

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2011  
PLAN DE ESTUDIOS 1993**



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

**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION: UNA FORMA DE  
CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO  
DE:  
**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**BARAHONA HENRÍQUEZ, TATIANA CATALINA  
CHÁVEZ CASTRO, KARLA MAYELA  
PÉREZ DE LEÓN, GILMA CAROLINA**

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:  
**DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE 2011

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO  
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO  
VICERECTOR ACADÉMICO

DOCTORA ANA LETICIA DE AMAYA  
SECRETARIA GENERAL

NELSON BOANERGES LÓPEZ CARRILLO  
FISCAL GENERAL (INTERINO)

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO  
DECANO

DOCTOR DONALDO SOSA PREZA  
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES  
SECRETARIO

DR. HENRY ALEXANDER MEJIA  
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

## **AGRADECIMIENTOS**

En primer lugar mis agradecimientos son para Dios por haberme bendecido con la oportunidad de estudiar y permitirme terminar esta carrera, por darme fuerza para enfrentar todos los obstáculos y dificultades con los que me encontré a lo largo de estos años de estudio. A mis padres, por haberme ayudado en todo lo que en sus posibilidades se encontraba y por su amor y apoyo incondicional que me brindaron. A mis hermanos; Amigos y a todas las personas que se preocuparon por mis estudios, manifestándome su apoyo y ayuda en esos momentos difíciles. A mi compañera de tesis con la cual vivimos y vencimos todos esos obstáculos con los cuales nos enfrentamos. Y finalmente Al amor de mi vida por brindarme su ayuda, comprensión y por todas sus palabras de aliento que me animaron a seguir adelante, fortaleciéndome en todos esos momentos necesarios para enfrentar toda dificultad y obstáculos.

Tatiana Catalina Barahona Henríquez

## **AGRADECIMIENTOS**

Expreso mi más sincera gratitud a Dios Todopoderoso, por haberme dado la oportunidad de estudiar, por darme el discernimiento que necesitaba para culminar esta carrera y por poner en mi camino durante todo este tiempo a las personas necesarias para lograr tal fin. A mi madre y hermanas, porque gracias a su esfuerzo constante, me dieron todo cuanto necesité y me enseñaron a luchar y esforzarme para triunfar en la vida. A todos aquellos amig@s que me brindaron palabras de ánimo y su apoyo incondicional en los momentos necesarios; de igual forma, a mis amigas y compañeras de Tesis, pues aprendimos juntas que el trabajo en equipo hace más fácil la cuesta de la vida.

“...Hasta aquí nos ayudó Jehová”.

1ª Sm. 7, 12.

Karla Mayela Chávez Castro

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios por iluminarme en mis estudios hasta cumplir la meta y a mis padres por el apoyo incondicional que me brindaron.

Gilma Carolina Pérez De León

## INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN .....	i
CAPITULO 1 .....	1
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	1
1.1. SURGIMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL .....	1
1.1.1. Sistemas de control constitucional.....	5
1.1.1.1. Sistemas que atienden a la extensión de los efectos.....	6
1.1.1.2. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano .....	7
1.1.1.3. Sistemas que atienden al tiempo del control.....	8
1.1.1.4. Sistema que depende del órgano al cual compete su ejercicio.....	8
1.1.1.5. Según la garantía objetiva.....	9
1.1.1.6. Según la posibilidad de acceso .....	10
1.1.1.7. Según los sujetos legitimados .....	10
1.1.1.8. Según la facultad de decisión .....	11
1.1.1.9. Diferencias del Sistema que depende del órgano al cual compete su ejercicio .....	11
1.1.2 Control Difuso .....	12
1.1.2.1. Aplicabilidad del Control Difuso de Constitucional .....	13
1.1.3. Control Concentrado.....	14
1.1.3.1. Aplicabilidad del Control Concentrado .....	16
1.2 SURGIMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO .....	19
1.2.1 En la Antigua Yugoslavia .....	20
1.2.2 Portugal .....	20
1.2.3 Brasil.....	21
1.2.4 Argentina .....	22

1.2.5 Costa Rica .....	23
1.2.6 Alemania.....	24
1.2.7 Perú .....	24
1.2.8 España.....	25
1.3. SURGIMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.....	26
CAPÍTULO 2.....	32
SUPUESTOS LEGITIMADORES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	32
2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	32
2.1.1. Inconstitucionalidad .....	32
2.1.2. Omisión.....	33
2.1.3. Inconstitucionalidad por omisión.....	34
2.2. CONCEPCIÓN MAYORMENTE ACEPTADA POR LA DOCTRINA....	35
2.2.1 Inactividad del Poder Legislativo .....	36
2.2.1 Período Temporal Excesivo.....	39
2.2.3 Preceptos de Obligatorio y Concreto Desarrollo.....	40
2.2.4 Ineficiencia de la Norma Constitucional.....	42
2.3. CLASIFICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN SEGÚN LA DOCTRINA.....	43
2.3.1. Omisión Absoluta y Omisión Relativa .....	44
2.3.1.1 Omisiones Absolutas.....	44
2.3.1.2 Omisiones Relativas.....	45
2.3.2. Diferencias entre Omisiones Absolutas y Omisiones Relativas ...	47
2.3.3. Omisión Formal y Omisión Material.....	49
2.3.4. Omisión que afecta a Derechos Fundamentales y Omisión que no les afecta.....	50
2.3.5. Omisión Evitable y Omisión Inevitable.....	51
2.4. LAS LAGUNAS JURÍDICAS Y LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS .....	51

CAPITULO 3 .....	53
DESARROLLO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO .....	53
3.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO .....	53
3.1.1 LA ANTIGUA YUGOSLAVIA .....	54
3.1.2 PORTUGAL .....	55
3.1.2.1 El sistema de control preventivo.....	56
3.1.2.2 El control abstracto de la constitucionalidad .....	57
3.1.2.3 La inconstitucionalidad por omisión.....	57
3.1.3 ALEMANIA.....	58
3.1.4 ESPAÑA .....	62
3.1.4.1 El Tribunal Constitucional como modelo europeo .....	64
3.1.4.2 Competencias del Tribunal.....	65
3.1.5 ITALIA.....	67
3.1.6 COSTA RICA.....	69
3.1.7 BRASIL .....	72
3.1.7.1 La acción de intervención directa.....	73
3.1.7.2 La acción genérica directa .....	73
3.1.7.3 La acción de inconstitucionalidad por omisión .....	74
3.1.8 ARGENTINA .....	75
3.1.8.1 Constitución de la Provincia de Río Negro .....	75
3.1.9 PERÚ.....	78
CAPITULO 4 .....	80
APORTE DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DESARROLLO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN .....	80
4.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONAL POR OMISIÓN EN EL SALVADOR .....	81



4.1.1. Ejercicio de la Acción de inconstitucionalidad por omisión en El Salvador.....	83
4.1.1.1.El denominado “Derecho Subjetivo a la Normación” .....	85
4.1.1.2.Quebranto a los Derechos Humanos .....	89
4.1.1.3.Ineficacia de las Normas Orgánicas de la Constitución .....	93
4.2.IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.....	95
4.2.1. Omisiones Constitucionales en la realidad jurídica salvadoreña .....	98
4.3.RELEVANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN A LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA .....	107
4.4. REFORMA A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES VIGENTE .....	112
4.5. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO COMPARADO .....	114
4.5.1. Criterios Jurisprudenciales en México .....	114
4.5.2. Criterios Jurisprudenciales en Colombia.....	117
4.5.3. Criterios Jurisprudenciales en Alemania.....	122
4.5.4. Criterios Jurisprudenciales en Italia .....	124
4.5.5. Criterios Jurisprudenciales en España.....	126
4.6. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL SALVADOR.....	128
4.7. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA REALIDAD JURÍDICA SALVADOREÑA.....	139
4.7.1. Críticas a la Ley de Procedimientos Constitucionales Vigente.....	143
4.7.2. Criterio Adoptado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.....	145

4.8.EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.....	152
4.8.1. Soluciones Provisionales.....	152
4.8.2. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos inter partes.....	154
4.8.3. Soluciones Definitivas.....	161
4.8.3.1. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos erga omnes .....	162
4.8.3.2. Potestad de ordenar a la autoridad estatal cuya inactividad produce la omisión Inconstitucional .....	164
CAPITULO 5.....	166
CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES.....	166
5.1. CONCLUSIONES.....	166
5.2. RECOMENDACIONES.....	169
BIBLIOGRAFÍA.....	172

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

Anteproyecto	Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional.
Asamblea Legislativa	Asamblea Legislativa de la República de el Salvador
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CFam.	Código de Familia.
C.Tr	Código de Trabajo.
Cn.	Constitución
Figura	Figura de Inconstitucionalidad por Omisión
La Sala	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
Ley	Ley de Procedimientos constitucionales.
Ley FOVIAL	Ley del Fondo de Conservación Vial.
Lic.	Licenciado.
L,Pr,Cn.	Ley de Procedimientos Constitucionales.
No.	Número.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación sobre **LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION: UNA FORMA DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**, se presenta como requisito previo a 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 es dar a conocer la novedosa y relevante figura de la “Inconstitucionalidad por omisión” como un nuevo tipo de control constitucional frente a la vulneración de las normas constitucionales, debido a la inactividad del Órgano Legislativo para crear la norma y la ausencia de legislación que regule dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico, es decir que por medio de la implementación de este control se pretende que el órgano controlador tenga un mecanismo más efectivo contra la vulneración de los preceptos constitucionales que consagra nuestra Carta Magna.

Para el cumplimiento de las metas trazadas en la investigación se hizo necesario el planteamiento y logro de objetivos, los cuales sirvieron de base para el desarrollo de cada uno de los Capítulos que conforman esta investigación.

En el Capítulo 1 se aboará la evolución histórica de la Inconstitucionalidad por omisión, presentando el desarrollo del control de Constitucionalidad en general, y el surgimiento de la Inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado y en El Salvador.

En el Capítulo 2 se desarrollarán los supuestos legitimadores de la Inconstitucionalidad por omisión, esto se hará tanto desde el punto de vista

doctrinario, pues es ahí donde se encuentra la concepción mayormente aceptada, como desde el punto de vista jurídico, siendo ahí donde se encuentran las valoraciones que de la figura hace La Sala; de igual forma, como parte de este apartado, se presentarán las distintas clasificaciones de la Inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, se hará una breve comparación entre la figura en estudio y las lagunas jurídicas y los silencios legislativos.

Finalmente, en el Capítulo 3 presentaremos el desarrollo de la Inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado; y en el Capítulo 4 abordaremos el aporte de la jurisprudencia en el desarrollo de la inconstitucionalidad por omisión, todo esto con el fin de demostrar la trascendencia de esta investigación, la cual radica en la indudable violación a derechos y garantías fundamentales, tanto individuales como colectivos; que puede llegar a producirse como resultado del incumplimiento de un mandato Constitucional de legislar, ya sea no dictando la Norma o dictándola de manera defectuosa; la declaratoria de una inconstitucionalidad por omisión de un encargo al legislador traería como consecuencia una presión moral y política al Órgano Legislativo; La aplicación del control constitucional por omisión de mandatos constitucionales mejoraría la labor legislativa del primer órgano del Estado.

Abordar el tema de la Inconstitucionalidad por Omisión, requiere a su vez, el abordaje del tema de la defensa de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico salvadoreño, y por qué no, de todos aquellos ordenamientos jurídicos donde dicha figura esté reconocida, en países que actualmente implementan éste tipo de control.

# CAPITULO 1

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

SUMARIO. 1.1. SURGIMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. 1.1.1. Sistemas de control constitucional. 1.1.1.1. Sistemas que atienden a la extensión de los efectos. 1.1.1.2. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano. 1.1.1.3. Sistemas que atienden al tiempo del control. 1.1.1.4. Sistema que depende del órgano al cual compete su ejercicio. 1.1.1.5. Según la garantía objetiva que establezca de la Constitución, también conocido en la doctrina Según la temporalidad de los efectos. 1.1.1.6. Según la posibilidad de acceso. 1.1.1.7. Según los sujetos legitimados. 1.1.1.8. Según la facultad de decisión. 1.1.1.9 Sistema que depende del órgano al cual compete su ejercicio. 1.1.2 Control Difuso. 1.1.2.1. Aplicabilidad del Control Difuso de Constitucional. 1.1.3. Control Concentrado. 1.1.3.1. Aplicabilidad del Control Concentrado. 1.2 SURGIMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. 1.2.1. En la Antigua Yugoslavia. 1.2.2. Portugal. 1.2.3. Brasil. 1.2.4. Argentina. 1.2.5 Costa Rica. 1.2.6. Alemania. 1.2.7. Perú. 1.2.8. España. 1.3. SURGIMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.

### 1.1. SURGIMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Puede aseverarse que el surgimiento del control de constitucionalidad a través de la historia consta de diversos orígenes, dependiendo de los momentos históricos, formas de pensamiento y la cultura que se vivía en cada época a la que se le atribuye ser parte de estos orígenes; algunos de ellos emanan de tiempos remotos, como lo son los denominados “Consejos de los Areopagitas,”<sup>1</sup> en Atenas, los cuales tenían como función principal la de conservar las leyes y administrar los asuntos mas importantes de la

---

<sup>1</sup>Molina, Carmen Elena, *El proceso de Inconstitucionalidad como mecanismo de control y defensa del sistema democrático*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, 1987, Pág. 70.

ciudad, otro ejemplo que se presenta, es el que surge a través de los espartanos con los “Eforato” en donde cada uno sus miembros eran electos por el pueblo, con la finalidad de controlar a los reyes y al Senado a efecto de garantizar que éstos no violentaran la Constitución.<sup>2</sup> Posteriormente, durante la edad media mientras se encontraban en auge las noblezas y reinados, es cuando cobra vida en España la Justicia Mayor, una figura que se asemeja a un juez, que tenía como facultades el velar porque no existieran abusos a los nobles, prácticamente era un funcionario que dependía directamente del Rey, y administraba por tanto la justicia en su nombre; esta figura a su vez es muestra de los primeros vestigios de lo que se conoce como los reinos de Aragón, caracterizados por una obediencia extrema por parte de los señores y del mismo rey al Justicia, el cual ya a estas alturas se había convertido en una especie de Corte Constitucional, que tenía facultades superiores a las del mismo monarca por ser prácticamente el máximo ente en ese momento histórico.

Ya con el surgimiento de los Estados en Gran Bretaña surgen dos importantes documentos inspirados por CROMWELL, el “*AGREEMENT OF THE PEOPLE*”, en 1647 y el “*INSTRUMENT OF GOVERNMENT*”<sup>3</sup> en 1653, en donde puede vislumbrarse de forma clara el concepto de una ley suprema, que pone límites al Parlamento y otorga derechos; cobrando importancia por ser esta la única Constitución escrita que se haya otorgado en Inglaterra, pues este país es caracterizado por ser uno de los más grandes ejemplos de poseer un régimen Constitucional no escrito y flexible. Sin embargo no fue sino hasta el año de 1688, que los Tribunales Ingleses hicieron valer dicha Supremacía pero esta tuvo una vida efímera.

---

<sup>2</sup> Bertrand Galindo, Francisco y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 4º Edición, Tomo I, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2000, Pág. 450 y 451.

<sup>3</sup>Molina, Carmen Elena, op. cit, Pág. 70.

Otro ejemplo acerca de los orígenes del Control de Constitucionalidad en tiempos más modernos lo encontramos en Estados Unidos de Norte América, lugar que es mayormente aceptado por los tratadistas como la jurisdicción que da a conocer de manera más concreta esta figura jurídica; esto sucedió bajo el contexto político-social de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en medio de una polarización extrema entre los partidos políticos rivales, a partir de las distintas visiones que estos tenían acerca de lo que debería de ser los Estados Unidos.<sup>4</sup>

Siendo en este contexto en donde se empieza a gestar el caso Marbury, cuando el 27 de febrero de 1801, faltando pocos días para la toma de posesión de Jefferson como presidente y de cambio de poderes en el Congreso (que pasaría a estar en dominio de los Republicanos), cuando fue aprobado por el Presidente Adams, el nombramiento de 42 jueces de paz para servir en el periodo de cinco años al distrito judicial de Columbia y Alexandria.<sup>5</sup> El Senado hizo las correspondientes ratificaciones un día antes de la toma de posesión del nuevo Presidente, por lo que el tiempo le fue insuficiente al secretario de Estado saliente para enviar las ratificaciones a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba a William Marbury.

Por lo que cuando tomo posesión el nuevo secretario de Estado James Madison, se negó a firmar y entregar los nombramientos que faltaban, y ya en el año de 1802, sin que aun, se hubiera resuelto la discordia antes planteada, el Senado decide modificar la ley sobre circuitos judiciales, y elimina las plazas de los jueces nombrados por Adams. Por lo que ante tales circunstancias William Marbury, uno de los jueces que habiendo sido nombrado por el presidente y ratificado por el senado, no recibió tal

---

<sup>4</sup> Carbonell, Miguel, "*Marbury versus Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad*". Pág. 291, de <http://blog.pucp.edu>

<sup>5</sup> *Ibidem*. Pág. 292



nombramiento, entablo un litigio catalogado de gran envergadura ya que este dio como resultado un fallo que marcaría el modelo a seguir en lo concerniente a los controles de constitucionalidad; este fallo fue emitido el día 24 de febrero de 1803, por parte del Juez Marshall a nombre de una Suprema Corte Unánime, en donde se estableció que una vez nombrado un Juez por el Presidente no podía ser removido de su cargo; resolución que textualmente se cita de la siguiente manera:” *Tiene que haber un punto en el tiempo, que marque el momento en que el poder del Ejecutivo sobre un empleado que no puede remover a su arbitrio, cesa. Este momento tiene que ser aquel en que el poder constitucional de nombrar ha quedado ejercitado. Y este poder ha sido ejercitado cuando el último acto que se requiere de la persona que tiene el poder, ha sido ejecutado. Este último acto es la firma del nombramiento escrito... La firma es la orden expresa para la fijación del gran sello al nombramiento escrito; y el gran sello solo se fija a un documento que ya esté completo. Da fe, por un acto que se supone es de notoriedad pública, de la autenticidad de la firma presidencial*”.<sup>6</sup> Decidiendo al finalizar el caso inaplicar la ley pero sin expulsarla del ordenamiento jurídico marcando desde aquí el modelo americano que ha prevalecido desde entonces y que ha sido de inspiración a legislaciones de otros países, consistente en la inaplicabilidad de una norma por parte de un juez, cuando este considere que la misma contravenga la Constitución, Estableciéndose de este modo lo que se conoce como el control difuso de constitucionalidad.

A partir de lo todo lo expuesto con anterioridad se denota como la jurisdicción Constitucional ha venido evolucionando a través de la historia, adquiriendo la importancia de la que antes carecía, sobre todo en aquellos países en donde lo que prevalecía eran los abusos por parte de gobiernos totalitarios. Contando hoy en día con organismos que velan por que se

---

<sup>6</sup> Ibídem. Pág. 292- 293.

respete la supremacía constitucional, encontrando entre ellos el Tribunal de Garantía Constitucional en España, el Tribunal Constitucional Especial en Italia; mientras que en países como Austria, Suiza, Francia, Chipre y Turquía se tienen instituciones especiales de jurisdicción constitucional<sup>7</sup>, además de los antes mencionados, en Estados Unidos se cuenta con un Tribunal Federal el cual es de gran influencia en el ordenamiento jurídico Japonés. Convirtiéndose los controles de constitucionalidad, en un gran logro que impone límites a los abusos que se habían venido dando durante las diferentes épocas históricas previas a su existencia y que garantizan en cierta manera que estos puedan volver a repetirse.

#### **1.1.1. Sistemas de control constitucional**

Son diferentes las clasificaciones que son adoptadas por parte de la doctrina respecto a los sistemas de Control de la Constitucionalidad, las cuales serán abordadas a continuación a efecto de obtener una mayor comprensión de cada una de ellas. En ese sentido son varias las clasificaciones desarrolladas en este apartado, siendo estas: la que atiende a la extensión de los efectos, la basada en la naturaleza del órgano, la que atiende al tiempo del control, la que los clasifica según la garantía objetiva que se establezca de la Constitución, también conocido en la doctrina según la temporalidad de los efectos, la que se clasifica según la posibilidad de acceso; así mismo como la que se determina de acuerdo a los sujetos legitimados, la que es abordada según la facultad de decisión y finalmente la clasificación que depende del órgano al cual compete su ejercicio.

---

<sup>7</sup> Molina, Carmen Elena, op. Cit. Pág. 75

### 1.1.1.1. 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 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>8</sup>

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 Austriaca de 1920.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Escobar Fornos, Iván, *Manual de Derecho Constitucional*, 2º Edición, Editorial Hispamer, Costado Este de la UCA, Managua, Nicaragua, 1998. Pág. 253.

<sup>9</sup> *Ibídem.*

<sup>10</sup> *Ibídem.*

### 1.1.1.2. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano

Este 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>11</sup>

b) Sistema de defensa ejercido por órganos jurisdiccionales: La defensa o control de la Constitución lo pueden hacer tanto los tribunales ordinarios de justicia (ejemplos de ellos son el Mexicano y el Norte Americano) o uno creado especialmente para tal fin (ejemplo la Alta Corte Constitucional establecida en la Constitución Austriaca de 1 de Octubre de 1920, elaborada por Kelsen); este sistema es de los mas 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>12</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibidem*. Pág. 253-254.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Pág. 254.

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

Este sistema se subdivide en tres:

a) el control preventivo que se da antes de perfeccionarse la ley, o bien, sobre la ley pero antes de su promulgación. 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>13</sup>

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

### **1.1.1.4. Sistema que depende del órgano al cual compete su ejercicio**

Esta clasificación se caracteriza por hacer una división de los controles de constitucionalidad, en lo que es control difuso y control concentrado, Esta variante a su vez, se subdivide en tres:

a) Difuso (o desconcentrado): cualquier juez puede realizar la verificación de constitucionalidad inaplicando una norma que a su criterio no se encuentre en una total armonía con la Constitución.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> Brewer Carías, Allan R., "El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela", en A.A.V.V, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Director Eduardo QuicenoAlvarez 1º Edición, Editorial Konrad-Adenauer, Medellín, 1996 Pág. 170

b) Concentrado (o especializado): es el sistema ideado por Kelsen, el cual en algunos países es realizado por una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, que es el encargado de resolver los planteamientos o recursos de inconstitucionalidad presentados por los ciudadanos frente a las violaciones a alguna norma legal por parte del Estado, o de otro particular; este control de constitucionalidad puede ser ejercido por un órgano ordinario del Poder Judicial, sea esta la Corte Suprema o a una sala de ella llamándola "Sala Constitucional. O bien por un Tribunal Constitucional, como es el Caso de vigencia en Bolivia.<sup>15</sup>

c) Mixto: en este sistema se intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado. De esta manera, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes (surte efectos entre las partes), pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos, como al presidente o al fiscal general, van directamente al Tribunal Constitucional en donde la sentencia será erga omnes (o de estricto y general cumplimiento).<sup>16</sup>

#### **1.1.1.5. Según la garantía objetiva que establezca de la Constitución, también conocido en la doctrina Según la temporalidad de los efectos**

Este tipo de controles son clasificados en: controles que declaran la inconstitucionalidad de un acto del Estado, con efectos ex tunc, es decir que los efectos de la sentencia tienen el carácter de retroactivos; y en controles que anulan el acto realizado por parte del estado, generalmente con efectos ex nunc, o que los efectos de la sentencia no son retroactivos. El primero de

---

<sup>15</sup> Ibídem. Pág. 170.

<sup>16</sup> Ibídem. Pág. 171.

los casos concuerda con el sistema difuso de control de constitucionalidad; mientras que el segundo, con el sistema concentrado de control.<sup>17</sup>

#### **1.1.1.6. Según la posibilidad de acceso**

Estos sistemas de control pueden ser:

a) Condicionados, cuando hay un órgano preseleccionador de los casos que llegarán al órgano controlador de la constitucionalidad.

b) Incondicionados; cuando todos los casos pueden llegar al órgano máximo de control, aunque haya instancias previas.<sup>18</sup>

#### **1.1.1.7. Según los sujetos legitimados**

Se hace la clasificación en:

a) Restringidos, es decir que sólo los sujetos taxativamente enumerados pueden ejercer el control; como ejemplo de ello tenemos a Francia en donde los únicos legitimados son: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.

b) Amplios aquí se encuentran legitimados todos aquellos que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple, afectados por la norma inconstitucional que consideran inconstitucional

c) Amplísimos en el que está legitimada cualquier persona, se vea o no afectada.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Molina, Carmen Elena, op. Cit. Pág. 244.

<sup>18</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/control-d\\_constitucionalidad#seg.c3ba.\\_la\\_temporalidad\\_de\\_los\\_efectos](http://es.wikipedia.org/wiki/control-d_constitucionalidad#seg.c3ba._la_temporalidad_de_los_efectos).

<sup>19</sup> Ibídem.

#### **1.1.1.8. Según la facultad de decisión**

Pueden ser:

a) Decisorios cuando el controlador invalida la norma. En este aspecto se encuentran dos variantes: la primera es *Inter partes* o sólo para las partes y respecto al asunto de la sentencia; la segunda *Erga omnes* es decir que todos los habitantes quedan exentos de respetar la norma declarada inconstitucional.

b) No decisorios y se caracteriza porque en estos sistemas el órgano de control emite pronunciamientos no invalida la norma cuestionada sino que transmite una recomendación al órgano encargado de dictarla y abrogarla (doctrina del paralelismo de competencias).<sup>20</sup>

#### **1.1.1.9. Diferencias del Sistema que depende del órgano al cual compete su ejercicio**

Esta clasificación se caracteriza por hacer una división de los controles de constitucionalidad, en lo que es control difuso y control concentrado, Por lo que en virtud de lo anterior y teniendo en consideración que esta la clasificación es la que posee la mayor parte de aceptación por los tratadistas de diversos países y que además han constituido la fuente de inspiración del desarrollo de la justicia constitucional, dando pie a la creación de una nueva rama del derecho denominado Derecho Procesal Constitucional, es que se considera necesario que sea abordada de una forma más detallada en este apartado, a efecto de conocer los orígenes, desarrollo y en qué consiste cada uno de los sistemas que envuelve esta clasificación.

---

<sup>20</sup><http://domingorondino.blogspot.com/2006/10/algunas-nocines-basicas-sobre-control.html>.



### 1.1.2 Control Difuso

El nombre de control difuso fue usado por Carl Schmitt en los años 30, y luego Piero Calamandrei en los 50 es quien lo fundamentó más ampliamente. Pero este fue aplicado al sistema norteamericano, o sea, al sistema llamado americano, en el cual se daba esa opción, en principio, a todos los jueces o, en todo caso, a los jueces más representativos como cabeceras de corte, de distrito, o de Estado;<sup>21</sup> era una facultad que se daba a un número indefinido de jueces para ejercer un tipo de control, otorgado en forma incidental, a raíz de un proceso o litigio entablado de Marbury contra Madison, proceso judicial que fue abordado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto el 24 de febrero de 1803.<sup>22</sup> Considerándose el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor, sino por los principios que este estableció en la sentencia pronunciada por Marshall y que siguen aplicándose hasta nuestros días, de forma cotidiana ya que en ella se afirma la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicando, aquellas que pudieran contravenirla.

Este principio conocido como el principio de la Supremacía Constitucional, estatuye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, que hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia.

---

<sup>21</sup>García Belaunde, Domingo, "De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional", 2da. Edición revisada, corregida y aumentada, Editorial del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Perú, 2000. Pág. 3.

<sup>22</sup>S.Hoesman, Heriberto, "Sistemas Vigentes de Control de la Constitucionalidad de las leyes", p.3, de <http://www.justiniano.com/index2.htm>.

Siendo desde ahí que se marca la pauta para que la constitución Norteamericana se vea regida por el modelo de control de constitucionalidad difuso el cual, consiste en reconocerle a la Constitución el carácter de norma suprema por sobre toda norma, confiriéndole a los jueces la función de velar por la protección de la misma al permitirle la verificación de la constitucionalidad de una norma, facultad de la que antes carecía, al inaplicar la norma si es que a su criterio esta no se encuentre en una total armonía con la Constitución.

