se corresponde con un derecho subjetivo a la promulgación de una ley.

El interés por la protección de los derechos fundamentales ante la inercia del legislador en aquel momento cobró auge con el paso del tiempo llegando incluso a merecer atención destacada fuera de las fronteras alemanas.

El jurisconsulto Khöler,<sup>135</sup> teniendo una concepción más clara acerca de las omisiones legislativas, aseveró que el legislador ordinario tiene el deber de cumplir con los mandatos constitucionales y dictar las leyes pertinentes, puesto que, de lo contrario, su inactividad será inconstitucional y el poder

---

<sup>134</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 309.

<sup>135</sup> Véase. José Julio Fernández, Aproximación al concepto, pág. 309.

judicial tiene que declararlo así en cumplimiento de la función que desempeña, aunque traspase los límites de la división de poderes.

El silencio del legislador no puede hacer obsoleto ni un solo artículo de la constitución. Sin embargo, según el precitado autor, tal esquema no puede ser sustentado desde una postura determinista o kelseniana porque es necesario aprehender la realidad política que empuja esta cuestión.

Con el correr del tiempo se fueron creando trabajos más extensos y específicos acerca de las omisiones legislativas dentro del ordenamiento jurídico alemán, así encontramos a Jakob Seiwert,<sup>136</sup> que nos habla de la admisión del recurso de amparo frente a la infracción de derechos fundamentales del legislador por omisión; Konrad Stahler,<sup>137</sup> que trata el control judicial constitucional de la omisión legislativa; Ekkehard Wienholtz,<sup>138</sup> que aborda la cuestión de la realización de los mandatos legislativos de la ley fundamental de Bonn y Friedrich Jülicher,<sup>139</sup> que examina la protección jurídica ante la omisión legislativa y exclusión favorable vía legal.

En este tema también destacan los derechos sociales que se considera que generan la obligación de un determinado actuar estatal, jurídicamente vinculante pero no accionable.

Es necesario hacer notar que todos los estudios y teorías planteadas anteriormente tuvieron cierta influencia para el desarrollo de la figura de la inconstitucionalidad por omisión en la legislación alemana.

---

<sup>136</sup> *Ibíd.* pág. 311.

<sup>137</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> *Ibíd.*

<sup>139</sup> *Ibíd.*

En la jurisprudencia del tribunal constitucional se estableció que de forma semejante a los mandatos explícitos dirigidos al legislador por la ley fundamental, ese tribunal solo puede en un primer momento, emitir una ordenanza de ejecución; y si el legislador continua inactivo, puede censurar su pasividad y fijarle un plazo reglamentario para, finalmente, declarar una violación constitucional; de ahí que en la mayoría de los casos resueltos hasta el momento ha bastado que el tribunal simplemente amenazare con un veredicto de violación constitucional para activar al legislador.

#### **3.1.4. España**

Ante la figura de inconstitucionalidad por omisión no se ha realizado un plan de acción taxativo en el cual el tribunal Constitucional va a desempeñar su función por ende debe tener en cuenta que esta figura por su escasa concurrencia carece de medios para su pronta solución y por lo tanto el tribunal se ve en la necesidad de adaptar la figura a los procesos ya existentes.

Es por ello que para solventar la omisión inconstitucional se da:

a) un control abstracto o difuso, que es realizado por el juez ordinario, cuyo fallo tiene por objeto resolver los puntos litigiosos alegados y probados de la parte del proceso, estableciendo el derecho aplicable a los mismos, y en ese momento es que tendrá que controlar los silencios del legislador o de sus leyes, y decidir si estos tendrán que desembocar en una inconstitucionalidad por omisión. Así ante tales situaciones el juez ordinario se encuentra en la obligación de elevar a nivel de inconstitucionalidad al juez español, quien emitirá un fallo, esta cuestión de inconstitucionalidad es de carácter accidental así suspende el trámite

normal del proceso hasta que se del pronunciamiento del alto tribunal;  
El juez ordinario no puede bajo ninguna circunstancia realizar una  
declaratoria de inconstitucionalidad

b) Y un control concentrado de las omisiones Inconstitucionales, sean estas absolutas y relativas, presentado ante el tribunal Constitucional, único competente para declarar como inconstitucional la norma implícita derivada del silencio que provoca esas situaciones contrarias a la constitución, en tal caso se dará la expulsión de la determinada norma, del ordenamiento jurídico, la acción de inconstitucionalidad por omisión de adecua al recurso directo contra las leyes, en cuanto a la legitimación, procedimiento y efectos, del pronunciamiento este último es carácter *erga omnes*.<sup>140</sup>

#### **3.1.4.1. El Tribunal Constitucional como modelo europeo**

a) Francia

El poder de los altos tribunales (Parlamentos) en la Francia del siglo XVIII, visto entonces como único órgano capaz de controlar el poder regio, figurara como el intento de instituir una forma de jurisdicción constitucional que tomara cierto cuerpo. Pero la actitud obstruccionista de los *Parlements* derivó en un “horror a la jurisprudencia”: el término “jurisprudencia – diría *Robespierre* – debe borrarse de nuestra lengua [...]. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”. Dicho y hecho, afirma López Ulla: “el poder de los *Parlements*

---

<sup>140</sup> Deras Domínguez et. al., “*Inconstitucionalidad por omisión*”, pág. 45.

quedó suprimido por la ley de 16 y 24 de agosto de 1790, año en el que se creó el Tribunal de Casación, institución que, dependiente del Poder Legislativo – por tanto de naturaleza política – surgió con el principal objeto de controlar y prevenir cualquier actividad judicial creadora de derecho, protegiendo a la ley en su sentido más jacobino y roussoniano, y velando porque los jueces se limitaran a cumplir el papel de poder neutro que Montesquieu les había asignado”.<sup>141</sup>

#### b) Suiza

En términos constitucionales es en la Constitución suiza de 1874 donde encontramos un primer intento de control que, incorporando algunos institutos de manera escasa y no sistematizados, suponen los primeros pasos en dirección al que mucho más tarde vendría ser el llamado sistema europeo.

En efecto, tras la revisión de la Carta de 1848 ocurrida en 1874, se instituye un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales de la constitucionalidad de las leyes, a través del cual sólo las leyes cantonales, y no las federales, podrían ser objeto de control en aquella federación. En este ordenamiento convive estrechamente la garantía política (garantía federal, garantía política de algunos derechos fundamentales) con la garantía jurisdiccional (recurso y reclamación de derecho público), el control concentrado por el Tribunal Federal y el control difuso por todos los tribunales de justicia incluido el mismo Tribunal Federal; el control represivo (recurso de derecho público) con el control preventivo (reclamación de derecho público, en algunas de sus posibilidades).<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> López, Orígenes constitucionales, pág. 50.

<sup>142</sup> Pedro Cruz Villalón, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1918-1939, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987)., pág. 68.

c) El control en la Constitución de Weimar<sup>143</sup>

En la Constitución Alemana de 1919, en principio son importantes los avances producidos, se trata de una jurisdicción que tenía por objeto la resolución de conflictos entre los *Länder* y el *Bund*<sup>144</sup>, y entre los órganos federales; por tanto, su finalidad no era controlar la constitucionalidad del derecho federal sino el derecho de los *Länder*. No obstante, por efecto del artículo 13 de la Constitución, que contenía una cláusula de prevalencia casi idéntica a la de la Carta de 1871, los jueces pasaron a controlar no sólo la constitucionalidad de las leyes de los *Länder* sino, también las leyes del *Reich* dada la circunstancia de que el dispositivo omitía cualquier referencia a estas últimas leyes.<sup>145</sup>

El objeto de control de constitucionalidad, tal como hemos señalado, era un precepto de los *Länder* que, a su vez, estaba sometido al

---

<sup>143</sup> José O. López Oliva, Docente investigador TC Universidad Militar Nueva Granada. Abogado Candidato a Magister en Derecho con enfoque en Derecho de la Responsabilidad y Seguros de la Universidad de los Andes, Magister de la Universidad Carlos III de Madrid <http://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/viewFile/2440/2124>. La Constitución de Weimar fue una constitución de Alemania sancionada el 11 de noviembre de 1919, que estableció una república federal con nueve estados y la elección de un presidente por votación popular, el cual a su vez tenía la facultad de elegir al canciller para que formara un gobierno. Su característica principal es que se erige como la primera constitución en el mundo que hace alusión a disposiciones relacionadas con los derechos sociales asistencias, concretamente a la seguridad social en salud; estas normas fueron impulsadas por la socialdemocracia alemana que propendía por la protección a los citados derechos”.

<sup>144</sup> Hans Joachim Faller, El Principio del Comportamiento favorable al orden Federal La República Federal de Alemania es un «Estado federal cooperativo Esto significa que la relación entre el Estado central (Bund) y los Estados miembros (Länder), así como la de éstos entre sí, no se caracterizan por una vecindad aislada, sino que exige la cooperación, así como las atenciones recíprocas. Las relaciones políticas entre el Estado central y los Estados miembros están determinadas mediante una relación de confianza mutua, expresada en el concepto de «lealtad federal». Este principio pertenece a las normas constitucionales inmanentes de la Ley Fundamental, que regulan las relaciones entre el Bund y los Länder; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en concreto, ha desarrollado y concretado con más detalle este principio. En la llamada sentencia de la radio, de 28 de febrero de 1961.

<sup>145</sup> López, Orígenes constitucionales, pp. 40-41.

derecho del *Reich* frente al cual, en el caso de dudas intervendría una autoridad central competente del *Reich* o el tribunal supremo. Esta fórmula de solucionar los conflictos implicaba la verificación de la constitucionalidad del derecho del *Reich* antes de declarar la incompatibilidad del derecho del *Länder*, según el entendimiento prevaleciente, de esa forma, la actividad controladora debía de desarrollarse respecto del derecho del *Reich* en su conjunto, con su Constitución a la cabeza y si de ese examen resultaba que el precepto del *Land* no contradecía lo dispuesto en la Constitución del *Reich*, no habría más remedio que declarar la compatibilidad del precepto del *Land* con el derecho del *Reich*, por más evidente que fuera su contradicción con un precepto infraconstitucional del *Reich*.<sup>146</sup>

El hecho de que la Constitución de Weimar omitía cualquier referencia al control de constitucionalidad material de la ley suscitó intenso debate en la doctrina en torno a los fundamentos de dicho control, habiendo prevalecido entre varios autores el sentido que veía en el principio de la igualdad expreso en el párrafo primero del artículo 109 de aquella Carta no sólo un sentido formal, sino también, y primigeniamente, como un principio material que habla de vincular al propio legislador.<sup>147</sup>

El complicado sistema de justicia constitucional en esa Constitución se desglosaba en dos frentes distintos: por un lado se otorgaba competencia a un tribunal constitucional para resolver conflictos entre el *Reich* y los *Länder* y entre los órganos de ambas instancias estatales y, por otro, correspondía al Tribunal Supremo la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes de los *Länder*, cuyo modelo, conforme apunta la doctrina, ha sido destruido y su

---

<sup>146</sup> Bazán, Control de las omisiones inconstitucionales e Inconvencionales, pág. 457.

<sup>147</sup> *Ibíd.*

destrucción va unida a la del Estado de Derecho en manos del nazismo, destrucción que contribuyó, sin duda, el Tribunal Constitucional con su sentencia de 25 de octubre de 1932, sobre el golpe de Estado contra Prusia de 20 de julio del mismo año.

La experiencia bajo la Constitución de Weimar, pese a la manifestación de una serie importante de “líneas de penetración”, ha sido de poca contribución práctica a la jurisdicción constitucional siendo contundentes las críticas a la judicatura, que tanto hubiera contribuido a la idea del Estado de Derecho y, no obstante, hubiera dejado mucho a desear durante la República de Weimar.<sup>148</sup>

Sin embargo, Cruz Villalón, en una amplia investigación que ha realizado sobre la formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, considera que el período de la Constitución de Weimar en la historia del control de constitucionalidad representa la fase de “incubación” y que ésta, a diferencia de Austria o de Checoslovaquia, carece de un modelo sistemático, coherente y global, pero el control de normas fue vivido a lo largo de trece años como problema teórico y práctico. Sin duda será la Constitución Austriaca de 1 de octubre de 1920, la que consagraría los lineamientos estructurales del control constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley de una manera consistente y que tendrá la mayor trascendencia en el continente europeo, gracias al ingenio de su gran jurista Hans Kelsen. Pero, meses antes, precisamente el 29 de febrero de 1920, Checoslovaquia haría instituir su modelo de control de constitucionalidad.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> *Ibíd.*

<sup>149</sup> *Ibíd.*

### 3.1.4.2. Competencias del Tribunal

La Constitución austriaca de 1920 reflejaría la posición absolutamente contraria de Kelsen a la teoría de “la comunidad del pueblo”, tal como ha sido manifestada en el referido congreso de *Münster* cuando, contestando a *Kaufmann*, dejó constancia de los peligros que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo radical.

El autor, considerado como el padre del modelo europeo de control de constitucionalidad, parte de la idea de la prelación entre las normas que integran el ordenamiento jurídico del Estado. En el vértice de su pirámide normativa sitúa a la Constitución, norma que establece los criterios de creación de las normas jurídicas generales por los órganos superiores del Estado.

Para preservar su superior jerarquía este autor instaura un órgano *ad hoc* que denomina Tribunal Constitucional, que para desempeñar correctamente este papel de guardián de la Constitución habría que actuar con independencia respecto de los poderes estatales productores de derecho, principalmente del Parlamento y del Gobierno, pero también de los tribunales, ya que para él la jurisprudencia también era fuente de derecho.

Para Kelsen los Tribunales hacen algo más que declarar o constatar el derecho contenido en la norma general: la sentencia judicial también es constitutiva de derecho; es una norma jurídica individual que es continuación del proceso de creación jurídica de lo general a lo individual.<sup>150</sup> Dato importante introducido por la reforma de 1929 es lo que atañe a los efectos de

---

<sup>150</sup> López, Orígenes Constitucionales, pág.43.

la declaración de inconstitucionalidad. De la caracterización del Tribunal Constitucional como legislador negativo, como concibiera Kelsen, la ley seguía siendo válida hasta tanto no hubiera sido declarada inconstitucional, lo que significaba decir que los efectos sólo operaban *ex nunc*, es decir, no tendrían efectos retroactivos.

Ese carácter simplemente negativo del tribunal como legislador sería matizado por el propio Hans Kelsen.<sup>151</sup>

Concluida la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo alemán, sacudido por las trágicas experiencias bajo Weimar y el ilegítimo régimen nacionalsocialista, empieza un movimiento de reconstrucción política que se materializa en la Carta de 1949, cuya misión está centrada en los pilares de la dignidad de la persona humana, la separación de poderes y la fuerza normativa de la Constitución.

Gracias al papel impulsador del Tribunal Constitucional Alemán y, posteriormente, italiano, se ha convertido en un fenómeno que habría de contagiar positivamente a diversos países y provocar una franca expansión de la justicia constitucional en muchas constituciones alcanzando, incluso, a algunos países socialistas.<sup>152</sup>

### **3.1.5. Italia**

Una escuela fundamental en el desarrollo doctrinario de la figura de la omisión legislativa tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte

---

<sup>151</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “Dogmática constitucional”, (Chile: Universidad de Talca, Chile, 1997), pág. 68.

<sup>152</sup> La justicia constitucional europea ante el siglo XXI, (Madrid, Tecno, 2ª edición, 2007)., pág. 30

Constitucional italiana, la que ha transitado desde una posición de llenar los vacíos legales a través del proceso de integración,<sup>153</sup> a la innovación y establecimiento de un nuevo tipo de sentencias, las llamadas sentencias manipulativas.

Este Tribunal ejerció a partir de la década de los 60' un control constitucional que se alejó del tradicional sistema de legislador negativo, asumiendo así, la jurisprudencia constitucional italiana, en el ejercicio de su rol de defensor de la Constitución, una doble función: por un lado, es el intérprete de las disposiciones constitucionales y por otro es el órgano encargado de expulsar aquellas normas que sean inconstitucionales.

Las sentencias manipulativas creadas por la doctrina italiana no declaran simplemente la nulidad de un precepto legal, sino que lo modifican, ya sea por medio de declaraciones de nulidades parciales, sustituciones o adiciones, generando distintos tipos de sentencias.

En Italia, la evolución respecto de la manera en que las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos estatales ha estado en constante evolución, mediante la aplicación de distintos tipos de sentencias, tales como las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad parcial, manipulativas de tipo sustitutivo, manipulativas de orden aditivo, aditiva de principio, admonitorias, entre otras.<sup>154</sup> La que ha causado mayor controversia corresponde a las sentencias manipulativas de orden aditivo, tal como lo señala Víctor Bazán, “una variante novedosa y compleja que nos ha otorgado la doctrina italiana la constituyen las sentencias manipulativas en orden aditivo,

---

<sup>153</sup> Bazán Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales”, pág. 161.

<sup>154</sup> Ibid. Pág. 50.

la jurisprudencia de la Corte Constitucional indica que esta ha actuado llenando los vacíos legales a través del proceso de integración judicial y que frecuentemente, a partir de la década de los sesenta ha recurrido al dictado de “sentencias aditivas”, en el marco de lo que se denomina la “ilegitimidad constitucional de la previsión omitida de algo que debió haber sido previsto por la ley”.<sup>155</sup> La doctrina italiana ha tenido una fuerte influencia en distintas jurisdicciones constitucionales del continente, destacando casos como, Argentina, país que vamos a tratar más adelante durante este capítulo.

### **3.1.6 Costa Rica<sup>156</sup>**

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1989, es que en Costa Rica se creó una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, que estaba encargada exclusivamente de declarar la inconstitucionalidad de las normas, independientemente de su naturaleza, así como de los actos de derecho público, a excepción de los actos jurisdiccionales del Poder Judicial.

Por consiguiente, en Costa Rica se estableció un sistema concentrado de control judicial de la constitucionalidad de las leyes atribuido a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como órgano judicial que ejerce exclusivamente este poder. Sus atribuciones están reguladas por la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1990, la cual precisa los recursos que pueden ser ejercidos ante la Sala Constitucional, para que ésta ejerza el control de la constitucionalidad.<sup>157</sup> En Costa Rica nunca se había desarrollado un sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes y más bien,

---

<sup>155</sup> *Ibíd.*, pág. 161.

<sup>156</sup> Barahona Henríquez et. al., *"La inconstitucionalidad por omisión"*, pp. 82-83.

<sup>157</sup> Véase. "Ley de jurisdicción constitucional", en *Jurisprudencia Constitucional*, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, N° 1, 1990. pp.14 y siguientes

en la legislación y no en la Constitución se había prohibido a los jueces declarar la inaplicabilidad de las leyes que juzgaran contrarias a la Constitución.

En 1993, sin embargo, al reformarse la Ley Orgánica del Poder Judicial, se estableció legalmente el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, regulándose en el ordinal 1º del artículo 8 lo siguiente: "*Art. 8.- No podrán los funcionarios que administran justicia: 1. Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional*".

Es por ello que, a partir de 1994, Costa Rica cuenta con un sistema mixto de control de la constitucionalidad de las leyes. En lo que respecta a los poderes de control de la Sala Constitucional, ésta puede ejercer el control de la constitucionalidad a través de cuatro medios distintos: la acción de inconstitucionalidad, las consultas legislativas, las consultas judiciales y la vía preventiva.<sup>158</sup>

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad que es lo que nos compete desarrollar por ser este el mecanismo por el cual se puede hacer efectiva la inconstitucionalidad por omisión, es de recalcar primeramente que esta figura es recogida gracias a las prevenciones contenidas en su ya mencionada Ley de la Jurisdicción Constitucional del 18 de octubre de 1989, la cual en el

---

<sup>158</sup> Rubén Hernández Valle, El Control de la Constitucionalidad de las Leyes, (San José, 1990)., pág. 55.

párrafo f) del artículo 73 se establece que: “Cabrá acción de Inconstitucionalidad: f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas”.

El instituto posee un carácter bastante amplio al abarcar tanto las omisiones legislativas y las administrativas, respecto a éstas últimas el control procede sobre las disposiciones generales como en relación de actos administrativos y actuaciones materiales de la administración pública, de ésta forma, queda de manifiesto la confusión existente entre las figuras del silencio administrativo y de la ilegalidad por omisión.

Es importante señalar también que la acción de inconstitucionalidad por omisión en esta regulación solo tendrá cabida si no resulta posible interponer bien sea el recurso de Habeas Corpus o el de Amparo<sup>159</sup>.

Por otra parte, actualmente no existe una normativa especial para la legitimación, por lo que se hace necesario aplicar la regla general contenida en el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual taxativamente dice: *“Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de Habeas Corpus o de Amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado”*<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pp. 300-301.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, pág. 301.

En éste sentido, la Doctora Magda Inés Rojas Chávez<sup>161</sup>, basándose en la misma normativa legal y con el objeto de conseguir un mejor aprovechamiento de la institución, asegura que con ésta posición lo que se produce es dificultar la aplicación práctica de la figura.

### **3.1.7. Brasil**

#### **3.1.7.1. La acción de intervención directa**

La acción directa de inconstitucionalidad está establecida en la Constitución brasileña en su artículo 103 que prevé la figura de la inconstitucionalidad por omisión al establecer “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.<sup>162</sup>

El tipo de control que establece el régimen brasileño a la inactividad normativa es de naturaleza meramente declarativa y comunicativa, similar al tipo de control establecido en Portugal, en donde el órgano receptor de dicha comunicación es aquel competente para enmendar la situación originada por la inactividad del legislador, quedando en el marco de sus atribuciones también, la adopción de las medidas que estime necesarias y convenientes a fin de remediarla.<sup>163</sup> Respecto de los sujetos activos que pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad por omisión, corresponden a:

---

<sup>161</sup> Magda Inés Rojas Chávez, “Control de Constitucionalidad por Omisión”, (San José: Costa Rica, 1995), pp. 18-19.

<sup>162</sup> Geisse Fernández et. al., *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, pág. 72.

<sup>163</sup> *Ibíd.* pág. 73.

- 1.- El Presidente de la República
- 2.- La Mesa del Senado Federal
- 3.- La Mesa de la Cámara de los Diputados
- 4.- La Mesa de la Asamblea Legislativa
- 5.- El Gobernador del Estado
6. El Procurador General de la República
7. El Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil
- 8.- Los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional
- 9.- Las confederaciones Sindicales o entidades de clase con alcance nacional.

En este sentido se observa una amplia gama de sujetos legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad por omisión en Brasil, aún mayor que en Portugal, por lo que podemos concluir que con esto el Constituyente buscó una mayor protección contra las omisiones legislativas en la Carta Magna, otorgándole legitimación activa no sólo a los principales órganos políticos del Estado, sino que también a entes de importancia para la sociedad brasileña, como los grupos intermedios.<sup>164</sup>

### **3.1.7.2. La acción genérica directa**

El académico chileno Humberto Nogueira Alcalá se refiere al mandato de *injunção* como aquel que “tiene por finalidad conferir una inmediata y

---

<sup>164</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 284.

completa aplicabilidad, a favor del sujeto activo, de la norma constitucional portadora de derecho, libertades y prerrogativas, cuyo ejercicio sea inviable de otro modo, en virtud de ausencia de reglamentación adecuada”.<sup>165</sup>

Por esta razón se considera que la sentencia emanada de un mandato de *injunção* es de carácter constitutiva, ya que se trata de un “juicio de equidad en que el juez decide, creando una norma tal como si fuere legislador, cuya sentencia fundada en equidad innova para el caso concreto”.

Así, el mandato de *injunção* es un recurso singular establecido en la actual Constitución brasileña y que se dirige a la protección de derechos fundamentales por los órganos judiciales ordinarios cuando existiesen lesiones de los mismos como consecuencia de la pasividad u omisión de los poderes públicos, de suerte que el Juez podría crear la norma concreta de aplicación al caso. De ahí su similitud léxica con el *writ of injuction*<sup>166</sup> propio del derecho de origen inglés. La legitimación para accionar el mandato de *injunção* corresponde a cualquier ciudadano, que, por falta de reglamentación, no puede ejercitar un derecho constitucionalmente resguardado. El objeto de esta acción es proteger los derechos consagrados en la Constitución remediando el caso concreto, su sentencia sólo produce efectos inter partes.

### **3.1.7.3 La acción de inconstitucionalidad por omisión**

El objeto de la acción no se limita únicamente a los casos de falta de adopción de una medida legislativa necesaria, sino que la amplitud de la norma

---

<sup>165</sup> Nogueira Alcalá, “Dogmática constitucional”, pág. 222.

<sup>166</sup> J. M. Othon Sidou, “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandato de *Injunção* y Habeas Data”, (México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XXIV).

comprende además del legislador, a la administración del Estado, cuando esta ha sido negligente para establecer medidas o actividades materiales para hacer efectiva la Carta Magna.

En este caso, el Tribunal Federal deberá fijarle un plazo de 30 días al órgano remitido para que adopte las medidas necesarias y de remedio a la situación, hecho que no se contempla en el caso que la omisión sea legislativa.

De este modo, la acción de inconstitucionalidad por omisión, tiene por objetivo que los órganos normativos competentes sean informados acerca de su estado de pasividad y procedan a la adopción de las medidas necesarias para lograr la plena eficacia de los preceptos constitucionales, finalidad que se satisface notificando al órgano competente de la existencia de la omisión.<sup>167</sup>

Esto adhiriere a la idea de que el órgano encargado de hacer valer la Constitución no puede remplazar al Poder *Legisferante*, en su función de legislador positivo. No debe confundirse la acción de inconstitucionalidad por omisión con el mandato de *injunção*.

La primera acción tiende a efectivizar la norma constitucional en su conjunto y a desarrollar conceptos que necesiten de una ulterior actividad del legislador ordinario. En cambio, la acción de *injunção*, más que una elaboración de normativas tendientes a dar efectivo cumplimiento a los mandatos constitucionales, pretende la realización de un acto en particular con el fin de transformar un derecho abstracto en una situación concreta. Es por esta razón que la competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad por omisión sólo corresponde al Supremo Tribunal Federal, a diferencia de la

---

<sup>167</sup> Geisse Fernández et. al., *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, pp. 66-71.

acción de *injunção*, la cual puede ser competencia de éste, en cuanto la elaboración de la norma reglamentaria sea atribución del Presidente de la República, Congreso nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado, de la mesas de una de esas Cámaras legislativas, del Tribunal de cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores o del propio supremo Tribunal Federal.

Es competente el Superior Tribunal de Justicia entonces cuando la elaboración normativa es atribución de un órgano, entidad o autoridad federal, de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de justicia militar, de la justicia electoral, de la justicia del trabajo y de la justicia federal.

En las demás, situaciones la competencia (residual) corresponde a todo el Poder Judicial.<sup>168</sup> También, una diferencia importante se da respecto de la legitimación activa para impetrar cada acción. Tal como se ha señalado, para la acción de inconstitucionalidad están taxativamente establecidos en la ley los sujetos que pueden iniciar el procedimiento, en cambio respecto de la acción de *injunção*, esta podrá ser invocada por cualquier persona, ya sea individualmente o en grupos.

Respecto del sujeto pasivo de la acción, la inconstitucionalidad va dirigida al órgano competente para la elaboración de la norma en cuestión, que puede recaer en el Poder Ejecutivo o en el Legislativo, mientras que el mandato de *injunção* deberá dirigirse directamente contra el sujeto que impide el ejercicio efectivo de un derecho establecido en la Constitución.

---

<sup>168</sup> Luis Gilherme Marinoni, El mandato de *injunção* como remedio contra la omisión inconstitucional en el derecho brasileño, (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2015)., pág. 54.

Como último elemento diferenciador relevante, tal como lo señala Víctor Bazán<sup>169</sup>, la naturaleza de las sentencias difiere sustancialmente:

En la acción de inconstitucionalidad, tal como se ha señalado, será de naturaleza declarativa y tendrá efectos erga omnes, a diferencia de la acción de *injunção*, cuya resolución será constitutiva o condenatoria y tendrá efecto inter partes.

Finalmente, nos parece importante mencionar que, en Brasil, además del control referido, existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las Constituciones de algunos de sus Estados, tales como: Rio Grande do Sul (artículo 95, inciso XII, letra d); Rio de Janeiro (artículo 162, inciso 2); São Paulo (artículos 74, inciso VI y 90, inciso 4) y Santa Catarina (artículo 85, inciso 3).<sup>170</sup>

### **3.1.8. Argentina<sup>171</sup>**

El estatuto jurídico nacional del vecino país se diferencia sustancialmente del nuestro en cuanto este se organiza como un Estado federal, lo que implica que las provincias que integran la nación conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal.

Además, son autónomas, condición que las faculta para dictar sus propias Constituciones y normas locales (y regirse por ellas), erigir sus

---

<sup>169</sup> *Ibíd.*

<sup>170</sup> Víctor Bazán, “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho, con particular referencia al sistema venezolano” (Uruguay, tomo II, 2006)., pág. 481.

<sup>171</sup> Geisse Fernández et. al., *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, pp. 77-79.

instituciones, elegir a sus autoridades y administrarse por sí mismas. Esto se traduce en que existe una Constitución Federal y 23 Constituciones provinciales correspondientes a cada una de ellas.

De esta manera, lo establece el artículo 5º de la Constitución de la Nación Argentina<sup>172</sup> , al prescribir que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de conformidad con los principios, declaraciones y garantías de la ley fundamental nacional, debiendo asegurar su administración de justicia, régimen municipal y la educación primaria.<sup>173</sup>

La Constitución Federal no contiene normas que permitan al Poder Judicial la fiscalización y control de las omisiones legislativas.

No obstante, el sistema de control de constitucionalidad del país trasandino es de naturaleza difusa, es decir, cualquier tribunal de justicia ordinaria está capacitado para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica contraria a la Carta Magna, teniendo esa sentencia efectos entre las partes y aplicables sólo al caso concreto, ejercicio que se realiza mediante la confrontación de las normas, Constitución vs norma jurídica inferior. Frente a esta situación, el desarrollo del concepto de omisión inconstitucional a nivel argentino ha sido principalmente mediante la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha transitado desde una posición denegatoria a reconocer los efectos jurídicos de

---

<sup>172</sup> Artículo 5º. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

<sup>173</sup> Bazán, La inconstitucionalidad por omisión, pág. 165.

la figura,<sup>174</sup> en ciertos casos, reconocer o admitir la competencia judicial para conocer y resolver amparos fundados en omisiones legislativas que afecten el ejercicio de las garantías constitucionales, mediante la tesis de otorgar plena eficacia normativa a la Carta Fundamental

Sin restar importancia a la evolución jurisprudencial someramente expuesta, nos parece relevante y novedoso referirnos al desarrollo normativo que ha tenido la figura de la omisión inconstitucional legislativa en el derecho de ciertas provincias trasandinas, especialmente el caso de Río Negro.

### **3.1.8.1. Constitución de la Provincia de Río Negro<sup>175</sup>**

La actual Constitución de la Provincia de Río Negro, promulgada el 3 de junio de 1988, contempla una particular acción de inconstitucionalidad por omisión en su artículo 207 número 2º letra D,<sup>176</sup> al establecer la competencia del Supremo Tribunal de Justicia para conocer a través de un control concentrado de constitucionalidad la acción de inconstitucionalidad correspondiente. Este tipo de precepto se inspira en la doctrina de la plena eficacia de la Constitución y en el principio de operatividad directa de los derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 14 de la misma Carta Fundamental.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> *Ibíd.*, pág. 166 y ss.

<sup>175</sup> Geisse Fernández et. al., *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, pp. 79-81.

<sup>176</sup> El Superior Tribunal de Justicia ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: D) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales, por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

<sup>177</sup> Constitución de la Provincia de Río Negro, (Argentina, Convención Constituyente, 1988). Artículo 14.

En este sentido, la inconstitucionalidad por omisión legislativa requiere para su procedencia la existencia de un hecho que implique el incumplimiento de un mandato constitucional que imponga un deber concreto de actividad, de manera que quedan excluidos los deberes generales de acción contenidos en la Constitución, al complementarse este criterio con la intención de dotar de plena eficacia a las normas constitucionales que posee dicha Carta Fundamental.

El artículo 207 antes citado, contempla la hipótesis de normas constitucionales programáticas, de tipo de ejecución obligatoria para quien ejerza funciones legislativas. La obligatoriedad del precepto constitucional programático deriva generalmente del modo verbal (en presente) de la tarea que se encomienda al legislador, o del contexto imperativo de la frase.<sup>178</sup>

Este incumplimiento de hacer por el órgano legislativo, implica necesariamente determinar un plazo donde esta actividad deba realizarse, al respecto se identifican dos tipos: Los primeros, corresponden a aquellos que explícitamente contienen la norma programática correspondiente, mientras que los segundos se refieren a los plazos razonables para cada situación determinada.

Respecto de la legitimación activa para dar inicio al procedimiento en cuestión, esta corresponde al afectado en su derecho individual o colectivo. La expresión utilizada “afectado” otorga una mayor amplitud para reclamar distintos tipos de intereses vulnerados por la inactividad, ya sean estos derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples, entre otros.

---

<sup>178</sup> Sagüés, La inconstitucionalidad por omisión, pp. 109-117.

No obstante, de existir una amplia gama de sujetos capaces de activar el mecanismo procesal, este estatuto, a diferencia de otros nombrados, no establece una acción popular, por lo que es imprescindible para el actor acreditar algún tipo de perjuicio personal ocasionado por el acto lesivo.

Respecto de la legitimación pasiva, esta ha sido delegada a las normas que deben dictar la provincia o alguna municipalidad. En este sentido, el precepto se refiere no sólo al Poder Legislativo, sino también al Ejecutivo, por ejemplo, en caso de no emitir decretos reglamentarios de leyes e incluso al Poder Judicial o a cualquier organismo provincial o municipal apto para generar normas y que incumpla alguna directriz constitucional.<sup>179</sup> El procedimiento establecido para resolver la acción de inconstitucionalidad por omisión en la provincia de Río Negro, es una acción de incumplimiento que consta de dos etapas:

1.- La primera concluye acreditada la mora del legislador, con una intimación para que el órgano, cuya inactividad provoque un perjuicio, dicte la norma faltante. La Constitución deja en manos del Superior Tribunal de Justicia regular el plazo de referencia atendiendo a las particularidades del caso concreto bajo examen.

2.- La segunda alternativa ocurre cuando el órgano requerido desobedece la intimación realizada por el órgano jurisdiccional. Frente a este evento pueden provocarse dos situaciones:

---

<sup>179</sup> *Ibíd.*

a) La primera opción es que el Superior Tribunal de Justicia integre el orden normativo faltante, con efecto limitado al caso donde se planteó la acción.

Este ejercicio lo realiza a través del método jurídico de la integración, mediante el cual, se elabora una regla jurídica recurriendo a la analogía y los principios generales del derecho, tanto nacional como extranjero.

b) La segunda alternativa sucede en el caso de que el Poder Judicial no pueda cubrir por integración esa falta de norma producida por la inacción del legislador, la Constitución en el inciso final del artículo 207 letra D, faculta al Tribunal a realizar una reparación patrimonial conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

### **3.1.9. Perú<sup>180</sup>**

En el Perú, como en otros países, ha surgido un entredicho entre las competencias interpretativas del Tribunal Constitucional peruano y las funciones y atribuciones legislativas del Congreso de la República, en tanto se ha generado una amplia variedad de sentencias interpretativas, donde al parecer nuestro supremo intérprete de la constitución se estaría extralimitando en sus funciones como legislador negativo proponiendo a través de sus sentencias exhortativas o aditivas; es decir, hace una exhortación al legislador para desarrollar la norma o complementa el lenguaje utilizado por Ley, la inconstitucionalidad por omisión abstracta; ausencia absoluta de la norma, o

---

<sup>180</sup> Christian P. Sánchez Pérez *“Inconstitucionalidad Por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano Como Legislador Positivo”*, (Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca (UNC), 2013)., pp. 2-10.

relativa, silencio legal, de determinadas omisiones legislativas que vulneran derechos fundamentales.

Al burlar la legalidad, quebrantar la seguridad jurídica y el principio de división de poderes, cuyo objetivo es “evitar una de las posibles consecuencias del principio democrático: la tiranía de la mayoría” (Miguel, 2004). Asimismo, debe rescatarse el valor histórico de ésta institución, partiendo del artículo 377° de la Constitución de 1974 de la República Federativa de Yugoslavia 283° la Constitución Portuguesa de 1982, la Constitución de Brasil como antecedentes normativos, Fernández (1997) citado en (Sagüés M. S., 2002), entre otras naciones.

La coyuntura de Perú es importante ya que es un Estado ajeno a la inclusión normativa de la inconstitucionalidad por omisión, reservándose el carácter exhortativo o aditivo a través del Tribunal Constitucional, sin contar con un medio adecuado para el resguardo de omisiones constitucionales, donde las ausencias legales contribuyen a la indefensión y el resguardo al denominado derecho a la formación, “considera que existe una pretensión subjetiva accionable, y por lo tanto un derecho a la formación en los casos en que la ausencia de norma impide al interesado el ejercicio específico de un derecho o libertad del que es constitucionalmente titular”.