En este sistema todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, ya que la declaración de inconstitucionalidad *no* es facultad exclusiva de un Tribunal Supremo Federal, para el caso de Estados Unidos o de la Sala de la Constitucional para el nuestro, sino de todos los Tribunales establecidos en una nación o territorio determinado.<sup>23</sup>

#### **1.1.2.1. Aplicabilidad del Control Difuso de Constitucionalidad**

Como se puntualizó, anteriormente en los Estados Unidos de Norte América, a partir del caso "Marbury versus Madison", es que quedó consagrado junto con el principio de la supremacía constitucional, el reconocimiento de la facultad de los jueces comunes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de otros actos de los poderes políticos. Siendo este el sistema de garantía judicial llamado por la doctrina "común" o "difuso".<sup>24</sup>

Este consiste en atribuirle el poder de control, en un primer término al órgano judicial; es decir a todos los jueces sin importar su fuero o jerarquía,

---

<sup>23</sup> *Ibidem*. Pág. 4

<sup>24</sup> *Ibidem*. Pág. 13.

para resolver las cuestiones de constitucionalidad de las disposiciones legales siempre que estas sean planteadas por las partes y aún de oficio por el juez que conozca en el asunto, en una controversia concreta. El juez se pronuncia en el momento de dictar sentencia y cuando declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el efecto de tal declaración se reduce a la no aplicación de aquella al caso de que se trata. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad no significa la derogación de la norma que se ve afectada por ella, si no como antes se menciono la inaplicabilidad de la norma impugnada.

### **1.1.3. Control Concentrado**

El contexto histórico que marca la pauta para el surgimiento del control concentrado de constitucionalidad, se encuentra estrechamente vinculado con la recepción tardía en Europa de lo que es la doctrina americana del control judicial de las leyes, pues recién se concreta entre los años de 1919 a 1920, teniendo lugar por dos vías principales, y a la vez marcando el inicio importante de un nuevo modelo.

La primera de las vías por la que proviene el control concentrado de constitucionalidad, es la del Imperio Alemán y de la Monarquía Austro-húngara, la cual concluye en la reconocida Constitución alemana de Weimar de 1919, en donde se instituye un Tribunal al que se le confían los conflictos existentes entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal. Siendo la segunda vía que contribuye al surgimiento de este control de constitucionalidad y que es la más importante, ya que por medio de ella va a consagrarse definitivamente como sistema austríaco o europeo, lo plasmado

en la constitución de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929, en manos de Hans Kelsen.<sup>25</sup>

Estructuralmente el sistema kelseniano introduce un cambio básico en la estructura organizativa de las normas ya que con sus planteamientos, concentra la jurisdicción del control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal, caso contrario a lo que pregonaba en el sistema americano genuino; esta nueva forma de control, consistía en que todos los Tribunales, si bien era cierto, poseían una pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes, esta se ordenaba sobre el principio que vincula a todos los Tribunales a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema. Por lo que con la fórmula kelseniana es que se consagra así lo que se ha llamado un sistema de "*jurisdicción concentrada*", frente al sistema de "*jurisdicción difusa*",<sup>26</sup> propio del constitucionalismo americano; ya que para Kelsen el Tribunal Constitucional no se debía dedicar a enjuiciar hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas; la Constitución y la Ley, no enjuiciando por tanto situaciones concretas ni hechos específicos sino resolviendo problemas de la compatibilidad entre dos normas, eliminando de esta forma la norma que fuera incompatible.<sup>27</sup>

En virtud de lo anterior es posible aseverar que el control concentrado de constitucionalidad es una modalidad típicamente europea, que nació bajo el modelo de la Constitución austriaca de 1920, caracterizado por ser de gran influencia para todo el constitucionalismo de la primera y segunda posguerra, por las experiencias vividas frente a poderes totalitarios, en

---

<sup>25</sup> *Ibíd.* Págs.5-6.

<sup>26</sup> *Ibíd.* Pág. 6.

<sup>27</sup> Escobar Fornos, Iván, *op. Cit.* Pág. 261.

donde los gobernantes eran la mayor amenaza para la libertad; dándole vida por tal motivo a los Tribunales Constitucionales, y siguiéndose en los ordenamientos jurídicos de muchos países el modelo planteado por Kelsen, adoptándose también en países como lo son Italia y Alemania pero con algunas diferencias a la formula originalmente presentada por Kelsen.

Si bien es cierto que hubo antecedentes en América Latina (Venezuela y Colombia), de este sistema; este en si fue perfeccionado en Europa y vinculado fundamentalmente con los Tribunales Constitucionales europeos.

#### **1.1.3.1. Aplicabilidad del Control Concentrado**

El sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, contrariamente al sistema difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, es decir que este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar.

El órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. Ahora bien, el sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, aun cuando sea generalmente similar al modelo europeo de Tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un

Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial. Sino más bien, el sistema sólo implica la atribución, a un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, el poder y el deber de actuar como juez constitucional.<sup>28</sup>

En este sistema de justicia constitucional concentrada, siendo la Constitución la Ley suprema del país, en caso de suscitarse un conflicto entre una norma de menor rango y la Constitución, ésta última debe prevalecer.<sup>29</sup> Sin embargo, la Constitución no siempre confiere poderes a todos los tribunales para que actúen como jueces constitucionales. En muchos casos, reserva este poder o facultad a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional especial como en el caso de la Sala de lo Constitucional para el caso de nuestro país.

Por lo que un según los planteamientos presentados sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, basado en el principio de la supremacía de la Constitución, no puede, desarrollarse como consecuencia de la labor interpretativa de los jueces en sus decisiones judiciales, como sucedió en el caso del sistema difuso de control de la constitucionalidad, sino por el contrario, debe ser expresamente establecido en la Constitución, y por tanto, las funciones de justicia constitucional relativas a ciertos actos del Estado, que sean reservadas a la Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional especial, requieren que las mismas posean un texto expreso. Por consiguiente, dadas las limitaciones que ello implica tanto al deber como al poder de todos los jueces de determinar, en cada caso, la ley aplicable, sólo se puede implantar un sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad en la medida en que está previsto de

---

<sup>28</sup>Brewer Carías, Allan R, op. Cit. Pág. 12.

<sup>29</sup>Ibídem.

expresamente por normas constitucionales.<sup>30</sup> En esta forma, la Constitución, como Ley suprema de un país, es el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso; es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes, en lo referente a ciertos órganos constitucionales, sea la Corte Suprema una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional. Por lo tanto, el sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad solamente puede ser un sistema de control establecido y regido expresamente por la Constitución, y adoptado por una decisión tomada en función de las circunstancias concretas de cada país y no necesariamente implicando la creación de Tribunales Constitucionales especiales con el fin de garantizar la justicia constitucional, ni la organización de tales Tribunales fuera del Poder Judicial.<sup>31</sup>

De lo anterior expuesto, pueden se desprenden tres conclusiones con respecto al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes; en primer lugar, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad sólo puede existir cuando está establecido *de* una manera expresa en la Constitución; por lo tanto, no puede surgir de la sola interpretación del principio de la supremacía de la Constitución. En segundo lugar, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, al atribuir a un solo órgano constitucional las funciones de justicia constitucional, no es incompatible con algún sistema jurídico, perteneciente al *commonlaw* al derecho civil, aun cuando se haya desarrollado ampliamente en los países de derecho civil y en tercer lugar, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad no necesariamente supone atribuir funciones de justicia constitucional a una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial,

---

<sup>30</sup> *Ibidem*. Págs., 13 y 14.

<sup>31</sup> *Ibidem*. Pág. 15.

creado separadamente de la organización judicial, sino que también puede existir cuando las funciones de justicia constitucional se atribuyen a la Corte Suprema de Justicia existente en el país, incluso si, en numerosos países, en este último caso, el sistema tiende a combinarse con algunos aspectos de sistema difuso de control de la constitucionalidad.

## **1.2 SURGIMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

En el desarrollo de investigaciones jurídicas ha sido puesta de manifiesto en diversas ocasiones, la utilidad de recurrir al Derecho Comparado y el caso que nos ocupa no es la excepción. El autor Manuel García Pelayo<sup>32</sup> afirma que la misión de este método es el “estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales positivas de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos” de manera que el Derecho Comparado es utilizado no como un fin en sí mismo, sino como un medio o instrumento para ilustrar un objeto de estudio, que es en esta ocasión, el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión.

En ese orden de ideas, el realizar un análisis de los diversos casos en que está previsto el instituto en comento, nos será provechoso y conveniente para efectos de buscar posibles modelos a seguir e ilustrarnos con los razonamientos legales, doctrinales y jurisprudenciales que sustentan la figura en otros países, logrando una mejor comprensión de la misma y evaluando la

---

<sup>32</sup> García Pelayo, Manuel. *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Pág. 249.



factibilidad de su introducción en nuestro medio.<sup>33</sup> Abordaremos de manera individual aquellos países que la doctrina ha considerado más relevantes en el complejo campo de la Inconstitucionalidad por omisión.

### **1.2.1 En la Antigua Yugoslavia**

Encontraremos el primer precedente normativo-constitucional expreso, concretamente hacemos alusión al artículo 377 de la Constitución de la desaparecida República Socialista Federativa de Yugoslavia de 27 febrero de 1974.<sup>34</sup> La derogada Constitución es la primera instauración en el terreno constitucional, de este tipo de inconstitucionalidad. En efecto la antigua Norma fundamental de Yugoslavia establecía un Tribunal Constitucional en el ámbito federal, asimismo, un amplio enunciado de derechos. Refiriéndonos a las primeras señales del surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión.

### **1.2.2 Portugal**

El ordenamiento jurídico de este país es uno de los de mayor relevancia en el reconocimiento de la acción de Inconstitucionalidad por omisión. A lo largo de cada Constitución de Portugal se han observado cambios que han sido necesarios para llegar a tener el ordenamiento jurídico existente hoy en día. “El concepto de Omisión Inconstitucional gira en torno a la inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna,

---

<sup>33</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2000. Pág. 244

<sup>34</sup>El tenor literal del mencionado artículo el cual se leía: “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 Federativa de Yugoslavia.”

por ausencia de la Legislación que les dote de aplicabilidad.”<sup>35</sup> Por lo tanto, 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.

La Omisión Inconstitucional en el ordenamiento jurídico Portugués se presenta como un control de la constitucionalidad. La Jurisprudencia no ha querido darle la proyección y el peso específico a este tipo de vulneración del texto fundamental, la doctrina mantiene su mantenimiento, “no para deslegitimar gobiernos y asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida”.<sup>36</sup>

En Portugal la Constitución contempla la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión solamente en el caso del silencio del legislador cuando se requieren normas para dar eficacia a preceptos constitucionales que sin el desarrollo legislativo no pueden ser aplicados.

### **1.2.3 Brasil**

Se ha experimentado en este país Latinoamericano una relevancia muy importante en el Derecho Comparado, tanto así desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. La Constitución de la República Federativa del Brasil del 5 de octubre de 1988, la forma de Estado que prevé es la Federal y la forma de gobierno la república presidencialista, los principios que sustentan esta Carta Magna son la división de poderes, también existe una importante parte dedicada a los derechos fundamentales. “La presencia de la figura de Inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico

---

<sup>35</sup> Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág. 254

<sup>36</sup> *Ibidem*. Pág. 272

brasileño tuvo sin lugar a duda la influencia del ordenamiento Portugués, más sin embargo esto no evito que surgieran diferencias al momento de considerarse esta figura”.<sup>37</sup>

Los autores Portugueses en la doctrina tuvieron importante presencia en sus intentos de adaptar la sólida doctrina portuguesa a la amplitud de la omisión en el derecho brasileño.

El interés jurídico que trato de protegerse estaba integrado por los derechos constitucionales y en particular, por aquellos cuya posibilidad de aplicación es inexistente al faltar normativa de desarrollo. Para que el papel esencial que juegan los constituyentes no quede en letra muerta se necesita de la jurisprudencia y de la doctrina, esto se ha manifestado claramente en el ordenamiento jurídica brasileño.

#### **1.2.4 Argentina**

El ordenamiento jurídico de la República de argentina, está sustentado en una Constitución Federal, en donde la figura de inconstitucionalidad por omisión no se encuentra institucionalizada a nivel federal. “La Inconstitucionalidad por omisión debe ser provocada ante la inercia del Estado provincial o municipios encargados de efectivizar el goce de un derecho constitucional y de la concreción de un precepto constitucional a través del dictado de las normas que le proporcionen exigibilidad”.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> *Ibíd.* Pág. 276

<sup>38</sup> Citado por Rodríguez Machado, Macia, *El Recurso de Inconstitucionalidad*, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, san Salvador, 1999. Pág. 50

No cualquier omisión es susceptible de control jurisdiccional bajo la figura de inconstitucionalidad por omisión en la República de Argentina, para ello habría que hacer una distinción entre si se omitió dictar una norma reglamentaria que le diera efectividad a un Derecho Constitucional o si se omitió complementar tal precepto para dotarlo de exigibilidad y que tal omisión de cómo resultado una inconstitucionalidad.

### **1.2.5 Costa Rica**

La legislación actualmente vigente en este país centroamericano recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión gracias a las previsiones contenidas en su Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por medio de la reforma constitucional del 18 de agosto de 1989, creando la jurisdicción constitucional. “Determinando así que corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. La regulación de esta figura se asemeja a la contemplada en el Derecho Constitucional Brasileño”.<sup>39</sup> Para poder hablar de Inconstitucionalidad por Omisión se debe antes reconocer la superioridad normativa y el carácter de fuente suprema de la Carta Magna.

La supremacía de la Constitución implica reconocer necesariamente la existencia de ordenamientos jurídicos situados en diversos planos, de donde surge la jerarquía de normas. “Asimismo cabe preguntarse si todo tipo de mandato constitucional da lugar a omisiones subsanables mediante el sistema de control de constitucionalidad por omisión”.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup>Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág. 300

<sup>40</sup>Citado por Orozco Solano, Víctor, La Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica. Pág.

### **1.2.6 Alemania**

El fin de la segunda guerra mundial abrirá una nueva etapa para la historia de Alemania, y de su ordenamiento jurídico. Las potencias aliadas serán las supervisoras de los inicios de esta nueva época, en la que destaca la promulgación en 1949 de una Carta Magna. La conocida Ley de Bonn.

Unos de los magistrados del tribunal constitucional alemán, 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.

El interés por la protección de los derechos fundamentales ante la inercia del legislador fue cobrando auge con el paso del tiempo llegando incluso a merecer atención destacada fuera de las fronteras alemanas. Con el correr del tiempo se fueron creando trabajos más extensos y específicos acerca de las omisiones legislativas dentro del ordenamiento jurídico alemán.

### **1.2.7 Perú**

En la legislación peruana, han abordado la figura de la omisión inconstitucional teniendo en mente las posibilidades que ofrecía la constitución democrática de 1979, nacida del consenso entre los principales partidos políticos e instaurada en una jurisdicción constitucional que responde a un sistema dual o mixto.

### 1.2.8 España

Encontramos en España la Institución del “Justicia Mayor”, que era un juez que intermediaba entre el Rey la Nobleza tratando de mantener el equilibrio y los derechos de los Nobles; originalmente fue un asesor jurídico del Rey, luego en el siglo XIII, se convirtió en una especie de funcionario de la “*Curia Regis*”, la cual administraba justicia en nombre del Monarca<sup>41</sup>.

Posteriormente encontramos al denominado *Justicia de Aragón*, quien era el encargado de administrar justicia en nombre del monarca, quien le debía obediencia en los mismos términos que sus súbditos, lo mismo que a la Corte Constitucional. “La Justicia Constitucional Española, ha reconocido la potestad de los órganos jurisdiccionales encargados de velar por la superioridad normativa de la constitución política de controlar las abstenciones de las autoridades estatales que vulneran la Norma Fundamental”.<sup>42</sup>

Así, en lo que toca al ordenamiento español, son de suma importancia las investigaciones doctrinales que se han elaborado en cuanto a este tema, en las que se han desarrollado con una profundidad extraordinaria el fundamento, la forma y los efectos que se producen a consecuencia del reconocimiento del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales.

---

<sup>41</sup> Molina, Carmen Elena, op. cit. Pág. 71

<sup>42</sup> Montoya, Juan Ramón, “*El Control de Constitucionalidad*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, San Salvador, El Salvador, 1997. Pág. 42

### 1.3. SURGIMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR

Siguiendo los lineamientos estipulados en el Art.183 de la Constitución, la inconstitucionalidad de que pueden adolecer las normas sujetas a este control, puede ser de forma o de contenido, en razón de que el ordenamiento constitucional no sólo está constituido por normas de carácter material, sustantiva o de contenido, sino también por normas de carácter formal o de procedimiento<sup>43</sup>. En ese mismo sentido, el profesor *Eduardo Couture*<sup>44</sup> definía la inconstitucionalidad por razones de forma y fondo como: "Vicio o defecto de que adolece una norma, cuando ha sido dictada en contra de los preceptos de la Constitución, ya sea con lesión de los derechos que la misma le confiere, con exceso o desviación de los poderes que en ella se otorgan o con quebranto de las formas señaladas..."

Según *Bertrand Galindo*,<sup>45</sup> la inconstitucionalidad de contenido (denominada también material) procede cuando una norma jurídica general (ley, decreto, reglamento, etc.) contiene preceptos que contradicen el contenido de la constitución, es decir cuando tales normas violan los principios, valores, reglas, derechos y obligaciones que se consignan en la misma.

Por otro lado hay inconstitucionalidad formal cuando no se hubiere observado el procedimiento previsto para la emisión de las normas infraconstitucionales. En ese sentido dicho control procede en dos

---

<sup>43</sup>Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional II. Supremacía y control del constitucionalidad*, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1976. Pág. 134.

<sup>44</sup> Citado por Vanossi, Jorge Reinaldo, op. cit. Pág. 135

<sup>45</sup> Bertrand Galindo, Francisco y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 4º Edición, Tomo I, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2000. Págs. 450 y 451.

situaciones: a) cuando la norma ha sido elaborada sin ajustarse a los trámites establecidos por la constitución, o sin adoptar la forma que para cada caso ella prescribe; y b) cuando proviene de un órgano constitucionalmente incompetente para emanarla<sup>46</sup>. Sin embargo, para efectos de desarrollar el tema que compete a esta investigación, es necesario remitirse a las legislaciones de diversos países, en las cuales se regula un tercer tipo de inconstitucionalidad, que es la denominada “*inconstitucionalidad por omisión*”.

Si bien, dicha figura no se encuentra regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra un caso específico en el que se alegó la existencia de una omisión legislativa con respecto al Código de Familia salvadoreño. Es este el momento en el cual se alega por primera vez en El Salvador la existencia de esta figura, dándose así el surgimiento de la misma en nuestro país; es decir, este es el único precedente que existe en nuestro país referente al tema, sentando las bases que dan la pauta para su eventual aplicación práctica.<sup>47</sup>

El citado proceso es el identificado con la Referencia Número 2-95, el cual fue promovido por el Lic. Rafael Antonio Moran Cornejo, en el cual alegaba que se declarara la inconstitucionalidad por omisión del Código de Familia emitido por Decreto Legislativo Numero 677, publicado en el Diario Oficial Número 231 Tomo 321 de fecha trece de diciembre de 1993, en el cual la Sala de lo Constitucional pronunció Sentencia declarando sin lugar la existencia de la inconstitucionalidad alegada por el peticionario.

---

<sup>46</sup> *Ibíd.* Pág. 484.

<sup>47</sup> En el devenir de la historia jurídica de nuestro 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 ley. 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.



El peticionario fundamentó su pretensión principalmente en dos argumentos:

a) Omisión de legislar: afirmando que en el CFam., se había omitido regular una situación que según él, es propia de la sociedad salvadoreña siendo esta la relación entre una persona casada (o que ha formado una unión no matrimonial) con otra persona; así también afirmó que el citado Código no regulaba de forma directa la situación jurídica de los hijos de padres con impedimentos para efectuar uniones del tipo antes señalado.

b) Desprotección del matrimonio: alegando que con la omisión antes referida se dejaba desprotegida la institución del matrimonio puesto que sostenía que las personas podían entender que el CFam., permitía tener más de un hogar, no siendo éste el verdadero espíritu del constituyente.

Dando cumplimiento al procedimiento señalado en la LPr.Cn., tal y como lo establece el Art. 7, se pidió informe a la autoridad que emitió la disposición objeto de control, siendo en este caso, el Presidente de la República de esa época, Doctor Armando Calderón Sol y la Asamblea Legislativa, los cuales, al rendir su informe, coincidieron en que la omisión señalada por el solicitante no tenía fundamento alguno puesto que en el CFam., el legislador dio cumplimiento al Art. 33 de la Constitución, regulando tanto el matrimonio como la unión no matrimonial entre un hombre y una mujer, siempre y cuando estos no tengan impedimento legal para contraer matrimonio entre sí; así también, manifiestan que el antes citado Código no hace una discriminación entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, ni los adoptivos, sino por el contrario, señala que todos ellos poseen iguales derechos frente a sus padres.

Al contestar el traslado de Ley señalado en el Art. 8 del referido cuerpo normativo, el Fiscal General de la República afirmó que la demanda presentada por el Lic. Moran Cornejo carecía de fundamento constitucional, puesto que expresó que de regular el C. Fam., las relaciones existentes entre una persona casada o en unión no matrimonial con otra persona, sí se hubiere atentado contra la institución del matrimonio en virtud de que ese tipo de relaciones son consideradas por la doctrina como ilícitas. Además manifestó el fiscal que tampoco existía este tipo inconstitucionalidad en cuanto a la regulación de la situación jurídica de los hijos nacidos en relaciones no estables, en razón de que el Art. 36 no hace distinción alguna al regular los derechos constitucionales que asisten a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, lo cual es respaldado por el C. Fam., al establecer dentro de sus principios rectores, la igualdad de derechos de los hijos.<sup>48</sup>

La Sala, luego de hacer una serie de consideraciones enfocadas referentes a ambas posturas, concluyó que en el texto constitucional no existe un mandato al legislador de regular las denominadas uniones extramatrimoniales, así como tampoco sobre los hijos resultantes de dichas uniones, por lo tanto falló declarando que no existe la inconstitucionalidad por omisión alegada por el peticionario.

Las consideraciones que hizo la Sala de manera más detallada, son las siguientes: en primer lugar, manifiesta que anteriormente la misma ya 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, entre las cuales se encuentran los denominados encargos al legislador, sobre los cuales se ha

---

<sup>48</sup> Lo cual se regula expresamente en el Art. 4 del citado cuerpo legal.

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 infraconstitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia a la norma que contiene el mandato constitucional, además de que tampoco es imprescindible que tales mandatos contengan un plazo para la emisión de las normas infraconstitucionales.<sup>49</sup> En segundo lugar, la Sala estableció tres criterios determinantes para el cumplimiento de un mandato constitucional: 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 infraconstitucionales (“cuándo”); y c) La forma en que se dará cumplimiento al mismo (“cómo”).<sup>50</sup>

En tercer lugar, ese Tribunal afirma que de acuerdo con la doctrina existe una clasificación tripartita en cuanto a las relaciones entre un hombre y una mujer, las cuales pueden ser lícitas, ilícitas y ajurídicas. Dentro de las primeras, según se menciona, están el matrimonio y la unión de hecho; dentro de las segundas están el adulterio, el incesto, la bigamia, etc.; y las terceras son las que se caracterizan porque los sujetos entablan relaciones sexuales en el ejercicio de su libertad (es decir, relaciones ocasionales o temporales entre personas solteras), por consecuencia -según lo expresado por la Sala- la unión no matrimonial en la cual uno de los miembros de la pareja se encuentra ligado por vínculo matrimonial a otra persona, en nuestro ordenamiento jurídico, no produce consecuencias jurídicas en relación a la pareja misma y por lo tanto no debía ser regulada por el C. Fam.

---

<sup>49</sup> Tal jurisprudencia, como podemos observar, abre la posibilidad de que este tipo de inconstitucionalidad pueda convertirse en un medio efectivo para ejercer una especie de control sobre la función legislativa correspondiente al primer Órgano del Estado, la cual hasta el momento no había sido objeto de algún contralor al respecto.

<sup>50</sup> Bertrand Galindo, Francisco y otros. op. cit. Pág. 452

En cuarto lugar, en cuanto al tema de los hijos, manifiesta la Sala que la Constitución ha reconocido ya la igualdad jurídica de los hijos en el Art. 36, estipulando que tanto los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio como los adoptivos tiene iguales derechos frente sus padres, quedando prohibida cualquier tipo de discriminación, por cuanto la única diferencia entre éstos la forma de establecer el lazo de filiación ante sus padres.

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.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> *Ibidem*. Pág. 459

## **CAPÍTULO 2**

### **SUPUESTOS LEGITIMADORES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN**

SUMARIO. 2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 2.1.1. Inconstitucionalidad. 2.1.2. Omisión. 2.1.3. Inconstitucionalidad por omisión. 2.2. CONCEPCIÓN MAYORMENTE ACEPTADA POR LA DOCTRINA. 2.2.1. Inactividad del Poder Legislativo. 2.2.1. Período Temporal Excesivo. 2.2.3. Preceptos de Obligatorio y Concreto Desarrollo. 2.2.4. Ineficiencia de la Norma Constitucional. 2.3. CLASIFICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN SEGÚN LA DOCTRINA. 2.3.1. Omisión Absoluta y Omisión Relativa. 2.3.1.1. Omisiones Absolutas. 2.3.1.2. Omisiones Relativas. 2.3.2. Diferencias entre Omisiones Absolutas y Omisiones Relativas. 2.3.3. Omisión Formal y Omisión Material. 2.3.4. Omisión que afecta a Derechos Fundamentales y Omisión que no les afecta. 2.3.5. Omisión Evitable y Omisión Inevitable. 2.4. LAS LAGUNAS JURÍDICAS Y LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS.

#### **2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL**

Para efectos de comprender mejor la institución objeto de estudio, es decir, la “Inconstitucionalidad por omisión”, es necesario detenerse a analizar la terminología que estamos utilizando para referirnos a ella. Es por ello que abordaremos algunas consideraciones acerca de los vocablos “Inconstitucionalidad y omisión”, cada uno de forma separada.

##### **2.1.1. Inconstitucionalidad**

Al referirnos a éste término estamos haciendo alusión a una conducta vulneradora de la Carta Magna. Estas vulneraciones tienen diversas causas y pueden presentarse con diferentes matices, al igual que las consecuencias

de tales infracciones. Sin embargo, todas ellas suponen un ataque a los preceptos básicos del ordenamiento jurídico y una agresión a los valores vitales emanados de las decisiones políticas fundamentales recogidas en el texto constitucional. Una definición más técnica del término Inconstitucionalidad nos dice que es el “quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del Parlamento, por decretos leyes o actos del gobierno...”,<sup>52</sup> por ello se afirma que el proceso de Inconstitucionalidad es por excelencia, un mecanismo de control de la legitimidad constitucional.

### **2.1.2. Omisión<sup>53</sup>**

Siguiendo la línea anterior, nos basamos en la siguiente definición de este vocablo: “Abstención de hacer, de decir o declarar; Falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa”.<sup>54</sup> Como puede observarse, definir a cabalidad este vocablo es mucho más problemático puesto que alude a una inactividad, a una inacción, a un dejar de hacer o de decir algo.

En términos generales podemos decir que la conducta humana se estructura en dos grandes formas: una positiva y otra negativa. Ambas proceden del ser humano dirigido por su voluntad o por las circunstancias

---

<sup>52</sup> Cabanellas, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. 21<sup>o</sup> Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989. Pág. 260

<sup>53</sup> El empleo de las omisiones en sentido jurídico parece tener su origen en el Derecho Romano, en el cual podemos detectar su uso, en sentido privado y público, aunque en todo caso parece de poca relevancia. Por otro lado en el Derecho Canónico la utilización jurídica de la idea de omisión, supone el incumplimiento de las obligaciones del obispo y sacerdote, además de regular ciertas inactividades que tipificaran conductas o las agravaran dentro del Derecho sancionador de la Iglesia. Sin embargo, es el sentido jurídico penal de omisión, el que se tuvo en cuenta y se trasladó al Derecho Constitucional para aludir a la institución que estamos considerando.

<sup>54</sup> Cabanellas, Guillermo. op. cit. Pág. 311

que a esta dominan<sup>55</sup>. La conducta humana positiva provocará un elemento físico que se traduce en una acción; mientras que, la conducta humana negativa carecerá de dicho elemento.

### 2.1.3. Inconstitucionalidad por omisión

Es posible dividir las distintas conceptualizaciones que recoge la doctrina en cuanto a ésta figura en dos grandes grupos:<sup>56</sup> el primero, integrado por aquellos grupos que conciben el instituto con un carácter extenso; y el segundo, por los que lo entienden en una dimensión más reducida.<sup>57</sup> De acuerdo con los primeros, la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos, en un sentido general, con el que se incluirían la no emisión de ciertos actos políticos, actos administrativos y decisiones judiciales; de manera que, la figura estaría ligada al incumplimiento genérico de una obligación de

---

<sup>55</sup> Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág. 68.