Determinándose la vulneración de la supremacía constitucional con éste accionar silencioso del legislador, dejando en zozobra el control constitucional de las omisiones legislativas, a través de las “recomendaciones” o “adiciones” brindadas por el máximo intérprete de la Constitución salvadoreña, además las facultades de control no solo van de la mano con el accionar constitucional sino de la omisión que vulnera la constitución. El silencio del legislador o de la autoridad frente al cumplimiento de un mandato

constitucional, es una manera de hacer política que, indubitablemente, trae aparejadas consecuencias sociales y jurídicas, pues permite la supervivencia del *status quo* e impide el cambio que la norma constitucional persigue.

Posteriormente referiría (Patiño, definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión, 2007) como definición del constructo: la inobservancia constructo: la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la constitución o considerando razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa constitucional.

Se puede tomar del concepto planteado, que la *inobservancia total* por el legislador debe ser vinculada con la omisión absoluta; es decir, la falta de formación a pesar del deber existente; verbigracia, la permanencia de los datos en la central de riesgo que resulta incompatible con el Derecho a la autodeterminación informativa cuyo vacío legal se encuentra en la Ley 26702 y 2748911; de igual forma, la *inobservancia parcial* debe ser vinculada con la omisión relativa, cuya manifestación refiere a la vulneración del principio de igualdad. Así por ejemplo en el artículo 107° del Código penal que regula el feminicidio, se ha tomado como referencia una relación sentimental u análoga como presupuesto para la tipificación, descartándose la misoginia cuando ésta relación sentimental no exista. (Vulneración al principio de igualdad).

A manera de conclusión parte de la doctrina peruana considera:

a) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución;

b) la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador declara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales”,

c) El Tribunal Constitucional peruano, debería fundamentar el instituto en criterios objetivos; no obligacionales, sino más bien en la pervivencia de la norma constitucional.

Así, el otorgamiento de un plazo razonable es el principio activo para fundamentar la legislación positiva,

d) La necesidad de regulación se fundamenta en una política de estado, donde la omisión legislativa es expresión de interés político.

### **3.1.10. México**

En México la inconstitucionalidad por omisión sea esta absoluta o relativa no se consigna en la Constitución general, por lo que no se puede ejercitar ante los tribunales federales y por lo tanto resulta inexistente la garantía jurídica para llevar a cabo una acción.<sup>181</sup>

Los medios de control constitucional que existen no regulan expresamente la posibilidad de impugnar omisiones legislativas, con lo que se tiende a vulnerar el ordenamiento jurídico constitucional en el momento de acontecer a infracción, a causa de la negligencia de los órganos estatales que

---

<sup>181</sup> Olivos Campos et. al., *Estudios de Derecho Constitucional y Amparo*, pág. 160.

no desarrollan las normas que por mandato de la Norma Suprema están obligados a hacerlo. Quien incurre inconstitucionalidad por omisión es principalmente el poder legislativo, pero también puede incurrir en esta responsabilidad el ejecutivo o el judicial, por la inactividad normativa inconstitucional al estar facultados los tres poderes de dicha actividad formal y material. Consecuencia de ello, la ausencia de una norma reguladora convierte en inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales<sup>182</sup>.

Sin embargo, se advierte, que los pronunciamientos de los tribunales federales, han otorgado un favorable sentido específico a las omisiones legislativas, que se orientan a que el silencio de la ley sea suplido por otras disposiciones o por un criterio jurisprudencial como ha sucedido en ciertos casos que se pueden citar en alusión a ello: “la omisión del legislador ordinario en cuanto a reproducir determinados requisitos o condiciones que constitucionalmente rigen un específico acto de autoridad no implica contravención a la Norma Fundamental, sino en todo caso un vacío legislativo que debe integrarse con lo dispuesto en otras disposiciones de observancia general”.

Tal es el espíritu del artículo 365 del Código Federal de Procedimientos Civiles al establecer en lo conducente, que el proceso debe suspenderse cuando alguna de las partes o su representante procesal, en su caso, sin culpa alguna suya se encuentre en la absoluta imposibilidad de atender al cuidado de sus intereses en el litigio; Espíritu que debe prevalecer la omisión del legislador en materia laboral, con base en los principios generales de derecho aplicados supletoriamente conforme al artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, a fin de encontrar soluciones particularmente justas y equitativas”.

---

<sup>182</sup> *Ibíd.* Pág. 161.

No obstante, la inconstitucionalidad por omisión no es ajena al sistema constitucional mexicano, pues nuevamente las entidades federativas dan muestra de un nuevo federalismo en los albores del siglo XXI, al prever en sus ordenamientos constitucionales locales mecanismos de protección constitucional. Tal es el caso del Estado de Veracruz, a partir de la reforma de su Constitución, realizada en el año 2000, consigna expresamente el proceso de control de inconstitucionalidad derivado por la inactividad legislativa. Este instituto es establecido en su artículo 64 de la Constitución Política del Estado de Veracruz.<sup>183</sup>

Efectivamente este artículo indica lo siguiente: "...el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, que tendrá competencia para:" "III. Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia".<sup>184</sup>

Se ha destacado a su vez que dicho instituto contemplado en la Constitución de Veracruz, es restringido solo a la inactividad legislativa (normativa) del órgano legislativo estatal. La creación del instrumento de índole jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión que positivista la Constitución del Estado de Veracruz sin duda representa un avance en el sistema constitucional mexicano, ya que otorga la garantía jurídica a la normatividad suprema constitucional local, que, por supuesto debería ser

---

<sup>183</sup> *Ibíd.* Pág. 163

<sup>184</sup> *Ibíd.*

atendida y desarrollada por la Constitución Federal de México, reto que aún se ve afrontado por el sistema constitucional mexicano.<sup>185</sup>

Pero en México no solo este Estado advierte la necesidad de regular positivamente el instituto de la Inconstitucionalidad por omisión, ya que gracias al avance que en su momento la Constitución veracruzana implementó, dio lugar a que también otros Estados, siempre locales, tomaran a bien legislar en cuanto a esta figura se refiere, Estados que no desarrollaremos, pero que mencionamos ya que estos positivaron la figura posteriormente de Veracruz, quien fue la pionera.

Esta recopilación de Municipalidades y Estados importantes que han hecho uso de tan importante figura jurídica las devela en su calidad de bachiller Israel Santos Flores en su tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de México denominada: “Omisión legislativa en materia fiscal, El caso de México. “Tlaxcala,<sup>186</sup> Chiapas,<sup>187</sup> Quintana Roo,<sup>188</sup> Coahuila,<sup>189</sup> Guerrero,<sup>190</sup> Tabasco.<sup>191</sup>

---

<sup>185</sup> *Ibíd.* Pág. 165

<sup>186</sup> Israel Santos Flores, omisión legislativa en materia fiscal. El Caso de México, (México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2010)., Pág.129.

<sup>187</sup> *Ibíd.* Pág. 130.

<sup>188</sup> *Ibíd.*

<sup>189</sup> *Ibíd.* Pág. 131.

<sup>190</sup> *Ibíd.* Pág. 132.

<sup>191</sup> *Ibíd.* Pág. 133.

## **CAPITULO IV**

### **JURISPRUDENCIA EN EL DESARROLLO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: APORTES**

En el presente capítulo se hace referencia que a la fecha en El Salvador no se encuentra regulada en una ley formal la inconstitucionalidad por omisión, sin embargo, la jurisprudencia de la sala de lo constitucional si ha establecido la posibilidad de darle tramite a demandas en las que se invoca esa figura y por ello se ha desarrollado un recorrido histórico sobre los precedentes que han señalado los elementos necesarios para configurar la tan trascendental institución jurídica.

#### **4.1. Procedencia de la acción de inconstitucional por omisión en El Salvador**

En El Salvador, en cuanto al proceso de Inconstitucionalidad el artículo 183<sup>192</sup> de la Constitución plantea que es la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional el 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 y es este tribunal también según el artículo 174 Cn, al que le corresponde conocer y resolver las demandas de Inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, Hábeas Corpus, las

---

<sup>192</sup> Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983). Art. 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. Constitución Republica de El Salvador.

controversias entre el órgano ejecutivo y Legislativo a las que se refiere el artículo 138 Cn, y las causas mencionadas en la atribución 7° del artículo 182 Cn.

Ha establecido la Sala de lo Constitucional la posibilidad de conocer omisiones inconstitucionales como objeto de control; así, ha afirmado que entre las disposiciones que integran la Constitución “se incluyen las que la doctrina denomina encargos al legislador, mandatos al legislador o mandatos constitucionales; es decir, normas que prevén la indispensable emisión de disposiciones infra constitucionales que las desarrollen y concreten, para poder cobrar plena eficacia. Sobre tales mandatos constitucionales al legislador pueden hacerse las siguientes acotaciones:

a) En primer lugar, que los mismos no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución escrita, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infra constitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia plena a la norma constitucional que contiene un mandato constitucional; y

b) En segundo lugar, que tampoco es imprescindible que los mandatos contengan un plazo para la emisión de tales disposiciones infra constitucionales, pues esta misma Sala, como órgano encargado del control de constitucionalidad, puede determinar la razonabilidad de la dilación en el comportamiento omisivo de los órganos y entes investidos de potestades normativas.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad*, Ref.: 28 IV-2000, inc. 2-95, Considerando IV-1.

Los criterios determinantes para el cumplimiento del mandato constitucional son tres:

- a) la existencia del mismo como mandato explícito o implícito<sup>194</sup> en el texto constitucional el asunto de 'si existe' el mandato constitucional;
- b) la razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de disposiciones infra constitucionales el 'cuándo' se dará cumplimiento al mandato constitucional; y
- c) la forma en que se dará cumplimiento al mismo el 'cómo cumplir' el mandato constitucional.

De estos tres criterios, Sala de lo Constitucional puede en un proceso de inconstitucionalidad determinar los dos primeros, no así el tercero, pues ello se engloba dentro de la libertad de configuración de los órganos investidos de potestades normativas.

En relación con dicho criterio, si bien la Sala de lo Constitucional está facultada para señalar al legislador cuál debe ser el contenido de una norma a fin de que ésta sea coherente con la Constitución, ello no implica que pueda configurar en detalle la formulación lingüística de la misma ni determinar plazos o cantidades, pues tal configuración y determinación dependerá de las valoraciones políticas que el legislador estime pertinentes".<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> A causa de lo apuntado, en la actualidad, el Órgano 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. Ref. (Referencia: 53-2005-55-2005)

<sup>195</sup> Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad*, Ref.: 28 IV-2000 Inc. 2-95, Considerando IV- 1

Es por esto último que no puede ejecutarse una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión de manera análoga a como se ejecuta una sentencia por ejemplo en un Proceso Civil contra un particular ya que ejecutar una sentencia contra un particular sea de manera voluntaria o forzosa, en ningún momento se encontrará involucrado el principio de separación de poderes.<sup>196</sup>

#### **4.1.1. Ejercicio de la Acción de inconstitucionalidad por omisión en El Salvador<sup>197</sup>**

No obstante, no estar reconocida en nuestra legislación la acción de inconstitucionalidad por Omisión Legislativa, la Honorable Sala de lo Constitucional en reiterada jurisprudencia ha detallado los presupuestos de procedencia de esta acción. Se concluye que el reconocimiento de este tipo de inconstitucionalidad al no tener asidero constitucional o legal, se ha reconocido y desarrollado vía jurisprudencia, tomando como fundamento la fuerza normativa y la supremacía constitucional.

La Sala de lo Constitucional ha caracterizado los elementos objetivos y subjetivos de la pretensión de inconstitucionalidad:

“La pretensión, como tal, requiere para su viabilidad la existencia de ciertos elementos objetivos y subjetivos, además de una circunscripción en la invocación del derecho y la narración fáctica de los hechos que originan su planteamiento, mediante ello se demarcan los límites sobre los cuales deberá

---

<sup>196</sup> Bazán, Control de las omisiones inconstitucionales, pág. 11.

<sup>197</sup> Barahona Henríquez et. al., *"La inconstitucionalidad por omisión"*, pp. 83-84.

conocer y pronunciarse el tribunal que habrá de satisfacerla jurídicamente. En relación con los elementos objetivos y subjetivos sin ánimos de exquisita exactitud, habría que decir que la pretensión de inconstitucionalidad, específicamente, tiene que estar planteada por un ciudadano en tal carácter; debe dirigirse bien contra una omisión existiendo mandato de parte del constituyente para legislar, o bien contra una disposición vigente con efectos generales, sea pre- o post-constitucional, o bien contra un acto concreto de los órganos estatales basado directamente en la Constitución; y, por último, tiene que contener motivos estrictamente constitucionales, descartando cualquier otra fuente de derecho.

En relación con los elementos jurídicos y fácticos, es menester traer a cuenta que, estando el proceso de inconstitucionalidad configurado como un control abstracto sobre la legitimidad constitucional de disposiciones generales, para que la pretensión que le da origen sea admisible y procedente, no es necesario una impugnación contra actos concretos a los cuales el titular de la pretensión atribuya efectos de vulneración a algún elemento del contenido constitucional.

Es así, que, ante la inexistencia de hechos, en términos generales, el fundamento jurídico está configurado por el señalamiento preciso de la o las disposiciones impugnadas y la disposición o disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control; por su lado, el fundamento material o sustrato fáctico de la pretensión de inconstitucionalidad, está constituido:

En primer lugar, por el establecimiento del contenido del objeto y del parámetro de constitucionalidad, y en segundo lugar, por las argumentaciones

expuestas tendentes a evidenciar las confrontaciones inter normativas, percibidas por el actor, entre el contenido de uno y otro”.<sup>198</sup>

#### **4.1.1.1. El denominado “Derecho Subjetivo a la Normación”<sup>199</sup>**

La teoría que existe un derecho subjetivo a la normación como fundamento de control de las omisiones constitucionales, ha sido adoptada por un menor número de tratadistas y ha generado discusiones y polémicas en cuanto a sus consecuencias jurídicas, sin embargo, es muy importante aclarar los conceptos y establecer los conceptos legitimadores de la inconstitucionalidad por omisión.

Para comprender la eventual implicación del eventual reconocimiento a la norma, debe aclararse los conceptos y alcances del término “derecho subjetivo”, para lo cual existen diversos autores que han dirigido su atención en torno al derecho subjetivo a la normación, por ejemplo tenemos a Duguit y Kelsen, las cuales son contrarias pues el primero no acepta la existencia de derechos subjetivos al considerar que solo puede existir una situación jurídica subjetiva creada por un derecho subjetivo partiendo de la norma positiva y la contrapone al derecho objetivo.

Puede definirse al derecho subjetivo como el poder otorgado a una persona para exigir el cumplimiento de una determinada prestación frente a otro sujeto, que es la exigencia de una conducta positiva y/o negativa, impuesta por el titular del derecho subjetivo, consistente en la realización o abstención de actuaciones o prestaciones concretas. Es decir que existe la

---

<sup>198</sup> Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad*, Ref.: 26-II-2002, Inc. 19-98, Considerando III 2, (2002).

<sup>199</sup> Morán Funes et. al., “*El control de la constitucionalidad por omisión*”, pág. 73.

facultad del titular del derecho y una obligación genérica que puede ser catalogada como conducta de dar, hacer y no hacer. No interesa la posición que se adopte, todas ellas otorga a la persona titular del derecho subjetivo un poder y no una carga, por lo que existe una obligación correlativa para otra persona de actuar en determinada manera, lo que hace evidente que si este no cumple la conducta requerida, una actuación u omisión implica una consecuencia jurídica, debido a lo anterior existen remedios credos para exigir el cumplimiento tales como por ejemplo un recurso de amparo, habeas corpus la acción de inconstitucionalidad.

Trasladando el concepto de derecho subjetivo al ámbito del Derecho Público adquiere una especial dimensión, pues frente al Estado e Instituciones Públicas que se hace valer la condición de sujeto titular del derecho y es ahí donde el estado se encuentra obligado frente a ese derecho y está en la obligación de garantizar y no vulnerarlo, por lo que se puede afirmar que el derecho subjetivo limita el poder del Estado, por cuanto este no puede excederse en sus atribuciones en menoscabo de los derechos de los particulares, el cual según muchos autores depende de reconocimiento de ese derecho subjetivo de una norma del ordenamiento jurídico y otros afirman que el derecho subjetivo proviene de la naturaleza de la persona humana y por lo tanto no necesita ser reconocido por el ordenamiento jurídico.<sup>200</sup>

En relación al tema de Inconstitucionalidad por Omisión, la existencia de un derecho subjetivo público, implica el reconocimiento de un poder otorgado a una persona para a exigir en cumplimiento de una prestación al Estado. En consecuencia, el derecho subjetivo de normación o derecho subjetivo de legislación, se refiere a la potestad otorgada a una determinada

---

<sup>200</sup> *Ibíd.*, pp. 86-87.

persona para compeler al Estado para que cumpla su función creadora de normas jurídicas.<sup>201</sup> Por lo que, desde esta percepción, lo que se busca es dar a los particulares una protección contra las omisiones constitucionales que reconoce un derecho a exigir la actuación positiva de los Poderes Públicos con potestad normativa, y de no cumplirse será el tribunal superior encargado del control Constitucional que ordenará resolverlo al poder público omisor.

En este punto hay un extenso debate de cómo debe ser el papel del tribunal de control (Sala de lo Constitucional) ya que solo puede al Órgano Legislativo, sobre su omisión o también puede, indicarle el contenido concreto que debe contener la ley para enmendar la omisión señalada.<sup>202,203</sup>

#### **4.1.1.2. Quebranto a los Derechos Humanos<sup>204</sup>**

Los derechos humanos son reconocidos por la norma Constitucional, considerados anteriores a la formación del estado mismo, con una noción histórica en particular con la que se ha concebido a estos derechos. Para el Profesor de Derecho Constitucional Rubén Hernández Valle,<sup>205</sup> el termino derechos Humanos, hace referencia “al conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la

---

<sup>201</sup> Silvia Patiño Cruz, et. al., *La Inconstitucionalidad por Omisión*, (San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2004), pág. 107.

<sup>202</sup> También cabe aclarar que el pronunciamiento de fondo que ha de dictarse en este proceso –“inconstitucionalidad por omisión”– no puede en modo alguno implicar una orden a los órganos y entes investidos de potestades normativas para que emitan las disposiciones infra constitucionales que esta Sala les indique; ello implicaría una violación al principio de separación e independencia de órganos. 19-98 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las once horas 26-02-2002

<sup>203</sup> En el caso de la ejecución de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa respecto al órgano legislativo no son aplicables las reglas generales de la ejecución forzada por la naturaleza misma de la resolución que está dirigida contra otro órgano fundamental del estado.