<sup>56</sup> *Ibidem*. Pág. 74

<sup>57</sup> En este sentido, la doctrina se encuentra dividida, pues cada autor tiene su propio punto de vista al concebir la Inconstitucionalidad por omisión, ya sea desde el sentido amplio o desde el sentido restringido. Algunos ejemplos de ello son (concepción amplia): 1) Jorge Miranda, quien se encuentra en el primer grupo; 2) en América Latina encontramos a NÉSTOR PEDRO SAGÜES, quien indica que, “aludimos a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento constitucional no se traduce por actos sino por abstinencias de conductas”; 3) asimismo, GERMAN BIDART CAMPOS expresa que, la inconstitucionalidad por omisión “sobreviene cuando el Órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, y se abstiene de cumplirlo”. Pasando al segundo grupo (concepción reducida), encontramos a: 1) NICOLA PICARDI; 2) JOSE JOAQUIM GÓMES CANOTILHO; 3) LUÍS AGUIAR DELUQUE, quien habla de “violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto”. 4) Jurisprudencialmente en ese orden de ideas, es posible encontrar una referencia respecto a la postura del autor precitado en la sentencia número 24/1982 del Tribunal Constitucional Español: “la inconstitucionalidad por omisión existe cuando la constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”; 5) IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ, hace alusión a un silencio legislativo que suponga la creación de una situación jurídica contraria a la constitución exista o no una obligación constitucional de legislar, lo cual hay que completar con la idea de que ese silencio altera el contenido normativo de la constitución, trayendo como consecuencia jurídica la existencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la constitución.

desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional, sin ulteriores precisiones.<sup>58</sup>

Según el segundo grupo, la inconstitucionalidad por omisión, por el contrario, estaría limitada a la pasividad del poder legislativo<sup>59</sup>. En estos casos, tal idea suele ser desglosada y se le añaden otra serie de variables que tienen necesariamente que concurrir para que efectivamente se produzca una auténtica vulneración de la Ley Suprema.

## **2.2. CONCEPCIÓN MAYORMENTE ACEPTADA POR LA DOCTRINA**

El concepto que la doctrina acoge mayoritariamente acerca de éste instituto es el que lo define 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 se impida su eficaz aplicación”.<sup>60</sup> En ese sentido para una mayor comprensión del concepto antes vertido, procederemos a desglosar y analizar

---

<sup>58</sup> Sin embargo, la concepción restringida presenta varios defectos: en primer lugar, posee dos elementos que a criterio del autor RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE no corresponden a la realidad del instituto. El primero de ellos, es la necesidad de que la omisión se haya producido “durante un tiempo excesivamente largo, puesto que el tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico valedero para definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicios de inconstitucionalidad” En ese sentido, basta con la existencia de la omisión sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la constitución y el momento en que se invocó jurisdiccionalmente aquella. En segundo lugar restringir la omisión, solo a aquellas normas inconstitucionales de “obligatorio y concreto desarrollo”, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos. Además la expresión “obligatorio desarrollo” es el fondo tautológico, pues todos los principios y normas constitucionales son por sí mismos de obligatorio desarrollo.

<sup>59</sup>Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág. 74

<sup>60</sup> Ibídem. Pág. 83-91



detalladamente los elementos que componen el mismo, los cuales, a grosso modo, son:<sup>61</sup>

- A) Falta de Desarrollo (Omisión o Inactividad del Poder Legislativo).
- B) Periodo Temporal Excesivo.
- C) Precepto de Obligatorio y Concreto Desarrollo (Encargos al Legislador).
- D) Ineficacia de la norma Constitucional.

### **2.2.1 Inactividad del Poder Legislativo**

El Poder Legislativo posee, dentro de un Estado Democrático de Derecho, total legitimidad para llevar a cabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales, puesto que éste es el elegido directamente por el pueblo en ejercicio de su soberanía. Cuando hablamos de “pasividad” o “inactividad” del legislador, es necesario hacer alusión primeramente a la existencia de algún deber jurídico de legislar en cuya presencia el comportamiento pasivo del legislador pueda considerarse jurídicamente relevante.<sup>62</sup> En ese sentido, es posible encontrar en cada ordenamiento jurídico, normas y principios que someten la voluntad del legislador, imponiéndole ciertos comportamientos o deberes.<sup>63</sup>

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 del cual la conducta pasiva

---

<sup>61</sup>Proceso de Inconstitucionalidad 2-95, promovido por el ciudadano Rafael Antonio Morán Cornejo.

<sup>62</sup> Gómez Puente, Marcos. “La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control”. Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997. Pág. 1-10

<sup>63</sup> En efecto, encontramos que el poder legislativo se halla sometido a la Constitución, tanto en el plano formal de su ejercicio como en el sustancial o material. Debe tratarse también, de mandatos concretos porque los mandatos abstractos no establecen con precisión aquello que los poderes constituidos deben hacer, requisito indispensable para que, en caso de no hacerlo, pueda hablarse de omisión Inconstitucional. Vid al respecto GOMEZ PUENTE, Marcos, op. cit. Pág. 17

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 está jurídicamente condicionada). Caso contrario estaríamos en presencia de una conducta jurídicamente irrelevante, que no sobrepasaría los límites normativos que circunscriben el ejercicio 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 sus contenidos, especialmente cuando no gozan de formulación positiva explícita en el correspondiente sector del ordenamiento.<sup>64</sup> Así, en algunos casos pueden verse deberes expresos y concisos, como por ejemplo, los contenidos en los Artículos 38 inc 1º y 54 de nuestra Constitución. El primero de ellos expresa que “El trabajo estará regulado por un Código que tendrá por objeto principal armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores...”, exigiendo entonces explícitamente al legislador el establecimiento de un conjunto sistematizado de normas que regulen esa materia, habiéndose concretado tal mandato con la creación del Código de Trabajo. Asimismo, el Artículo 54 demanda la creación de una Ley que se encargue de reglar lo relacionado con la estructura y funcionamiento del Sistema Educativo Nacional, al regular que “El Estado organizará el sistema educativo para lo cual creará las instituciones y servicios que sean necesarios...” mandato que se materializa con la entrada en vigencia de la Ley General de Educación y el establecimiento de un Ministerio de Educación. Sin embargo, no siempre los deberes de legislar se expresan con tanta claridad, puesto que en

---

<sup>64</sup>Gómez Puente, Marcos. op. cit. Pág. 20

muchas ocasiones éstos se encuentran inmersos o implícitos dentro de una norma más genérica, sin que por ello pueda llegar a excluirse su existencia.

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 infraconstitucionales 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.

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.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> *Ibidem*. Pág. 36

### 2.2.1 Período Temporal Excesivo<sup>66</sup>

De acuerdo con la doctrina la inactividad antes relacionada 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.<sup>67</sup> Las disposiciones constitucionales que ameritan desarrollo no contemplan plazos perentorios en los cuales el poder legislativo deba actuar, si no que conceden libertad a éste para que lleve a cabo su proyecto jurídico político, la expresión “Durante un tiempo excesivamente largo”<sup>68</sup> permite modulaciones, pudiendo entenderse como un tiempo irracionalmente largo, quedando en manos del órgano competente determinar si ha transcurrido o no ese tiempo, teniendo presente las diversas circunstancias de cada caso.<sup>69</sup>

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que la necesidad de desarrollo y las circunstancias que lo retardan no son 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

---

<sup>66</sup> El hecho de que no exista un plazo determinado para el desarrollo de una norma constitucional programática imperativa, no debe servir de excusa para retrasar al infinito la realización del mandato constitucional. Aceptar esta tesis sería, según lo afirma correctamente el Maestro Sagües, “llevar al congelamiento una serie de derechos constitucionales.” El principio que debe primar es el de la obligación de desarrollo del mandato constitucional y sólo por excepción, que obviamente deberá ser debidamente justificada, podrá aceptarse la excusa de la imposibilidad de hacerlo. Lo que fundamentalmente debe cuidarse, es no dañar la fuerza normativa de la Constitución, permitiendo que subsistan o prevalezcan situaciones jurídicas no queridas por la Carta Magna. Al respecto, el Profesor Ignacio Villaverde señala: “la existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional, hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución.

<sup>67</sup> Fernández Rodríguez, José Julio.op. cit. Pág. 85

<sup>68</sup> La 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>69</sup> Fernández Rodríguez, José Julio.op. cit. Pág. 86

es el principio (necesidad de desarrollo) y otro es la excepción (retraso en ese desarrollo); por lo tanto tal excepción requerirá siempre una justificación.<sup>70</sup>

### **2.2.3 Preceptos de Obligatorio y Concreto Desarrollo<sup>71</sup>**

La aludida falta de desarrollo hace referencia a los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de una forma concreta; de manera que no todas las normas constitucionales poseen el mismo carácter jurídicamente hablando, sino que pueden establecerse distintas tipologías en función de diversos criterios. La clasificación que nos interesa para el caso es la que divide a las normas constitucionales en: a) Autoaplicativas (o de aplicación inmediata) y b) de aplicación diferida o condicionada.<sup>72</sup>

Las primeras son aquellas cuya eficacia depende de sí mismas, es decir, que para desplegar toda su fuerza normativa no requieren de un desarrollo ulterior por parte de los poderes del estado, con facultad de crear

---

<sup>70</sup> Ibídem. Pág. 86

<sup>71</sup>El proyecto global informado por la Constitución se hace mediante normas de diverso tipo, entre las cuales 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: (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 la 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>72</sup> Orozco Solano, Víctor y otros. "La Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica", artículo electrónico, San José, 2000. p.3. [www.uned.ac.cr/redti/documentos/LAS%20OMISIONES%20LEGISLATIVA](http://www.uned.ac.cr/redti/documentos/LAS%20OMISIONES%20LEGISLATIVA)

<sup>73</sup> Ibídem. Pág. 3

<sup>74</sup> Ibídem. Pág. 4

normas.<sup>73</sup> En otras palabras éstas cláusulas no requieren de la creación de una norma posterior de grado inferior ni 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 esta condicionada al desarrollo posterior por parte de los poderes públicos de una norma de rango inferior. Contrariamente a las normas de aplicación inmediata, las normas constitucionales incompletas requieren para desplegar la totalidad de su eficacia un desarrollo posterior. Respecto de estas últimas se vuelven entonces indispensables que los poderes con facultad normativa, desarrollen el contenido de la norma constitucional para que ésta adquiera su condición de aplicable y pueda producir los mismos efectos jurídicos que las normas autoaplicativas.<sup>74</sup>

Ahora bien, las normas incompletas a su vez pueden ser de dos tipos: 1) Permisos y 2) Mandatos Constitucionales.<sup>75</sup> 1) 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. 2) Los segundos son considerados normas incompletas por cuanto su eficacia depende igualmente del desarrollo posterior de una norma de rango jerárquico inferior.<sup>76</sup> A diferencia de los permisos, los mandatos

---

<sup>75</sup> *Ibidem.*

<sup>76</sup> Para que se produzca la inconstitucionalidad por omisión, debe tratarse de la inobservancia de normas constitucionales no auto aplicativas, ni auto operativas, es decir, normas programáticas y, dentro de ellas, las que tengan un carácter de imperativas o de cumplimiento obligatorio. Debe tratarse también, de mandatos concretos porque los mandatos abstractos no establecen con precisión aquello que los poderes constituidos deben hacer, requisito indispensable para que, en caso de no hacerlo, pueda hablarse de

constitucionales vinculan de manera inmediata a los poderes públicos con potestad normativa, los cuales no pueden excusarse por ninguna razón de desarrollar el contenido de la norma constitucional, y en consecuencia crear la situación jurídica querida por la Constitución, puesto que de lo contrario existiría un vacío de la norma constitucional, produciendo de esta forma su ineficacia.

En síntesis, al hablar de inconstitucionalidad por omisión, estamos en presencia de un mandato constitucional llamado también por la doctrina “encargos al legislador”, puesto que también tendrá relevancia jurídica únicamente cuando exista un precepto constitucional que establezca una conducta y precisamente dicha omisión lesione tal precepto.<sup>77</sup>

#### **2.2.4 Ineficiencia de la Norma Constitucional<sup>78</sup>**

Como último elemento de la definición antes acotada encontramos la ineficacia de la norma constitucional, que no es más que la consecuencia de todo lo anterior: la existencia de unas normas de la ley suprema que requieren un desarrollo normativo posterior unido a la inacción del órgano encargado de tal desarrollo trae como resultado la falta de eficacia de

---

omisión inconstitucional. En el caso de mandatos abstractos contenidos, por ejemplo, en normas programáticas referidas a deberes del Estado, puede no señalarse específicamente cuál es la acción que debe desarrollar el legislador o los poderes constituidos, tornándose en este caso, muy difícil tipificar una inconstitucionalidad por omisión.

<sup>77</sup> Las anteriores razones justifican que este tribunal conozca y decida sobre aquellos comportamientos omisivos de los entes investidos de potestades normativas, en cuanto a la producción de disposiciones infraconstitucionales que desarrollen las normas que contienen mandatos constitucionales, cuando la dilación durante un lapso irrazonable, en la emisión de las primeras, provoca la ineficacia de las segundas.

<sup>78</sup> No toda inacción, omisión o silencio del legislador en particular o de los poderes constituidos en general, producen ni traen aparejada una situación de inconstitucionalidad. La inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos se transforma en omisión inconstitucional, si altera la fuerza normativa de la Constitución, esto es, si causa la pérdida de su eficacia normativa.

aquellas normas.<sup>79</sup> Esta característica de la ineficacia es uno de los fundamentos principales de la lógica jurídica de las normas, las cuales no nacen para cumplir un mero requisito de existencia en el seno del ordenamiento jurídico, sino que se origina con el propósito de tener un reflejo aplicativo de la sociedad.

Dicho de otro modo, la ineficacia de las normas consiste en la conformidad o adecuación de la conducta de los destinatarios con lo que la norma prescribe, por lo que la falta de desarrollo imposibilitará a los ciudadanos cumplir con el precepto constitucional, no por un desacuerdo con su contenido sino por la carencia de regulación.<sup>80</sup> En ese orden de ideas y para concluir con este apartado, diremos 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.

### **2.3. CLASIFICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN SEGÚN LA DOCTRINA**

La omisión, en efecto no es un simple “no hacer”, sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado. Se requerirá así la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa. En otro caso, estaríamos en presencia de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no sobrepasaría los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo.

---

<sup>79</sup>.Fernández Rodríguez, José Julio.op. cit.Pág. 89

<sup>80</sup> Ibídem. Pág. 70



### **2.3.1. Omisión Absoluta y Omisión Relativa<sup>81</sup>**

#### **2.3.1.1 Omisiones Absolutas**

Las omisiones absolutas se producen, básicamente, por la ausencia del dictado de las medidas destinadas a dotar de eficacia la norma constitucional. Esta ausencia es total, en la medida en que el legislador o poder Ejecutivo no han elaborado desarrollo alguno respecto de la forma en que se debe aplicar el precepto de la Constitución, lo que supone una inactividad injustificada que vulnera la norma fundamental.<sup>82</sup> En este sentido la doctrina ha formulado varios criterios que permiten determinar cuando la inactividad es arbitraria y en qué supuestos la autoridad cuenta con un “plazo razonable” para dictar las normas requeridas por el Derecho Constitucional.

Tales omisiones absolutas son llamadas por el autor Ignacio Villaverde Menéndez “silencios del Legislador”,<sup>83</sup> e indica, básicamente, que se trata de los casos en que falta la norma que puede o debe regular una situación jurídica mandada por la Constitución, en tanto es requerida para que ese precepto constitucional goce de eficacia.

De esta manera, en el caso de este tipo de omisiones (totales o absolutas), el precepto constitucional que requiere y exige el desarrollo de parte de las autoridades públicas con poder normativo queda vacío, en cuanto dichas normas no son autoaplicativas, sino que su eficacia es diferida y se encuentran condicionadas, precisamente, a un desarrollo ulterior

---

<sup>81</sup> Con estas palabras significamos que la inconstitucionalidad por omisión implica un incumplimiento o desacato, que no sólo puede producirse por la falta total de desarrollo del mandato constitucional, sino también por el desarrollo parcial de lo que la Carta Suprema dispone.

<sup>82</sup> Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág. 87

<sup>83</sup> Citado por Patiño Cruz, Silvia y otros. op. cit. Pág. 87

mediante el dictado de normas infraconstitucionales que determinen la forma en que se debe aplicar esa disposición. Al no producirse ese desarrollo, tal situación puede originar situaciones no deseadas por el constituyente, que se tornan sin duda alguna, objeto de control por parte de los tribunales encargados de velar por la supremacía normativa de la Carta Magna.<sup>84</sup>

En este sentido, debe de reiterarse que solo es posible la configuración de una omisión absoluta en los supuestos en que se trate de normas de aplicación condicionada o diferida, en tanto que las normas autoaplicativas son exigibles por si mismas y por ende, directamente aplicables por las autoridades públicas.

### **2.3.1.2 Omisiones Relativas**

Las omisiones parciales o relativas se diferencian de las absolutas, en que, en estas últimas no existe ningún desarrollo infraconstitucional, mientras que en las primeras si existe un desarrollo legislativo o reglamentario que permita la ejecución de las normas fundamentales, pero este es esquivo respecto a ciertos grupos que debió comprender.

En este sentido, Villaverde Menéndez<sup>85</sup> señala que éstas consisten en una conducta legislativa, que pretende hacer efectivos los mandatos o permisos contemplados en la norma fundamental, sin embargo, ésta es defectuosa respecto a ciertos grupos que no toma en cuenta y por ende, los discrimina, tratándose entonces de un silencio no del legislador sino de la ley. De ahí que algunos autores consideran que siempre se trata de un

---

<sup>84</sup> Ibídem. Pág. 88

<sup>85</sup> Ibídem. Pág. 90

supuesto de violación al derecho a la igualdad.<sup>86</sup> Ello produce sin duda alguna, una situación no querida por el constituyente que viola el principio de supremacía de la Constitución, lo cual justifica el control de constitucionalidad sobre este tipo de omisiones.

Tradicionalmente la doctrina que ha estudiado esta materia (y la jurisprudencia que ha tocado el tema de las omisiones inconstitucionales) tiende a admitir, únicamente, el control de constitucionalidad sobre las omisiones relativas cometidas por las autoridades públicas, que vulneran el Derecho Constitucional. Por ello, algunos autores piensan que la única Inconstitucionalidad por omisión que un tribunal constitucional puede admitir es la que deriva de una actividad incompleta, de una actividad omisiva por parte del Legislador, 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, entonces es cuando el Tribunal constitucional, está ante una Inconstitucionalidad por omisión.

El autor José Julio Fernández Rodríguez,<sup>87</sup> discierne entre dos tipos de omisiones relativas, a saber: las que se producen por la vulneración del principio de igualdad y las que suponen una deficiente regulación por la ausencia de complementación en la normativa. Para este autor, las omisiones relativas ostentan una particularidad que no les permite ser reconducidas, como algunos pretenden, a la Inconstitucionalidad positiva por derechos protegidos por la Carta Magna, en la medida que tales omisiones no se restringen al tipo enunciado, sino que también cubren los supuestos en

---

<sup>86</sup> Es el caso que los juristas y tribunales alemanes han denominado como exclusión arbitraria o discriminatoria en donde se atenta contra el principio de Igualdad consagrado en la Constitución.

<sup>87</sup> Citado por Patiño Cruz, Silvia y otros, op. cit. Pág. 91

que se acredite una incompleta regulación de un instituto que produzca la ineficacia de la Norma Fundamental.

En este sentido, si bien se indicó con anterioridad que, por lo general, las omisiones absolutas se encuentran conectadas a las omisiones formales, mientras las relativas a las materiales, algunos autores han sostenido que eso no ocurre siempre de esa manera, puesto que consideran que las omisiones relativas, a diferencia de las absolutas que son siempre formales, pueden ser formales o materiales, dependiendo de si se trata de los casos señalados en el párrafo anterior.<sup>88</sup>

Para el jurista Ignacio Villaverde,<sup>89</sup> las omisiones parciales o silencios de la ley, pueden ser producidos por dos circunstancias: una, cuando en ese desarrollo de la norma fundamental el legislador, expresamente excluye al grupo omitido de la ejecución de la norma diferida; y otra, cuando en ese desarrollo la autoridad estatal “omite, en el justo sentido de esa palabra, regular un aspecto de esa misma materia”. Sin embargo, este autor considera que sólo en el segundo de ambos supuestos se constituye una Inconstitucionalidad por omisión. En el primero, si bien hay una situación contraria al Derecho de la Constitución, ésta se debe controlar mediante los mecanismos ordinarios para verificar la adecuación de las disposiciones infraconstitucionales a la norma fundamental, lo cual es compartido en su totalidad por muchos autores.

### **2.3.2. Diferencias entre Omisiones Absolutas y Omisiones Relativas**

La doctrina distingue entre distintas clases de omisión, a saber: la

---

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Ibidem*. Pág. 92

omisión absoluta y la omisión relativa; la que afecta derechos fundamentales y la que no los afecta; y en evitables y no evitables.

En otros términos, existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinen algún aspecto del texto constitucional que allí sólo se encuentra delineado en sus rasgos más generales.

Tal y como se desarrolló en el apartado anterior, existen entre las omisiones relativas y las omisiones absolutas, rasgos significativos que nos hacen poder diferenciar entre una y otra, veamos:

- La omisión absoluta se produce cuando falta todo tipo de actuación del legislador destinada a aplicar el principio o el precepto constitucional. Asimismo, en las omisiones absolutas hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En cambio, la omisión relativa puede producirse cuando el legislador al normar una materia no respeta derechos adquiridos o no respeta el principio de igualdad ante la ley.
- Por lo general, las omisiones absolutas se encuentran conectadas a las omisiones formales; mientras que las relativas, diferencia de las absolutas, que son siempre formales, pueden ser formales o materiales.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Los términos inobservancia total y parcial nos vinculan con la tipología de omisión legislativa inconstitucional formal y materialmente considerada. Así la inobservancia total en el dictado de una ley cuya expedición ordena la Constitución, constituye una omisión legislativa inconstitucional formalmente considerada. En cambio la inobservancia parcial produce una omisión inconstitucional materialmente considerada, ya que ésta se produce cuando al expedir una norma legal, se violan principios materiales de la Constitución. Es el caso que los juristas y tribunales alemanes han denominado como exclusión arbitraria o

- En las omisiones 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. En otras palabras, habrá omisión relativa toda vez que se produzca un resultado discriminatorio o arbitrario afectando el principio de igualdad y cuando el legislador no introduce disposiciones transitorias que reglamenten los derechos adquiridos de quienes los habían ejercido anteriormente.

### **2.3.3 Omisión Formal y Omisión Material**

Las omisiones formales son aquellas en las que se supone que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo al legislador que, por definición, necesita regulación y desarrollo, y las omisiones de carácter material son aquellas en las que la inactividad vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar a los grupos efectivamente regulados en la normativa existente.<sup>91</sup>

Al relacionar las dos clasificaciones que hemos mencionado anteriormente encontramos que las omisiones absolutas o totales son siempre en la construcción teórica, de índole formal, mientras en cuanto a las omisiones relativas o parciales, se hace necesario distinguir entre las que suponen una agresión al principio de igualdad, que serían omisiones de carácter material y las que desarrollan de forma incompleta un precepto constitucional, que son omisiones de naturaleza formal.

---

discriminatoria en donde se atenta contra el principio de Igualdad consagrado en la Constitución.

<sup>91</sup>Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág. 116

El autor Konrad Stahler,<sup>92</sup> difiere un poco de la postura anterior, puesto que considera que la omisión formal se produce respecto a una materia que en opinión del que censura la omisión necesita regulación, y que la material se da cuando el legislador no ha efectuado, desde el punto de vista material, la regulación deseada por aquellos que censuren la existencia de omisión de una determinada materia. Si el legislador simplemente ha quedado inactivo con respecto a un asunto, existirá omisión formal, al mismo tiempo también material, si materialmente fuese necesario un acto legislativo en un sentido determinado. De esta manera, según el precitado autor, toda omisión formal lo es también material, pero toda omisión material no es siempre una omisión formal.<sup>93</sup>

#### **2.3.4. Omisión que afecta a Derechos Fundamentales y Omisión que no les afecta**

Este tipo de omisiones atiende a la incidencia que estas tengan en los derechos fundamentales. Para que los derechos fundamentales tengan efectividad plena, exigen principalmente legislación de desarrollo a nivel sustantivo y, sobre todo, a nivel adjetivo. De aquí que, pese a que la Constitución recoja una serie de derechos fundamentales, puede producirse una omisión Inconstitucional por no llevar a cabo las medidas necesarias, las cuales podemos denominar complementarias.<sup>94</sup>

Por ello resulta un problema el hecho del no cumplimiento, por parte del legislador, de las obligaciones de desarrollo de los derechos fundamentales en leyes infraconstitucionales; en ese sentido, este tipo de

---

<sup>92</sup> Citado por Fernández Rodríguez, José Julio. óp. cit. Pág. 117

<sup>93</sup> Ibídem. Pág. 119

<sup>94</sup> Ibídem. Pág. 118

omisiones se relaciona mucho con las omisiones relativas y las omisiones absolutas.

### **2.3.5. Omisión Evitable y Omisión Inevitable**

Este tipo de omisiones casi se escapa del mundo jurídico, sin embargo es menester abordarlas para la mejor comprensión de la figura en estudio.<sup>95</sup> Las omisiones evitables son aquellas en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales a pesar de que las condiciones en líneas generales, lo permiten. No estamos hablando de supuestos en los que al legislador le basta con dictar una ley y no lo hace pese a ser posible reunir la mayoría suficiente sin posteriores problemas, sino que nos referimos a casos en los que la eficacia de tal norma legal queda en entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y otras actuaciones paralelas que podían haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico en el que se produce; y las omisiones inevitables son aquellas en las que se indican situaciones en las cuales los factores de corte extrajurídico sobre los que descansa la efectividad del Derecho, sumen al legislador en la imposibilidad de desarrollar los preceptos constitucionales.

## **2.4 LAS LAGUNAS JURÍDICAS Y LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS**

Es importante diferenciar las omisiones (el cual es nuestro tema de estudio), de las lagunas jurídicas y los silencios administrativos. Lagunas del Derecho, es definida como la ausencia de norma positiva aplicable a una relación determinada, de tal suerte que, un caso judicial no encontraría solución lógico-legal.<sup>96</sup> Desde este punto de vista la laguna sería una

---

<sup>95</sup> *Ibidem*. Pág.121

<sup>96</sup> Cabanellas, Guillermo. *op. cit.* Pág. 160



ausencia de regulación en un supuesto de hecho que es merecedor de ser disciplinado jurídicamente.

Pese a las similitudes y conexiones que existen entre las omisiones y las lagunas, existen divergencias entre ellas, por ejemplo: en primer lugar, la omisión a diferencia de la laguna, es producto del incumplimiento de una obligación; en segundo lugar, las omisiones son siempre el resultado de un acto de voluntad; finalmente, la sentencia que aborda una laguna cumple una función de complemento del ordenamiento jurídico, frente a la que declara la Inconstitucionalidad de una omisión, que puede a su vez, dar lugar a una laguna.<sup>97</sup>

Respecto a los silencios legislativos, cabe decir que silencio de la Ley, es definido como la falta de regulación de un caso por el legislador; ya por omisión, ya por no poder prever la situación.<sup>98</sup> Los silencios legislativos están íntimamente relacionados a las omisiones Inconstitucionales, podría decirse incluso que los silencios es el género y las omisiones son la especie, puesto que si el silencio genera situaciones contrarias a la Constitución, estaríamos frente a una omisión Inconstitucional; mientras que las lagunas jurídicas son sólo una posible consecuencia de los silencios legislativos.

---

<sup>97</sup> Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág. 97

<sup>98</sup> Cabanellas, Guillermo. op. cit. Pág. 311

### **CAPITULO 3**

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

SUMARIO. 3.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. 3.1.1. LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. 3.1.2. PORTUGAL. 3.1.2.1. El sistema de control preventivo. 3.1.2.2. El control abstracto de la constitucionalidad. 3.1.2.3. La inconstitucionalidad por omisión. 3.1.3. ALEMANIA. 3.1.4. ESPAÑA. 3.1.4.1. El Tribunal Constitucional como modelo europeo. 3.1.4.2 Competencias del Tribunal. 3.1.5. ITALIA. 3.1.6. COSTA RICA. 3.1.7. BRASIL. 3.1.7.1. La acción de intervención directa. 3.1.7.2. La acción genérica directa. 3.1.7.3. La acción de inconstitucionalidad por omisión. 3.1.8 ARGENTINA. 3.1.8.1 Constitución de la Provincia de Río Negro. 3.1.9. PERÚ.