<sup>204</sup> Morán Funes et. al., "*El control de la constitucionalidad por omisión*", pág. 77.

<sup>205</sup> Hernández Valle, *El control de la constitucionalidad*, pág., 116.

libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacional e internacional, con una connotación más axiológica que jurídica, pues son las exigencias racionales de las necesidades humanas. Para el Jurista y Filósofo del derecho español Antonio Pérez Luño,<sup>206</sup> en defensa de su doctrina de un iusnaturalismo crítico y práctico, señala que para los positivistas existe una diferencia radical entre las nociones de derechos humanos y derechos naturales.

En efecto, para este sector doctrinal la expresión derechos humanos supone la existencia de una categoría diversa de los segundos: situación que es negada por los iusnaturalistas, quienes estiman que el término derechos humanos,<sup>207</sup> es una prolongación de la idea de los derechos naturales.

Lo mismo cabe decir de la noción de derechos fundamentales propiamente considerada, según la cual sostiene este autor, se hace referencia a derechos humanos positivados en las constituciones de los Estados. En este sentido, el referido jurista describe la tendencia doctrinal y positiva, aunque no absoluta, de reservar la denominación “derechos fundamentales” para designar los “derechos humanos” positivados a nivel

---

<sup>206</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. (Madrid: Tecno, 2010).

<sup>207</sup> Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Ref. 37-2004*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004). 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 las 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. 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”.

interno, en tanto que la formula “Derechos Humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales<sup>208</sup>.

Por su parte otros términos con que se han denominado los derechos humanos son las expresiones “derechos individuales” y “libertades públicas”. La segunda ha entrado en desuso, puesto que se ha reconocido que algunos derechos humanos poseen un contenido distinto de la mera formulación de libertades referentes a la autonomía de que gozan los individuos.

Lo anterior por cuanto, es claro que el contenido de los derechos humanos no se agota en tales supuestos, sino que, como se ha expuesto con anterioridad, también facultan al individuo con el fin de que exija el cumplimiento de ciertas prestaciones que se consideran vitales para su desarrollo integral.

En todo caso se debe reiterar que con independencia de la expresión con que se denominen los derechos humanos, lo cierto es que el principio de supremacía de la Constitución supone la necesidad de que las autoridades públicas desarrollen los preceptos constitucionales que precisamente requieren esa actividad normativa con el propósito de que toda persona pueda disfrutar plenamente de los derechos fundamentales reconocidos en una norma de ejecución condicionada o diferida. Así se logra determinar que el Principio de Supremacía de la Constitución exige a las autoridades públicas el desarrollo normativo de los preceptos de la norma fundamental que consagran ciertos derechos fundamentales con el propósito de dotarlos de eficacia plena.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Patiño Cruz, La inconstitucionalidad por omisión, pág. 117.

<sup>209</sup> Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo*, Referencia: 53-2005-55-2005, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia).

En este sentido, la acción de inconstitucionalidad por omisión resulta ser un instrumento valioso que permite al particular acceder al control de constitucionalidad sobre tales situaciones (de inercia de las autoridades públicas de implementar la ejecución de esas normas) con el fin de que pueda disfrutar de la manera más oportuna del contenido de tales derechos.

#### **4.1.1.3. Ineficacia de las Normas Orgánicas de la Constitución**

Del mismo modo, en el caso de las normas de la Constitución que reconocen derechos fundamentales, y en el supuesto de las normas orgánicas, el constituyente en diversas oportunidades ha conferido a las autoridades estatales con poder normativo, el desarrollo de diversos mandatos expresos e implícitos, con la finalidad de que dichos preceptos dispongan de plena eficacia.<sup>210</sup>

A lo largo de esta investigación se ha percibido que no todos los sectores de la doctrina comparten la idea de que exista la posibilidad de que se implemente el control de constitucionalidad contra las omisiones estatales que violan la parte orgánica de la constitución, debe hacerse hincapié que la norma fundamental en toda su extensión, se encuentra dotada de normatividad y, por ende, toda ella es exigible y debe ser observada preceptivamente por las autoridades públicas.

No queda lugar a dudas que el principio de la supremacía de la Constitución hace que se considere factible, desde todo punto de vista, la posibilidad de controlar la inercia de las autoridades públicas, con el fin último

---

<sup>210</sup> Morán Funes et. al., "El control de la constitucionalidad por omisión", pág. 81.

de que todas las normas constitucionales gocen de firmeza. Así las cosas, independientemente de la naturaleza de la cláusula constitucional, procede el control de la constitucionalidad sobre todas aquellas omisiones que afecten la supremacía normativa de la constitución.<sup>211</sup>

#### **4.2. Importancia de la aplicación de la inconstitucionalidad por omisión en El Salvador.**

La finalidad de este proceso básicamente consiste en anular o expulsar un cuerpo legal *lato sensu* del ordenamiento jurídico de un país si éste contraviene las disposiciones del texto constitucional. En ese sentido el art. 10 inciso 1º de la Ley de Procedimientos Constitucionales reza textualmente: “La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades, para toda persona natural o jurídica”, expresando con absoluta claridad la idea de que estamos ante una sentencia que surte efectos *erga omnes*, es decir, contra todo y contra todos y que en consecuencia nadie puede negarse a acatarla. Ello materializa la idea de que en un Estado de Derecho no existen poderes ilimitados, sino que todos tenemos la obligación de ceñirnos a reglas precisas, o en este caso, a la norma constitucional.

En ese sentido y dada la magnitud de las consecuencias que puede producir la declaratoria de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, es que consideramos necesaria la correcta aplicación del tipo de control objeto de nuestro estudio, por cuanto aún y cuando no está regulado en nuestra legislación, el mismo ha sido impetrado, debido en gran medida a la falta de conocimiento sobre esta figura. En la historia jurídica de nuestro

---

<sup>211</sup> *Ibíd.*

país se han promovido algunas demandas en este sentido en diversos casos, sin que ninguna hubiere prosperado, siendo inadmitidas o declaradas improcedentes por no cumplir con los requisitos de la Ley.<sup>212</sup>

En El Salvador, El Lic. Rafael Antonio Morán Cornejo<sup>213</sup>, promovió en contra de la Asamblea Legislativa un proceso por considerar que existía una omisión en el entonces recién formado Código de Familia, en cuanto a la regulación de la relación que forma una persona casada (o que ha constituido una unión no matrimonial) con otra persona.

En cuanto a la situación de los hijos de padres con impedimento legal para poder constituir uniones no matrimoniales, tanto el Presidente, el Fiscal y la Asamblea manifestaron que el Código de Familia no hace discriminación entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos.<sup>214</sup>

En razón de todo lo expuesto por las partes, la Sala hizo una serie de consideraciones manifestando que anteriormente ya se había sostenido que tal mecanismo es aplicable en nuestro sistema de Defensa de la Constitución, en virtud del principio de supremacía de la Carta Magna, la cual está compuesta por diversos tipos de normas.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> Es hasta 1995 que se promovió el primer proceso de inconstitucionalidad por omisión que logró culminar en una Sentencia Definitiva dictada en el año 2000. “Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada en el proceso número 2-95, de fecha 28 de abril de 2000”

<sup>213</sup> Tal omisión dejaba desprotegida la institución del matrimonio, puesto que el Código de Familia permitía tener más de un hogar, quebrándose la estabilidad y tranquilidad de un matrimonio. Alegó que se dejaba desprotegidos a los hijos producto de tales relaciones, puesto que nada se disponía en el referido Código al respecto.

<sup>214</sup> El art. 36 de la Constitución se establece que los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos tienen iguales derechos frente a sus padres, por ende, es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.

<sup>215</sup> Se ha establecido que no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto constitucional, sino que pueden ser derivados de la jurisprudencia constitucional en la medida en que la emisión de disposiciones infra constitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia a la norma que contiene el mandato constitucional.

La Sala estableció tres criterios determinantes,<sup>216</sup> para el cumplimiento de un mandato constitucional. En razón de todo lo anterior, y luego de haber analizado la Constitución en relación al matrimonio, la unión no matrimonial y la filiación, el Tribunal advirtió que en el texto de la Carta Magna no existía un mandato constitucional al legislador de regular o legislar sobre las uniones extramatrimoniales, así como tampoco lo había en cuanto a un régimen especial aplicable a los hijos resultantes de dichas uniones, por lo que la Sala de lo Constitucional falló declarando la inexistencia de una inconstitucionalidad por omisión del Código de Familia respecto al art. 32 de la Constitución.

#### **4.2.1. Omisiones Constitucionales en la realidad Jurídica Salvadoreña**

Con la vigencia de la Constitución de la República de El Salvador en 1983, se establecen nuevas garantías, un nuevo modelo de constitucionalismo basado en derechos y justicia, y un nuevo órgano de control constitucional con funciones y competencias plenamente definidas, entre esas novedades encontramos incorporado el control constitucional por omisión.

Según el autor y tratadistas Germán J. Bidart Campos, “la labor de interpretación constitucional no se reduce a desentrañar el significado de normas opuestas al texto constitucional y a eliminarlas, sino que se extiende a llenar los vacíos que por “omisión dejan a la Constitución congelada”.<sup>217</sup> En ese sentido, la inconstitucionalidad por omisión aparece ante la inacción legislativa para normar una determinada materia señalada en el texto

---

<sup>216</sup> a) La existencia de un mandato explícito o implícito en el texto constitucional (“sí existe”); b) La razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de disposiciones infra constitucionales (“cuándo”); y 3) La forma en que se dará cumplimiento al mismo (“como”).

<sup>217</sup> Germán J. Bidart Campos, *Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales, Inconstitucionalidad por omisión*, (Bogotá, Temis, 1997), pág., 3.

constitucional, cuyo ejercicio pierde eficacia ante el vacío normativo, provocando con ello un vicio de inconstitucionalidad.<sup>218</sup>

La omisión se evidencia si la Constitución defiere a la ley y dicha ley no se expide, Es decir, cuando se incumple una orden de legislar. El propósito de la inconstitucionalidad por omisión es lograr que la voluntad del constituyente se cumpla plenamente.<sup>219</sup> La inconstitucionalidad por omisión observa los siguientes elementos:

- a) El mandato constitucional del deber de actuar del legislador;
- b) El deber de actuar del legislador debe ser concreto y no abstracto; y
- c) La omisión no debe ser razonable teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido para el cumplimiento del deber constitucional.<sup>220</sup>

En El Salvador existen diversos casos en que el legislador ha omitido el desarrollo de mandatos constitucionales, y esa es precisamente la razón por la cual hemos realizado la presente investigación. Existen muchos supuestos en los que es posible dilucidar la existencia de omisiones legislativas en nuestro país, por lo que en este punto trataremos de hacer un breve análisis sobre algunos de éstos:

---

<sup>218</sup> Francisco Fernández Segado, "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", en *Inconstitucionalidad por omisión*, (Bogotá, Temis, 1995), pág. 11.

<sup>219</sup> Por otra parte, la competencia de esta Sala al tramitar procesos en que se controlan omisiones no ha sido cuestionada por la Asamblea Legislativa, cuando esta ha intervenido a título de autoridad demandada. 8-2015, Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las catorce, horas con cuarenta y un minutos del día veinte de febrero de dos mil quince.

<sup>220</sup> Gerardo Monroy Cabra, *Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana*.

La sentencia definitiva de las catorce horas con dos minutos del día veintitrés de enero de dos mil quince, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, en el proceso de inconstitucionalidad 53-2012, falló: “Declárese de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión alegada por el demandante, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato Constitucional contenido en el artículo 2 inciso 3 de la Constitución,<sup>221</sup> al no haber emitido la normativa que determine las condiciones bajo las cuales se deberá materializar el derecho a la indemnización por daño moral. En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá emitir a más tardar el 31 de diciembre del presente año, la Ley por la que se fijan las condiciones de ejercicio del derecho a la indemnización por daño moral”

Este es el antecedente jurisprudencial que vinculó a la Asamblea Legislativa a crear la LRDM<sup>222</sup>. Es importante relacionar algunas consideraciones de la sentencia citada, porque en función de ella se constituye la referida ley. Al respecto, hay que aclarar que la inconstitucionalidad por omisión giró en torno al artículo 2 inciso 3 de la Constitución de la República que dispone:

“Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”

Este precepto constitucional, desde la óptica de la Sala de lo Constitucional, requiere de un cuerpo jurídico adecuado que lo complemente, desarrolle y haga efectiva su programación, cuerpo normativo que debe

---

<sup>221</sup> Constitución de la República de El Salvador., Art. 2 inciso 3. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral

<sup>222</sup> Ley de reparación por daño moral (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2015).

proceder de la Asamblea Legislativa, porque se trata de un mandato de imperativo cumplimiento para tal entidad. Sin embargo, esta imposición jurídica fue omitida por la Asamblea Legislativa por más de tres décadas, ya que la Constitución data de 1983.

La Sala de lo Constitucional dio a entender que el artículo 2 inciso 3 CN, sin la ley que lo desarrolla, aunque goza de fuerza normativa, carece de eficacia, porque no cuenta con las garantías para tutelarlos (Considerando IV, N 1, letra B, párrafo 4).<sup>223</sup> Además, la Sala Constitucional argumentó que el citado artículo guarda conexión con la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, “*de lo que se colige que toda persona tiene un derecho fundamental a no sufrir un daño injusto contra un bien o derecho objeto de tutela jurídica, lo que en definitiva consiste en un derecho a ser reparado por el daño sufrido*” (Considerando III, N 2, letra A, párrafos 3 y 4).<sup>224</sup>

Asimismo, la Sala Constitucional precisó que “*si el daño afecta a la persona en cualquiera de sus esferas no patrimoniales, el daño es de carácter moral*” (Considerando III, N 2, letra B, párrafo 2),<sup>225</sup> cuestión que este servidor

---

<sup>223</sup> 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 éstos”. Sentencia de Inconstitucionalidad 37-2004.

<sup>224</sup> “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).

<sup>225</sup> “Esta clase de daño –moral– goza de protección constitucional pues se extrae como una manifestación del derecho a la integridad física y moral –art. 2 inc. 1° Cn. –, ya que dicho derecho fundamental –integridad física– implica el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona, tanto en relación con su cuerpo como respecto de su mente y espíritu; y, rechaza cualquier menoscabo en estos. La integridad moral, supone mantener la vida en circunstancias que facilitan la obtención de condiciones materiales necesarias para el goce del resto de derechos fundamentales (sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007)”.

no comparte porque las esferas patrimoniales pueden ser afectadas por daños psicológicos y daños morales, como en otra ocasión se señaló.

En todo caso que el daño moral afecta cuestiones personales o extra patrimoniales, ya que posteriormente; la Sala Constitucional afirmó que: *“el daño moral constituye una de las formas de daño inmaterial, porque se refiere a los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de ciertos derechos; efectos tales como la aflicción, el dolor, la angustia u otras manifestaciones del impacto emocional o afectivo de la lesión de bienes inestimables o vitales de la persona”* (Considerando III, N 2, letra B, párrafo 5).<sup>226</sup>

A pesar que la Sala Constitucional relaciona el término “psíquicos”, se debería entender que hace referencia a cuestiones morales y no estrictamente psicológicas. Sin embargo, luego precisó que el daño moral involucra cualidades psíquicas y morales (Considerando IV, N 2, letra C, párrafo 10),<sup>227</sup> lo cual provoca un margen de duda.

La posición personal sobre este asunto ya ha sido aclarada. Con base a lo anterior, y en relación a otros argumentos, se estimó la necesidad de contar con una ley especial de la que se infiriera en qué consiste el daño moral

---

<sup>226</sup> “En esa línea argumentativa, se entiende que el daño moral constituye una de las formas de daño inmaterial, porque se refiere a los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de ciertos derechos; efectos tales como la aflicción, el dolor, la angustia u otras manifestaciones del impacto emocional o afectivo de la lesión a bienes inestimables o vitales de la persona”

<sup>227</sup> Por ello, se concluye que la normativa propuesta por el Fiscal General de la República no proporciona un marco regulatorio suficiente que permita volver operacional el derecho a la indemnización por el daño moral; sino que, por el contrario, presupone la existencia de otra regulación y afirma la necesidad de que se desarrollen los presupuestos y aspectos operativos del derecho en cuestión. De esta manera, se ha constatado que existe un comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa para cumplir con el mandato constitucional apuntado.

y cuáles son los presupuestos mínimos indispensables que el operador de justicia deber tener en cuenta *para cuantificar* este tipo de daños (Considerando IV, N 2, letra C, párrafo 2).<sup>228</sup>

#### **4.3. Análisis de criterios jurisprudenciales salvadoreños**

La honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha referido en innumerables ocasiones respecto de los supuestos de procedencia de las demandas de inconstitucionalidad por omisión y los requisitos que estas deben reunir. Asimismo, se ha referido a la competencia que la Sala tiene para conocer de este tipo de demandas en base a la supremacía constitucional y fuerza normativa de la constitución.

#### **4.4. Criterio Adoptado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**

Una de las cuestiones que debe analizarse es si esta Sala tiene competencia para determinar en un proceso de inconstitucionalidad la validez o no de la omisión de la Asamblea Legislativa de cumplir un mandato de emitir una ley impuesto por la Constitución.

1. A diferencia de otros países (como Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador o Paraguay), la Ley de Procedimientos Constitucionales (o “LPC”) no prevé expresamente la institución de la inconstitucionalidad por omisión como uno

---

<sup>228</sup> “Al examinar la normativa citada, se advierte que las disposiciones legales únicamente establecen que los sujetos afectados tendrán derecho a reclamar la indemnización por los daños morales sufridos en sus diferentes supuestos; sin embargo, de las mismas, no es posible inferir en qué consiste el daño moral, o cuáles son los presupuestos mínimos indispensables que el operador de justicia debe tener en cuenta para cuantificar este tipo de daños.”

de los instrumentos que garantizan la eficacia de lo constitucionalmente, impuesto por la inacción legislativa. No obstante, la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que ella es aplicable en el Derecho Procesal Constitucional salvadoreño, 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).

#### **4.4.1. La Sala de lo Constitucional integrando el orden normativo en el caso Concreto**

A diferencia de algunos estados de México,<sup>229</sup> donde el tribunal constitucional puede emitir la normativa correspondiente, de manera transitoria, en el caso de El Salvador por el principio de separación e independencia de órganos esto no es posible ya que la Sala de lo Constitucional dicta el exhorto al legislador para que dicte la normativa que ha demorado en emitir o reforme la que ha emitido deficientemente. En conclusión y sin más preámbulos no es concebible que la sala de lo constitucional emita una norma ni aun transitoria que supla una omisión inconstitucional pues de hacerlo equivaldría a invadir competencia constitucionalmente establecida al órgano que ha sido demandado por la respectiva omisión. No obstante, la sala de lo constitucional dentro de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>230</sup> puede a petición de parte o de oficio darle seguimiento al

---

<sup>229</sup> El artículo 81 de la Constitución de Tlaxcala determina que si se verifica la omisión legislativa el TSJET concederá a la autoridad responsable un término que no exceda de tres meses para que expida la norma jurídica solicitada, y añade que el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad. Otro ejemplo es Veracruz donde se prescribe que transcurridos dos periodos de sesiones sin que se atienda lo dispuesto en la resolución, el TSJV puede dictar las bases a que deberán sujetarse las autoridades en tanto se expide dicha ley o decreto.

<sup>230</sup> Constitución de la República de El Salvador., Art. 172.

cumplimiento de sus fallos y si es el caso conceder al ente omisor una prórroga del plazo establecido para legislar o emitir un acto concreto.

Llama especialmente la atención una resolución pronunciada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, cuando fue relator el Ministro Celso de Mello, donde se advierten las potestades conferidas al órgano que declara la omisión inconstitucional son similares a las conferidas a la sala de lo constitucional. en lo pertinente el fallo dice: “La procedencia (estimación) de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, significando el reconocimiento judicial del estado de inercia del Poder Público, confiere al Supremo Tribunal Federal, únicamente, el poder de dar conocimiento al legislador, para que éste adopte las medidas necesarias para la concretización del texto constitucional”. “No asiste al Supremo Tribunal Federal, frente a los propios límites fijados por la Carta Política en tema de inconstitucionalidad por omisión (CF, Art. 103, par. 2º), la prerrogativa de expedir proveimientos normativos con el objetivo de suplir la inactividad del órgano Legislativo”.<sup>231</sup>

#### **4.4.2. La Sala de lo Constitucional frente al incumplimiento del plazo impuesto al legislador**

No se debe pasar por desapercibido lo que la doctrina e incluso la jurisprudencia ha manifestado, siendo el caso en el que el conflicto<sup>232</sup> de poderes da su aparición, habrá quien diga o se manifieste en contra de tal cuestionante, llegando si quiera a pensar que es aberrante o un insulto haciendo referencia a la separación de poderes, y obviamente atribuciones que Rousseau planteó, otros por el contrario con la evolución del derecho y

---

<sup>231</sup> RTJ 162/877 publicada en el DJU de 20-09-1996.

<sup>232</sup> Sagüés, Problemas constitucionales, pág. 253.

los avances significativos que este ha dado, se pondrán de lado diciendo que si es posible, pues ante una omisión (no hacer) alguien tiene que suplir esa actividad, ya que la Constitución se desarrolla en principios, derechos y directrices que se vuelven de obligatorio cumplimiento para los que se denominan “funcionarios” refiriéndonos en este caso a los diputados de la honorable Asamblea Legislativa.

Por consiguiente siguiendo los parámetros que el cuerpo normativo con mayor jerarquía según Kelsen ha establecido, le corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia interpretar dicho ordenamiento de carácter superior, también atribuyendo la capacidad de decidir lo que está o no contraponiéndose a la ya mencionada Cúspide normativa, de la inconstitucionalidad en general y por supuesto a la denominada Inconstitucionalidad por omisión, es allí que cabe la pregunta si la Sala de lo Constitucional puede hacer el papel de la Asamblea Legislativa de legislar, siendo el mandato de legislar propiamente dicho de este Órgano de Estado, de ser posible esta situación habría que mencionar en qué casos este suceso puede suscitarse y en qué casos simplemente se convertiría en una infracción y conflicto de poderes como ya antes se ha mencionado.

En el caso de Ecuador si es factible que el órgano contralor de la omisión inconstitucional pueda “legislar”. En el artículo 436 Inc. 10 de la constitución del Ecuador,<sup>233</sup> en donde vemos una remarcada reseña de actuar si el otro poder no lo hace u omite, es por eso que es motivo de estudio para

---

<sup>233</sup> “Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”. Constitución de la República del Ecuador, decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Sagüés<sup>234</sup> y en sus propias palabras *“de haber una intimación por parte de la Corte Constitucional para que el órgano renuente se expida, la cláusula habilita a la misma Corte para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley”*.<sup>235,236</sup>

A raíz de esto pudiera llegar a surgir la siguiente interrogante: ¿Qué debe hacer la Sala Constitucional frente a las omisiones legislativas inconstitucionales?

A esto la doctrina le ha llamado remedios constitucionales,<sup>237</sup> y con ello se pretende corregir esta omisión deliberada o no, por parte del legislador de no legislar cuando tiene el mandato constitucional de hacerlo. Y no fue, sino hasta el siglo XX específicamente en el último cuarto de este que se encuentran registradas las primeras constituciones que atacan directamente esta institución de la Omisión Legislativa; pero lo que nos interesa es saber en la actualidad que se puede hacer para afrontar esta problemática, qué papel desempeña la Sala de lo Constitucional y que le está constitucionalmente permitido. Es ahí donde se encuentran las llamadas sentencias exhortativas,<sup>238</sup> y de esta se desprenden otras que su importancia tienen para desentrañar esta problemática.

---

<sup>234</sup> Néstor Pedro Sagüés, "Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la corte constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario" (Buenos Aires, Argentina, 2009).

<sup>235</sup> *Ibíd.* Pág. 72

<sup>236</sup> *Ibíd.* Pág. 72-75. La Constitución declara a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control de la constitución (art. 429). Se integra con nueve miembros, que duran nueve años sin reelección inmediata (art. 432). No están sometidos a juicio político. No pueden ser removidos por quienes los nombraron. En caso de responsabilidad penal son enjuiciados por la Corte Suprema de Justicia. Su destitución se decide por los tercios de los miembros de la Corte Constitucional (art. 431).

<sup>237</sup> Néstor Pedro Sagüés, Problemas constitucionales, pág. 254.

<sup>238</sup> cf. Néstor Pedro Sagüés: Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Ad-Hoc, (Buenos Aires, 2006)., pp. 73 y ss.

Estos mecanismos que han surgido a raíz de este conflicto con la única intención de disminuir y darle cumplimiento a la letra Constitucional han sido diversos, tal es el caso de las denuncias, recomendación, llamado de atención y la intimación, sin embargo, estas no logran dar una respuesta concreta, más bien es la típica medicina que se aplica para aliviar el dolor mas no quitar la enfermedad, pues como se ha dicho antes se puede incurrir en la infracción de poderes. Esas respuestas no son similares ni responden a un plan preconcebido.

No es de extrañar, pues, que no guarden coherencia entre sí,<sup>239</sup> algunas fueron recetas muy tímidas, con limitaciones explicables porque se franqueaba con muchas dudas y cierto explicable temor la muralla de las cuestiones políticas no justiciables en uno de sus tramos más sólidos: la discrecionalidad del Poder Legislativo para reglamentar la Constitución. Pero hoy hay recetas audaces, que asignan a la magistratura constitucional papeles nomogenéticos, cuasi-legislativos.<sup>240</sup>

El tiempo en el que se vive debería servir para reflexionar acerca de cuanto se ha hecho, pero también si lo que se ha hecho responde a las inquietudes que surgen en razón de estos problemas, que aunque son coyunturales porque hasta este momento se les da esa categoría, (no significa que no hayan existido antes), es precisamente esa progresividad en cuanto al derecho, para ser exactos en el derecho Constitucional y Procesal Constitucional que permite se aborde con seriedad esta disyuntiva que aunque es creciente ya se ha hecho un esfuerzo por resolverlo. Ahora hay que descifrar si la velocidad con la que se intenta aparejar la problemática es la

---

<sup>239</sup> Sagüés, Problemas constitucionales, pág. 264.

<sup>240</sup> *Ibíd.*

idónea, si no lo es, hay que preguntarse cuál es y qué y cómo debe hacerse, dando a grandes rasgos una respuesta concreta a los incidentes que con antelación se han tratado, es decir, el horizonte parece estar lejano en esta época de ambigüedad, pero ya se está trazando el camino que permita estar más cerca y ver con claridad.<sup>241</sup>

#### **4.5. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en El Salvador**

Los efectos de la sentencia de estimación de la acción de inconstitucionalidad por omisión están íntimamente conectados con la naturaleza de la acción. Es decir, la propia definición de la acción por *omisión* inconstitucional como el mecanismo constitucional de fiscalización destinado a colmar la laguna en el ordenamiento jurídico, tendría que dictaminar, lógicamente, el alcance o extensión de los efectos de la sentencia que estime la acción.<sup>242</sup>

Si se piensa en un instrumento procesal destinado sólo a constatar la demora del poder público, sin que el Tribunal pueda intervenir en el ordenamiento jurídico haciendo editar la norma faltante ni tampoco ordenar al poder competente que lo haga en plazo determinado, la sentencia no tendrá otro efecto sino el de declarar la omisión y dar conocimiento al órgano competente; pero, si se le concibe como un mecanismo constitucional de fiscalización del poder, destinado a proveer la integración del ordenamiento jurídico a fin de imprimir efectividad a la Constitución Federal, entonces la

---

<sup>241</sup> *Ibíd.*

<sup>242</sup> Viveiros, El control de constitucionalidad, pág. 345.

conclusión forzosamente debe ser la de reconocer a la sentencia estimatoria un efecto constitutivo de derecho nuevo.<sup>243</sup>

Dependiendo del ente destinatario de las obligaciones emanadas de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión, así serán las particularidades en sus efectos.

Por la naturaleza del órgano encargado de normar o emitir un acto, en el caso de un ente administrativo con potestades normativas distinto al Órgano Legislativo, sin duda que, por la sencillez del trámite, el propósito de la sentencia se lograría de manera más expedita en el ámbito administrativo.

En el caso de la decisión que pronuncia la inconstitucionalidad por omisión total contendrá siempre la declaración de la demora del Poder u órgano administrativo.<sup>244</sup>

Si en la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión parcial la Sala de Lo Constitucional establecerá que al legislar de manera parcial o deficiente se ha vulnerado el principio de igualdad y por lo tanto es menester legislar de manera adecuada para superar el vacío jurídico.

#### **4.5.1. Soluciones Provisionales**

Hay múltiples remedios jurisprudenciales y constitucionales para atacar a la inconstitucionalidad por omisión. Abunda mencionar, al respecto, sistemas que contemplan una denuncia ante el órgano que controla tal omisión, y otros

---

<sup>243</sup> *Ibíd.*

<sup>244</sup> *Ibíd.* Pág. 341.

que pueden proseguir con recomendaciones, llamados de atención o intimaciones al órgano en mora, la cobertura judicial para un caso concreto, la imposición de un resarcimiento por el daño causado.<sup>245</sup>

Con referencia específica a la actuación de una Sala o Tribunal Constitucional como legislador suplente, y sin pretender agotar la temática, es posible citar a la Constitución de Venezuela de 1999, que en su art. 336 inc. 7º, al contemplar la inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas por parte del poder legislativo nacional, estatal o municipal, establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

Aquí ya se anticipa una gestión como legisladora positiva de la Sala Constitucional, respecto del posible contenido que deberá tener la futura norma a dictarse. Merece igualmente recordarse el caso de la constitución del Estado mexicano de Veracruz, y con alusión a la mora legislativa inconstitucional del Congreso, cuando estatuye que el Tribunal Superior de Justicia fija un plazo de dos períodos ordinarios de sesiones, para que elabore a la norma faltante; y si “transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.

En esta hipótesis, el perfil del Tribunal Superior de Justicia como legislador suplente tiende a definirse más. Se trata de su aptitud constitucional para “dictar las bases (hecho que implica emitir normas, bien que no todas las reglas del caso) que regularán el tema hasta tanto lo haga el legislador

---

<sup>245</sup> Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, “Los jueces y la inconstitucionalidad por omisión”. (Buenos Aires, 2ª ed. Lexis Nexis, 2006)., pág. 129 y ss.

ordinario. Para Fernández Rodríguez, está potenciado para emitir “una especie de normativa básica”.<sup>246</sup>

En el ordenamiento jurídico salvadoreño tal situación es imposible que se suscite por el principio de separación e independencia de órganos, ya que la Sala de lo Constitucional no puede legislar ni siquiera de manera transitoria en un caso concreto.

En el caso ecuatoriano, aproximándose a la alternativa seguida en Chiapas, tal definición es todavía más categórica, ya que, como vimos, consiste en que la Corte Constitucional “expedirá” la norma ausente, bien que de manera “provisional”, y conforme a la ley. Por supuesto, la primera crítica a este régimen es la hipotética violación al principio de división de poderes, dado que la Corte Constitucional estaría cumpliendo aquí funciones nomogenéticas encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos. Vale la pena observar que se trata aquí de una impugnación de tipo académico y conceptual, ya que no es una violación de la Constitución, desde el momento en que es la misma carta política la que programa al sistema que se analiza.

Liminalmente cabe alertar que el órgano presuntamente “invadido” mal podría considerarse “víctima”, ya que si hubiese emitido la norma que no dictó, no existiría problema alguno. Nadie puede, según el viejo adagio latino, alegar su propia torpeza. Además, cada cual es responsable de sus propios actos (en la especie, de su propia omisión, infractora de la constitución). Al mismo tiempo, el citado órgano hipotéticamente “invadido” podría concluir

---

<sup>246</sup> José Julio Fernández, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz, (México: en Ferrer Mac Gregor Eduardo, Derecho Procesal Constitucional, 4ª ed., Porrúa, 2003), pág. 371., quien critica profundamente la alternativa seguida por la constitución veracruzana, por afectar el principio de división de los poderes.

inmediatamente, si lo quisiera, con la supuesta “invasión” de la Corte Constitucional, como ésta actúa aquí “de manera provisional” o sea, como legislador precario, si el órgano constitucionalmente previsto que no sancionó la norma, lo hace cumpliendo con su deber constitucional, *ipso jure* concluye la norma dictada por la Corte Constitucional.

Las normas elaboradas por la Corte son, en definitiva, preceptos bajo condición resolutoria (*sub conditionem resolutur*): tienen vigencia hasta tanto el legislador normal quiera mantenerlos, ya que puede sustituirlos con la norma que él desee sancionar, cumpliendo con el mandato constitucional que le obliga a aprobarla.

#### **4.5.2. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos inter partes<sup>247</sup>**

Una solución de la omisión Inconstitucional, es el mecanismo de interpretación de la norma Constitucional, en cuyo caso adolece de eficacia y aplicación concreta como producto de la omisión hecha por el legislador, para su correcta aplicación, por lo que el tribunal Constitucional, echa mano de la interpretación para la solución de un caso concreto, que tiene efecto en el litigio o controversia planteada por las partes y sus efectos serán únicamente para los intervinientes en dicho proceso.<sup>248</sup> Si se tratara de una omisión de carácter absoluta, deberá interpretarse la norma Constitucional para el caso concreto, sin tener un parámetro de comparación de una norma inferior. Si bien es cierto la norma no es eficaz el órgano tendría que hacer que se aplique al caso concreto, realizando la interpretación que más se pueda aplicar según el canon

---

<sup>247</sup> Barahona Henríquez et. al., “La inconstitucionalidad por omisión”, pág. 154.

<sup>248</sup> Fernández Rodríguez, Aproximación al concepto, pág. 117.

del Derecho Constitucional lo que se entendería que se estaría que se resuelve el caso concreto, pero no queda el resuelto el problema de la omisión constitucional hasta que el Órgano competente y encargado de legislar lo haga.

Por lo tanto, la Interpretación Constitucional con efecto inter partes, es una facultad otorgada por la Constitución para que el órgano de control supla el vacío normativo de forma supletoria para subsanar y crea una situación jurídica temporal que solo tiene efectos entre las partes solo para reparar el daño causado, por medio de una sentencia judicial.

Una de las soluciones provisionales, es una recomendación que hace el tribunal Constitucional, al órgano encargado de dictar la norma y que ha generado una inconstitucionalidad por omisión, en este caso una vez detectado el órgano le informa de la existencia de la misma y le recomienda en una sentencia declarativa y le informa para que este en un plazo rozable procesa a subsanar dicha infracción Constitucional, producto de su omisión la que se puede representar en tres casos o situaciones diferentes, siendo la primera cuando dicha omisión todavía no se torna todavía como inconstitucional, en este caso la recomendación va encaminada a hacer un recordatorio al órgano competente, para que tenga presente el dictar la norma.<sup>249</sup>

La segunda situación es cuando a omisión ya se ha convertido en una omisión se ha configurado como omisión normativa y la recomendación va encaminada a que la subsane para no tener que dictar una sentencia que

---

<sup>249</sup> *Ibíd.* Pág. 121.

establezca que existe una omisión inconstitucional, producto de la inactividad del órgano legislador.

Por último, se puede encontrar en la situación, es cuando la recomendación se hace por medio de una sentencia que establece que en esa parcela del derecho se está frente a una omisión constitucional y el órgano controlador, impone por una sentencia estimatoria la obligación que tiene el órgano emisor proveniente del mandato constitucional para que emita dicha norma jurídica.

Sin embargo, se ha llegado a la consideración de que esta solución provisional, como lo es la recomendación por parte del órgano Controlador para subsanar una omisión Constitucional, a pesar que el derecho fundamental de las personas como consecuencia de la inactividad del legislador, surge el derecho de exigir una indemnización económica a favor de su titular el cual puede ser exigido en los casos siguientes:

Cuando el órgano controlador emitió orden directa de subsanar y el la autoridad requerida no lo hace, y existe la indefensión la desprotección la indemnización se mira como una solución definitiva para compensar el daño, en la integridad jurídica del titular al ser lesionado su derecho fundamental por no haber norma jurídica específica que lo regule, la indemnización representaría el mecanismo de solución definitivo para compensar el incumplimiento del deber ser en detrimento de la persona titular de ese derecho.

Pero existen situaciones en que por su naturaleza no permite la solución anterior, es decir no procesa la recomendación, el juez que conoce el caso no pueda hacer uso de la interpretación ni integración del derecho y no proceda

la indemnización en ese caso, Un ejemplo de lo anterior, es el supuesto en el cual, la norma constitucional contemple la creación de tribunales ordinarios; sin embargo, el legislador, omite crear la ley necesaria para el funcionamiento de los mismos.

Podría considerarse que en este caso el órgano controlador no puede resolver ésta situación mediante la interpretación de la norma constitucional con efecto *inter partes*, en la medida en que dejaría por fuera los demás casos que se encuentran en una situación similar, por el hecho de que no puede elaborar un procedimiento sólo para un particular.