### **3.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

La utilidad que presenta el Derecho Comparado en el desarrollo de investigaciones jurídicas ha sido puesta de manifiesto en diversas ocasiones, y el caso que nos ocupa no es la excepción. El autor MANUEL GARCÍA PELAYO<sup>99</sup> afirma que la misión de este método es el “estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales positivas de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos” de manera que el Derecho Comparado es utilizado no como un fin en sí mismo, sino como un medio o instrumento para ilustrar un objeto de estudio, que es en esta ocasión, la inconstitucionalidad por omisión.

---

<sup>99</sup> García Pelayo, Manuel. *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Pág. 249

En ese orden de ideas, el realizar un análisis de los diversos ordenamientos en que se encuentren vestigios del instituto en comento, destacando que en el Derecho comparado los casos en los que se prevé expresamente dicho instituto o sea introducido vía jurisprudencia, aunque no sea de una forma exhaustiva y profunda si será de provecho y conveniente a efectos de buscar posibles modelos a seguir e ilustrarnos con los razonamientos legales, doctrinales y jurisprudenciales que sustentan la figura en otros países, logrando una mejor comprensión de la misma y evaluando la factibilidad de su introducción en nuestro medio. Con el objeto de hacer una exposición más clara del tema, se abordaran de manera individual aquellos países que la doctrina ha considerado más relevantes en el complejo campo de la inconstitucionalidad por omisión.

### **3.1.1 LA ANTIGUA YUGOSLAVIA**

La primera instauración en el terreno positivo constitucional de la inconstitucionalidad por omisión, le corresponde al ya desaparecido país de Yugoslavia. Este instituto fue reconocido por primera vez en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974, en su artículo 377, luego de un largo trabajo de reforma de la Constitución de 1963.<sup>100</sup>

Respecto de lo que concierne a la inconstitucionalidad por omisión, el artículo de la respectiva norma antes mencionada 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*

---

<sup>100</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2000. Pág. 244

*generales federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia*".<sup>101</sup> Como es posible apreciar, esta norma asume un concepto de inconstitucionalidad por omisión que gira en torno a la falta de desarrollo que imposibilita la ejecución de disposiciones enmarcadas dentro de la Carta Suprema.

De esta forma, tal regulación hace una rápida y general previsión de la inactividad responsable en que caen los órganos competentes para la ejecución de las normas aludidas, encargándose el Tribunal Constitucional de efectuar al respecto una doble función: primero, constataba la existencia de tal omisión, y segundo, informaba al órgano legislativo sobre ella<sup>102</sup>. Sin embargo, la regulación terminaba allí, por lo que había que entender que se trataba únicamente de una recomendación la cual carecía de coacción jurídica.

### **3.1.2 PORTUGAL**

Portugal, el ordenamiento jurídico de este país supone uno de los de mayor relevancia en el campo de la figura estudiada, su Tribunal Constitucional, creado por la Constitución en el seno del Poder judicial, es el órgano competente para juzgar la inconstitucionalidad y la ilegalidad de los actos estatales de conformidad con las disposiciones de la Constitución, extendiéndose dicha competencia a las leyes, actos del Presidente de la

---

<sup>101</sup> *Ibidem*. Pág. 245.

<sup>102</sup> *Ibidem*. Pág. 246

República, en el ejercicio de sus funciones, así como a los asuntos electorales.<sup>103</sup>

El Tribunal constitucional está formado por trece jueces, de los cuales seis son nombrados por la Asamblea de la República y tres mediante cooptación<sup>104</sup>. En esta forma, en el sistema constitucional portugués, la Constitución ha instituido, paralelamente al sistema difuso de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, un sistema concentrado de control de la constitucionalidad atribuido al Tribunal Constitucional, el cual lo ejerce no solamente en relación con las leyes promulgadas, sino también a título preventivo a semejanza del modelo francés.

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

En cuanto al sistema de control preventivo de la constitucionalidad, este 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 estos 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>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Artículo 213.2 de la Ley de Organización y de Procedimiento de la Corte Federal Constitucional de Portugal.

<sup>104</sup> ibídem. Artículo 284.

<sup>105</sup> ibídem. Artículo 279.9.

### 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 Ombudsmen, 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>106</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 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*

---

<sup>106</sup> ibídem. Artículo 281.1.

*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".*

Debe señalarse que el desarrollo histórico de la inconstitucionalidad por omisión en Portugal, está dividido en dos etapas. En primera instancia, encontramos en el período comprendido entre 1976 a 1982 y la segunda etapa, que comienza en el año 1982, en donde únicamente se ha producido hasta el momento tres Sentencias.<sup>107</sup>

Visto lo anterior, es importante señalar que la figura en comento, a pesar de encontrarse recogida en el ordenamiento jurídico portugués, ha adolecido de escasa operatividad práctica, debido a la conveniencia política del concreto período histórico y los intereses contrarios de los órganos legitimados activamente, resultando muchas veces asfixiado; sin embargo, la doctrina defiende su mantenimiento, como expresa JORGE MIRANDA, “no para deslegitimar gobiernos y asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida”<sup>108</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, que regula todo lo relativo a las obligaciones constitucionales que tienen que cumplir los

---

<sup>107</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit. Pág.268

<sup>108</sup> *Ibidem*. Pág.272

legisladores alemanes.<sup>109</sup> 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>110</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 están 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<sup>111</sup> 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 fue cobrando auge con el paso del tiempo llegando incluso a merecer atención destacada fuera de las fronteras alemanas. El jurisconsulto KHÖLER,<sup>112</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 judicial tiene que declararlo así en cumplimiento de la función que desempeña aunque traspase los límites de la división de poderes.

---

<sup>109</sup> Citada por Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit. Pág.305

<sup>110</sup> *Ibidem*. Pág.309

<sup>111</sup> *Ibidem*

<sup>112</sup> Citado por Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit. Pág.309



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 SEIWERTH,<sup>113</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>114</sup> que trata el control judicial constitucional de la omisión legislativa; EKKEHARD WIENHOLTZ,<sup>115</sup> que aborda la cuestión de la realización de los mandatos legislativos de la ley fundamental de Bonn y FRIEDRICH JÜLICHER,<sup>116</sup> que examina la protección jurídica ante la omisión legislativa y exclusión favorable vía legal. En esta tema también destacan los derechos sociales que se considera que generan la obligación de un determinado actuar estatal, jurídicamente vinculante pero no accionable.

Es de 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. 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

---

<sup>113</sup> *Ibidem*. Pág.311

<sup>114</sup> *Ibidem*

<sup>115</sup> *Ibidem*

<sup>116</sup> *Ibidem*

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.

Por otra parte, los primeros análisis elaborados por los estudiosos del Derecho Alemán abordaban esta materia desde su perspectiva procesal, cuestionándose el término para cumplir los encargos de normación y la admisibilidad de control jurisdiccional para solventar la existencia de estas situaciones que violaban la Norma Fundamental. Luego, se formularon trabajos en que se estudió el ámbito material de ésta figura, a efecto de “*captar el desarrollo y la realización en conjunto de la Constitución*”. En este sentido, es oportuna la advertencia realizada por el jurista Alemán KHÖLER,<sup>117</sup> según la cual el legislador ordinario ostenta la obligación de solventar los mandatos constitucionales y de dictar las leyes pertinentes, pues de lo contrario, su inactividad producirá, sin duda alguna, una situación inconstitucional que deberá ser revisada, en forma preceptiva por el órgano encargado de tutelar la supremacía normativa de la Carta Magna, por encima de cualquier límite que se pueda imponer a ésta actividad, como lo es por ejemplo, el principio de separación o de división de funciones.<sup>118</sup>

En lo que respecta a los remedios con que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha tratado la existencia de las omisiones que transgreden la Norma Fundamental, se debe mencionar que ha desarrollado el mecanismo de declarar la inconstitucionalidad de la situación impugnada, sin que apareje su nulidad, exigiendo la intervención del legislador con el propósito de que subsane esa omisión<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Citado por Patiño Cruz, Silvia y otro, op. cit. Pág. 186

<sup>118</sup> *Ibidem*. Pág.186

<sup>119</sup> *Ibidem*. Pág.187

Lo anterior se justifica por el hecho de que una declaración de nulidad bajo éstas circunstancias -en que se cuestiona la existencia de una omisión de parte de las autoridades públicas con poder normativo que vulnera el derecho de la Constitución- da pie para que se configure una situación aún más inconstitucional que la anterior, en la medida en que esta declaratoria no produce otra cosa que la existencia de un vacío normativo y, en consecuencia la ausencia total de desarrollo respecto del precepto constitucional<sup>120</sup>.

### **3.1.4 ESPAÑA**

República Española y el Tribunal de Garantías Constitucionales fue el tercer experimento europeo de sistema concentrado de control constitucional, después de los sistemas de justicia constitucional de Checoslovaquia y Austria en 1920, se desarrolló durante la Segunda República española, durante la cual, de conformidad con la Constitución del 9 de diciembre de 1931, se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales.

El sistema creado era un sistema concentrado de control constitucional, en el que se podía encontrar la influencia directa de Austria y de las ideas de Hans Kelsen<sup>121</sup>, aun cuando tenía características propias y un contexto histórico específico, cuyo origen se sitúa en los proyectos de la Primera República en 1873.<sup>122</sup> El sistema de control constitucional de 1931 estaba concebido como un sistema concentrado en el cual el Tribunal de Garantías Constitucionales tenía el poder exclusivo para verificar la

---

<sup>120</sup> *Ibíd*em

<sup>121</sup> Melián Gil, J.L. *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española*, Madrid 1971. Págs.16-17, 53.

<sup>122</sup> González Delieto, Domingo, *Tribunales Constitucionales, Organización y Funcionamiento*, Madrid 1980. Pág.21.

constitucionalidad de las leyes. Además, de ello la Constitución preveía un recurso de amparo que podía ser interpuesto ante el Tribunal de Garantías Constitucionales para la protección de los derechos fundamentales.

La Constitución confería además al Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes, cuando era requerido por la vía del "recurso de inconstitucionalidad de las leyes"<sup>123</sup>, concebido como una acción autónoma que podía ser interpuesta ante el Tribunal por el Ministerio Público, el Gobierno de la República, las Regiones y por cualquier individuo o persona colectiva, no directamente afectada,<sup>124</sup> lo que, de hecho, la convertía en una acción popular. Sin embargo, este vasto sistema concentrado de control constitucional creado por la Constitución de 1931 fue restringido por la Ley Orgánica del Tribunal, promulgada en 1933, pues de acuerdo con ella el recurso de inconstitucionalidad de las leyes sólo se preveía como una vía incidental de control constitucional, ejercido por un tribunal o como una consecuencia de una excepción planteada durante un procedimiento concreto por la parte cuyos derechos pudieran estar afectados por la aplicación de la ley cuestionada, o por el Ministerio Público<sup>125</sup>.

Fue así como el sistema español, convertido en sistema exclusivamente incidental, se alejó del modelo austríaco y siguió las directrices del sistema difuso de control constitucional en lo que se refiere a los efectos de las decisiones del Tribunal con relación a la inconstitucionalidad de los actos del Estado, en la medida en que sus efectos

---

<sup>123</sup>Melián Gil J.L., *op. cit.* Pág.111.

<sup>124</sup>Ibídem.

<sup>125</sup>Ibídem. Págs.14 - 19.

no eran *erga omnes* sino restringidos únicamente a los casos concretos del recurso o de la consulta<sup>126</sup>.

En consecuencia, las leyes no eran anuladas por el Tribunal de Garantías Constitucionales sino solamente consideradas inaplicables al caso concreto.<sup>127</sup> En todo caso, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales fue muy criticada por esta restricción a las disposiciones constitucionales y fue la primera en ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad.<sup>128</sup>

Por lo que a menos de cinco años después de la promulgación de la Constitución, ésta fue derogada en 1936, y con ella, quedó eliminado en España todo el sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad, no siendo sino con la publicación de la nueva Constitución democrática del 27 de diciembre de 1978 cuando un nuevo sistema de control jurisdiccional, creado en España, gracias a la creación del Tribunal Constitucional, regido más tarde por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 1979.

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

El hecho de que el sistema de control constitucional español haya sido creado después de la consolidación de los principales experimentos europeos en la materia, llevó a que éste adoptase las características más importantes del modelo europeo, en particular bajo la influencia de las normas alemanas, italianas y francesas. Hasta la creación del Tribunal Constitucional en España, se decía que el Tribunal Constitucional Federal de

---

<sup>126</sup>Ibíd. Pág.30.

<sup>127</sup>Ibíd.

<sup>128</sup>Ibíd. Pág.23.

Alemania poseía la jurisdicción más amplia del mundo en materia constitucional<sup>129</sup>.

Después de 1978, podía decirse que el Tribunal Constitucional español se había convertido en el Órgano Constitucional Europeo dotado de la jurisdicción más completa en materia constitucional.<sup>130</sup> En la actualidad, al menos en materia de justicia constitucional, el Tribunal Constitucional de Portugal, creado por la reforma constitucional de 1982 que estableció un sistema mixto de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, puede reivindicar ese título.

De conformidad con la Constitución, el Tribunal Constitucional está diseñado como un órgano constitucional, independiente y separado del Poder Judicial, pero dotado de funciones jurisdiccionales que lo convierten en garante de la constitucionalidad de la acción del Estado.<sup>131</sup> Al respecto, el artículo 1 de la Ley Orgánica N° 2 de 1979, relativa al Tribunal, prevé expresamente: *"El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y sólo se subordina a la Constitución y su ley orgánica"*.

### **3.1.4.2 Competencias del Tribunal**

Las competencias del Tribunal pueden clasificarse en tres grupos principales: la resolución de conflictos constitucionales entre los poderes del

---

<sup>129</sup>Muller G, "El Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* Vol. VI, 1965. Pág.221.

<sup>130</sup>García de Enterría E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1981. Pág. 137.

<sup>131</sup>García Pelayo M, "El Status" del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981. Págs.11-34

Estado; la decisión acerca de los recursos de amparo de los derechos fundamentales y el control de la constitucionalidad de las leyes.

En relación con esta última competencia y tomando en cuenta su estrecha vinculación con la inconstitucionalidad por omisión, es de mencionar que el ordenamiento jurídico en España no la contempla de una manera expresa, pero al respecto el tribunal Constitucional ha admitido su existencia por medio de la jurisprudencia, estableciendo que esta se produce cuando la Constitución impone al legislador la obligación de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace en el plazo señalado o en tiempo razonable.

A continuación se presenta una sentencia en la cual el Tribunal Constitucional Español hace reconocimiento a una omisión absoluta del legislador a través del instituto procesal del recurso de amparo acumulados presentados contra resoluciones administrativa, como ejemplo se tienen al respecto la STC 31/1994, de 31 de enero de 1994, en la que el Tribunal conocía de dos del Gobierno Civil de Huesca por las que se había requerido a las entidades demandantes de amparo que cesaran en las emisiones de televisión por cable de ámbito local, desmontando sus instalaciones, en cuanto que tales actividades no podían considerarse lícitas al no existir una ley que las regulara, resoluciones administrativas que fueron corroboradas por sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.<sup>132</sup>

En su sentencia, el Tribunal Constitucional reconocía a los recurrentes su derecho a la libertad de expresión y de comunicación, constitucionalmente

---

<sup>132</sup> [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano7-2-2009/estudios\\_el\\_control.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios_el_control.pdf)

garantizado por los apartados a) y d) del art. 20.1 de la Constitución, anulando tanto las resoluciones administrativas como las sentencias confirmatorias. El juez constitucional razonaba como sigue: *“...lo que no puede el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) CE, pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación (...) en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable”*.<sup>133</sup>.

En resumen, se nos muestran cómo el Tribunal Constitucional de este país no obstante no existir en el específico instituto de control de la inconstitucionalidad de una omisión, ha fiscalizado a través de cauces procesales diferentes las omisiones relativas, pero también las absolutas, del legislador. Parece claro, pues, que la praxis jurisprudencial ha desempeñado una gran labor al respecto.

### **3.1.5 ITALIA**

En la legislación Italiana existe una gran riqueza jurisprudencial de parte del tribunal constitucional lo cual origina una gran experiencia constitucional en dicho país, siendo CONSTANTINO MORTATI<sup>134</sup> uno de los jurisconsultos más sobresalientes. Este autor al tiempo que subraya la

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> Citado por Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit. Pág.316



importancia y la dificultad del tema, no encuentra problema para defender el reconocimiento de omisiones vulneradoras de la norma fundamental. Tras sostenerse en la típica distinción entre omisiones absolutas y relativas de WESSEL, que le parece un tanto pobre o necesitada, se centra en las objeciones que se lanzan contra el instituto como cuestiones procesales derivadas de las leyes italianas, la separación de poderes, la estructura pretendidamente programática de las disposiciones constitucionales, la reserva de ley y el carácter de legislación negativa del pronunciamiento de inconstitucionalidad. De esta forma ve la posibilidad de que el tribunal constitucional italiano incida en la cuestión, concluyendo que en muchas ocasiones el tribunal llega no solo a declarar simplemente la ilegitimidad de la omisión sino que procede al llenado de la laguna que tal omisión a su entender produce.

Contrario al pensamiento de algunos autores, con esta institución no tiene lugar una alteración de funciones entre el poder legislativo y el judicial ni se sustituye al legislador sino que se aplica el orden jerárquico de las fuentes dando preferencia a la constitución. En las obras de carácter general particularmente abundantes en Italia, encontramos referencias directas a la cuestión de la omisión inconstitucional.

En este orden de ideas PAOLO BISCARETI DI RUFFIA,<sup>135</sup> distingue, dentro de las normas que el legislador esta obligado a dictar para dar ejecución a la constitución, tres tipos: las que requiere el texto constitucional directamente con un plazo máximo de emanación, las que requiere explícitamente sin un plazo y las que vienen implícitas y genéricamente exigidas por los artículos programáticos de dicho texto, indicando que si no

---

<sup>135</sup> *Ibidem*. Pág. 318

hay procedimiento jurídico alguno para obligar al legislador ordinario a desplegar su actividad al respecto, esta claro que cuando se abstiene de legislar viene a violar gravemente la constitución.

De igual forma VEZIO CRISAFULLI<sup>136</sup> alude a la cuestión diferenciando entre las omisiones que se pueden reconducir a exclusiones y las omisiones que son simplemente eso, lo cual exigirá la labor interpretativa del tribunal constitucional. Por su parte ALEJANDRO PIZZORUSSO<sup>137</sup> hace referencia a la institución imputando al legislador por la omisión, no solo responsabilidad política sino también jurídica, además de ver en las sentencias manipuladoras y aditivas la solución para colmar las eventuales omisiones del legislador y para sancionarle.

### **3.1.6 COSTA RICA**

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

---

<sup>136</sup> *Ibidem*

<sup>137</sup> *Ibidem*. Pág.319

reguladas por la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1990<sup>138</sup>, la cual precisa los recursos que pueden ser ejercidos ante la Sala Constitucional, para que ésta ejerza el control de la constitucionalidad.

En Costa Rica nunca se había desarrollado un sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes y más bien, 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>139</sup>

---

<sup>138</sup> "Ley de jurisdicción constitucional", en *Revista Jurisprudencia Constitucional*, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, N° 1, 1990. Págs.14 y siguientes.

<sup>139</sup> Hernández Valle Rubén, *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes*, San José, 1990. Pág.55.

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 párrafo f) del artículo 73 se establece que: “*Cabra 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. Siendo 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>140</sup>

Por otra parte, actualmente no existe una normativa especial para la legitimación, por lo que se aplica 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,*

---

<sup>140</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, Págs.300 y 301

*en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado”.*<sup>141</sup>

En éste sentido, MAGDA INES ROJAS CHÁVEZ<sup>142</sup> basándose en la misma normativa legal y con el objeto de conseguir un mejor aprovechamiento de la institución, cree que con ésta posición lo que se produce es dificultar la aplicación práctica de la figura.

### **3.1.7 BRASIL**

En cuanto al aporte que este país ha proporcionado en el ámbito de la inconstitucionalidad por omisión, es de recalcar que además del sistema difuso de control de la constitucionalidad que existe en Brasil desde el siglo pasado, la Constitución brasilera, en 1934, instauró un sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes que corresponde al Tribunal Supremo Federal, el cual se perfeccionó definitivamente en la Constitución de 1988.<sup>143</sup>

Este control concentrado de la constitucionalidad que corresponde al Tribunal Supremo Federal, se desarrolla a través de una acción de inconstitucionalidad, que puede ser de tres tipos: la acción de intervención, la acción genérica o la acción por omisión de los poderes públicos.

---

<sup>141</sup>Citada por Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit. Pág.301

<sup>142</sup>Rojas Chavez, Magda Inés, “Control de Constitucionalidad por Omisión”, San José Costa Rica, 1995. Págs. 18 y 19.

<sup>143</sup>Artículo 102, Constitución del 5 de octubre de 1988. Véase en general José Alfredo de Oliveira Bracho, *Processo constitucional*, Rio de Janeiro, 1984; Sacha Calmon Navarro Coelho, *O controle da constitucionalidade das leis e do Poder de tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, 1993.

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

La acción de intervención directa fue establecida inicialmente en la Constitución de 1934 para proteger los principios constitucionales federales frente a la legislación que pueden dictar los Estados miembros.

En efecto, en esta Constitución se caracterizaba por prever la posibilidad de que el Gobierno federal interviniera en los Estados miembros para asegurar la observancia de los principios siguientes: que el gobierno fuera republicano, independiente y estuviera en armonía con los demás poderes; que el carácter temporal de los mandatos electorales se respetara, la prevaleciera la imposibilidad de un segundo mandato sucesivo de los Gobernadores, que existiera una real autonomía municipal; así mismo velaba porque se respetara y se diera cumplimiento a la rendición de cuentas administrativas y las garantías del Poder Judicial.<sup>144</sup> Por tanto, cuando uno de los Estados miembros violara uno de estos principios antes citados, el Poder Federal podía intervenir a efectos de hacer efectiva su protección.

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

Además de la acción de intervención directa, la Constitución de 1946 también previó una acción llamada "genérica" directa de inconstitucionalidad.<sup>145</sup> Esta se diferencia de la anterior por el hecho de que no supone la protección de algunos principios constitucionales respecto de las leyes y actos de los Estados miembros, sino de todas las disposiciones

---

<sup>144</sup>Artículo 10, Constitución. O.A. Bandeira de Mello, *A Teoría das Constituições rígidas*, São Paulo 1980. Pág. 221.

<sup>145</sup>DA SILVA, J. Alfonso; A. Buzaid considera esta acción como la única en Brasil cuyo principal objetivo es la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Pág. 84.

constitucionales. El objetivo de esta acción, en definitiva, era defender el principio de la supremacía de la Constitución.

La Constitución de 1988 amplió esta acción genérica directa, conforme a la estructura federal del Estado en Brasil. Así, se podían distinguir dos tipos de acciones: por un lado, la que se intenta por ante el Tribunal Supremo Federal para controlar la constitucionalidad de las leyes o actos normativos federales o estatales; y por el otro, la acción que se intenta por ante la Corte Suprema de cada Estado, con el fin de obtener una declaración de inconstitucionalidad de las leyes y actos normativos de los Estados o municipios, pero en relación con las Constituciones de los Estados miembros.

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

El control de la constitucionalidad también puede ser ejercido por la Corte Suprema, a través de la llamada acción de inconstitucionalidad por omisión, institución adoptada en la Constitución de 1989, sin duda, bajo la inspiración del sistema de control de la constitucionalidad existente en Portugal. El objetivo de esta acción es la de verificar los casos en los cuales no se han emitido las leyes o actos ejecutivos requeridos para hacer que las normas constitucionales sean plenamente aplicables.

De acuerdo con la Constitución, esta consiste en que una vez que se declare la inconstitucionalidad por la omisión de una norma, para que esta sea efectiva, el Tribunal Supremo Federal debe advertir al órgano competente para que adopte las medidas necesarias, y si se trata de un órgano administrativo, para que se ejecute en el transcurso de treinta días.

El Artículo que recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión dentro de la Carta Magna.<sup>146</sup> Es el artículo 103.2, siendo destacable dentro de ella el tono imperativo con el cual se regula la obligación, real y efectiva y no mero actuar potestativo, que sujeta a los órganos pertinentes para llevar a cabo las medidas que aseguren la eficacia de los preceptos constitucionales. La cual una vez promulgada sirvió de guía en la elaboración de las respectivas cartas constitucionales, de los distintos Estados miembros, siendo promulgadas las últimas el 5 de octubre de 1989. Destacando de entre ellas por su previsión expresa de la omisión inconstitucional, la Constitución de Río Grande do Sul, promulgado el 3 de octubre de 1989, que en su artículo 95.1 recoge la legitimidad activa para interponer acción de legitimidad de ley o de acto normativo o por omisión. También pueden ser citadas la Constitución del Estado de Sao Paulo y la del Estado de Santa Catarina.<sup>147</sup>

### **3.1.8 ARGENTINA**

#### **3.1.8.1 Constitución de la Provincia de Río Negro**

El mayor interés respecto al derecho constitucional en Argentina, lo encontramos en la más reciente Constitución del 3 de junio de 1998 de la provincia de Río Negro, ya que, corresponde al Superior Tribunal de Justicia, la regulación de la omisión inconstitucional. De ésta forma éste Tribunal tiene competencia para conocer de las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma de la cual se deriva un deber concreto a cargo del Estado Provincial o de los municipios de la provincia.

---

<sup>146</sup> Citada por Fernández Rodríguez, José Julio. op. cit. Pág.279

<sup>147</sup> *Ibidem*.



Al respecto de ésta regulación GERMAN BIDART CAMPOS<sup>148</sup> enfatiza que, cuando el Estado provincial o un municipio omite una norma y esa omisión supone el incumplimiento de un deber concreto, es posible presentar la correspondiente demanda ante el Supremo Tribunal, para lo cual está legitimado todo el que resultara perjudicado en un derecho personal o colectivo por semejante inercia.

En el supuesto que sea posible tal aseveración, y el Tribunal declarare la omisión, integrara el orden normativo para el caso concreto. De no poder llevar a cabo tal integración, procederá una indemnización a favor de la persona que ha resultado perjudicada por la inactividad pública.<sup>149</sup> Esta decisión aunque ha sido muy criticada, es digna de elogio al consagrar una fórmula que es una derivación de los postulados del Estado de Derecho y de la Democracia, y que responde al ya tradicional principio de responsabilidad estatal y además puede convertirse en una forma de plasmar en la práctica el principio de responsabilidad del legislador, aunque sea difícilmente lograble en términos jurídicos.

El caso de la provincia argentina de Río Negro, ésta presenta un interés especial con relación al tema de la inconstitucionalidad por omisión, puesto que se aparta del ordenamiento federal argentino que no contempla ésta figura y la instaura en su Constitución de 1998, como consecuencia de la autonomía normativa derivada del sistema federal.<sup>150</sup> La Constitución de Río Negro regula la figura en estudio expresamente en su Artículo 207 inciso 2º literal d) el cual reza:

---

<sup>148</sup>Bidart Campos, Germán., *Las omisiones constitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1991. Pág.299

<sup>149</sup>Ibídem.

<sup>150</sup> Patiño Cruz, Silvia y otro, op. cit. Pág.178

“El Superior Tribunal 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, 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”.

Del Artículo constitucional antes citado, se desprende que el órgano encargado de controlar las omisiones inconstitucionales es el Supremo Tribunal de Justicia, lo cual demuestra la existencia de un sistema concentrado de constitucionalidad.<sup>151</sup> Esta característica es relevante puesto que, el sistema de control federal en Argentina es difuso, por lo tanto la concentración en un sólo órgano del control por omisión en Río Negro presenta un grado de exclusividad importante. Otra característica relevante es que el control de constitucionalidad por omisión procede solamente en los casos en que exista un mandato concreto dirigido al Estado Provincial o a los Municipios para que desarrollen un precepto constitucional determinado. Por lo anterior, queda excluida la posibilidad de reclamar el control sobre los mandatos implícitos.<sup>152</sup>

Por tratarse de un control sobre mandatos concretos, la mayoría de las normas constitucionales establecen plazos para dictar la ley, razón por la cual una vez transcurrido el plazo puede declararse la existencia de la

---

<sup>151</sup> *Ibidem.* Págs.179

<sup>152</sup> *Ibidem.*

omisión inconstitucional. Además la legitimación activa para acceder al control de constitucionalidad por omisión es muy amplia, pues la acción puede ser interpuesta por cualquier persona que se sienta afectada por la omisión, en defensa de un interés individual o colectivo<sup>153</sup>.

Finalmente debe indicarse que, en la sentencia que se declare la existencia de una omisión inconstitucional, el Supremo Tribunal de Justicia debe fijar en primer término un plazo para que la autoridad competente subsane dicha omisión. Sin embargo, si el plazo fijado no es cumplido, la Constitución de Río Negro establece dos mecanismos subsidiarios para restablecer el orden constitucional quebrantado.<sup>154</sup> En primer lugar, el órgano controlador debe integrar el orden normativo faltante, elaborando la regla jurídica omitida mediante la analogía, los principios generales del derecho del propio ordenamiento jurídico local, los principios jurídicos generales, los valores jurídicos y el derecho extranjero. En segundo lugar, para todos aquellos casos en que la integración no sea posible, el Tribunal Superior de Justicia deberá determinar un monto de resarcimiento a cargo del Estado de acuerdo al perjuicio producido.

### **3.1.9 PERÚ**

En la legislación peruana los autores ALBERTO BOREA ODRIA, JUAN CARLOS MORON URBINA, EDGAR CARPIO MARCOS, RODRIGUEZ, y sobre todo, GERARDO ETO CRUZ, han abordado la figura de la omisión inconstitucional teniendo en mente las posibilidades que ofrecía la constitución democrática de 1979, nacida del consenso entre los

---

<sup>153</sup> *Ibidem*. Pág.180

<sup>154</sup> *Ibidem*

principales partidos políticos e instaurada en una jurisdicción constitucional que responde a un sistema dual o mixto.<sup>155</sup>

La fundamentación de la omisión legislativa que realizan estos autores basándose en la existencia de normas constitucionales que denominan programáticas, no exigibles hasta que haya una ley de desarrollo, no resulta suscribible por la peligrosidad que conlleva, máxime en un ambiente jurídico como el de ese país. De este modo se alude a las omisiones de acto debido, que tienen que basarse en una obligación claramente determinada. Tal omisión tiene que dar lugar a la violación o a la amenaza de derechos constitucionales. La violación supone una consumación, la amenaza alude a una puesta en peligro de los mismos que puede materializarse en el futuro.

A pesar de que las omisiones de actos debidos más frecuentes son hechas por funcionarios y autoridades la ley 23.506 da en una forma virtual una solución a la inercia legislativa, aunque esta posibilidad se ha vuelto un poco más remota luego del autogolpe que sufriera Perú en 1992. Pese a ello, el sentimiento de la doctrina parece absolutamente proclive a la admisión en la actual Ley básica de la infracción por omisión.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> *Ibidem*. Pág. 320

<sup>156</sup> *Ibidem*.

## **CAPITULO 4**

### **APORTE DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DESARROLLO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN**

SUMARIO. 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. 4.1.1.1. El denominado “Derecho Subjetivo a la Normación”. 4.1.1.2. Quebranto a los Derechos Humanos. 4.1.1.3. Ineficacia de las Normas Orgánicas de la Constitución. 4.2. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR. 4.2.1. Omisiones Inconstitucionales en la realidad jurídica salvadoreña. 4.3 RELEVANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN A LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA. 4.4. REFORMA A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES VIGENTE. 4.5. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO COMPARADO. 4.5.1. Criterios Jurisprudenciales en México. 4.5.2. Criterios Jurisprudenciales en Colombia. 4.5.3. Criterios Jurisprudenciales en Alemania. 4.5.4. Criterios Jurisprudenciales en Italia. 4.5.5. Criterios Jurisprudenciales en España. 4.6. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL SALVADOR. 4.7. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA REALIDAD JURÍDICA SALVADOREÑA. 4.7.1. Críticas a la Ley de Procedimientos Constitucionales Vigente. 4.7.2. Criterio Adoptado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 4.8 EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR. 4.8.1. Soluciones Provisionales. 4.8.2. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos inter partes. 4.8.2.2. Recomendación al Órgano encargado de dictar la norma. 4.8.3. Soluciones Definitivas. 4.8.3.1. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos erga omnes. 4.8.3.2. Potestad de ordenar a la autoridad estatal cuya inactividad produce la omisión inconstitucional.

#### 4.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONAL POR OMISIÓN EN EL SALVADOR

Las razones del silencio legislativo son múltiples, de ahí que en algunos casos ese silencio sea imputable al sujeto renuente a legislar, como también pueda ser ocasionado por las llamadas normas programáticas “congeladas” ante la omisión del legislador remiso a dictar leyes de desarrollo constitucional. Sin embargo, algunas veces es la propia regla constitucional la que invita a su incumplimiento<sup>157</sup>, tal es el caso de las normas constitucionales que pecan de utopismo, sea este conciente o inconsciente<sup>158</sup>.

Otro vicio es el llamado “gatopardismo” constitucional, que so pretexto de un cambio normativo pomposo mantiene la situación anterior<sup>159</sup>, o la demagogia constituyente, que puede generar un verdadero campeonato de promesas, libertades y derechos entre los redactores de la Constitución, donde ganará el que invente más y mejores garantías, con total independencia de su posible o imposible realización. El plagio constitucional a su turno, genera la incorporación a la Constitución local de los institutos de moda en la vitrina del Derecho Comparado de modo irreflexivo, sin evaluar su utilidad en medios ajenos a aquel en que fueron creados, o la dosis de admisión o rechazo en realidades distintas<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup>Sagües, Nestor Pedro, “La Inconstitucionalidad por Omisión en la producción de normas generales” *Revista Costarricense de Derechos Constitucional*, Tomo I, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2000. Pág.256

<sup>158</sup> Este utopismo es subconsciente cuando el constituyente no ha medido siquiera los costos económicos y políticos que es necesario adoptar para cumplir con la promesa que formula; y es conciente cuando al realizar tal cálculo advierte la imposibilidad material de efectivizar la promesa, y sin embargo, aún así la formula. Vid al respecto Sagües, Nestor, op. cit., p. 256

<sup>159</sup>Por ejemplo, si se enuncia el derecho de todos a la vivienda o a la educación “en la medida que lo disponga la ley”, el derecho en cuestión existirá en cuanto el legislador quiera discrecionalmente establecerlo. Vid al respecto Sagües, Nestor, op. cit. Pág.257

<sup>160</sup> *Ibidem*. Pág.257.

La inconstitucionalidad por omisión puede ser generada por la propia Constitución, si ella es utopista, gatopardista, demagógica o plagiaría. Una Ley Suprema con esos perfiles, que es llamada “Constitución Promesa” en el sentido de que sus cláusulas son poco cumplibles y no generan derechos concretos para exigir su efectivización-, propia de países subdesarrollados como el nuestro, se opone a la “Constitución Contrato”, parca en la proclamación de derechos pero exigible mediante recursos jurídicos específicos e idóneos.<sup>161</sup>

Es por ello, que para analizar la figura de la “Acción de Inconstitucionalidad” es necesario tener en cuenta que si bien es cierto en nuestro ordenamiento jurídico aún no se consagra como tal, otros países si la han enmarcado dentro de sus regulaciones, es por ello que trataremos de abordar este tema bajo el estudio exhaustivo de la doctrina y el Derecho Comparado, en virtud de que la acción de inconstitucionalidad por omisión ha sido reconocida como el mecanismo procesal por excelencia para activar el control de constitucionalidad sobre la inactividad de los poderes públicos en su deber de crear normas jurídicas.<sup>162</sup>

El control de constitucionalidad sobre las omisiones de los poderes públicos, debe darse en tanto dichas omisiones vulneren un mandato constitucional, pues de lo contrario no podría garantizarse la supremacía de la norma suprema ni justificarse la obligatoriedad de sus preceptos. En ese orden de ideas, debemos hacer hincapié en que la garantía para acceder al sistema de control es la acción de inconstitucionalidad, ya no desde su visión tradicional como mecanismo de control de las leyes contrarias a la Constitución, sino desde una nueva perspectiva, es decir, como forma de

---

<sup>161</sup> *Ibidem*. Pág.258

<sup>162</sup> *Ibidem*. Pág.133

*“ataque de la inactividad de los poderes públicos en su doble dimensión: absoluta y relativa”.*<sup>163</sup>

En razón de lo anterior, realizaremos el estudio de esta figura procesal como *“medio para acceder al control de constitucionalidad por omisión”*, dejando claro que la radical diferencia entre la visión tradicional de la acción de inconstitucionalidad y la que se pretende emplear en ésta investigación, es el objeto que regula una y otra, por cuanto en éste último caso, el objeto será el control de una omisión inconstitucional absoluta y/o relativa y no una ley concreta.

#### **4.1.1. Ejercicio de la Acción de inconstitucionalidad por omisión en el Salvador**

Al analizar y adoptar una posición definitiva acerca del tema de la inconstitucionalidad por omisión, es preciso buscar previamente su fundamento jurídico, pues de lo contrario, resulta imposible hacer viable la existencia de esta figura dentro de cualquier ordenamiento. En este esfuerzo de legitimar el control de constitucionalidad por omisión, los tratadistas que se han apoyado en esta figura, han recorrido los extremos del asunto, originando el desarrollo de varias teorías que pretenden servir de fundamento a su existencia.<sup>164</sup> Así las cosas, hay diversas posiciones que han sido adoptadas con relación a los supuestos legitimadores de esta teoría, de los cuales no todos son compartidos en esta investigación, según será analizado.

---

<sup>163</sup> *Ibíd.* Pág. 134

<sup>164</sup> Patiño Cruz, Silvia y otro, *op. cit.* Pág.101



Es por ello que hay quienes defienden la tesis de que el control de las omisiones inconstitucionales puede darse en virtud de la existencia de un derecho subjetivo a la normación a favor de los particulares, el cual le confiere a cada persona la potestad de acceder a este control indiscriminadamente. Por el contrario, una parte privilegiada de la doctrina considera que el ejercicio de dicho control debe darse en el caso que exista una relación de causalidad entre una omisión normativa y la vulneración a un derecho fundamental, con lo cual evidentemente se restringe la posibilidad de acceder al sistema de la constitucionalidad por omisión a los casos de infracción a la parte dogmática de la Constitución.<sup>165</sup>

Es así que merecen especial atención las normas constitucionales orgánicas, en tanto su especial naturaleza nos lleva a un análisis más detallado y cuidadoso sobre la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad por omisión en aquellos casos en que se produzca su ineficacia como consecuencia de la inacción de uno de los poderes públicos con potestad normativa.<sup>166</sup>

Ante esta circunstancia no deja de ser discutida la aptitud de las normas que son parámetros de constitucionalidad para provocar la existencia de una omisión inconstitucional cuando no son desarrolladas por el legislador. Por tanto, y no obstante la variedad de posiciones existentes al respecto, esta investigación pretende dejar por establecidos los supuestos en los cuales se puede fundamentar la existencia de la inconstitucionalidad por omisión tal como se explicará más adelante.

---

<sup>165</sup> *Ibidem.*

<sup>166</sup> *Ibidem.* Pág. 102

#### **4.1.1.1. El denominado “Derecho Subjetivo a la Normación”**

Existen diversas teorías sobre el fundamento de la inconstitucionalidad por omisión: unas que tienen un ámbito muy radical y otras que son más uniformes y mayormente aceptadas por la doctrina. La teoría que reconoce la existencia de un derecho subjetivo a la normación como fundamento del control de las omisiones inconstitucionales, ha sido adoptada por un sector minoritario de los tratadistas y ha generado discusiones y polémica en torno a sus consecuencias jurídicas<sup>167</sup>. Sin embargo, resulta un tema interesante que debe ser analizado, por cuanto a partir de su exposición podrán aclararse ciertos conceptos y en definitiva, dejarse por establecidos cuales son los supuestos legitimadores de la inconstitucionalidad por omisión de los cuales parte esta investigación.

Para comprender las implicaciones del eventual reconocimiento de un derecho a la norma, debe aclararse cuál es el concepto y los alcances del término “derecho subjetivo” por cuanto es a partir de éste que los seguidores de esta teoría han elaborado sus argumentos. En razón de ello se tratará de definir lo que debe entenderse como derecho subjetivo según la doctrina, tratando de traducir dicho concepto al plano de la inconstitucionalidad por omisión, con el fin de que a partir de ahí pueda tomarse una posición definitiva sobre si debe exigirse o no el control de las omisiones inconstitucionales debido a la posible existencia de un derecho de la persona al desarrollo de determinada norma.<sup>168</sup>

Existen numerosos autores que han dirigido sus investigaciones en torno a la noción de derecho subjetivo a la normación, y por supuesto las

---

<sup>11</sup> *Ibíd.* Pág.103

<sup>168</sup> *Ibíd.* Pág.103

conclusiones de cada uno de ellos no son siempre las mismas. Un ejemplo de lo anterior, son las posiciones adoptadas por DUGUIT y KELSEN<sup>169</sup> que resultan a todas luces antagónicas en tanto que el primero rechaza la existencia de los derechos subjetivos al considerar que solo puede existir una situación jurídica subjetiva creada por un derecho objetivo; y el segundo, que para desarrollar la noción de derecho subjetivo parte de la norma positiva y la contrapone al derecho objetivo.

A pesar de la gran variedad de definiciones existentes en torno al concepto referido, puede decirse que el derecho subjetivo es *el poder otorgado a una persona para exigir el cumplimiento de una determinada prestación frente a otro sujeto*.<sup>170</sup> Esta prestación no es más que la exigencia de una conducta positiva o negativa, en tanto que la persona titular del derecho subjetivo puede imponer la realización de determinadas actuaciones o prestaciones concretas, o exigir la abstención de realizar ciertas actividades a otros sujetos frente a los cuales ejerce su derecho. Así las cosas existe una facultad otorgada al titular del derecho y una obligación genérica de aquellas personas frente a las cuales se ejerce ese derecho, obligación que puede ser catalogada como una conducta de dar, hacer o no hacer.

Independientemente de la posición que se adopte con relación al reconocimiento de los derechos subjetivos, lo cierto es que en todas ellas se otorga un poder al sujeto y nunca una carga, por lo tanto existe una obligación correlativa para otra persona de actuar de determinada manera. Así, al existir una obligación que debe ser realizada por el sujeto frente al cual se ejerce el derecho subjetivo, es evidente que si este no cumple la

---

<sup>169</sup> *Ibidem*. Pág. 104

<sup>170</sup> *Ibidem*.

conducta requerida, su actuación u omisión implica una determinada consecuencia jurídica.<sup>171</sup> Debido a lo anterior, existen remedios creados para exigir el cumplimiento de un derecho determinado tales como el recurso de amparo, habeas corpus, la acción de inconstitucionalidad, entre otros.

El concepto de derecho subjetivo adquiere una especial dimensión cuando se traslada al Derecho Público, por cuanto el sujeto pasivo de la obligación de comportarse de determinada manera va hacer el Estado o la Administración descentralizada. En otras palabras, el titular del derecho subjetivo hará valer su condición no ya frente a otro particular, sino frente al Estado, el cual resulta obligado a actuar de determinada manera o de abstenerse de actuar de cualquier forma que pueda vulnerar el derecho existente<sup>172</sup>.

De lo anterior podemos dilucidar que los derechos subjetivos limitan el imperio del Estado, por cuanto este no puede excederse de sus atribuciones en menoscabo de los derechos de los particulares, ni podría abstenerse de realizar aquellas actividades a que se encuentra obligado en razón de la existencia de un derecho subjetivo.<sup>173</sup> Al respecto, debe dejarse claro que el particular que ejerce sus derechos frente al Estado no es titular de una potestad de imperio, sino que se le atribuye una facultad de exigirle determinada conducta en virtud de la obligatoriedad de aquel de respetar el ordenamiento jurídico.

Debe indicarse que para muchos autores el derecho subjetivo publico depende del reconocimiento que como tal le dé una determinada norma del

---

<sup>171</sup> *Ibidem*. Pág.105

<sup>172</sup> *Ibidem*. Pág. 106

<sup>173</sup> *Ibidem*.

ordenamiento, mientras que para otros, el derecho subjetivo proviene de la misma naturaleza humana y por lo tanto no es necesario que tenga un reconocimiento positivo como requisito de existencia.<sup>174</sup> En esta investigación se ha adoptado una posición intermedia con respecto a lo anterior, debido a la existencia de los llamados derechos humanos, los cuales poseen una doble dimensión: no solo son derechos humanos, sino que a la vez son derechos subjetivos. Por lo anterior, debe indicarse que cuando estemos frente a cualquier derecho de los llamados humanos se parte del presupuesto de que estos son inherentes a la persona y superiores al ordenamiento jurídico positivo, con lo cual nos apartamos aquí de la posición ius positivista de KELSEN<sup>175</sup> brevemente señalada.

La existencia de un derecho subjetivo público implica el reconocimiento de un poder otorgado a una persona para hacer exigible el cumplimiento de una prestación por parte del Estado. En razón de ello, el derecho subjetivo a la normación o derecho subjetivo a la legislación como le llaman muchos, se traduce en una potestad otorgada a una determinada persona de compeler al Estado para que cumpla su función creadora de normas jurídicas.<sup>176</sup> Así podemos ver que por un lado existe un derecho del particular a la existencia de determinada ley, y por otro, la obligatoriedad genérica del Estado de cumplir el dictado de aquellas normas que le han sido encomendadas. Por supuesto que en este tema se habla de Estado en sentido amplio, abarcando a todos los poderes públicos con potestad normativa, tal como se ha venido exponiendo a lo largo de esta investigación.

---

<sup>174</sup> *Ibidem*. Pág.107

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

Partiendo de esta posición, para dar una verdadera protección a los particulares frente a las omisiones inconstitucionales, deberá reconocerse un derecho a exigir una actuación positiva de los poderes públicos con potestad normativa, motivo por el cual, frente al derecho subjetivo existirá la obligación correlativa de dichos poderes de crear la norma. De no cumplirse con esa obligación de crear normas, se tendrá como consecuencia jurídica aquella que el órgano encargado del control de constitucionalidad decida ordenar al poder público omiso.<sup>177</sup>

Dentro del sector doctrinal que reconoce la existencia de este derecho subjetivo a la norma, existen ciertas divergencias en cuanto al papel del órgano de control de constitucionalidad al momento de ordenar al legislador dictar la norma que omitió. Hay quienes consideran que el Juez debe solamente indicarle al legislador acerca de su omisión, mientras que otros consideran que al existir un derecho particular de por medio, el Juez debe indicar al órgano omiso el contenido concreto que debe tener la ley que debe promulgar.

Para concluir debemos decir que han existido muchos cuestionamientos en torno a la existencia de esta figura y cada día son menos los tratadistas que reconocen al derecho subjetivo a la normación como un supuesto legitimador de la inconstitucionalidad por omisión.<sup>178</sup>

#### **4.1.1.2. Quebranto a los Derechos Humanos**

Los derechos humanos, las libertades públicas y los derechos fundamentales como hoy en día apunta la doctrina son aquellos derechos

---

<sup>177</sup> *Ibidem*. Pág.108

<sup>178</sup> *Ibidem*. Pág.109

reconocidos por la norma fundamental y que básicamente se consideran anteriores y superiores al Estado, en la medida en que proceden de la propia dignidad del ser humano. Sin embargo la expresión mencionada corresponde en realidad a una noción histórica particular con la que se ha concebido a estos derechos<sup>179</sup>.

Lo anterior permite, sin duda alguna, distintas interpretaciones del Derecho de la Constitución, dependiendo, por ejemplo, si se considera que estos derechos son o no anteriores y superiores al Estado. Así en el primer caso, la Constitución reconoce o protege derechos que ya existen, en tanto valora la existencia de la persona como un ser dotado de racionalidad y dignidad; en el segundo, por el contrario, la Constitución crea esos derechos y no cabe que el particular reclame a menos de que se encuentren expresamente positivizados<sup>180</sup>.

Para RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE<sup>181</sup>, el término “derechos humanos” hace referencia; “al conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben de ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos tanto a nivel nacional como internacional. Es decir los Derechos Humanos tienen una connotación mas axiológica que jurídica, pues se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de la vida humana y que por diversas razones, no se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos”<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> *Ibidem*. Pág.115

<sup>180</sup> *Ibidem*

<sup>181</sup> *Ibidem*. Pág. 116

<sup>182</sup> *Ibidem*. Pág.116

El autor ANTONIO PEREZ LUÑO<sup>183</sup> 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 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 positivizados 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” positivizados a nivel interno, en tanto que la formula “Derechos Humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales<sup>184</sup>.

En este sentido, nuestra constitución contiene varias normas que si bien es cierto reconocen Derechos Humanos a las personas, su aplicación inmediata se encuentra condicionada a un desarrollo legislativo ulterior, el cual ya se ha producido en la mayoría de los casos; como ejemplo de ello podemos mencionar el Artículo 32, que reza “La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado quien dictará la legislación necesaria y creará los servicios y organismos apropiados para su integración bienestar y desarrollo social, cultural y económico”, habiéndose cumplido tal disposición con la creación del Código de Familia, que es el que regula el régimen jurídico de la familia, las relaciones entre sus miembros, y la de éstos con la sociedad y el Estado. Tenemos también el artículo 44 que

---

<sup>183</sup> Citado por Patiño Cruz, Silvia y otro, op. cit. Pág.117

<sup>184</sup> *Ibidem*, Pág.117



expresa que “La ley reglamentará las condiciones que deban reunir los talleres, fabricas y locales de trabajo”, lo cual se materializa no solo con las prescripciones contenidas en el Código de Trabajo, sino también con la existencia de un Reglamento General sobre Seguridad e Higiene en los Centros de Trabajo, en donde se establecen los requisitos mínimos que deben llenar estos lugares. Así mismo encontramos el Artículo 64, que dispone que “los símbolos patrios son: el pabellón o bandera nacional, el escudo de armas y el himno nacional. Una ley regulara lo concerniente a esta materia” esa ley a que se hace referencia es la Ley de Símbolos Patrios.

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<sup>185</sup>. 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

---

<sup>185</sup> *Ibidem*. Pág.120

pueda disfrutar plenamente de los derechos fundamentales reconocidos en una norma de ejecución condicionada o diferida<sup>186</sup>.

Así podemos 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>187</sup>. 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.

En suma, la observancia preceptiva del principio de la supremacía de la Constitución supone no solo el control de constitucionalidad sobre las actuaciones de las autoridades públicas que violentan los derechos fundamentales, sino también contra las omisiones de aquellas con relación al ejercicio de su poder normativo que cercenan la eficacia de que gozan los preceptos constitucionales de aplicación diferida y por ende, los derechos humanos de los particulares<sup>188</sup>.

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

De la misma manera que en el caso de las normas de la Constitución que reconocen derechos fundamentales, en el supuesto de las normas orgánicas, el constituyente en varias oportunidades ha atribuido a las autoridades estatales con poder normativo el desarrollo de diversos

---

<sup>186</sup> *Ibíd.* Pág.121

<sup>187</sup> *Ibíd.*

<sup>188</sup> *Ibíd.* Pág. 122

mandatos expresos e implícitos, con el propósito de que tales preceptos gocen de eficacia plena<sup>189</sup>.

A pesar que un sector doctrinal ha negado rotundamente la posibilidad de que se implementen el control de constitucionalidad contra las omisiones estatales que violan la parte orgánica de la constitución debe recordarse 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<sup>190</sup>. Sin duda, el principio de la supremacía de la Constitución hace que se considere procedente, desde todo punto de vista, la posibilidad de controlar la inercia de las autoridades públicas, con el fin último de que todas las normas constitucionales gocen de eficacia. 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>191</sup>.

Distinta es sin embargo, la discusión atinente a la formula con que los particulares y las demás autoridades pueden acceder al control sobre las omisiones que generan la ineficacia de la parte orgánica de la constitución, puesto que no toda persona se encuentra legitimada para promover la respectiva acción de inconstitucionalidad por omisión, de acuerdo con las disposiciones que regulan nuestro sistema de justicia constitucional. En ese sentido, implementar el control constitucional en cuanto a la falta de desarrollo normativo que impida la eficacia plena de las normas orgánicas de

---

<sup>189</sup> *Ibíd.* Pág. 123

<sup>190</sup> *Ibíd.*

<sup>191</sup> *Ibíd.* Pág. 124

ejecución diferida, constituiría el mayor alcance del contenido del principio de supremacía de la Constitución.<sup>192</sup>

#### **4.2. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR**

De acuerdo con lo expuesto por el doctor JORGE EDUARDO TENORIO<sup>193</sup>, el proceso de Inconstitucionalidad es el que busca en mayor medida sentar las bases de un Estado de Derecho democrático y constitucional, de manera que si es aplicado correctamente, consiste en el más eficaz valladar contra los excesos que puedan cometerse en la noble función de legislar.

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<sup>194</sup>. 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.

---

<sup>192</sup> *Ibidem*. Pág.126

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> *Ibidem*

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 al menos en dos ocasiones sin tener resultados satisfactorios, debido en gran medida a la falta de conocimiento sobre esta figura.

En la historia jurídica de nuestro 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>195</sup>

En nuestro país, El Lic. Rafael Antonio Morán Cornejo<sup>196</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

---

<sup>195</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>196</sup> El demandante consideró en su oportunidad que con tal omisión se dejaba desprotegida la institución del matrimonio, puesto que según su opinión el Código de Familia permitía tener más de un hogar, quebrándose la estabilidad y tranquilidad de un matrimonio. De igual manera alegó que se dejaba desprotegidos a los hijos producto de tales relaciones, puesto que nada se disponía en el referido Código al respecto.

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>197</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>198</sup>.

La Sala estableció tres criterios determinantes<sup>199</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.

---

<sup>197</sup> Manifestaron además en 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, y que por ende, es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.

<sup>198</sup> Entre las cuales se encuentran los denominados encargos al legislador, sobre los cuales 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 infraconstitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia a la norma que contiene el mandato constitucional, además de que tampoco es imprescindible que tales mandatos contengan un plazo para la emisión de las normas infraconstitucionales.

<sup>199</sup> 1) La existencia de un mandato explícito o implícito en el texto constitucional (“sí existe”); 2) La razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de disposiciones infraconstitucionales (“cuándo”); y 3) La forma en que se dará cumplimiento al mismo (“como”).

#### **4.2.1. Omisiones Constitucionales en la realidad jurídica salvadoreña**

En nuestro país 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.

Para comenzar, podemos citar el artículo 45 De la Constitución, el cual reza textualmente lo siguiente: *“Los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y particularidades del trabajo. Quienes presten servicio de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, entidades sociales y demás equiparables serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos.”*

En principio este artículo se refiere a que tanto los trabajadores agrícolas como domésticos deben tener los mismos derechos laborales y de seguridad social que los demás trabajadores, de manera que tales derechos, es decir, lo relativo a salarios, jornadas de trabajo, descansos, vacaciones, *seguridad social*, etc, deben estarles recocidos por la ley “de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo”. La legislación secundaria a que hace referencia este artículo –como es sabido- es el Código de Trabajo, el cual regula en efecto la situación jurídica laboral de estas personas a partir del Art. 76 y siguientes, estableciendo un régimen especial para el desarrollo

de tales labores domésticas, agrícolas y pecuarias distinto al estipulado para los trabajadores ordinarios.

En esa línea, tenemos por ejemplo que en cuanto al salario de los trabajadores domésticos, el Art. 78 Del Código de Trabajo, establece que la remuneración de éstos comprenderá además del salario convenido, el suministro de alimentación y habitación, salvo pacto en contrario. Respecto a su jornada laboral, el artículo 80 Del Código de Trabajo menciona que el trabajador del servicio doméstico no estará sujeto a horario, pero que gozará de un descanso mínimo de 12 horas diarias. En lo relativo a los días de descanso, el artículo 81 del mismo cuerpo de leyes dispone que estos trabajadores están obligados a prestar sus servicios en los días de asueto si el patrono lo pide, teniendo derecho a un recargo del ciento por ciento de su salario diario por el trabajo realizado en esos días.

En lo que a los trabajadores agropecuarios se refiere, el precitado código hace una distinción entre trabajadores permanentes y temporales, dependiendo de tal clasificación lo concerniente a salarios, jornada de trabajo, etc. En cuanto al salario, el Código de Trabajo expresa en el art. 94 que además del pago de éste según lo convenido, el patrono estará obligado a proporcionar gratuitamente una parcela al trabajador que habite permanentemente en la heredad con el objeto de que también cultive para la subsistencia de él y su familia. En lo referente a la jornada de trabajo, el artículo 89 dispone que la misma dependerá de la índole de las labores, la necesidad o urgencia del trabajo, la época del año, etc pero que no podrá exceder de ocho horas diarias. En cuanto al descanso, el art. 90 Código de Trabajo establece que el patrono está obligado a conceder un día de



descanso semanal a sus trabajadores, y que si éstos laboran en ese día deberán ser remunerados con el doble del salario ordinario.