Es así como mediante la indemnización, el órgano controlador obliga al órgano omitente a resarcir al sujeto que vio vulnerado su derecho por el no dictado de la norma, para compensar de alguna manera su inacción contraria a la Constitución.<sup>250</sup>

Por lo anterior, queda claro que la omisión normativa seguirá existiendo hasta que el encargado de dictar la norma decida hacerlo, razón por la cual, la indemnización será una medida provisional; Por otra parte, el problema que se encuentra con la indemnización como mecanismo de solución única es que ésta no resulta siempre satisfactoria, puesto que es lógico que el titular de un derecho prefiere en la mayoría de los casos que se le posibilite el ejercicio del mismo antes de que se le otorgue el pago de una suma determinada, lo cual, resulta evidente si se considera el tiempo que tomaría cobrarle al Estado una determinada suma de dinero. Pese a lo anterior se considera que si ésta medida es utilizada como medio de coerción y se acompaña de una orden vinculante del órgano controlador para que los encargados de dictar la norma

---

<sup>250</sup> *Ibíd.* Pág. 157.

subsanan su inactividad, resultaría un mecanismo idóneo para hacer funcionar el sistema.

En el sistema de Defensa Constitucional salvadoreño, se puede afirmar que no podría implementarse el resarcimiento pecuniario como una medida provisional de solución; ya que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico tienen efectos *erga omnes* o sea, que son de obligatorio cumplimiento para todas las personas, por lo que no se podría indemnizar a un particular cuando a todos les compete la aplicación de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión de algún precepto constitucional.

#### **4.5.3. Soluciones Definitivas<sup>251</sup>**

Como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de controlar la existencia de las omisiones inconstitucionales, a lo que han propuesto diversidad de soluciones o remedios que han considerado como “definitivas”, precisamente con la finalidad de dar respuesta y solventar los efectos que produce la falta de desarrollo del precepto constitucional y esto se hace con carácter permanente. A diferencia de las soluciones provisionales en la que subsiste la vulneración de la norma fundamental, los efectos que producen las soluciones definitivas por la estimatoria de una acción de inconstitucionalidad en esta materia, subsanan por sí mismos la omisión alegada sin la actividad del legislador o de la autoridad administrativa.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> María Ángeles Ahumada Ruiz, “Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad: La suspensión de las leyes presuntamente inconstitucionales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid: número 8., (enero-abril, 1991)., pág. 16.

<sup>252</sup> Morán Funes et. al., “*El control de la constitucionalidad por omisión*”, pág. 148.

#### **4.5.3.1. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos erga omnes<sup>253</sup>**

La doctrina y la Jurisprudencia, han reconocido que existen controles de las omisiones Inconstitucionales que son consideradas como soluciones definitivas, que permiten dar una respuesta permanente a los efectos que produce a falta de desarrollo del precepto constitucional, siendo la principal diferencia entre las provisionales y definitivas, las primeras son aquellas subsisten a pesar que se le dio solución a un caso concreto con efectos inter partes, en estas se subsanan por sí mismos sin la intervención del órgano legislador o autoridad administrativa.

Esta mediada radica en la posibilidad del Tribunal Constitucional de recurrir a la aplicación del precepto constitucional con efectos Erga Omnes, en el caso de emitir una orden a la autoridad causante de la inconstitucionalidad por omisión, es el caso particular de las sentencias aditivas, en los que se pretende observar los llamados “encargos del Legislador”, así como “La Supremacía Constitucional”, por lo que se estudia su aplicación en la realidad jurídica Salvadoreña tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial así tenemos: Que la interpretación de la norma constitucional, que se produzca en relación a un punto en particular, sirve a sí misma, para solventar la existencia de una omisión Constitucional, pero para que no quede siempre el vacío normativo se consagro la declaratoria de Omisión Inconstitucional, por lo que trae aparejada que los razonamientos son suficientes para restituir de pleno derecho el goce de sus derechos

---

<sup>253</sup> *Ibíd.*, Pág. 162.

fundamentales, en el caso de las omisiones relativas la interpretación dirigida a beneficiar a los grupos olvidados del precepto constitucional.

En cuanto a la inconstitucionalidad absoluta, la interpretación el proceso constitucional de ejecución diferida con efectos *erga omnes*, aunque por medio de esta es posible satisfacer algunos casos sobre los derechos y las pretensiones de los particulares, sin embargo no impide que se adopten mecanismos para asegurarle al particular el goce más oportuno del derecho no protegido por la inactividad del órgano legislador, el cual debe ir acompañado de la comunicación con este órgano encargado de dictar la norma.

Guarda así tanto la restitución del derecho vulnerado, así como regular el vacío normativo Constitucional, potestad de ordenar a la autoridad estatal cuya inactividad produce la omisión Inconstitucional.

La presente solución catalogada como definitiva, consiste en que el órgano de control constitucional, por medio de un proceso de inconstitucionalidad<sup>254</sup> y por la orden de una sentencia definitiva con carácter de obligatorio cumplimiento (*erga omnes*), para que la autoridad competente dicte la norma necesaria que dicte la cláusula constitucional. Es necesario que para ello se proceda a establecer un plazo razonable para que proceda a hacerlo.<sup>255</sup> Sin embargo, es distinto el análisis en el caso en que la autoridad

---

<sup>254</sup> Aunque en la realidad jurídica salvadoreña, no está plasmado o regulado en si un proceso de Inconstitucionalidad por omisión, para combatir una inconstitucionalidad por omisión, si existen precedentes jurisprudenciales donde se ha tramitado una inconstitucionalidad por omisión regido por las normas especiales establecidas en la Ley de procedimientos Constitucionales. Artículo 6, se traslada al Fiscal para que evacue cualquier objeción en un plazo de 90 días, Art 8 LPC, y la sentencia definitiva que emite la Sala admite ningún recurso en contra y tendrá efectos *erga omnes* art 10 LPC.

<sup>255</sup> Carlos Arellano García, Teoría General del Proceso. (México: 5ª Edición Editorial Porrúa S. A. 1995), página 433.

omitente es el legislador o una autoridad administrativa, porque en el primer caso, participan ciertos principios que integran el derecho de la Constitución; entre ellos la división de funciones y la separación de poderes, que matiza la actividad que pueda realizar el Tribunal Constitucional, sobre todo en los casos en que éste tribunal es parte integrante de uno de los órganos que integra el Poder Judicial.<sup>256</sup>

De ésta manera si el órgano omitente es una autoridad administrativa con poder normativo, la Sala puede establecer un plazo para que ésta desarrolle la disposición correspondiente, y, por otro lado, si se trata de una omisión del legislador la sala debería limitarse a imponer un término a la Asamblea Legislativa a efecto de que dicte las normas correspondientes.

---

<sup>256</sup> Cuando la sala establece un plazo en una sentencia impone un lapso de tiempo para que la Asamblea Legislativa de forma voluntaria cumpla con el mandato de emitir la norma jurídica , , 23-2012, en relación al tema de Indemnización por daño moral, se cita el extracto del fallo de la misma “Falla: 1. Declarase de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión alegada por el demandante, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 2 inc. 3° de la Constitución, al no haber emitido la normativa que determine las condiciones bajo las cuales se deberá materializar el derecho a la indemnización por daños morales. En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá emitir a más tardar el 31 de diciembre del presente año, (es decir año 2015); la ley por la que se fijen las condiciones de ejercicio del derecho a la indemnización por daño moral. Para ello, debe tener presente lo determinado en los romanos III. 2 y IV de esta sentencia.

## **CAPITULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

En el presente capítulo se ha analizado de manera pormenorizada la figura de las omisiones legislativas con relevancia constitucional, se hacen las conclusiones pertinentes y se procede a realizar una propuesta teórica de un mecanismo de ejecución de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad por omisión, se ha señalado las modificaciones que se le deben hacer al anteproyecto de Ley Procesal Constitucional en cuanto a los criterios jurídicos e intervinientes en la ejecución de las sentencias, para que se les dé cumplimiento de manera expedita y suplir justamente las omisiones que afectan derechos fundamentales y todas aquellas que impiden el normal funcionamiento en El Salvador.

#### **5.1. CONCLUSIONES**

La ejecución de las sentencias son los mecanismos que dan efectividad y validez a las sentencias dictadas por los órganos competentes y tribunales de Justicia, al advertir tal aseveración es necesario que sea un tema a tratar en esta Investigación en cuanto que interesa resaltar la necesidad que en primer lugar se reconozca en el ordenamiento jurídico salvadoreño la institución de la Inconstitucionalidad por omisión, en consecuencia, se establezca un mecanismo para la fiel ejecución de las sentencias que emite la Sala de lo Constitucional. Al concurrir que es una necesidad que el órgano Judicial cuente con las herramientas y tenga la potestad legal plena para “juzgar y hacer cumplir lo juzgado” en materia de inconstitucionalidad por omisión. La Sala de lo Constitucional como máximo tribunal en materia de

Justicia Constitucional<sup>257</sup>, ejerce el control concentrado de la Constitucionalidad en nuestro país, en cuanto que es el Tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido<sup>258</sup>, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano y es éste tribunal también al que le corresponde conocer y resolver de las demandas de Inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el Habeas Corpus, las controversias entre el órgano ejecutivo y Legislativo a las que se refiere el artículo 138 Cn, y las causas mencionadas en la atribución 7° del artículo 182 Cn.<sup>259</sup>

La Convención Americana sobre de Derechos Humanos, en su artículo 25, cuando nos habla de la Protección Judicial reconoce el derecho a la protección judicial como el derecho a un recurso efectivo que ampare las personas contra actos que desconozcan su derecho. En ese sentido la Convención reconoce como elemento de la protección judicial 1) que sea una autoridad competente quien reconozca los derechos de las personas; 2)

---

<sup>257</sup> Establece el Artículo 172 Cn. "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucionales, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.

<sup>258</sup> Ref. (Sentencia del 28 IV-2000, INC. 2-95, Considerando IV- 1). Ha establecido la Sala de lo Constitucional la posibilidad de conocer omisiones inconstitucionales como objeto de control; así, ha afirmado que entre las disposiciones que integran la Constitución "se incluyen las que la doctrina denomina encargos al legislador, mandatos al legislador o mandatos constitucionales; es decir, normas que prevén la indispensable emisión de disposiciones infra constitucionales que las desarrollen y concreten, para poder cobrar plena eficacia.

<sup>259</sup> Art. 174 Cn. La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolverlas 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 y las causas mencionadas en la atribución 7a. del Art. 182 de esta Constitución. La sala de lo constitucional estará integrada por cinco magistrados designados por la asamblea legislativa. su presidente será elegido por la misma en cada ocasión en que le corresponda elegir magistrados de la corte suprema de justicia; el cual será presidente de la corte suprema de justicia y del órgano judicial.

Desarrollar las posibilidades de un recurso judicial, y 3) Garantizar el cumplimiento, por la autoridad competente, de toda la decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Este principio rige de manera especial en las sentencias propias de la justicia constitucional, cuya misma naturaleza radica en la protección de derechos fundamentales, tal como lo manifiesta la jurisprudencia española “El derecho a ejecutar sentencias forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que de lo contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían sino meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico sin efectividad alguna.”<sup>260</sup>

Es por ello que en el ordenamiento jurídico salvadoreño es necesario emitir una nueva ley procesal constitucional que regule el mecanismo de ejecución de las sentencias de inconstitucionalidad por omisión, si es el caso, establecer plazos al legislador para que legisle, emita el acto al que competencialmente está obligado a hacer, para garantizar la seguridad jurídica para los administrados y/o justiciables y evitar situaciones de ingobernabilidad en aquellos casos en que el legislador no emite un acto político de nombramiento de funcionarios de segundo grado. Por lo que se toma de vital importancia dotar de efectividad la sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional, que decreta una Inconstitucionalidad por omisión y el camino que esta señala al órgano omisor la subsane, El ejercicio de esta atribución se puede hacer de emergencia en cuanto se toma como que la naturaleza y razón de ser del mecanismo tiene un alto grado de “interés Público”<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Tribunal Constitucional Español, sentencia 41/1993, de 8 de febrero. BJC-143 pág. 92

<sup>261</sup> García de Enterría, sostiene que “El interés público como concepto jurídico indeterminado, se trata de conceptos con que las Leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses y actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”.

Es entonces el sinónimo de bien común, en atención a la óptica desde la cual se visualicen estos conceptos, lo equivalente a interés público, ya que interés público es un concepto Jurídico administrativo y bien común es la dimensión jurídica política de este.

Para el autor Chileno Máximo Pacheco, el bien común es el conjunto de las condiciones espirituales, culturales y materiales necesarias para que la sociedad pueda realizar su fin propio y establecer un orden justo que facilite a las personas humanas que integran la sociedad alcanzar su fin trascendente<sup>262</sup>.

Una vez decretada la Inconstitucionalidad se actualiza un evidente interés público en el remedio de la actitud omisiva del legislador, el tiempo que se otorga para su subsanación, en cuanto a una u otra no quiere decir que dicho interés no esté latente, el criterio temporal se basa más en necesidades técnicas que emanan del propio proceso Legislativo, por lo resultaría correcto disponer de una facultad discrecional dependiendo que la naturaleza de la materia omitida lo amerite, por ejemplo aquellas omisiones legislativas tendientes a la integración y funcionamiento de órganos de relevancia Constitucional y con más interés aun aquellas relacionadas a categorías dispuestas al desarrollo y protección de los derechos fundamentales<sup>263</sup>. Las conclusiones de la presente investigación se sintetizan de la siguiente manera:

---

<sup>262</sup> Máximo G. Pacheco, *Teoría del Derecho*, (Santiago de Chile, editorial Temis, 1990)., pág. 499.

<sup>263</sup> Cesar Astudillo, *“La Inconstitucionalidad por omisión Legislativa en México”*, Acervo Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>

1. El reconocimiento<sup>264</sup> y desarrollo normativo de esta Institución Jurídica Constituye una necesidad real, social, política y jurídica para tener una herramienta eficiente para actualizar el orden jurídico del país, a través del estricto respeto a la Supremacía Constitucional y Justicia real efectiva de los mandatos de la Constitución que no son solo meros enunciados y recomendaciones de buena voluntad de carácter moral sino son verdaderas normas jurídicas que deben ser acatadas, y así garantizar la tutela legal efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para ello es necesario establecer un mecanismo eficaz para la ejecución de las sentencias que la Sala de lo constitucional emita.

2. La omisión legislativa constituye por sí misma una violación constitucional. Así como se puede violar los preceptos constitucionales por una acción de Legislar una norma jurídica contraria a la Constitución, se puede violar a través de una conducta omisiva, por parte del legislador o del ente administrativo encargado o competente y obligado a Legislar o emitir un acto en cuanto a la función reglamentaria que impiden que puedan efectivizarse los preceptos constitucionales, y por tanto altera el orden jurídico.

Por lo tanto, Omisión inconstitucional implica demora, inacción o abstención en el cumplimiento de un mandato constitucional principalmente por parte del órgano legislativo y en su caso el órgano ejecutivo.

3. Toda Constitución tiene distintos tipos de normas, y algunas de ellas (las de eficacia diferida), no despliegan toda su eficacia, sino hasta que son

---

<sup>264</sup> El anteproyecto de Ley Procesal Constitucional, en su Artículo 85, reconoce la figura de Inconstitucionalidad por omisión al mencionarla de la siguiente manera “Procede la pretensión de inconstitucionalidad contra disposiciones infra constitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales”.

reglamentadas por la legislación infra Constitucional, esto sin negar la fuerza normativa de todas y cada una de sus disposiciones.

La actual Constitución salvadoreña entró en vigencia el 15 de diciembre de 1983, de esa fecha el Legislador quedó obligado a darle desarrollo mediante los diferentes mandatos contenida en ella, sin embargo, al no establecer un plazo para hacerlo, dado el tiempo excesivo que ha pasado, y el órgano obligado a emitir la norma no lo ha hecho después de más de treinta años de vigencia de la actual Constitución, la Sala de lo Constitucional se ha visto en la necesidad de emitir Sentencias declarando que existe la inconstitucionalidad por omisión alegada y fijar plazo para que el órgano obligado emita la norma jurídica, tal fue el caso en la actualidad de la Ley de Reparación por daño moral, la cual entro en vigencia el 16 de Enero de 2016, y la Sala Constitucional había dado de plazo fatal para su emisión el 31 de diciembre del año 2015, por lo que la asamblea legislativa tomó las medidas pertinentes para cumplir con la sentencia con referencia número 53-2012 y evitar caer en desobediencia a mandato judicial.

4. Hay diversos tipos de omisión legislativa, como la absoluta que consiste en la ausencia de un conjunto normativo reglamentario de la Constitución, cuya expedición o bien es directamente un mandato constitucional, o que ella misma remite a la legislación secundaria al disponer que se actuará en los términos que disponga la ley reglamentaria respectiva. Asimismo, para cumplir un mandato constitucional no sólo es necesario que el legislador emita la norma, sino además, es indispensable al mismo tiempo, que dicha Ley sea suficiente para otorgarle eficacia a la norma constitucional, ya que en los textos constitucionales existe un tipo de normas llamadas encargos al legislador, los cuales son de eficacia limitada (normas

incompletas), que se presentan como auténticas exigencias para el Poder Legislativo al entrañar verdaderas obligaciones jurídicas de desarrollo ulterior.

Por lo anterior, el control de la Constitucionalidad por omisión se ejerce tanto contra las omisiones absolutas consecuencia de la infracción del principio de legalidad, como contra las omisiones relativas que es la omisión legal inconstitucional que se han presentado en nuestro ordenamiento jurídico, la gran mayoría debido a una regulación deficiente o incompleta del legislador, se trata de casos en que la norma legal se dicta, pero al omitir determinados contenidos o previsiones, la misma no cumple a cabalidad con las exigencias impuestas por nuestra Carta Magna al poder legislativo. Conforme a lo anterior, El Tribunal Constitucional principalmente ha debido hacer frente a omisiones relativas, las cuales en su mayoría han atentado contra el contenido, formal y/o material, de los derechos fundamentales consagrados en el art. 3 Cn., referentes al derecho de Igualdad Universal.

Debe dejarse constancia de que en el caso de la inconstitucionalidad por omisión de actos no es que la asamblea legislativa haya incumplido un mandato legislativo consistente en la emisión de un acto de naturaleza política como es la elección de los titulares del CNJ, sino que ha demorado el último acto de elección que le compete en razón de haber terminado el periodo para el que fueron elegidos los anteriores titulares ha culminado, por lo tanto hay una demora en el ejercicio de una competencia constitucionalmente atribuida.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad por omisión*, Referencia: 57-2016 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016). Admítase la demanda por medio de las cuales solicitan que se declare la inconstitucionalidad por omisión absoluta en que habría incurrido la Asamblea Legislativa, al no haber elegido a los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, pese a que ha transcurrido un aproximado de 11 meses desde que tal institución carece de titulares. Arts. 131 Ord. 19° y 187 inc 3 ° Cn.

5. la Institución de La Inconstitucionalidad de las leyes, como género se encuentra regulado en la Ley de procedimientos Constitucionales del artículo 6 al 11, sin embargo, la inconstitucionalidad por omisión legislativa como especie, no cuenta con procedimiento adecuado para que se pueda ventilar una demanda por dicha institución, así como normas jurídicas procesales que regule el proceso y sobre todo que establezca un mecanismo para la ejecución de la sentencia que garantice su efectividad.

La acción de inconstitucionalidad prevista por el artículo en los artículos del 6 al 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales,<sup>266</sup> no es el medio idóneo para resolver la inconstitucionalidad por omisión legislativa, dado que sus características son opuestas.

En la acción citada se requiere de la existencia de una norma vigente que presumiblemente viole la Constitución, en tanto que, en la omisión legislativa, como su nombre lo dice, lo que hace falta es la expedición de alguna norma en acatamiento a un mandato constitucional.

6. Una forma de preservar el orden jurídico y la supremacía constitucional<sup>267</sup>, además de las que ya obran en nuestra Constitución, es a

---

<sup>266</sup> La ley de procedimientos constitucionales data del año 1960 y ha venido siendo revisada y modificada, pero contiene actualmente elementos que no resultan aplicables al contexto social y político de El Salvador. Además, no ha incorporado elementos del Derecho constitucional comparado que permitan mejorar la garantía de los derechos humanos en la justicia constitucional.

<sup>267</sup> El Anteproyecto de Ley procesal Constitucional, establece en su artículo 1 su finalidad que es "Garantizar la supremacía de la normativa Constitucional, en el ejercicio pleno de los derechos consagrados en esta y el funcionamiento regular de los Órganos de Gobierno y entidades Públicas, mediante la regulación de procesos y procedimientos" entre las cuales establece el de Inconstitucionalidad, además de considerar el control difuso, regulando la inaplicabilidad de tratados, leyes, disposiciones y actos jurídicos subjetivos, públicos o privados, por el Juez Ordinario en el caso de considerarlas como transgresoras de la Constitución.

través del medio de control constitucional relativo a la acción por omisión legislativa.

7. Con base en las legislaciones de distintos países, se puede decir que los "remedios o soluciones" a la inconstitucionalidad por omisión legislativa son los siguientes: denuncia ante un órgano superior, la recomendación, el llamado de atención, la intimación, la cobertura, el resarcimiento y la compulsión constitucional.

8. En países como Portugal, Brasil y Venezuela, prevén la inconstitucionalidad por omisión legislativa en forma concreta, en los casos de Ecuador y Paraguay, se infiere del contenido de varios preceptos constitucionales que prohíben su violación bajo el argumento de que no hay norma reglamentaria. A nivel estatal, está prevista en Brasil, en los estados de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina; en Argentina, la provincia de Tucumán y Río Negro. Las Constituciones locales de los estados de Veracruz, Coahuila, Chiapas, Quintana Roo y Tlaxcala contemplan la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, con tratamientos diversos.

9. No obstante, que no se encuentra prevista en la Constitución de la República dicha Institución Jurídica de Inconstitucionalidad por omisión, ni en la ley secundaria y exista escasa doctrina sobre la misma, la Sala de lo Constitucional de la corte Suprema de Justicia, ha resuelto casos en los que ha considerado la omisión legislativa relativa o parcial y la Inconstitucionalidad por omisión absoluta y la ha solucionado ordenando al legislador que proceda a la sanción de las normas respectivas, tanto en Inconstitucionalidad por omisión absoluta así como la parcial para lo cual se hace necesario incorporar

un cuadro de estudio de casos de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional en cuanto a esta temática más recientes:

Declaratoria de inconstitucionalidad por omisión, debido que la Asamblea Legislativa no incluyó en la ley de telecomunicaciones, la regulación que garantice mecanismos alternos además de la subasta, para la adquisición del derecho a explotar el espectro radioeléctrico para los distintos servicios que se brindan a partir de dicho recurso, especialmente, los servicios de radio y televisión abierta, teniendo en cuenta los derechos fundamentales que entran en juego, como son el ejercicio del derecho fundamental de fundar medios masivos de comunicación y el derecho a estar informado. 65-2012AC, veintinueve de julio de dos mil quince.

Indemnización por Renuncia Voluntaria (Inconstitucionalidad por omisión absoluta) Inconstitucionalidad por omisión absoluta, sentencia de fecha se emitió la ley de reguladora de la prestación económica por renuncia voluntaria- decreto legislativo 596, de fecha 18/12/2013, publicado 16/01/2014 entro en vigencia el 01/01/2015. Se suplió la omisión constitucional absoluta del articulo arts. 38 Ord. 12° y 252 de la constitución (en adelante Cn.).

Inconstitucionalidad por Omisión en la Ley de Partidos Políticos (Inconstitucionalidad por omisión parcial) Porque la asamblea legislativa, a pesar d emitir la Ley de Partidos Políticos, sin embargo, incumplió el mandato contenido en los artículos 2 inc. 1 frase 2ª y 6 Cn. En relación al 72 Ord 3 y 79 Ord 3 en relación a los art. 85 inc. 2 frases 2 Cn. Relativos a no regular en lo a teniente al acceso a la información y financiamiento de partidos políticos.

Indemnización por Daño Moral (inconstitucionalidad por omisión absoluta). Se emitió la ley de reparación por daño moral, el día 10/12/2015 fue

publicada el 08/01/2016. Suplió una omisión constitucional del artículo 2 inciso 3 de la constitución de la República de 1983, emitida el 15/12/1983.

10. Omisión inconstitucional hace referencia a que la Asamblea Legislativa no ha legislado, ha legislado defectuosa o parcialmente, no realiza acto de elección de segundo grado al que competencialmente está obligado y en el caso del Órgano Ejecutivo no emitir un reglamento de ejecución de una ley cuando así debe hacerlo.

11. Es imprescindible que se dicte una nueva ley procesal constitucional que reconozca la figura de la inconstitucionalidad por omisión, no obstante, también está expedita la vía de reforma constitucional para reconocer dicha figura.

12. El proceso mediante el cual se fiscaliza una omisión anticonstitucional es un proceso de defensa de la constitución y no un ataque político al órgano sometido a control.

13. Al reafirmar La supremacía y la fuerza normativa de la constitución en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión frente al órgano legislativo, éste puede sentirse invadido en su soberanía parlamentaria.

14. Mientras que una laguna del derecho vulnera principios como los de certeza, seguridad jurídica, continuidad y complitud del ordenamiento jurídico, una omisión legislativa infringe el principio de supremacía constitucional y fuerza normativa de la constitución.

15. Generalmente la demora, inacción o abstinencia inconstitucional se genera producto del involucramiento de intereses políticos que dificultan la tarea de emitir un acto, reformar o emitir una ley.

16. En razón de lo anterior, debe crearse una acción procesal distinta a la señalada en el artículo 6 al 11 de la Ley de Procedimientos, que será precisamente la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la cual es menester que sea consignada en la Constitución y la ley de Procedimientos Constitucionales.

17. La inclusión de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa incide en una mejora al sistema de justicia constitucional de nuestro país, constituye un avance en el acceso a la justicia constitucional y es un paso firme encaminado a su modernización.

18. En cuanto a los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión debe destacarse lo siguiente:

El efecto de una sentencia estimatoria dentro de un proceso Constitucional conlleva la expulsión de la norma impugnada del ordenamiento jurídico. Sin embargo en la Inconstitucionalidad por omisión no se deriva de la existencia de una norma sino de su inexistencia los efectos de la sentencia estimatoria son de otra naturaleza ya que no hay norma que expulsar como objeto de control, sino sus efectos mediatos radicaría en otorgar un plazo al órgano infractor competente de emitir la norma, para que lo haga, que si dicho plazo no es obedecido, y vence lo que pasara seria que el tribunal Constitucional dictar las bases a las que deberán sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.

Es éste mecanismo lo que lleva a posesionarse como un sistema de avanzada que no se conforma solamente con una mera declaración de la Inconstitucionalidad por omisión como una inercia del legislador o solo exhortándolo que legisle la norma omitida, sino actuar como instancia colegiada al estar facultado para emitir normas de eficacia temporal limitada que vincule los poderes públicos y que luego guiarían la actividad del legislador, que abre la discusión de los poderes creativos del Juez Constitucional ya que realiza una actividad de suplencia temporal que puede denominarse como Para legislativa.

La Constitución del Estado de Veracruz en México, ha sido pionera en el establecimiento de un sistema de Justicia Constitucional en su introducción a tenido notable influencia en los demás estados Mexicanos en cuanto a este tema, además ha sido aliciente inmediato para que otras entidades fortalezcan el aparato competencial de su organización judicial con la introducción de instrumentos procesales de tutela Constitucional por ejemplo la institución de la omisión Legislativa fue incorporada por reforma constitucional en el Estado de Veracruz en el año 2000.

El proceso mediante el cual se fiscaliza la omisión del Legislador es un proceso de tutela objetiva de la Constitución, esto significa que es un mecanismo procesal que representa un medio de control de naturaleza abstracta donde la Constitución Funciona en calidad de premisa mayor, y la actitud omisiva del legislador en calidad de premisa menor del silogismo realizado por el Juez Constitucional.

## 5.2 RECOMENDACIONES

Recomendación del procedimiento a seguir para la ejecución de las sentencias de inconstitucionalidad por omisión de carácter estimativas, con la legislación y jurisprudencia actual.

Como se ha estudiado en este trabajo de investigación, una forma de preservar los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución es a través del proceso de inconstitucionalidad por omisión, lo que nos lleva a decir que en la actualidad y en la configuración de la nueva Sala de lo Constitucional que al parecer tiene diferente criterio jurídico en cuanto a la figura en cuestión, no es, sino, hasta la conformación y trabajo de la Sala de lo Constitucional en funciones que se dan las primeras sentencias estimativas de las demandas de inconstitucionalidad por omisión incoadas en dicho tribunal constitucional.

Es de esta forma que la Sala de lo Constitucional ha admitido y resuelto casos de inconstitucionalidad por omisión como es el caso de la resolución 53/55-2005 que se refiere a la indemnización por retiro voluntario que omite desarrollar el mandato al legislador propuesto en los artículos 38 Ord. 12 y 252 Cn y la resolución 53-2012 indemnización por daño moral que infringía el mandato al legislador al omitir referirse al contenido del artículo 2 inc. 3° Cn.

En tal sentido las resoluciones de la Sala de lo Constitucional, provocaron que la Asamblea Legislativa emitiera decretos con el fin de cumplir el mandato al legislador además de cumplir la sentencia de la Sala de lo Constitucional y sobre todo superar la omisión declarada, como lo son en los casos correspondientes: Ley reguladora de la prestación económica por

renuncia voluntaria (Decreto 592, 16/01/2014) y la Ley de reparación por daño moral (Decreto 216, 08/01/2016).

Por tal motivo es necesario recomendar que la Sala de lo Constitucional tomando en cuenta la Jurisprudencia de los países que ya regulan esta institución y que han dado un tratamiento jurídico a esta figura como es el caso de los tribunales constitucionales de Brasil, el Estado de Veracruz en México, y España, que plantean una serie de soluciones provisionales y definitivas para subsanar la omisión constitucional y priorizando aquellas que ofrecen una respuesta inmediata y que dota de eficacia a la norma constitucional que contiene el mandato al legislador.

Un ejemplo que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador puede tomar como parámetro es el de Brasil, en cuanto a la acción genérica directa o mandato de Injunção, a saber, el caso de conferir una inmediata eficacia y aplicabilidad a la norma constitucional cuando la omisión de esta genere una violación a un derecho fundamental o a la tutela efectiva de este, y así, de este modo avanzar en el desarrollo de la institución jurídica de la inconstitucionalidad por omisión en El Salvador.

La Sala tomaría un papel más protagónico al convertirse en legislador positivo precario al emitir resoluciones constitutivas de carácter aditiva que restituya el derecho, a fin de darle una respuesta pronta y oportuna al justiciado en cuanto a su pretensión a pesar que existía la omisión alegada. Es sabido que la resolución emitida sería de carácter inter partes, y de naturaleza provisional. Dicho de manera más específica la Sala de lo Constitucional actualmente solo emite exhortos a la Asamblea Legislativa para que legisle de tal o cual manera, más se recomienda que ordene a este Órgano de Estado, Institución Autónoma o ente responsable según sea su mandato, que en un

término de tres meses elabore un anteproyecto de iniciativa de ley formal y este sea presentado a la Asamblea Legislativa para su discusión en la comisión respectiva. Es la finalidad de enaltecer los fines constitucionales que se busquen acercamientos entre la Sala de lo Constitucional y la Asamblea Legislativa en temas de especial relevancia, especialmente en aspectos de la inconstitucionalidad por omisión.

Todo lo anterior se basa en el cumplimiento de compromisos constitucionales que tienen los Órganos de Estado, el trabajo coordinado entre dichos entes debe girar primordialmente a la base de la búsqueda de la formulación de un anteproyecto de ley procesal constitucional que regule la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

Por consiguiente, al no existir una ley y buscando la formación de esta, que regule efectivamente esta figura proponemos lo siguiente:

En un proceso de inconstitucionalidad por omisión se ven involucrados intereses de la sociedad es recomendable establecer atribuciones directas al procurador para la defensa de los derechos humanos y al Fiscal General de la República para que tengan un papel más protagónico de fiscalización cuando una vez dictada una sentencia de esta naturaleza, investigue el porqué de la falta de cumplimiento por parte de la Asamblea Legislativa.

Dado que el Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional en el capítulo III Art. 85, establece “Procede la pretensión de inconstitucionalidad contra disposiciones infra constitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales” sin embargo las

dispersiones normativas referentes a la inconstitucionalidad por omisión nada expresan sobre el mecanismo para ser ejecutadas dichas sentencias.

Las correspondientes recomendaciones si bien es cierto son un planteamiento teórico- se ha formulado valorando jurídicamente nuestra realidad normativa, teniendo a la vista disposiciones normativas de derecho comparado y como referencia la fuerza normativa y supremacía constitucional.

En cuanto al derecho comparado se ha examinado la Constitución del Estado Federado mexicano de Veracruz en El artículo 65, fracción III donde dispone que el Pleno del TSJV conozca en los términos que establezca la ley: *“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, que interponga: a) el gobernador del Estado,”*

Para el caso salvadoreño, la disposición normativa que reconozca dicha figura puede redactarse así: *“procede la acción de inconstitucionalidad contra comportamientos omisivos del Estado cuando dicha omisión afecte derechos fundamentales y la plena vigencia de la constitución”*.

No obstante, lo anterior, lo pertinente desde el punto de vista Procesal Constitucional sería redactar un nuevo articulado en consonancia con las modernas tendencias en el ámbito procesal constitucional.

Sin embargo, previo a exponer las adecuaciones necesarias que regulen la inconstitucionalidad por omisión en El Salvador es necesario tomar en cuenta el Principio de Prescripción o Temporalidad en materia de los Títulos de Ejecución, pues las recomendaciones que aquí se formulan están

enfocadas a garantizar la inmediata ejecución de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión o que a ésta se le dé cumplimiento a la mayor inmediatez posible.

El Principio de Prescripción o Temporalidad está S sustentado en la seguridad jurídica y prescribe que las sentencias y títulos de ejecución en general no pueden quedar abiertos a perpetuidad, por lo que, en el caso de sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión, deberá ser la propia Sala de lo Constitucional quien deberá verificar la ejecución de la misma a la mayor brevedad posible, pues ésta se encuentra habilitada para controlar el cumplimiento de sus fallos, de oficio o a petición de parte.

Este alcance de la función jurisdiccional en materia constitucional se encuentra establecido por el art. 172 inc. 1° frase 2ª Cn., el cual prescribe que la jurisdicción no solo comprende la potestad de juzgar, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado (auto de seguimiento de cumplimiento de la sentencia pronunciada en los procesos 19-II-2015, Inc. 57-2011)<sup>268</sup>, aunado a ello el fiscal general deberá realizar las providencias necesarias para su fiel cumplimiento.

Con fundamento en el citado principio es pertinente adecuar las disposiciones normativas del anteproyecto de Ley Procesal Constitucional. Al analizar la regulación actual se denota la necesidad de sustituir la Ley de Procedimientos Constitucionales vigente, que data del año 1960. En la parte relativa a las omisiones inconstitucionales, el anteproyecto de Ley Procesal Constitucional debe aprobarse de la siguiente manera: Análisis del

---

<sup>268</sup> Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 94-2014 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional. Recomendaciones en cuanto al tema de inconstitucionalidad por omisión:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR  
CONSIDERANDO:

I. Que es necesario sustituir la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, por otra que facilite la garantía y pleno respeto de los derechos consagrados en la normativa constitucional, la supremacía de la Constitución y el funcionamiento regular de los órganos del Gobierno.

II. Que, para esos propósitos, la nueva ley deberá regirse por principios que doten de eficacia y celeridad a los procesos y procedimientos constitucionales.

En cuanto al Art. 1 en lo que se refiere a la finalidad de la presente Ley se advierte que no se toma en cuenta la Inconstitucionalidad por omisión a pesar que en artículo 85 de la misma lo menciona y se advierte por que como lo estudiamos anteriormente la Inconstitucionalidad por omisión a pesar de ser una especie de la Inconstitucionalidad propiamente dicha, es completamente diferente su tratamiento, ya que en este es por ausencia de norma jurídica es decir no existe un parámetro comparativo en la norma jurídica objeto de control. Por lo tanto, en este artículo debió haberse incluido la Inconstitucionalidad por Omisión en el apartado de la finalidad de la misma.

*Finalidad*

Art. 1. La presente ley tiene por finalidad garantizar la supremacía de la normativa constitucional y fuerza normativa de la constitución, el ejercicio

pleno de los derechos consagrados en ésta y el funcionamiento regular de los órganos del Gobierno y entidades públicas, mediante la regulación de los procesos y procedimientos siguientes:

- (a) Hábeas corpus o exhibición personal;
- (b) Amparo;
- (c) Inconstitucionalidad de ley y omisiones legislativas.
- (d) Controversias que se susciten entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo, en el proceso de formación de la ley; y
- (e) Conflictos entre órganos constitucionales.

En esta ley se regula, además, la inaplicabilidad, por parte de tribunales y jueces, de tratados, leyes, disposiciones o actos jurídicos subjetivos, públicos o privados contrarios a la normativa constitucional.

En cuanto a la potestad Sancionadora no se ha tipificado la infracción por omisión a un mandato de emitir una norma jurídica.