En tal sentido, vemos que el referido Código de Trabajo ya ha regulado todo lo anterior, pero sin embargo nada ha dispuesto acerca de la tan vital SEGURIDAD SOCIAL y PRESTACIONES SOCIALES. El artículo 50 De la Constitución nos regula todo lo concerniente a la Seguridad Social, la cual debe entenderse como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían en la desaparición o en una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias<sup>200</sup>.

El fundamento de la seguridad social, en la Constitución salvadoreña, está configurada por los siguientes elementos: *(a) la categoría jurídica protegida, (b) los riesgos, contingencias o necesidades sociales, y (c) las medidas protectoras de carácter social*<sup>201</sup>.

a) En cuanto al primero de los elementos, claro resulta que la dignidad de la persona humana -cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos jurídicos de la convivencia nacional- comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. En el texto constitucional pueden encontrarse algunas disposiciones que implican manifestaciones de tal categoría jurídica referida a la existencia del ser humano, tales como los artículos 37 inciso 2° y 101 inciso 1° de la

---

<sup>200</sup> Sentencia del Proceso de Amparo número A 1263-2002 de fecha 7 de enero de 2004.

<sup>201</sup> *Ibidem*

Constitución, que sugieren no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales<sup>202</sup>.

b) En la realidad social permite advertir que existen ciertos riesgos, contingencias o necesidades sociales de diversa naturaleza que afectan o ponen en peligro la existencia digna de la persona, sobre todo de los individuos desprovistos de medios económicos suficientes para enfrentarlas. Dichas contingencias -en un afán de clasificación sistemática- se agrupan en: *patológicas*, tales como enfermedad, invalidez, accidente de trabajo y enfermedad profesional; *biológicas*, entre las cuales se encuentran maternidad, vejez y muerte; y *socioeconómicas*, como desempleo y cargas familiares excesivas; que producen obviamente repercusiones negativas en los ámbitos familiar, laboral o social, por lo que requieren de medidas protectoras para asegurar a los individuos frente a las mismas<sup>203</sup>.

c) Con la finalidad de hacer valer dichas medidas protectoras, la misma capacidad social de previsión permite establecerlas con anticipación frente a la insuficiencia de recursos personales o familiares, siendo posible que sean asumidas por la sociedad con fundamento en un criterio de solidaridad. Dichas medidas comprenden como ya se mencionó, asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones a sobrevivientes<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> *Ibíd*em

<sup>203</sup> *Ibíd*em

<sup>204</sup> *Ibíd*em

Ligado a lo anterior, es posible observar que el sistema de seguridad social creado por el precitado Art. 50 De la Constitución posee las siguientes características: 1) *Disperso*, puesto que no unifica la administración del sistema en una sola institución, sino que son variados los entes que se encargan de prestar este servicio, entre los cuales tenemos el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (que aún paga pensiones o jubilaciones a las personas que decidieron continuar afiliados a éste luego de la creación del Sistema de Ahorro para Pensiones), el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el Fondo Social para la Vivienda, el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, algunos asilos de ancianos, el Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos, la Cruz Roja, Cruz Verde, entre otros. 2) *Contributivo*, lo cual se refiere a que sólo podrán beneficiarse de este servicio aquellos quienes aportan pagos al sistema, puesto que el mismo se mantiene gracias a las cotizaciones de los patronos, de los trabajadores y del Estado. 3) *Progresivo*, lo cual significa que la ley irá determinando los riesgos cubiertos (es decir, aquellos por los que se dará asistencia), y los *grupos o sectores cubiertos*, es decir, las personas que gozarán de este servicios con el objeto de que aquellos trabajadores agrícolas, domésticos, independientes, etc vayan siendo incorporados poco a poco hasta que el sistema sea universal, o sea que cubra todos los riesgos y a todos los sectores de la población.

Sin embargo, en nuestro país esta última característica aún no se cumple, puesto que como se mencionó al inicio de este apartado, los trabajadores agropecuarios no tienen acceso a la seguridad social concebida por nuestra Carta Magna, configurándose en consecuencia una Inconstitucionalidad por Omisión, por cuanto las normas infraconstitucionales en la materia (Código de Trabajo, Leyes y Reglamentos de las Instituciones

arriba mencionadas y encargadas de prestar servicios de seguridad social) nada disponen sobre la extensión de este servicio obligatorio a tal sector, quedando el mismo desprotegido frente a las contingencias que ponen en peligro la dignidad de su existencia.

Podemos mencionar también el artículo 131 de nuestra Ley Primaria, que textualmente reza: *“Corresponde a la Asamblea Legislativa: 19°. Elegir por votación nominal y pública a los siguientes funcionarios: Presidente y Magistrados de la Corte Suprema Justicia, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y Miembros del Consejo Nacional de la Judicatura.”*

Como podemos apreciar en el anterior Artículo de nuestra Constitución la Asamblea Legislativa dentro de sus atribuciones tiene como mandato constitucional elegir a ciertos funcionarios del Estado dentro de los cuales encontramos al Fiscal General de la República, para el caso concreto nos referiremos específicamente a este funcionario. En la actualidad este tema ha causado mucha controversia en el ámbito judicial del país, en virtud de que el anterior Fiscal General de la República, Lic. Belisario Amadeo Artiga, finalizó desde noviembre del 2005 el periodo de tres años que establece la Ley Suprema para el ejercicio de sus funciones sin que a la fecha se haya elegido al nuevo Fiscal, tomando las riendas del Ministerio Público de manera provisional, el Fiscal Adjunto Lic. Barahona, mientras se discute aún en la Asamblea quién será el titular de este cargo (debido a discusiones meramente políticas surgidas dentro del seno legislativo).

A consecuencia de ello se han generado muchas dudas en cuanto a la actuación del Fiscal Adjunto, puesto que se discute si éste se encuentra legitimado para suplantar al Fiscal General en el ejercicio de sus funciones mientras este último es elegido, puesto que aquel no ha sido electo para ello en legal forma, tal como lo establece el artículo 192 de la Constitución (por mayoría calificada de dos tercios de los diputados).

De lo anterior se deriva que en ciertos procesos penales se haya interpuesto un recurso de apelación en la Cámaras Primera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuestionando la legalidad de los actos del referido fiscal. Dicho recurso fue impetrado por Francisco Antonio Chávez Abarca, procesado por el delito de Estafa Agravada en perjuicio de Emilia Mendoza y otros en el Juzgado Primero de Instrucción de esta ciudad, el cual se encuentra marcado con el número 23/06, alegando el recurrente la nulidad del proceso por considerar que éste se encontraba en abandono al no existir un fiscal legalmente elegido por la Asamblea Legislativa para ejercer la acción penal, tal como lo establece el Art. 83 del Código Procesal Penal y 192 inciso 2° de nuestra Constitución, por lo que la Cámara antes dicha con fecha trece de febrero de los corrientes al emitir su resolución advirtió que lo que alegaba el imputado era la nulidad del proceso a partir de la fecha en que cesó en sus funciones el Fiscal General, puesto que aquel trata de hacer ver que el proceso inició de forma legal, puesto que el requerimiento respectivo fue presentado el día uno de octubre de 2005, estando aún en funciones el Lic. Artiga, pero que la acción penal ejercida oportuna y legalmente en su contra no puede proseguir su curso normal por no haber sido electo por la Asamblea Legislativa el sucesor del anterior Fiscal General de la República. Lo anterior es así porque si se toma en cuenta que mediante el Decreto Legislativo numero 881 de fecha veinte de junio de dos mil dos, publicado en el Diario Oficial del veinticinco de junio del mismo año, la

Asamblea Legislativa eligió como Fiscal General de la República al Licenciado Belisario Amadeo Artiga, y que el periodo de tres años a que se refiere el Art. 192 de la Constitución de la República se inicia el veinticuatro de Noviembre dos mil dos; tal periodo concluyó el veintitrés de Noviembre de dos mil cinco, y por lo tanto las actuaciones hechas antes de la finalización de este periodo son validas.

Además, considera la Cámara que el hecho que la Constitución de la República en el capítulo relativo al Ministerio Publico no haya regulado nada acerca de su suplente, conlleva a cuestionar si el Fiscal General Adjunto podría sustituir conforme a la Constitución al Fiscal General de la República “por cualquier causa”, incluso por falta de elección, aunque así lo diga la interpretación autentica del Art. 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>205206</sup>, pues siendo el Fiscal General de la República conforme al Artículo 12 de esta misma Ley, quien nombra o designa al Fiscal General Adjunto, la gestión de este lógicamente, finaliza junto a la del funcionario que lo nombró conforme al Art. 192 de la Ley Suprema. El referido tribunal argumenta que sería distinto si en vez del Fiscal General Adjunto existiese la figura del Fiscal Suplente y electo por la Asamblea Legislativa por mayoría calificada y por un período estratégico, que no coincida con el período para el que fue electo el Fiscal General de la República, el cual podría ser sustituido entonces en casos como el presente, pues aun cuando el Art. 70 de la Ley

---

<sup>205</sup> “Son atribuciones del Fiscal General Adjunto, las siguientes:1ª) Sustituir al Fiscal General de la República en los casos de ausencia temporal, licencia, enfermedad, impedimento, excusa u otras causas, así como los casos de muerte, renuncia o remoción del titular, mientras se elija y tome posesión el sustituto”

<sup>206</sup> Interpretación auténtica, Decreto No 593: Art. 1.- Interpretétese auténticamente la atribución 1º del artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, emitida por Decreto Legislativo No. 603 de fecha 4 de marzo de 1952, publicado en el Diario Oficial No. 54, Tomo 154 de fecha 18 del mismo mes y año, en el sentido de que en la frase “por cualquier causa”, queda incorporada la falta de elección del Fiscal General de la República.

Orgánica del Ministerio Público<sup>207208</sup>, expresa que al Fiscal General Adjunto se le tendrá como suplente del Fiscal General de la República, lógicamente expira en sus funciones al mismo tiempo que éste.

Continúa manifestando la Cámara que el inciso final del Art. 3 de la Ley del Ministerio Público establece que “la enumeración de las anteriores atribuciones no excluye otras que pueda ejercer el Fiscal General de la República en aras de la adecuada defensa de los intereses del Estado y de la Sociedad y podrá ejercerlas personalmente o por medio de los funcionarios de la Fiscalía General de la República, excepto la contenida en la fracción cuarta del Art. 193 de la Constitución y la fracción quinta de este Artículo, que deberá ejercerla en forma personal”. La fracción cuarta del Art. 193 de la Carta Magna se refiere a la facultad del Fiscal General de promover la acción penal, por consiguiente, el Fiscal Adjunto constitucionalmente carece de facultad para proseguir ejerciendo la acción penal en los procesos iniciados durante la gestión del Lic. Belisario Artiga.

En razón de lo anterior, la Cámara Primero de lo Penal falló decretando la nulidad absoluta de todas las diligencias y actuaciones judiciales que se llevaron en el proceso en cuestión después del veinticuatro

---

<sup>207</sup> “La Asamblea Legislativa calificará los impedimentos y excusas del fiscal General de la República y el Procurador General de la República y éstos las de sus respectivos funcionarios y empleados subalternos. El Procurador General Adjunto se tendrá como suplente del Procurador General de la República; y el Fiscal General Adjunto, como suplente del Fiscal General de la República. Si fuere cualquier otro funcionario del Ministerio Público el que tuviere el impedimento o excusa, se tendrá como suplente a cualquier otro Agente Auxiliar del mismo lugar o del más inmediato.”

<sup>208</sup> Interpretación auténtica, Decreto No 593: Art 2.- Interpretase auténticamente el inciso 2º del artículo 70 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, emitida mediante Decreto Legislativo No. 603, de fecha 4 de marzo de 1952, publicado en el Diario Oficial No. 54, Tomo 154 de fecha 18 del mismo mes y año, en el sentido de que el Procurador General Adjunto y el Fiscal General Adjunto de la República, cuando actúen como suplentes respectivos del Procurador General y del Fiscal General de la República, tendrán las mismas atribuciones y responsabilidades de los titulares.

de noviembre del año recién pasado, suspendiendo la acción penal hasta que se supere el obstáculo que impide su ejercicio, el cual es la elección del nuevo Fiscal General de la República por parte de la Asamblea Legislativa.

No concierne a la presente investigación determinar cuál de los Tribunales antes mencionados está en lo correcto, sino más bien, lo que nos interesa es que –sean o no válidas las actuaciones del Fiscal Interino- se ha producido una omisión por parte del Primer Órgano del Estado en tanto que existe un mandato constitucional explícito que obliga a tal ente a nombrar al funcionario en comento, habiendo transcurrido ya un tiempo “razonable” - como lo establece la doctrina- para cumplir tal encargo sin que ello haya ocurrido, generando esa pasividad del Órgano Legislativo una situación de inseguridad jurídica en la población y, principalmente, una vulneración a nuestra Carta Magna.

#### **4.3. RELEVANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN A LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA**

Como se ha mencionado en múltiples ocasiones, la Constitución salvadoreña contiene y reconoce derechos tanto individuales como sociales; tales derechos se encuentran garantizados por la misma Carta Fundamental. No obstante, se considera imprescindible, la existencia dentro de una Constitución, de un control constitucional que conceda a los gobernados la facultad de recurrir ante los máximos órganos jurisdiccionales a exigir y



reclamar el cumplimiento y vigencia de sus derechos cuando éstos han sido transgredidos de parte de los obligados a respetarlos y garantizarlos.<sup>209</sup>

Con la existencia de este tipo de control se combate entre otras cosas la omnipotencia del órgano legislativo, es decir, rompe con el poder absoluto que éste puede llegar a tener en el orden jurídico de un país; en otras palabras, se establece un control efectivo para que el poder legislativo no se salga del cauce que le señala la Constitución, constituyendo así una garantía para los ciudadanos.<sup>210</sup>

El principio de “Supremacía de la Constitución” conduce a la necesaria compatibilidad que debe existir en todo el ordenamiento jurídico estatal, de manera que el cotejo de las normas secundarias con la Carta Magna puede y debe hacerse tanto desde el punto de vista formal (competencia y trámite en la producción de las normas), como material (contenido de las normas), por cuanto es posible que una norma jurídica secundaria adolezca de un vicio formal o material.<sup>211</sup>

En ese sentido, en la legislación constitucional salvadoreña solo se ha hecho referencia a dos manifestaciones de la Inconstitucionalidad: formal y material. La primera, se encuentra determinada por la omisión o irregularidad en el cumplimiento de los requisitos que la Constitución establece para la

---

<sup>209</sup>Clará, Mauricio Alfredo, “El Control de la Constitucionalidad”, en A.A.V.V., *Boletín: Divulgación Jurídica*, Año 7, N° 4, Comisión Coordinadora del Sector Justicia UTE, San Salvador, 2004, op. cit. Pág. 56

<sup>210</sup> *Ibidem*. Pág. 57

<sup>211</sup>Lievano Chorro, José Gerardo, “Amparo e Inconstitucionalidad. Sugerencias para una nueva normativa”, en A.A.V.V. *Lecturas sobre Derechos Humanos*, División de Derechos Humanos, ONUSAL, 1994. Pág. 300.

emisión de las disposiciones de carácter general,<sup>212</sup> es decir, se refiere a la observancia del Proceso de Formación de la Ley (si se trata de Decretos Legislativos), así como a las demás circunstancias en las que se haya establecido con anterioridad un proceso para la creación de una disposición jurídica,<sup>213</sup> tal como lo estableció la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del proceso de Inconstitucionalidad con Referencia Número 33-2000,<sup>214</sup> al expresar que: “El objeto del proceso de inconstitucionalidad está constituido, cuando se refiere a vicio de forma o procedimiento, por la pretensión del ciudadano para que ésta Sala invalide la disposición estimada inconstitucional, por no cumplir la misma con los requisitos formales establecidos por la Constitución para su validez”.

Cabe aclarar que respecto a este tipo de inconstitucionalidad, se ha elaborado por la jurisprudencia una división según el vicio de inconstitucionalidad se suscite en el proceso de formación de la ley –que podría llamarse “error en el procedimiento”- o en la publicación de la misma – que puede englobarse bajo la expresión “error en la publicación”-, y ha señalado distintos efectos jurídicos para cada una de las manifestaciones de inconstitucionalidad.<sup>215</sup> Esta distinción se consignó en detalle en la Sentencia del proceso de Inconstitucionalidad Número 7-86, que expresa: “Es evidente que en el primer caso, o sea, de vicios u omisiones en el proceso de formación o confección de la ley que implique una violación franca de la Carta Fundamental, la declaratoria de Inconstitucionalidad produciría la

---

<sup>212</sup> Anaya Barraza, Salvador Enrique, “Jurisdicción Constitucional en El Salvador”, en A.A.V.V., La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica, Coordinadores: García Belaunde, D. Y Fernández Segado, F., Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1997. Pág. 601

<sup>213</sup> Urquilla, Carlos Rafael y otra, Efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2001. Pág. 53

<sup>214</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad proveída el 31 de agosto de 2001 en el proceso Número 33-2000

<sup>215</sup> Anaya Barraza, Salvador, op. cit. Pág. 602

nulidad de la Ley, ya que la voluntad soberana no se habría manifestado en la forma prescrita por la Constitución y al no manifestarse no habría Ley, no tendría existencia. Por el contrario, si la Inconstitucionalidad se fundamenta en la ausencia, defecto o retardo en la publicación, su declaración no produciría la abrogación de la Ley, la que continuaría existiendo, ya que la misma estaría plenamente formada y por consiguiente el efecto jurídico de la Sentencia que se pronunciara sólo incidiría sobre la fecha de vigencia u obligatoriedad de la misma”.<sup>216</sup>

En cuanto a la Inconstitucionalidad material, es preciso mencionar que ésta consiste en un enfrentamiento entre el contenido de la disposición impugnada y los preceptos constitucionales, o que en otras palabras, pretende confrontar el contenido de alguna disposición infraconstitucional con las normas, principios y valores contenidos en la Constitución.<sup>217</sup> Por lo tanto, y siguiendo esa misma línea, la Sala de lo Constitucional, mediante Sentencia pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad Número 3-2000, estableció que: “El objeto del proceso de Inconstitucionalidad –en cuanto a contenido se refiere- está constituido por la pretensión de que la Sala de lo Constitucional invalide una determinada disposición por ser ésta incompatible o contradictoria con la Constitución, en virtud de mantener un mandato que, considerado en abstracto, posee un sentido opuesto al mandato de la norma constitucional propuesta como parámetro de control”.<sup>218</sup>

No obstante lo anterior, así como normalmente procede la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Ley Suprema porque se hace algo que ella prohíbe, es necesario hacer notar que también existe

---

<sup>216</sup> *Ibidem*. Pág. 602

<sup>217</sup> Urquilla, C y otra, op. cit. Pág. 53 y 54

<sup>218</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad proveída el 15 de febrero de 2000 en el proceso marcado con el Número 3-2000

inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer, encontrándonos en presencia entonces de la Inconstitucionalidad por omisión.<sup>219</sup>

La Constitución únicamente regula en su Art. 183, dos tipos o motivos por lo cuales se puede alegar una Inconstitucionalidad, que son los arriba mencionados (cuestiones de fondo y forma o llamados también materiales y formales), dejando de lado, la posibilidad de reclamar contra aquellas situaciones en las que se omite hacer lo que la Ley Fundamental exige, aún cuando en estos casos exista tanta violación a la misma como en los anteriores.

De igual manera, y como consecuencia de lo antes expuesto, la Ley nada dispone al respecto, dando como resultado un vacío de Ley que se vuelve imperativo llenar para lograr un pleno y más eficaz sistema de defensa de la Constitución.

Parece que esa ha sido la intención del legislador al proponer un nuevo proyecto de Ley de Procedimientos Constitucionales,<sup>220</sup> puesto que en el Considerando I del mismo se establece 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”.

---

<sup>219</sup> Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucional en la Jurisdicción Constitucional*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1994. Pág. 99.

<sup>220</sup> Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, versión del 3/XII/2001, San Salvador.

Tal anteproyecto ya amplía en su Art. 85, la procedencia de la pretensión de Inconstitucionalidad, disponiendo que la misma, tendrá lugar “...contra disposiciones infraconstitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales”.

De manera que, esto habla muy bien de que hay una creciente confianza en la norma jurídica y en las autoridades que la aplican...”, por lo que consideramos que si el instituto de la Inconstitucionalidad por omisión, aún sin estar regulado expresamente, ya ha tenido alguna operatividad jurisprudencial dado que la Sala ha sentado ya algunas bases y criterios para la aplicación del mismo, al tener la figura en comento un asidero legal, la población tendría la oportunidad de conocerla y consecuentemente, ejercerla, tornándose este control constitucional en un mecanismo verdaderamente eficaz en contra de este tipo de vulneración a la Ley Suprema, que ha sido siempre muy frecuente en nuestro país a lo largo de la historia.

#### **4.4. REFORMA A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES VIGENTE**

A nivel nacional, jurídicamente hablando, esta institución, hasta la fecha, no ha sido regulada expresamente; de ahí que, es imprescindible la existencia, dentro de la Constitución misma, de un control constitucional que conceda a los gobernados la facultad de recurrir ante los máximos órganos jurisdiccionales a exigir y reclamar el cumplimiento y vigencia de sus derechos cuando éstos han sido transgredidos de parte de los obligados a respetarlos y garantizarlos,<sup>221</sup> por lo tanto, es igualmente necesario que la Ley secundaria lo desarrolle, sin embargo, nada dispone al respecto, dejando

---

<sup>221</sup> Montoya, Juan Ramón, Op. Cit. Pág. 56

un vacío de ley, que hasta hoy sólo ha sido llenado por la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. Sin embargo, el legislador ya ha propuesto un nuevo proyecto de Ley de Procedimientos Constitucionales.<sup>222</sup> A continuación, el tratamiento jurídico que dentro del Ordenamiento normativo salvadoreño tiene esta institución:

En el Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, la Asamblea Legislativa, en los Considerandos expone la urgente necesidad de regular la figura de la inconstitucionalidad, exponiendo lo siguiente:

- 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.

De igual forma, en el Art. 85 del Anteproyecto se regula lo referente a la procedencia de esta Institución, el cual expresa que: *“Procede la pretensión de inconstitucionalidad contra disposiciones infraconstitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales”*.

De esta forma, vemos como a diferencia de la vigente Ley, el Anteproyecto viene a llenar ese vacío legal que la actual normativa dejaba al

---

<sup>222</sup> Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, versión del 3/XII/2001, San Salvador.

no regular este tipo de Inconstitucionalidad, por lo tanto se ve justificada la necesidad de reformar la actual Ley, pues de esa forma se establece un mecanismo de protección a Derechos Fundamentales, los cuales se veían vulnerados por la inactividad del Órgano Legislativo.

De ahí que al aplicarse el Anteproyecto, los ciudadanos tendrían una nueva forma de limitar el poder del Órgano Legislativo; y la Sala, sin violentar el Principio de Separación de Poderes,<sup>223</sup> a través de una Sentencia, mandaría al Órgano Legislativo a regular el mandato Constitucional que éste había omitido.

#### **4.5. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO COMPARADO**

Tras haber abordado algunos aspectos doctrinales de la inconstitucionalidad por omisión, conviene conocer un poco sobre los criterios jurisprudenciales aplicados en el Derecho Comparado es decir, acerca de las diferentes posturas adoptadas por algunos países que dentro de sus ordenamientos jurídicos aplican éste tipo de control.

##### **4.5.1. Criterios Jurisprudenciales en México**

Entre los países que se caracterizan por haber implementado vía jurisprudencia la inconstitucionalidad por omisión se encuentra México, el cual posee una amplia gama de sentencias pronunciadas tanto por omisiones absolutas como relativas a su ordenamiento jurídico entre ellas y a

---

<sup>223</sup> En virtud de este Principio, la Sala no puede decir al Legislador el contenido que debe tener la Ley que debe emitir, es decir, puede decirle a través de la Sentencia de Inconstitucionalidad, qué regular, pero no puede decirle como regular,, porque de ser así, la Sala estaría invadiendo funciones que no le corresponden, pues la Sala en ningún momento puede Legislar.

manera de ejemplo se encuentran: en la acción 22/2001 en la cual se resolvió declarar la invalidez del artículo 38, fracción I, inciso h, de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo, en virtud de que dicho precepto no preveía el financiamiento público para los partidos políticos antecedentes electorales, en el estado; en la sentencia se requirió a la legislatura del estado para que emitiera la legislación del estado para que emitiera la disposición correspondiente en donde se previera la dotación del financiamiento público, para esos partidos<sup>224</sup>.

Otro ejemplo más de una inconstitucionalidad por omisión se enmarca en la acción 27/2002<sup>225</sup> en donde se demandó la invalidez de los artículos 30 fracción II y 38 de la Ley Orgánica del Instituto Electoral del Estado de Quintana Roo, pues en los primeros de los preceptos no se había establecido el plazo específico para que la legislatura local resolviera respecto de la designación del consejero presidente sustituto en caso de ausencia del consejero presidente del Consejo General del Instituto, y en el segundo, no se especificaba el plazo o tiempo máximo en que el director del referido instituto podía fungir como sustituto del secretario general, por lo que los efectos de la resolución respectiva fue requerir a la legislatura local, para que noventa días antes de que iniciara el proceso electoral, realizara la adecuación de los citados preceptos. En los casos anteriores la omisión de las legislaturas consistió en una regulación deficiente de la Ley, tratándose en sí de una omisión parcial, pues había una Ley, y no de una omisión absoluta en cuanto a la expedición de una disposición o disposiciones. Sin embargo la omisión no estribó en no atender previsiones establecidas en la Constitución, puesto que no existían tales, es decir que en la Ley se omitió

---

<sup>224</sup> BAEZ SILVA, Carlos, CIEN FUEGOS SALGADO, David, Silvia, *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en las Decisiones de la Suprema Corte de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, Pág. 613.

<sup>225</sup> *Ibidem*, Pág. 613.



algo que debió haber sido puesto, en atención a los principios constitucionales, pero no porque ese algo lo estableciera expresamente la Constitución, sino porque se entendía que el legislador estaba obligado a ser exhaustivo en el tratamiento normativo de tal materia<sup>226</sup>.

A diferencia de las sentencias antes mencionadas, la controversia constitucional 326/2001 representa un ejemplo de la situación en la cual el legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y no lo hace el Art. 115 de la Constitución Federal fue reformado, con el objeto de que el servicio público de seguridad pública, tránsito y vialidad, le sea transferido a los municipios en una disposición transitoria el Órgano revisor de la Constitución federal estableció el plazo de un año como máximo para que las entidades federativas adecuaran las correspondientes normas constitucionales y legales. Al cabo de este plazo el municipio de Toluca solicitó al Gobierno del Estado de México la transferencia del referido servicio, a lo que este se negó aduciendo que las normas aun no se habían adecuado.<sup>227</sup>

Ante la situación antes dicha la Corte Suprema respondió afirmando que la Constitución federal, en tanto que norma jurídica vincula e impera por sobre todos los sujetos políticos por igual, en el caso el Órgano Legislativo como al Ejecutivo; lo anterior implicaba que los Órganos mencionados estaban obligados a hacer todo lo que estuviera a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo y oportuno, el cual resultó incumplido del mandato constitucional. En virtud de ello, la Corte Suprema resolvió declarar la invalidez del oficio del Gobierno del Estado de México en el que se negaba la

---

<sup>226</sup> *Ibíd.* Pág. 613

<sup>227</sup> *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2003, t XVII, Pleno y Salas. Pág. 964

solicitud del Municipio de Toluca, y ordenarle a aquel que en el plazo de noventa días procediera a la transferencia del servicio público.<sup>228</sup>

Otros ejemplos de este tipo de omisión Legislativa absoluta respecto de facultades de ejercicio obligatorio pueden ser las controversias constitucionales 46/2002 y 20/2004 las cuales han sido abordadas a fin de poder conocer más detalladamente los criterios adoptados en ese determinado país.<sup>229</sup>

#### **4.5.2. Criterios Jurisprudenciales en Colombia**

El Capítulo IV del Título VIII de la Constitución colombiana regula la jurisdicción constitucional y dentro de dicho capítulo, el Art. 241 confía a la Corte Constitucional *“la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo.”*<sup>230</sup>

Si bien la Constitución de Colombia no regula la inconstitucionalidad por omisión, bajo la influencia del *writ of mandamus* del derecho norteamericano, ha introducido en cambio la denominada *“acción de cumplimiento”* que se expresa con la formulación siguiente: *“Art. 87 Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”*<sup>231</sup>

---

<sup>228</sup> BAEZ SILVA, Carlos, CIEN FUEGOS SALGADO, David, Silvia, *Op Cit.* Págs. 616 y 617

<sup>229</sup> *Ibíd.* Pág. 617.