## POTESTAD SANCIONADORA

### *Incumplimientos*

Art. 10. El funcionario, empleado público o persona que en un proceso o procedimiento regulados en esta ley, de cualquier manera no realizare actos ordenados por el tribunal o desobedeciere mandatos del mismo, retardare, impidiere u obstaculizare su tramitación o la ejecución de las diligencias o de las sentencias, o falseare u omitiere deliberadamente hechos o datos importantes en sus informes, incurrirá en la multa que esta ley determina; y

deberá ser obligado coactivamente a cumplir y respetar las decisiones respectivas o a coadyuvar en el cumplimiento de ellas.

Si alguna de las anteriores conductas constituyere la posible comisión de una infracción penal, el tribunal deberá remitir certificación de los pasajes pertinentes del proceso al Fiscal General de la República.

### *Cuantía de las multas*

Art. 11. Las multas se determinarán en cada caso tomando en cuenta la gravedad de la infracción y la capacidad económica del contraventor. Su monto oscilará entre el equivalente a uno y diez salarios mínimos, previa audiencia al supuesto infractor. La multa deberá cancelarse en el plazo de cinco días contados desde el siguiente al de la notificación, y cuando no sea satisfecha en dicho plazo, se seguirán los trámites del procedimiento común.

## MINISTERIO PÚBLICO

### *Fiscalía General de la República*

Art. 19. - El Fiscal General de la República deberá intervenir en los procesos de Inconstitucionalidad en defensa de la normativa constitucional y, además, podrá plantear la pretensión de inconstitucionalidad.

El no cumplimiento de una sentencia estimatoria de Inconstitucionalidad por Omisión, una vez vencido el plazo o su prórroga para su cumplimiento y no haberlo hecho sin causa justificada; El fiscal General de la República, deberá solicitar informe a la autoridad infractora para que en un plazo de 15 días hábiles manifieste las razones del retraso en cuanto al cumplimiento de la sentencia y el estado en el que se encuentra el proceso,

si no se acreditaren las razones del incumplimiento procederá a deducir responsabilidades tanto en el ámbito administrativo como penal de conformidad al Artículo 10, 11 y 91 de la presente ley.

#### *Procuraduría General de la República*

Art. 20. El Procurador General de la República podrá pedir la declaratoria de Inconstitucionalidad de aquellas disposiciones que considere violatorias de derechos cuya protección le esté encomendada.

#### *Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*

Art. 21. - El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos podrá promover e Intervenir en los procesos regulados por esta ley, cuando pretenda obtener protección de derechos consagrados en la normativa constitucional.

Art. 53. Cuando se reclame contra el acto de aplicación de una disposición alegada como inconstitucional, o contra una norma auto aplicativo se mandará oír a la autoridad emisora de la disposición y al Fiscal General de la República por un plazo común que no exceda de quince días.

En el trámite del proceso de inconstitucionalidad por omisión, se oirá al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos cuando la omisión alegada tenga como parámetro de control derechos fundamentales. En tal supuesto, la sentencia definitiva que se pronuncie, además de los efectos que le correspondan en relación al caso concreto del que se conozca, comprenderá la decisión sobre la constitucionalidad de la disposición; se ordenará la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y se notificará a la autoridad emisora de la disposición.

Si se estimare que la disposición es contraria a la normativa constitucional, la sentencia producirá efectos generales y obligatorios.

## INCONSTITUCIONALIDAD

### *Procedencia*

Art. 85. Procede la pretensión de inconstitucionalidad contra disposiciones Infra constitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales.

### *Admisión e informe*

Art. 86. La Sala, al admitir la demanda, ordenará que la autoridad que haya emitido la disposición o cuerpo normativo considerado inconstitucional, rinda informe detallado, dentro de un plazo que no exceda de quince días.

### *Intervención del Fiscal*

Art. 87. Recibido el informe o vencido el plazo, se mandará oír al Fiscal General de la República por un lapso que no exceda de quince días, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la disposición, cuerpo normativo impugnado o sobre la omisión alegada. Esta audiencia no se concederá cuando sea el propio Fiscal quien haya planteado la pretensión.

### *Reforma de la disposición impugnada*

Art. 88. Si en el desarrollo del proceso, la disposición o cuerpo normativo es reformado, la Sala mandará oír a la autoridad emisora y al Fiscal General de la República por un plazo común que no exceda de quince días.

### *Inconstitucionalidad por conexión*

Art. 89. La sentencia estimatoria deberá declarar también, si es procedente, la Inconstitucionalidad de aquellas otras disposiciones de carácter general a las que 8deba extenderse por conexión o sean su consecuencia.

### *Inconstitucionalidad por Omisión<sup>269</sup>*

*Art.89. B.* La sentencia estimatoria deberá declarar también, la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, o órganos de gobierno u cualquier otro ente administrativo con capacidades de emitir normas reglamentarias, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la supremacía Constitucional, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

### *Publicación*

Art. 90. - Dentro de los tres días siguientes al de su pronunciamiento, la Sala deberá remitir copia de la sentencia al Diario Oficial, para que la misma sea publicada en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su recepción; y producirá sus efectos a partir de su publicación.

Si por cualquier motivo no se publicare dentro del plazo señalado, la Sala ordenará la publicación de la sentencia en un diario de circulación nacional. La explicación de la sentencia también deberá publicarse.

---

<sup>269</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Venezuela: Asamblea Constituyente, 1999).

### *Efectos de la sentencia*

Art. 91. La sentencia será obligatoria de un modo general para los del Gobierno, funcionarios, autoridades y para toda persona.

### *Art. 91 B. Principio de prescripción o temporalidad.*

Sustentado en la seguridad jurídica las sentencias, títulos de ejecución no pueden quedar abiertos a perpetuidad, por lo que, en el caso de sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión, deberá ser además de la propia a la de lo constitucional que verifique la ejecución de la misma, el Fiscal General de la Republica deberá realizar las providencias necesarias para su fiel cumplimiento.

## APÉNDICE

### ADMISIONES DE DEMANDAS MÁS RECIENTES

1) INOBSERVANCIA DE LA CONVENCION DE LA ONU Y CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. (LEY DE PROBIDAD) Se admitió la demanda, por aparentemente transgredir el art. 240 Inc 1º y 4º Cn, en cuanto a la ley de probidad, diario oficial 237, tomo 409, de fecha 23/12/2015, transgrede el mandato que se deriva del art 240 inc. 1º y 4º Cn, por no emitir en la referida Ley un mecanismo que garantice la probidad del funcionario público en el manejo del fondo público y castigar el enriquecimiento ilícito. Auto de admisión 6-2016.

Auto de admisión de demanda por medio de las cuales solicitan que se declare la inconstitucionalidad por omisión absoluta en que habría incurrido la Asamblea Legislativa, al no haber elegido a los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, pese a que ha transcurrido un aproximado de 11 meses desde que tal institución carece de titulares. El mandato, según el actor, estaría contenido en los arts. 131 Ord. 19º y 187 Inc. 3 º Cn.57-2016 Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis.

2) EN LO REFERENTE A TENER SALAS CUNAS EN LOS CENTROS DE TRABAJO. En síntesis, los demandantes manifiestan que la constitución impone a los patronos la obligación de instalar salas cunas en los centros de trabajo. Al respecto, dicen que esta obligación es una "... condición necesaria para garantizar el derecho a la lactancia materna dicho derecho está contemplado en el art 42 inc. 2º. Código de trabajo, admisión 8-2015.

3) DERECHO AL SUFRAGIO DE LOS POLICÍAS Y SOLDADOS. La Asamblea Legislativa deberá adecuar antes del evento electoral del 2018, lo regulado por el artículo 195 del código electoral a fin de adecuar en forma y tiempo para que los efectivos de la PNC, ANSP y FSA, emitan su sufragio en las elecciones de funcionarios que establece el art. 80 Cn, de los cuales dice la sentencia los antes mencionados tienen derecho de elegir.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

Alcaraz Varó, Enrique, Miguel Ángel Campos Pardo y Cytia Miguez, *El Inglés jurídico norteamericano*. Barcelona: Ariel Derecho 2ª ed., 2002.

Bazán, Víctor. *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales: "Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos"*. Colombia Bogotá: en Konrad-Adenauer programa de Derecho para Latinoamérica, 2014.

Bazán, Víctor. *"La inconstitucionalidad por omisión en el derecho, con particular referencia al sistema venezolano"*. Uruguay: En "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", Tomo II, Editorial Konrad-Adenauer stiftunge, v., 2006.

Bazán, Víctor. *Neoconstitucionalismo e Inconstitucionalidad por Omisión*. Argentina: Universidad de Buenos Aires, 2007.

Bazán, Víctor. *La inconstitucionalidad por omisión: Posibles vías de corrección de las omisiones Constitucionales*. Madrid: en "el ámbito del derecho público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Mac-Gregor coordinador Villaverde Menéndez, McGraw-Hill, 1997.

Beard, Charles. *An economic interpretation of the Constitution of the United States* 1913. Nueva York: Ed., 1968, MacMilan, 1968.

Beltrán de Felipe, Miguel y, Julio V. González García. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: CEC, 2005.

Bidart Campos, Germán J. *Inconstitucionalidad por omisión: “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”*. Bogotá: Temis, en Víctor Bazán, coordinador, 1997.

Bidart Campos, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, T° I, 1996.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho (1958 y 1960), Debate, trad. castellana de Eduardo Roza Acuña*. España: Madrid, 1991.

Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas*. Lima: Ara Editores, Tomo I., 2005.

Bravo Díaz, Enrique. *Desarrollo histórico del Principio de Separación de Poderes*. Colombia: Barranquilla, Universidad del Norte, 2012.

Carbonell, Miguel. *“En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por omisión”*. México: Instituto de Investigación Jurídica Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Compilador, 2003.

Casal, Jesús M. *Constitución y justicia Constitucional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2ª Ed. Ampl., 2004.

Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª Ed, Tomo I, 2008.

Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Eguiguren Praeli, Francisco J. *“Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”*. México, D.F.: en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), ‘Tribunales y justicia constitucional’, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, IIJ de la UNAM, 2002.

Escobar Fornos, Iván. *Manual de Derecho Constitucional*. Managua, Nicaragua: Editorial Hispamer, Costado Este de la UCA, 2ª Ed., 1998.

Fernández Rodríguez, José Julio. *“Aproximación al concepto de Inconstitucionalidad por Omisión”*. México D.F.: en Carbonell, Miguel (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003.

Fernández Rodríguez, José Julio. *“Aproximación al Concepto de Omisión Legislativa”*. México D.F.: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª Ed., 2007.

Fernández Rodríguez, José Julio. *“La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”*. Madrid: en Tajadura Tejada, Javier, La Constitución portuguesa de 1976., Un estudio académico treinta años después, 2006.

Fernández Rodríguez, José Julio. *La Inconstitucionalidad por Omisión.: Teoría General de Derecho Comparado. El Caso Español*. Madrid España: editorial Civitas, S. A., 1998.

Fernández Rodríguez, José Julio. *“La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz.: Llave en el marco de la teoría general del dicho instituto”*. México: en Ferrer Mac Gregor Eduardo (Coord.), Derecho Procesal Constitucional, 4ª ed., Ed. Porrúa t. IV., 2003.

Fernández Segado, Francisco. *“La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”*. Bogotá: Temis, en Inconstitucionalidad por omisión, 1995.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y “Héctor Fix-Zamudio. *El Origen científico del Derecho Procesal Constitucional*. Nicaragua: Managua, 2010.

Friedman, L. *History of American Law, Touchstone Books, New York, 2ª ed., 1985.*, Magaloni Kerpel, Ana Laura. Madrid: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGrawHill, 2001.

García Arellano, Carlos. *Teoría General del Proceso*. México: Editorial Porrúa S. A., 5ª Ed. 1995.

García de Enterría, E. *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*. Madrid: MacGraw-Hill, ed. 1996.

García del Mazo, Siro., *El Espíritu de las Leyes*. Madrid: Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, 1906.

Geisse Fernández, Luis Felipe y Eduardo Andrés Santibáñez Aguilar. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa; criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional chileno*. Chile: Santiago, 2014.

Gómez Puente, Marcos. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

González García, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Madrid: CEC, 2005.

Hernández Valle, Rubén. *El Control de la Constitucionalidad de las leyes*. Costa Rica: San José, 1990.

Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

López Ulla, Juan Manuel. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1999.

Marinoni, Luis Gilherme. *"El mandado de injunção como remedio contra la omisión inconstitucional en el derecho brasileño"*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Pensamiento Constitucional, 2015.

Miranda, Jorge, *Manual de Derecho Constitucional*. Portugal: Coimbra, II 5° ed., 2003.

Mortati, Constantino. *"Apunte del Estudio de remedios jurídicos contra comportamientos omisivos del Legislador" La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecno, 2ª edición, 2007.

Nogueira Alcalá, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Perú: Lima, 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto. *"Dogmática constitucional"*. Chile: Editorial Universidad de Talca, 1997.

Olivos Campos y Díaz Pedraza. *Estudios de Derecho Constitucional y Amparo, Colección "Transformaciones Jurídicas y Sociales"*. México: D.F., 2007.

Pacheco, Máximo G. *Teoría del Derecho*. Santiago de Chile: editorial Temis, 1990.

Patiño Cruz, Silvia y otro. *La Inconstitucionalidad por Omisión*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2004.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecno, 9ª ed., 2010.

Picardi, Nicola. "Le sentenze 'integrative' della Corte costituzionale". Milano: en AA.VV., *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. 4, Giufre, 1977.

Prieto Sanchis, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

Quiroga Lavié, Humberto, Miguel Á. Benedetti, y, María de las N. Cenicacelaya. *Derecho Constitucional argentino*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, T° I, 2001.

Ramírez Solano, Mario Antonio. "*El Constitucionalismo Liberal*". San Salvador: Editorial Colección Jurídica Universidad Tecnológica de El Salvador, 2005.

Rojas Chávez, Magda Inés. "*Control de Constitucionalidad por Omisión*". Costa Rica: San José, 1995.

Sagüés, Néstor P. *Compendio de derecho procesal constitucional*. Argentina: Buenos Aires, Astrea, 2009.

Sagües, Néstor Pedro. *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*. Bogotá: En Inconstitucionalidad por omisión, Víctor Bazán, Coordinador Editorial Temis, 1997.

Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis Nexis, "Los jueces y la inconstitucionalidad por omisión" 2ª Ed., 2006.

Sagüés, Néstor Pedro. *"Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la corte constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario"*. Argentina: Buenos Aires, 2009.

Sagüés, Néstor Pedro. *Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión*. Buenos Aires: Universidad Católica de Argentina, 2007.

Santos Flores, Israel. *Omisión legislativa en materia fiscal. El Caso de México*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2010.

Valdés, Diego. *Constitución y Política*. México: UNAM, 2º. Ed., 1994.

Villaverde Menéndez, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española 22ª, Ed. Calpe, 2001.

Viveiros, Mauro. *El control de constitucionalidad: El sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. España: Madrid, 2011.

Welsel, Hans. *"Derecho Penal Parte General"*, traducción Carlos Fontan. Argentina: Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1956.

## **TESIS**

Barahona Henríquez, Tatiana Catalina, Karla Mayela Chávez Castro y Gilma Carolina Pérez de León. *La inconstitucionalidad por omisión*, Universidad de El Salvador, 2011.

Deras Domínguez y Camacho de Sermeño. *Inconstitucionalidad por omisión*. San Salvador: Universidad Francisco Gavidia, 2004.

Moncada Pérez, Himara. *El proceso del control de la constitucionalidad de las Omisiones Legislativas Inconstitucionales en Venezuela*. Universidad Monteávila, Caracas 2011.

Morán Funes, Nancy Raquel, José Orlando Pereira Peña y Ligia Verónica Villeda Mora. *El control de la constitucionalidad por omisión del cumplimiento de mandatos constitucionales por parte de la Asamblea Legislativa*. Universidad de El Salvador, 2006.

Sánchez Pérez, Christian P. *Inconstitucionalidad Por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano Como Legislador Positivo*. Universidad de Cajamarca 2013.

## **LEGISLACION NACIONAL**

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983.

Ley de Procedimientos Constitucionales. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1960.

Ley de reparación por daño moral. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2016.

Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2001. (Archivo)

## **LEGISLACION EXTRANJERA**

Constitución de la república Bolivariana de Venezuela. Caracas: Asamblea Constituyente, 1999.

Constitución de la Provincia de Río Negro. Argentina: Convención Constituyente, 1988.

Ley de jurisdicción constitucional. Costa Rica: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1990.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Inconstitucionalidad* Referencia 28 IV-2000. El Salvador: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Inconstitucionalidad* Referencia 94-2014. El Salvador: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 18-98*. El Salvador: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 20-2001*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 37-2004*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2004.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 53-2005/ 55-2005*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 66-2005/ 4-2006*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 53-2009*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 53-2012*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 43-2013*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 36-2014*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 14-2005*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Inconstitucionalidad por omisión, Referencia 57-2016*. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2016.

## **REVISTAS**

Aguilar de Luque, Luis. “El Tribunal Constitucional y la función legislativa”: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión, en *Revista de Derecho Político*, Madrid: UNED, N° 24, 1987.

Ahumada Ruiz, María Ángeles. “Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad: La suspensión de las leyes presuntamente inconstitucionales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid: número 8., enero- abril, 1991.

Soares, Guido Fernando Silva. “Common Law: introdução ao direito dos EUA”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

## DICCIONARIOS

Diccionario Jurídico Enciclopédico Digital de Honduras. Honduras: Consultor Jurídico digital de Honduras, Ed., 2005.

Gascón Abellán, Marina. *“Interpretación conforme (con la Constitución)”*. México D.F.: en Carbonell, Miguel (coord.), Diccionario de Derecho Constitucional, Porrúa, UNAM, 2002.

## LIBROS DIGITALES

Aristóteles, *La Política, versión castellana de Nicolás Estévez*. Paris: casa editorial Garnier Hermanos, Paris, S, ed. SF.1920.

Astudillo, Cesar. *La Inconstitucionalidad por omisión Legislativa en México*. Acervo Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

Fernández Rodríguez, José Julio. *Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión*. México: Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica, Unam: [www.juridicad.unam.mx](http://www.juridicad.unam.mx)

Monroy Cabra, Gerardo. *Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana*. accedido en: [www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20](http://www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20)

Orozco Solano, Víctor y otra. *La Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica*, artículo electrónico, San José, 2000. Consultado en: [www.uned.ac.cr/redti/documentos/las%omisiones%legislativas](http://www.uned.ac.cr/redti/documentos/las%omisiones%legislativas).

Othon Sidou, J. M. *“Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandato de Injunção y Habeas Data”*. México D.F.: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XXIV.