<sup>230</sup> Bazán, Víctor “Respuestas Normativas y Jurisdiccionales... Ensayo incluido en la citada obra conjunta “En busca de las normas ausentes”. Pág.148.

<sup>231</sup> *Ibíd.* Pág. 148.

La acción de cumplimiento ha sido desarrollada por la Ley No. 393 de 1997, debiendo precisar que con fecha anterior, la Ley No. 99 de 1993, en lo relativo a la protección y defensa del medio ambiente, fijó los procedimientos para el cumplimiento de las leyes o actos administrativos.<sup>232</sup>

Como se aprecia de su formulación, la acción de incumplimiento puede servir para exigir, por ejemplo, que una autoridad renuente dicte el Reglamento de una ley cuya ausencia impide su ejecución, con la adicional ventaja de que la legitimación activa está confiada a “toda persona”.<sup>233</sup>

La Corte Constitucional de Colombia se ha declarado incompetente para conocer las acciones de cumplimiento del Art. 87 de la Constitución, fundamentada en la interpretación literal del Art. 241 de la Carta Suprema que establece la competencia de la Corte Constitucional “*en los estrictos y precisos términos de este artículo*”, el mismo que no la faculta a resolver las acciones u omisiones de incumplimiento. Al argumento de falta de competencia mencionado, se agrega que podría producirse una situación antinómica si la Corte Constitucional, resolviendo una acción de cumplimiento ordenase la ejecución de una determinada ley, siendo que las leyes están sujetas a la acción de inconstitucionalidad y que, por ende, eventualmente podría demandarse la inconstitucionalidad de una ley que, vía acción de cumplimiento, la Corte Constitucional haya dispuesto ejecutar. Fuera de esta referencia a la acción de incumplimiento y en lo relativo a la inconstitucionalidad por omisión, variada jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha adoptado la distinción Wesseliana de omisiones inconstitucionales absolutas y relativas y ha resuelto en forma mayoritaria, que carece de competencia para conocer las demandas de

---

<sup>232</sup>Ibídem. Págs. 148 y 149.

<sup>233</sup>Ibídem, Pág. 149.

inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, en tanto que ha establecido nutrida jurisprudencia en orden a resolver las omisiones inconstitucionales relativas.<sup>234</sup> De esta forma, Colombia se ubica como el país sudamericano que, sin tener una disposición constitucional que haga relación a la inconstitucionalidad por omisión, ha generado no obstante una variada jurisprudencia acerca de esta institución.

Entre los casos más interesantes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia consta la sentencia No. C-543-96 en la que estableció que existe una omisión legislativa cuando el legislador no cumple con el deber de legislar señalado expresamente que en la Constitución. Otros ejemplos se tienen, citando las sentencias No. 108-94, 473-94, 545-94, 555-94, 247-95 y 70-96 en las que la Corte ha resuelto en forma uniforme si tener competencia para conocer la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, pero no la omisión legislativa absoluta, ya que si no hay actuación no hay acto que comparar con la norma Constitucional, que pueda ser sujeto de control. Es relevante destacar que en la absolución del caso mencionado (C 543-96), dos magistrados, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, argumentaron en forma contraria al criterio de la mayoría, aclarando su voto con el razonamiento siguiente: *“... La Corte es competente para conocer de las omisiones legislativas absolutas, por lo cual no compartimos la motivación de la presente sentencia. Precisamos que nuestra argumentación no es de referencia, pues no estamos afirmando simplemente que sería conveniente que se atribuyera a la Corte esa competencia. Lo que estamos diciendo es que la Corte tiene actualmente la facultad de pronunciarse sobre las omisiones legislativas absolutas, la cual se desprende de la fuerza normativa de la Constitución como norma de normas, la*

---

<sup>234</sup>Ibídem. Pág. 150

*definición de Colombia como estado social de derecho y la competencia de la corporación para conocer de la constitucionalidad de las normas legales, con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Carta*<sup>235</sup>

Así mismo podemos también hacer alusión de los diferentes criterios adoptados por la jurisprudencia de este país latinoamericano, en las sentencias No. C 843-99 y C 867-99, en donde la Corte Constitucional de ese país reivindicó su facultad de hacer llamados o exhortos al legislador para que, dentro de su autonomía legislativa, regule la penalización de determinadas conductas que afectan a valores consagrados en la Constitución, la sentencia No. C 080-99 en donde se entraña una resolución que podríamos considerar como aditiva o *sentencia integradora*, tal como prefirió denominarla la propia Corte. El caso planteado se refería a que la legislación vigente establecía que cuando fallece un oficial o suboficial de la Policía Nacional las pensiones que se otorguen por su fallecimiento se extinguen cuando los hijos lleguen a la edad de 21 años, salvo el caso que éstos sigan estudiando, entonces el término de la función se prolonga hasta los 24 años. No existía una norma similar para los hijos de los agentes de la Policía Nacional, por lo cual, para ellos, en todos los casos, la pensión por orfandad se extinguía a los 21 años. La Corte Constitucional resolvió que se trataba de un típico caso de omisión legislativa relativa que contraría el principio de igualdad, por lo que entendió necesario extender la regulación más beneficiosa para los huérfanos que estudien a todos los miembros de la Policía Nacional, haciendo prevalecer el principio de igualdad establecido en el Art. 13 de la Constitución, con efectos retroactivos, a partir de la fecha en que entró a regir la Carta Suprema, esto es, el 7 de julio de 1991.<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> CASTRO PATIÑO, Ivan *La Inconstitucionalidad por Omisión una reforma necesaria en la constitución Ecuatoriana*. Guayaquil, Ecuador, Diciembre del 2003. Pág.120.

<sup>236</sup> *Ibidem*. Pág. 121.

Un caso de sentencia manipulativa es el C-007-001, mediante la cual la Corte resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad del numeral 6 del Art. 140 del Código Civil, que establecía la nulidad del matrimonio *“cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él estando fuera del poder del raptor”* La Corte resolvió que existía una inconstitucionalidad por omisión relativa, ya que se negaba al hombre la posibilidad de convalidar el vicio de consentimiento derivado del secuestro, con lo que se violaba el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 de la Constitución. Sin embargo razonó que si expulsaba del ordenamiento jurídico la expresión *“de la mujer”*, la disposición del numeral 6 del Art. 140 del Código Civil, quedaría sin titular de derecho, por lo que dejó vigente dicha disposición, pero condicionándola a que, en virtud de la igualdad de los sexos, tanto la causal de nulidad como la posibilidad de convalidación del matrimonio, pueda ser alegada por el hombre o por la mujer, según el caso.<sup>237</sup>

Y finalmente un caso que culminó con una resolución a favor de los demandantes es el resuelto mediante sentencia no. C- 1433-2000, el mismo que giraba en torno a la solicitud de inexecutable del Art. 2 de la Ley no. 547-99 en razón de que al expedir el presupuesto de Rentas y Ley de Apropiações para el año 2000, no se previó el aumento salarial para todos los servidores públicos sino sólo para quienes ganaran menos de dos salarios mínimos. Para fundamentar su decisión, el Tribunal argumentó la violación de una serie de artículos constitucionales que, acorde con la filosofía que inspira el estado social de derecho, llevan a la conclusión que es deber constitucional del Estado, no sólo conservar el poder adquisitivo de la remuneración, sino establecer su incremento para garantizar un nivel de vida

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, Págs.121 y 122.

digno. Por tal motivo, resolvió poner en conocimiento del Presidente de la República y del Congreso, la declaratoria de exequibilidad de la ley, salvo en lo relativo a la omisión del deber jurídico de incrementar las remuneraciones a todos los servidores públicos, con el fin de que dentro de las órbitas de competencias constitucionales, cumplan con el deber jurídico omitido, antes de la expiración del año fiscal.<sup>238</sup>

Con todo lo antes desarrollado, claramente puede vislumbrarse las grandes diferencias que existen en cuanto a los criterios que en este país se manejan con los adoptados por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña.

#### **4.5.3. Criterios Jurisprudenciales en Alemania**

Alemania tiene el privilegio de ser en el primer Estado en el cual la doctrina y la jurisprudencia se ocuparon de desarrollar la teoría de la inconstitucionalidad por omisión. La jurisprudencia alemana fue paulatinamente evolucionando, desde una inicial negativa a admitir la procedencia de una acción basada en una omisión legislativa, para llegar a admitir la procedencia de un recurso de amparo fundamentado en un encargo expreso de la Ley Fundamental que, no obstante determinar en forma concreta la decisión del legislador, ha sido incumplido por éste. Es preciso señalar, que la jurisprudencia alemana admite el recurso de queja constitucional para las omisiones inconstitucionales relativas, inadmitiéndolo en tratándose de omisiones absolutas.<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> *Ibidem*. Pág.122.

<sup>239</sup> *Ibidem*. Pág.113.

Un claro ejemplo de aporte jurisprudencial para la solución de una omisión inconstitucional es el siguiente: la Ley Fundamental de Bonn estableció en su artículo 3 no. 2 que el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos y en su artículo 117 establecía que las disposiciones que se opongan al referido precepto continúan rigiendo hasta que sean adaptadas a la disposición de la Ley Fundamental, “pero no más allá del 31 de marzo de 1953”. En base a las referidas disposiciones constitucionales, en sentencia del 18 de diciembre de 1953, el Tribunal Constitucional Alemán, con sede en Kalsruhe, declaró que, no habiendo la Función Legislativa expedido las reformas exigidas dentro del plazo establecido en la Constitución, todas las leyes incompatibles con el Art. 3 no. 2 dejaban de ser aplicables y fijó un plazo para que la reglamentación sea elaborada.<sup>240</sup>

El más paradigmático caso en la línea de observar la inconstitucionalidad por omisión, es el resuelto por el Tribunal de Kalsruhe, mediante sentencia no. 26-1969, del 29 de Enero del referido año, por la cual el Tribunal Constitucional Federal revocó un fallo del Tribunal Regional de Kiel, atribuyéndole eficacia plena al no. 5 del Art. 6 de la Constitución, mediante un proceso conocido como “concretización” (Konkretisierung) El caso es el siguiente:<sup>241</sup>

La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 6 no. 5 establece que: “Para los hijos nacidos fuera del matrimonio, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico e intelectual y de posición social que para los hijos legítimos. No obstante este precepto, el Tribunal de Kiel había aplicado el Art. 1712 del Código Civil, anterior a la Constitución, que mantenía desventajas del hijo nacido fuera con respecto al nacido dentro del

---

<sup>240</sup> *Ibidem*. Pág.114.

<sup>241</sup> *Ibidem*.



matrimonio. El Tribunal Constitucional Federal consideró que habiendo transcurrido 20 años desde la vigencia del referido precepto, sin que se hubiese creado por ley la reglamentación que haga eficaz el mandato constitucional, la disposición era directamente aplicable, por lo que las autoridades administrativas y judiciales deben hacer realidad la igualdad proclamada en la Constitución, aplicando la misma con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias a ella, que consten en leyes ordinarias. Igualmente ordenó a la Función Legislativa que proceda a cumplir con el mandato contenido en el numeral 5 del artículo 6, en el curso del mismo año 1969, resolución que fue acatada, habiéndose promulgado a ley correspondiente, el 19 de agosto del mismo año.<sup>242</sup>

#### **4.5.4. Criterios Jurisprudenciales en Italia**

El Referendo Constitucional del 2 de julio de 1946 convierte a Italia en República y elige la composición de la Asamblea Constituyente, la misma que expide la Constitución que, aprobada el 27 de diciembre de 1947, entra en vigor el 1 de Enero de 1948. Comentando el desarrollo del constitucionalismo republicano italiano, José Luis Cascajo y Manuel García señalan: “La lista de los retrasos e incumplimientos legislativos en el desarrollo de lo dispuesto, sumariamente, en la Constitución, es bien elocuente: hasta finales de 1955 no se reúne la Corte Constitucional; hasta 1958 no se constituye el Supremo Superior de la Magistratura y el Consejo Nacional de la Economía y el Trabajo; hasta 1970 no se eligen los Consejos Regionales de las quince Regiones de Estatuto Ordinario; hasta 1988 el Código Procesal Penal no se ha puesto en armonía con los nuevos principios constitucionales, unos principios que, transcurridos más de cuarenta años, al

---

<sup>242</sup> *Ibidem.*

igual que las normas contenidas en la parte dogmática de la Constitución, siguen siendo válidos.”<sup>243</sup>

La Corte Constitucional Italiana ha recurrido al dictado de las denominadas “*sentencias aditivas*” para superar la omisión inconstitucional consistente en no prever algo que, de conformidad con la Constitución, debió haber sido previsto por la ley.

Un ejemplo de este tipo de sentencias aditivas<sup>244</sup> es aquella numerada 190, de diciembre de 1970, mediante la cual se determinó que el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal violaba la garantía de los derechos de la defensa, establecida en el Art. 24 inciso segundo de la Constitución, toda vez que no concedía al defensor del acusado el derecho de asistir a los interrogatorios a que se sometía a su defendido, incorporando una norma que permite al defensor asistir a tales actos, imponiendo a las autoridades la obligación de viabilizar dicho derecho.

Roberto Romboli señala que el Tribunal Constitucional Italiano ha creado “*las sentencias aditivas de principio* y la diferencia de las “*aditivas*” porque éstas “no introducen una regla inmediatamente actuante y aplicable, sino que fijan un principio general que debe ejecutarse mediante una intervención del legislador, pero al que puede ya, dentro de ciertos límites, hacer referencia el juez en la decisión de casos concretos.”<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel, obra *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991. Pág.132.

<sup>244</sup> VÍCTOR BAZÁN comenta el efecto de las sentencias aditivas señalando: Dichas *sentencias aditivas* entrañan un instrumento para declarar la inconstitucionalidad de una Ley, junto a las sentencias derogatorias, sólo que mientras en éstas se elimina del ordenamiento jurídico una manifestación *positiva* del legislador, con aquellas, la mentada eliminación se posa sobre una manifestación de voluntad negativade éste, produciendo como efecto inmediato una nueva norma positiva en el plexo jurídico.

<sup>245</sup> CASTRO PATIÑO, Ivan, *Op. Cit.* Pág.118

El mismo Romboli señala un subtipo de las “*sentencias aditivas de principio*”, que serían las “*decisiones de inconstitucionalidad con delegación en el Parlamento*”, (caso de la sentencia 242 del 19 de mayo de 1993) en las cuales la Corte fija en forma específica los principios a los que deberá atenerse el legislador alemán la nueva regulación modificatoria y determina los plazos dentro de los cuales ésta debe ser aprobada por el Parlamento.<sup>246</sup>

#### **4.5.5. Criterios Jurisprudenciales en España**

El Tribunal Constitucional Español, de una manera general ha sentado su posición en referencia a la inconstitucionalidad por omisión, mediante sentencias (STC), tales como las número 24-1982, 74-1987, 155-1987, 87 1989, 142-1993, 188-1994, en las que, de una u otra forma, se reproduce la caracterización de la inconstitucionalidad por omisión, establecida en la pionera STC 24-1982, del 13 de mayo, en la que el Tribunal Constitucional rechaza la demanda del Art. 14 de la Constitución con el razonamiento siguiente:

*“Debemos señalar que no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular, alegando que el legislador debió aprovechar la ocasión que le brindaba la ley 48-1981 para reestructurar la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pues la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución Española impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y éste no lo hace”.*<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> *Ibidem.*

<sup>247</sup> *Ibidem*, Págs. 115 y 116

Los estudiosos de la jurisprudencia española señalan que el Tribunal Constitucional ha recurrido a diferentes soluciones para tratar el tema de la inconstitucionalidad por omisión. Víctor Bazán enumera tres de ellas: 1) Materializar recomendaciones al legislativo; 2) Declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, citando como referencia las sentencias no. 45-1989 y 96-1996; y, 3) Dictar sentencias aditivas<sup>248</sup> y cita como ejemplo las STC 103-1983 y 104-1983.

La técnica de la expedición de las sentencias aditivas ha sido utilizada para subsanar casos de inconstitucionalidad por omisión relativa, a fin de hacer prevalecer el principio de igualdad consagrado en los artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española. De esta forma, se favorece con el goce de un derecho constitucional a aquellos sectores de la población excluidos por la ley; como ejemplos tenemos las STC 116- 1987 que declara parcialmente inconstitucional el Art. 1 de la Ley 37-1984, en cuanto excluye a los militares que entraron a las FF AA después del 18 de julio de 1936; y la 45-1999 que declara: *“Esta omisión legislativa constituye una discriminación proscrita por los artículos 14 y 31.1 de la Constitución, pues no puede el legislador tampoco cuando adopte una regulación especial o excepcional, singularizar sin fundamento entre aquellos que, atendido el fin de la diferenciación, se encuentran en una posición igual... La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el presente caso.”*<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> AHUMADA RUIZ, María De Los Ángeles, sentencias aditivas: “suponen el territorio límite de actuación de un Tribunal Constitucional ante una omisión inconstitucional y su única justificación está en que ponen orden en una situación inconstitucional provocada por la inercia del legislador

<sup>249</sup> *Ibíd.*, Págs. 115 y 116

Finalmente es preciso destacar que el Tribunal Constitucional Español ha establecido que es obligación del juzgador rescatar al menos “*el contenido mínimo*” de un derecho humano, en aquellos casos en que éste pudiere quedar negado por omisión del legislador. A este respecto es paradigmática la sentencia 15-82 del 23 de abril y de otras que sobre el mismo tema de la objeción de conciencia fueron expedidas por el Tribunal Constitucional en las que se introdujo como causa de suspensión provisional de incorporación a las filas militares la objeción de conciencia, hasta entonces no regulada en el Derecho Español.<sup>250</sup>

#### **4.6. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL SALVADOR**

De acuerdo con lo expuesto por el doctor JORGE EDUARDO TENORIO<sup>251</sup>, el proceso de Inconstitucionalidad busca en mayor medida sentar las bases de un Estado de Derecho democrático y constitucional, de manera que si es aplicado correctamente, consiste en el más eficaz valladar contra los excesos que puedan cometerse en la noble función de legislar.

Como se ha mencionado en otros apartados, la finalidad del proceso de Constitucionalidad<sup>252</sup> básicamente consiste en anular o expulsar un cuerpo

---

<sup>250</sup> *Ibíd.*, Pág. 117

<sup>251</sup> TENORIO, Jorge Eduardo, *Los procesos Constitucionales en El Salvador*, Ponencia impartida en el Día del Abogado en la Corte de Cuentas de la República, el 29 de junio de 2001.

<sup>252</sup> El proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad dilucidar la confrontación internormativa que se plantea entre el objeto y el parámetro de control, y en caso de verificarse tal contradicción expulsar del ordenamiento jurídico al primero de ellos. En ese sentido, la imputación de inconstitucionalidad debe, necesariamente, ser congruente con la normativa constitucional propuesta como parámetro de control; pero, además, se debe evidenciar la contradicción advertida por el actor; pues de lo contrario, el fundamento material no constituye sustento suficiente para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. (Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 39-2003 de fecha 19/11/2003)

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<sup>253</sup>. 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 el devenir de la historia jurídica de nuestro país se promovieron una serie de demandas en este sentido en diversos casos, sin que ninguna hubiere prosperado, siendo inadmitidas o declaradas improcedentes por no cumplir con los requisitos de ley. 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. Nos referimos al proceso número 2-95<sup>254</sup>, promovido por el Lic. Rafael Antonio Morán Cornejo, en contra de la Asamblea Legislativa 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.

El demandante consideró en su oportunidad que con tal omisión se dejaba desprotegida la institución del matrimonio, puesto que según su

---

<sup>253</sup>TENORIO, Jorge Eduardo, Op. Cit.

<sup>254</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada en el proceso número 2-95, de fecha 28 de abril de 2000

opinión el Código de Familia permitía tener más de un hogar, quebrándose la estabilidad y tranquilidad de un matrimonio, lo mismo que el ejemplo que debía darse a las nuevas generaciones. De igual manera alegó que se dejaba desprotegidos a los hijos producto de tales relaciones, puesto que nada se disponía en el referido Código al respecto<sup>255</sup>.

Al rendir su informe el entonces Presidente de la República Armando Calderón Sol y la Asamblea Legislativa, al igual que al contestar el Fiscal General de la República su respectivo traslado, todos ellos fueron unánimes al expresar que el art. 32 De la Constitución<sup>256</sup> se refiere a la familia como base fundamental de la sociedad, estableciendo que la base legal de ésta es el matrimonio, pero que la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia. Así mismo afirmaron que en nuestro país se conserva el sistema monogámico, lo cual significa que si alguien se encuentra en un estado de bigamia comete delito de acuerdo con nuestra legislación penal, además de hacer notar que el Código de Familia en su art. 14 establece como impedimento absoluto para contraer matrimonio el estar ligado por vínculo matrimonial, y por tanto el tipo de relación planteado por el peticionario estaría prohibido<sup>257</sup>.

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

---

<sup>255</sup> *Ibíd*em

<sup>256</sup> La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia.

<sup>257</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada en el proceso número 2-95, de fecha 28 de abril de 2000, Op Cit.

entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, y que además en 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, y que por ende, es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.

En razón de todo lo expuesto por las partes, la Sala hizo una serie de consideraciones a saber: en primer lugar, manifiesta que anteriormente la misma ya 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, entre las cuales se encuentran los denominados encargos al legislador, sobre los cuales 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 infraconstitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia a la norma que contiene el *mandato constitucional*<sup>258</sup>, además de que tampoco es imprescindible que tales mandatos contengan un plazo para la emisión de las normas infraconstitucionales<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> De los mandatos constitucionales pueden hacerse las siguientes acotaciones: 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 en segundo lugar, que tampoco es imprescindible que los mandatos contengan un plazo para la emisión de tales disposiciones infraconstitucionales, pues la 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. (Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 19-98 de fecha Martes, 26 de Febrero de 2002).

<sup>259</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada en el proceso número 2-95, de fecha 28 de abril de 2000, OpCit



En segundo lugar, la Sala estableció tres criterios determinantes para el cumplimiento de un mandato constitucional: 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 infraconstitucionales (“cuándo”); y c) La forma en que se dará cumplimiento al mismo (“cómo”)<sup>260</sup>.

En tercer lugar, ese Tribunal afirma que de acuerdo con la doctrina existe una clasificación tripartita en cuanto las relaciones entre un hombre y una mujer, las cuales pueden ser *lícitas, ilícitas y ajurídicas*. Dentro de las primeras, según se menciona, están el matrimonio y la unión de hecho; dentro de las segundas están el adulterio, el incesto, la bigamia, etc; y las terceras son las que se caracterizan porque los sujetos entablan relaciones sexuales en el ejercicio de su libertad (es decir, relaciones ocasionales o temporales entre personas solteras), por consecuencia -según lo expresado por la Sala- la unión no matrimonial en la cual uno de los miembros de la pareja se encuentra ligado por vínculo matrimonial a otra persona, en nuestro ordenamiento jurídico, no produce consecuencias jurídicas en relación a la pareja misma y por lo tanto no debía ser regulada por el Código de Familia.

En cuarto lugar, en cuanto al tema de los hijos, manifiesta la Sala que la Constitución ha reconocido ya la igualdad jurídica de los hijos en el art. 36, estipulando que tanto los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio como los adoptivos tiene iguales derechos frente sus padres, quedando prohibida cualquier tipo de discriminación, por cuanto la única diferencia entre éstos la forma de establecer el lazo de filiación ante sus padres.

---

<sup>260</sup> *Ibidem*

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<sup>261</sup>.

Por otro lado, encontramos un segundo proceso de inconstitucionalidad por omisión marcado con el número 14-2005<sup>262</sup> impulsado por dos estudiantes en el mes de junio del año dos mil cinco, los peticionarios, Oscar Emilio López Alas y Laura Carolina Rodríguez Melara plantearon en su demanda la inconstitucionalidad por omisión del art. 67 de la Ley del Medio Ambiente<sup>263</sup> en relación con lo dispuesto en los artículos 1 inciso 1º y 3º, 2 y 117 inciso 1º y 2º de la Constitución, en virtud de que según ellos, el legislador ha dictado medidas que tienden a la protección de ciertas especies en determinadas áreas del territorio, pero que sin embargo al momento de establecer tales medidas no se incorporó ciertos supuestos que a la luz de la normativa constitucional deberían tomarse en consideración, lo cual significa que se ha adoptado medidas para la protección únicamente de ciertas

---

<sup>261</sup> *Ibidem*

<sup>262</sup> Demanda de inconstitucionalidad por omisión suscrita por Oscar Emilio López Alas y Laura Carolina Rodríguez Melara, presentada el día 2 de junio de 2005 y marcada con el número 14-2005

<sup>263</sup> El Estado, a través de las instituciones responsables de velar por la diversidad biológica, regulará prioritariamente la conservación en su lugar de origen, de las especies de carácter singular y representativas de los diferentes ecosistemas, las especies amenazadas, en peligro o en vías de extinción declaradas legalmente, y el germoplasma de las especies nativas.

especies, omitiendo la necesidad de otras especies de ser protegidas de igual manera.

Luego de hacer un análisis de algunos términos considerados importantes por los peticionarios, tales como diversidad biológica, ecosistema, fauna, entre otros, éstos plantean que en la actualidad existía una gran desconsideración por parte de los seres humanos en cuanto a los intereses de los animales, dejando de lado que ellos al igual que nosotros, son seres con capacidad de experimentar placer y sufrimiento, por lo cual sus necesidades e intereses deben ser tenidos en cuenta por el legislador sin que esa consideración se reduzca únicamente a ciertos aspectos de su bienestar o únicamente a determinadas especies, como lo hace actualmente la ley del medio ambiente al disponer en su Art. 67 la obligación del Estado de conservar y proteger exclusivamente a las especies representativas de cada ecosistema, especies amenazadas, en peligro o en vías de extinción.

Según manifiestan los demandantes el Art. 117 de nuestra Constitución en sus incisos 1º y 2º regula que “es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente para garantizar el desarrollo sostenible...”, aclarando en el libelo de su demanda que tal disposición se refiere a que el Estado tiene la obligación de adoptar los mecanismos apropiados para garantizar la conservación del medio ambiente incluyendo a toda especie animal que habita en tal medio. Por otro lado, los peticionarios manifiestan que de acuerdo con el Art. 1 de la Constitución, el fin del Estado es la persona humana y por tanto debe velar por su salud, cultura, bienestar económico, dignidad, entre otros, expresando que la dignidad de la persona humana comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, la cual no puede darse

sin que el Estado fomente ciertos valores a través de su política estatal, tales como la compasión, la moral, el respeto y la tolerancia<sup>264</sup>.

Finalmente, al emitir sus conclusiones, los demandantes argumentan que el legislador no ha cumplido a cabalidad lo que la Ley Suprema manda, puesto que ha omitido regular la protección de animales domésticos y de aquellos que no están en vías de extinción o que no son de carácter singular ni representativo, y que por tanto debe declararse la inconstitucionalidad por omisión del art. 67 de la Ley del Medio Ambiente<sup>265</sup>.

Por su parte, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia efectuó una serie de consideraciones y prevenciones respecto a la demanda emitida, manifestando en primer lugar que en reiteradas ocasiones dicha Sala ha sostenido que en el proceso de inconstitucionalidad, el parámetro de sus decisiones está conformado por las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas, con las cuales el actor contrasta la legislación sometida a control. Tal contraste, de acuerdo con lo argumentado por la Sala, debe entablarse entre normas, es decir, entre el contenido normativo de la disposición constitucional (parámetro de control) y el contenido normativo de las disposiciones impugnadas (objeto del control)<sup>266</sup>, de manera que corresponde al actor delimitar el parámetro de control, fijando los límites de su impugnación, pues a partir de ello se delimita la competencia de esa Sala.

---

<sup>264</sup> Demanda de inconstitucionalidad por omisión suscrita por Oscar Emilio López Alas y Laura Carolina Rodríguez Melara, presentada el día 2 de junio de 2005 y marcada con el número 14-2005. Op Cit.

<sup>265</sup> *Ibíd*em

<sup>266</sup> Salvo que en los casos en que se alega un vicio de forma en la emisión del objeto de control, en cuyo caso se trata de una infracción constitucional y de una contradicción normativa propiamente. Vid. al respecto Resolución de la Sala de lo Constitucional de fecha 15 de agosto de 2005 en el proceso de inconstitucionalidad marcado con el número 14-2005

Así mismo la Sala manifiesto en su resolución que para efecto de ponderar la constitucionalidad de la legislación secundaria, los argumentos morales en sí mismos no son jurídicamente relevantes, sino en la medida en que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico, lo cual significa que ni la moralidad ni la compasión son un rango esencial que determine la existencia y constitucionalidad de las leyes, puesto que de lo contrario, ponderar la validez de una disposición con base a nociones ajenas al derecho podría llevar al tribunal a confundir los parámetros de validez estrictamente objetivos y ponderables jurídicamente, con motivaciones políticas o claramente subjetivas e individuales<sup>267</sup>.

En ese mismo sentido, considera la Sala que sustentar la omisión legislativa en la protección de otras especies con base a la compasión y la moralidad, excede los límites de su competencia, por lo que se les previno finalmente a los peticionarios para que expusieran adecuadamente los argumentos por los que consideraban vulnerado por omisión el art. 117 De la Constitución, previo a admitir su demanda.

Un tercer proceso y el más reciente caso respecto a esta materia lo encontramos bajo la referencia 59-2003<sup>268</sup> promovido por Enrique Alberto Portillo Peña; a fin se declarase la inconstitucional, por vicio en su contenido, del artículo 26 inciso 2º, parte final, de la Ley del Fondo de Conservación Vial (LEYFOVIAL).

En donde la pretensión está fundada en la supuesta violación a la Constitución, contenida en la citada disposición, por exceptuarse en la

---

<sup>267</sup> Resolución de la Sala de lo Constitucional de fecha 15 de agosto de 2005 en el proceso de inconstitucionalidad marcado con el número 14-2005

<sup>268</sup> Demanda de inconstitucionalidad por omisión suscrita por Enrique Alberto Portillo Peña, presentada el día doce de julio de dos mil cinco y marcada con el número 59-2003

contribución de conservación vial, la gasolina de avión y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses; disposición en la cual arguye existe violación al principio de igualdad, contenido en el artículo 3 Constitución<sup>269</sup>, al existir actividades semejantes en condiciones similares que no fueron tomadas en cuenta, vale decir, las actividades de pesca; vulnerándose así el principio de igualdad en cuanto a los propietarios de las embarcaciones para fines pesqueros, al tener que cancelar éstos dicha contribución cuando no utilizan en la red vial.<sup>270</sup>

Señalando también que, en los Considerandos de la ley, la Asamblea Legislativa dejó constancia que el objetivo era mantener el vital recurso de la red vial nacional, por lo que queda claramente definido que el objetivo de los recursos a obtenerse por medio de la ley era para el beneficio de la red vial nacional; siendo así que la gasolina de avión no salía gravada porque su consumo mayor lo hace fuera de la red vial nacional, corriendo la misma suerte, como lógica consecuencia, el combustible utilizado para la operación de barcos industriales de pesca que también se consume fuera totalmente de la red vial.<sup>271</sup>

Ante las pretensiones antes mencionadas la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente forma: *En el caso del fondo de contribución vial, se puede considerar que el legislador partió de dos supuestos importantes uno el uso de la red vial y su*

---

<sup>269</sup> La fórmula constitucional del art. 3 Cn., contempla tanto un mandato de igualdad en la aplicación de la ley por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas, como un mandato en la formulación de la "ley" mandato al legislador y demás entes con potestades normativas. (Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 22-98 de fecha Martes, 19 de Marzo de 2002)

<sup>270</sup> Demanda de inconstitucionalidad por omisión suscrita por Enrique Alberto Portillo Peña, presentada el día doce de julio de dos mil cinco y marcada con el número 59-2003. Op. Cit.

<sup>271</sup> *Ibidem*

*ulterior mantenimiento, cuya contribución la deben hacer aquellos que consumen diesel y gasolinas o sus mezclas con otros carburantes que realicen importadores o refinadores, con la excepción de la gasolina de avión en cuyo caso los aeropuertos exigen una tasa por el uso de la pista; y dos aquellos que utilizan la red vial pero que tienen un tratamiento especial por mediar una finalidad social: los autobuses del servicio colectivo que utilizan diesel subsidiado del servicio colectivo, cuyos propietarios son empresarios privados a quienes se es exime de la contribución para que ésta no sea trasladada a los usuarios<sup>272</sup>.*

Circunscribiéndose el tribunal al primero de los supuestos antes mencionados, por tratarse de una excepción similar a la planteada en la pretensión, ya que por su misma naturaleza, la gasolina de avión y su uso queda excluida del uso de la red vial porque su consumo es totalmente fuera de ella, estando justificado el medio empleado en la ley que no es gravoso, siendo el fin la no afectación económica<sup>273</sup> de cierto grupos diferente de la generalidad de personas que usan la red vial.

Quedando de esta manera más que claro la violación al principio de igualdad, y la existencia de una exclusión arbitraria del beneficio por parte del legislador del sector que se dedica a las actividades de pesca, a quienes no se les benefició con las exenciones que otorga la LEY FOVIAL a los aviones y autobuses, omisión en la que el legislador incurrió y que es manifiestamente inconstitucional; Por lo que ante tal situación la solución atinada sería, lógicamente declarar inconstitucional la norma sujeta al este

---

<sup>272</sup> *Ibíd*em

<sup>273</sup> el principio de igualdad en el ámbito tributario se traduce en el respeto al principio de capacidad económica, de forma que situaciones económicamente iguales deben ser tratadas de la misma manera; lo cual no veda cualquier desigualdad, sino sólo aquella que pueda reputarse como arbitraria, por carecer de justificación. Además, el principio de igualdad no sólo exige igualdad ante la ley, sino también igualdad en la aplicación de la ley.

examen de constitucionalidad y reconstruirla sustituyéndola por la otra, esto por haberse establecido que el artículo 26 de la LEY FOVIAL vulnera el artículo 3 de la Constitución de la República, siendo por tanto inconstitucional su contenido.

Por lo que en base a las razones antes expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, la Sala Fallo *Declarar inconstitucional*,<sup>274</sup> por vicio en su contenido, el inciso segundo del artículo 26 de la Ley del Fondo de Conservación Vial, por contravenir el artículo 3 de la Constitución al establecer una exclusión arbitraria de beneficio de las actividades de pesca en las excepciones contenidas en similares condiciones para la gasolina de aviación, lo cual genera una inconstitucionalidad por omisión.

Implicando por tanto que el inciso segundo del artículo 26 de la Ley del Fondo de Conservación Vial, debe excepcionar, además de la gasolina de aviación y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses, las actividades de pesca.<sup>275</sup>

#### **4.7. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA REALIDAD JURÍDICA SALVADOREÑA**

En nuestro país 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.

---

<sup>274</sup> Demanda de inconstitucionalidad por omisión suscrita por Enrique Alberto Portillo Peña, presentada el día doce de julio de dos mil cinco y marcada con el número 59-2003. Op. Cit

<sup>275</sup> *Ibidem*.



En apartados anteriores, citamos dos casos en los cuales se promovió este tipo de control, sin embargo existen muchos otros supuestos en los que es posible dilucidar la existencia de omisiones legislativas, por lo que en este punto trataremos de hacer un breve análisis sobre uno de éstos, a manera de conocer como se encuentra la figura objeto de nuestro estudio en la realidad jurídica salvadoreña.

A este efecto, se puede citar el Artículo 45 de la Constitución, el cual reza textualmente lo siguiente: *“Los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y particularidades del trabajo. Quienes presten servicio de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, entidades sociales y demás equiparables serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos”*.

En principio, este Artículo se refiere a que tanto los trabajadores agrícolas como domésticos deben tener los mismos derechos laborales y de seguridad social que los demás trabajadores, de manera que tales derechos, es decir, lo relativo a salarios, jornadas de trabajo, descansos, vacaciones, *seguridad social*, etc., deben estarles reconocidos por una Ley secundaria “de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo”. La legislación secundaria a que hace referencia este Artículo – como es sabido- es el Código de Trabajo, el cual regula en efecto la situación jurídica laboral de estas personas a partir del Art. 76 y siguientes, estableciendo un régimen especial para el desarrollo de tales labores domésticas, agrícolas y pecuarias distinto al estipulado para los trabajadores ordinarios.

En esa línea, tenemos por ejemplo, que en cuanto al salario de los trabajadores domésticos, el Art. 78 del Código de Trabajo, establece que la remuneración de éstos comprenderá además del salario convenido, el suministro de alimentación y habitación, salvo pacto en contrario. Respecto a su jornada laboral, el Artículo 80 del Código de Trabajo menciona que el trabajador del servicio doméstico no estará sujeto a horario, pero que gozará de un descanso mínimo de 12 horas diarias. En lo relativo a los días de descanso, el Artículo 81 del mismo cuerpo de Leyes dispone que estos trabajadores están obligados a prestar sus servicios en los días de asueto si el patrono lo pide, teniendo derecho a un recargo del ciento por ciento de su salario diario por el trabajo realizado en esos días.

En lo que a los trabajadores agropecuarios se refiere, el precitado Código hace una distinción entre trabajadores permanentes y temporales, dependiendo de tal clasificación lo concerniente a salarios, jornada de trabajo, etc. En cuanto al salario, el Código de Trabajo expresa en el Art. 94 que además del pago de éste, según lo convenido, el patrono estará obligado a proporcionar gratuitamente una parcela al trabajador que habite permanentemente en la heredad con el objeto de que también cultive para la subsistencia de él y su familia. En lo referente a la jornada de trabajo, el artículo 89 dispone que la misma dependerá de la índole de las labores, la necesidad o urgencia del trabajo, la época del año, etc., pero que no podrá exceder de ocho horas diarias. En cuanto al descanso, el Art. 90 Código de Trabajo establece que el patrono está obligado a conceder un día de descanso semanal a sus trabajadores, y que si éstos laboran en ese día deberán ser remunerados con el doble del salario ordinario.

En tal sentido, vemos que el referido Código de Trabajo ya ha regulado todo lo anterior, pero sin embargo nada ha dispuesto acerca de la tan vital *Seguridad Social y Prestaciones Sociales*. El Artículo 50 de la Constitución nos regula todo lo concerniente a la Seguridad Social, la cual debe entenderse como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían en la desaparición o en una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias.<sup>276</sup>

Sin embargo, en nuestro país esta situación no se cumple, puesto que como se mencionó al inicio de este apartado, los trabajadores domésticos y agropecuarios no tienen acceso a la seguridad social concebida por nuestra Carta Magna, configurándose en consecuencia una Inconstitucionalidad por Omisión, por cuanto las normas infraconstitucionales en la materia (Código de Trabajo, Leyes y Reglamentos de las Instituciones encargadas de prestar servicios de seguridad social) nada disponen sobre la extensión de este servicio obligatorio a tales sectores, quedando los mismos desprotegidos frente a las contingencias que ponen en peligro la dignidad de su existencia.

Con este ejemplo, hemos tratado de demostrar que la Inconstitucionalidad por omisión está presente en la realidad jurídica salvadoreña, y que la misma ocasiona graves daños a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, de tal manera que su regulación expresa en la Ley resulta imprescindible y de urgente aplicación.

---

<sup>276</sup> Sentencia del Proceso de Amparo número A 1263-2002 de fecha 7 de enero de 2004.

#### **4.7.1. Críticas a la Ley de Procedimientos Constitucionales Vigente**

Muchas sentencias de Inconstitucionalidad hacen alusión a la figura de la Inconstitucionalidad por omisión, lo cual es de gran importancia dado que la legislación salvadoreña no reconoce esta figura expresamente, por lo tanto, los criterios jurisprudenciales vertidos por la Sala de lo Constitucional, en cierta medida, llenan ese vacío legal.

En el Artículo 183 de la Constitución, únicamente se expresa lo siguiente: *“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”*

Por su parte, la Ley de Procedimientos Constitucionales regula el proceso de Inconstitucionalidad de manera general, en el Artículo 1, *“Son procesos constitucionales, los siguientes: 1) El de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos;(…)”*.

El Artículo 2 del mismo cuerpo legal estatuye: *“Cualquier ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio”*. Al final de este precepto legal, se puede apreciar que corresponde la sustanciación del proceso al Presidente de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El único medio en que se reconoce expresamente esta figura, es en el Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, que en el Artículo 85 dispone: *“Procede la pretensión de inconstitucionalidad contra disposiciones infraconstitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales”*.

En países como El Salvador, la jurisprudencia sobre Inconstitucionalidad por omisión que pueda darse es muy importante, ya que abre la posibilidad de que esta figura se aplique como medio para mantener la Supremacía Constitucional, dado que el vacío legal que genera la no regulación de la citada figura en una Ley secundaria, genera la posibilidad de que se vulneren derechos fundamentales.

La Ley de Procedimientos Constitucionales vigente genera inseguridad jurídica, pues al no regular la figura en estudio, no permite que los ciudadanos que lo consideren pertinente, puedan impugnar las inacciones del legislador, es decir, aquellas omisiones que incumplen los mandatos constitucionales, y que al hacerlo genera situaciones de desigualdad o simplemente una inobservancia del mandato constitucional.

De aquí deviene la importancia de la jurisprudencia emitida sobre la materia, pues de no ser así, habría un cúmulo de mandatos constitucionales que se acogerían en el seno de la inactividad del poder legislativo, quedando desprotegida ante esa circunstancia la Carta Magna.

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

Sobre el criterio adoptado por la Sala, este es muy parecido al que ha adoptado gran parte de la doctrina; dicho de otra forma, al no estar regulada esta figura en nuestra legislación, la Sala, para poder hacer uso de ella, tuvo que recurrir al criterio adoptado por la doctrina para poder fundamentar su aplicación en diferentes Sentencias emitidas sobre la materia.

A continuación analizaremos los criterios vertidos por la Sala en diferentes Sentencias en las cuales ha aplicada dicha figura, esto con el fin de dejar claro cuál es el criterio que ha adoptado la Sala. Importante señalar que el criterio que ha adoptado la Sala, no ha variado en ninguna de las Sentencias que sobre la materia ha emitido.

En la Resolución de fecha 5-XI-99, proveída en el proceso Número Inc. 18-98, la Sala hizo referencia a la Inconstitucionalidad por omisión, en la cual el referido Tribunal sostuvo que dicha Institucionalidad es aplicable en el Sistema de Defensa de la Constitución salvadoreña, como un mecanismo para dar cumplimiento a los denominados mandatos constitucionales, en el entendido que éstos son verdaderas normas jurídicas que imponen a los órganos investidos de potestades normativas, la obligación de desarrollarlos a efecto de dar cumplimiento a ciertos elementos del contenido de la Ley Suprema.

Sobre tales mandatos constitucionales al legislador pueden hacerse las siguientes acotaciones: en primer lugar, la existencia del mismo como explícito o implícito en el texto constitucional; en segundo lugar, la razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de

disposiciones infraconstitucionales; y por último, la forma en que se dará cumplimiento al mismo.

Por otro lado, es en 1995 que se promovió el primer proceso de Inconstitucionalidad por omisión, el cual logró culminar en una Sentencia Definitiva dictada en el año 2000. Nos referimos al proceso número 2-95,<sup>277</sup> promovido por el Lic. Rafael Antonio Morán Cornejo, en contra de la Asamblea Legislativa 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.

El demandante consideró en su oportunidad que con tal omisión se dejaba desprotegida la institución del matrimonio, puesto que según su opinión el Código de Familia permitía tener más de un hogar, quebrándose la estabilidad y tranquilidad de un matrimonio, lo mismo que el ejemplo que debía darse a las nuevas generaciones. De igual manera alegó que se dejaba desprotegidos a los hijos producto de tales relaciones, puesto que nada se disponía en el referido Código al respecto<sup>278</sup>.

Sobre este proceso, la Sala, en razón de todo lo expuesto por las partes, hizo una serie de consideraciones a saber: en primer lugar, manifiesta que anteriormente la misma ya 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, entre las cuales se encuentran los denominados

---

<sup>277</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada en el proceso número 2-95, de fecha 28 de abril de 2000.

<sup>278</sup> *Ibidem*, cfr

encargos al legislador, sobre los cuales 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 infraconstitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia a la norma que contiene el mandato constitucional, además de que tampoco es imprescindible que tales mandatos contengan un plazo para la emisión de las normas infraconstitucionales.<sup>279</sup>

En segundo lugar, la Sala estableció tres criterios determinantes para el cumplimiento de un mandato constitucional: 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 infraconstitucionales (“cuándo”); y c) La forma en que se dará cumplimiento al mismo (“cómo”).<sup>280</sup>

Por otro lado, encontramos un segundo proceso de inconstitucionalidad por omisión marcado con el número 14-2005,<sup>281</sup> impulsado por dos estudiantes en el mes de junio de dos mil cinco.

Los peticionarios, Oscar Emilio López Alas y Laura Carolina Rodríguez Melara plantean en su demanda la inconstitucionalidad por omisión del Art. 67 de la Ley del Medio Ambiente en relación con lo dispuesto en los Artículos 1 inciso 1º y 3º, 2 y 117 inciso 1º y 2º de la Constitución, en

---

<sup>279</sup> Tal jurisprudencia, como podemos observar, abre la posibilidad de que este tipo de inconstitucionalidad pueda convertirse en un medio efectivo para ejercer una especie de control sobre la función legislativa correspondiente al primer Órgano del Estado, la cual hasta el momento no había sido objeto de algún contralor al respecto.

<sup>280</sup> Bertrand Galindo, Francisco y otros. op. cit. Pág. 452

<sup>281</sup> Demanda de inconstitucionalidad por omisión suscrita por Oscar Emilio López Alas y Laura Carolina Rodríguez Melara, presentada el día 2 de junio de 2005 y marcada con el número 14-2005



virtud de que según ellos, el legislador ha dictado medidas que tienden a la protección de ciertas especies en determinadas áreas del territorio, pero que sin embargo al momento de establecer tales medidas no se incorporó ciertos supuestos que a la luz de la normativa constitucional deberían tomarse en consideración, lo cual significa que se ha adoptado medidas para la protección únicamente de ciertas especies, omitiendo la necesidad de otras especies de ser protegidas de igual manera.

Luego de hacer un análisis de algunos términos considerados importantes por los peticionarios, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia efectuó una serie de consideraciones y prevenciones respecto a la demanda emitida, manifestando en primer lugar que en reiteradas ocasiones dicha Sala ha sostenido que en el proceso de inconstitucionalidad, el parámetro de sus decisiones está conformado por las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas, con las cuales el actor contrasta la legislación sometida a control. Tal contraste, de acuerdo con lo argumentado por la Sala, debe entablarse entre normas, es decir, entre el contenido normativo de la disposición constitucional (parámetro de control) y el contenido normativo de las disposiciones impugnadas (objeto del control),<sup>282</sup> de manera que corresponde al actor delimitar el parámetro de control, fijando los límites de su impugnación, pues a partir de ello se delimita la competencia de esa Sala.

Otro ejemplo claro de Inconstitucionalidad por omisión, lo encontramos en el proceso I 59-2003, relativo a la Ley del Fondo de Conservación Vial (Ley

---

<sup>282</sup> Salvo que en los casos en que se alega un vicio de forma en la emisión del objeto de control, en cuyo caso se trata de una infracción constitucional y de una contradicción normativa propiamente. Vid. al respecto Resolución de la Sala de lo Constitucional de fecha 15 de agosto de 2005 en el proceso de inconstitucionalidad marcado con el número 14-2005

FOVIAL), cuya Sentencia también refleja los criterios adoptados por la Sala con respecto a la Inconstitucionalidad por omisión.

Dicho proceso promovido por el ciudadano Enrique Alberto Portillo Peña, con el fin que la Sala declare Inconstitucional, por vicio en su contenido, el *Art. 26 inc. 2º, parte final, de la Ley FOVIAL*.

El peticionario funda su pretensión en la supuesta violación a la Constitución, contenida en la citada disposición, por exceptuarse en la contribución de conservación vial, la gasolina de avión y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses; disposición en la cual existe violación al Principio de Igualdad,<sup>283</sup> contenido en el Art. 3 Cn., al existir actividades semejantes en condiciones similares que no fueron tomadas en cuenta, vale decir, las actividades de pesca.

---

<sup>283</sup> En reiterada jurisprudencia la Sala sostiene que el Principio de Igualdad puede ser considerado no sólo como tal, sino también como un valor jurídico inherente a la condición democrática del Estado de Derecho, es decir, la igualdad constitucional recibe una consideración de programa a desarrollar por parte de los poderes públicos. Este principio no constituye solamente una norma programática, supone también una verdadera sujeción para todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, como una “garantía de legalidad” y de “imperativo de justicia”, según ha expuesto la doctrina. En efecto, se convierte en una verdadera pauta de limitación de la actividad de los poderes públicos. Por tanto, el Principio de Igualdad es aquél que hace que los poderes, en sus actividades, den a todas las personas, en condiciones similares, un trato equivalente; sin embargo, también posibilita que se dé, de forma liberada y en condiciones distintas, un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados, bajo criterios justificables a la luz de la misma Constitución. Y es que, aunque sea el principio de igualdad aplicable para el goce de los demás derechos constitucionales, perfectamente el legislador puede hacer diferenciaciones, pero basadas en criterios razonables que justifiquen el trato desigual; pues el Art. 3 Cn. contempla tanto un mandato de igualdad en la aplicación de la ley –por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas–, como un mandato en la formulación de la “ley” –mandato al legislador y demás entes con potestades normativas–. El Principio de Igualdad de todo ciudadano abarca un mandato a las autoridades jurisdiccionales y administrativas –“igualdad en la aplicación de la ley”–, cuyo sentido se puede descubrir de la siguiente manera: “las leyes deben ser aplicadas sin tomar en cuenta la persona”; es decir, la igualdad en la aplicación del Derecho, exige que toda disposición jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho, es decir, que las disposiciones jurídicas deben ser obedecidas por todos y no pueden ser aplicadas arbitrariamente.

Cabe aclarar que, al hacer referencia al Principio de Igualdad, estamos haciendo alusión a la “*Inconstitucionalidad por omisión relativa*”, la cual ya fue definida en el Capítulo II de esta investigación.

En esta Sentencia, la Sala también expone el criterio que adopta en cuanto a la Inconstitucionalidad por omisión; en la cual delimitó la pretensión planteada por el pretensor en el sentido que la supuesta violación al principio de igualdad –Art. 3 Cn.– realiza una omisión en las exenciones al impuesto establecido en la disposición impugnada, de los propietarios de las embarcaciones pesqueras, lo que genera una desigualdad por diferenciación, en relación con las actividades exentas del impuesto; siendo que ambos no utilizan la red vial, es decir, son circunstancias similares que no deben ser diferenciadas.

En este sentido, como hemos dicho, la Sala acoge el criterio que adopta la doctrina, prueba de ello es el hecho que retomó el criterio del maestro Fernández Rodríguez, expresando que la existencia en la Constitución de auténticos encargos al Legislador,<sup>284</sup> son encargos que se traducen en una concreta obligación de actuar que pesa sobre el Legislador ordinario, la cual es distinta de la genérica obligación de legislar.

Esta obligación de desarrollo y complemento posterior que recae sobre el Legislador ordinario viene caracterizada por tres notas: el Legislador

---

<sup>284</sup> Las normas de la Ley Suprema que contienen tales encargos no son meros principios programáticos sino que son verdaderas normas jurídicas, cuya naturaleza se identifica, entre otros rasgos, por la eficacia limitada que poseen por sí solas. De esta forma, un incumplimiento de la obligación de legislar que contienen estas normas constitucionales provoca una ineficacia de semejantes preceptos de la Ley Fundamental, que, con el paso del tiempo, deviene inconstitucional.

no es libre en cuanto al si emite o no la normativa, así que tiene que actuar indefectiblemente; el *cómo* de esta regulación debe discurrir, claro está, por los márgenes que supone el contenido de la Constitución maximizando sus valores y sus fines; mientras que el *cuándo* de tal normativa está, en principio, sometido a la libertad del Legislador, aunque este no puede dilatar de tal manera su actuación, que suponga un fraude al concreto precepto constitucional.

También puede darse una vulneración de la Ley Suprema por inacción del Legislativo, a pesar de las dificultades y las connotaciones políticas que dicho proceder puede generar. El tratamiento tiene que ser serio y riguroso, basado en la razón de la técnica jurídica, para que, de esta forma, se pueda resolver adecuadamente los nuevos retos que plantea una sociedad que debe ser cada vez más sensible a la efectiva vigencia de la Constitución y más respetuosa de los derechos fundamentales.

Y es que, se vulneran los derechos fundamentales no sólo cuando la inactividad atenta contra el contenido esencial, cuando se trate de derechos de naturaleza prestacional que demanden una acción positiva y directa de los poderes públicos, sino también los derechos de libertad cuando, en función de las circunstancias económicas, culturales o sociales, dicha intervención se haga necesaria para posibilitar su ejercicio efectivo.

Con estas Sentencias de Inconstitucionalidad hemos querido dejar claro el criterio que adopta la Sala con respecto a la Inconstitucionalidad por Omisión.

#### **4.8. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR**

En el reconocimiento de la figura de la inconstitucionalidad por omisión resulta de especial relevancia lo referente a las soluciones jurídicas utilizadas por el órgano controlador, para solventar la existencia de una omisión normativa. Dichas soluciones producen efectos jurídicos que pueden ser catalogados como: Recomendativos, Supletorios, Ordenativos o Indemnizatorios, según el caso<sup>285</sup>.

Para efectos de este análisis, se han clasificado las soluciones jurídicas en dos grandes grupos formados por lo que se ha llamado “soluciones provisionales” y “soluciones definitivas”. Es de indicar que las soluciones provisionales y las definitivas no resultan ser excluyentes entre sí, por lo que bien se podría en un caso concreto adoptar varias de ellas. Sin embargo el tipo de medida que se adopte depende muchas veces del sistema de control de constitucionalidad existente en un determinado país y de la visión que exista con relación a la inconstitucionalidad por omisión y el principio de separación de poderes<sup>286</sup>.

##### **4.8.1. Soluciones Provisionales**

Dentro de los mecanismos empleados en las sentencias estimatorias de la acción de inconstitucionalidad por omisión, el órgano controlador puede adoptar las denominadas “soluciones provisionales”, las cuales, abarcan la posibilidad de interpretación de la norma inconstitucional ineficaz a

---

<sup>285</sup> PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, *La Inconstitucionalidad por Omisión*. 1° Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2004. Pág. 199.

<sup>286</sup> VILLAVERDE, IGNACIO, *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, España 1999. Pág. 3.

consecuencia de la omisión normativa, y de la que emana una recomendación al órgano competente para dictar la norma de la manera correcta y la indemnización al titular del derecho lesionado a causa de la omisión. Dichas medidas pueden clasificarse como provisionales puesto que el Tribunal Constitucional no busca por sí mismo llenar el vacío normativo que lesiona la Constitución, sino que crea situaciones jurídicas temporales mientras el órgano encargado dicta la norma<sup>287</sup>. En éstos casos la omisión normativa seguirá existiendo durante el tiempo que decida el poder público encargado de crear la norma, pero en el caso concreto hay una cierta satisfacción procesal creada por la situación generada por el órgano controlador.

Este tipo de medidas han sido las más aceptadas por muchos autores como las más recomendables, pues consideran que su implementación no quebranta el principio de separación de poderes. La adopción de medidas provisionales puede ser común en aquellos ordenamientos que prevén un control de constitucionalidad difuso, en razón de que en éstos sistemas las sentencias no resultan vinculantes *erga omnes* y más bien lo que se busca es una solución para el caso concreto<sup>288</sup>.

Sin embargo, se considera más recomendable la instauración de medidas definitivas en forma independiente o acompañadas de un mecanismo de solución provisional para que se de esta forma se subsane el vacío normativo con vinculación general. Aún y cuando lo ideal sería que el control de constitucionalidad sea de naturaleza concentrada, en los casos de sistemas difusos puede garantizarse una eficacia parcial a través de las soluciones provisionales; los efectos de las medidas provisionales tendrán algunas

---

<sup>287</sup> PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, Op. Cit. Pág.200.

<sup>288</sup> *Ibidem*. Pág. 201

características particulares según se trate de omisiones absolutas o de omisiones relativas, puesto que de acuerdo con el tipo de desarrollo del precepto constitucional así será la necesidad de adoptar una medida u otra, o de combinarlas<sup>289</sup>.

#### **4.8.2 Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos inter partes**

La primera posibilidad dentro de las llamadas soluciones provisionales es el mecanismo de interpretación de la norma constitucional, cuyo contenido carece de eficacia como resultado de la omisión de las autoridades estatales de dictar la norma. Esta interpretación realizada por el Tribunal Constitucional pretenderá la solución del caso concreto planteado por la parte afectada, por lo que su efecto será únicamente para quienes intervienen en el proceso<sup>290</sup>.

Tratándose de una *omisión absoluta*, debe valorarse la posibilidad de interpretar el precepto constitucional para el caso concreto, sin que medie la existencia de una norma de rango inferior. Si bien la norma ineficaz no es autoaplicable, el órgano controlador tendría que buscar la forma de dotarla de eficacia, realizando la interpretación que más se ajuste al Derecho de la Constitución. Con lo anterior, el Tribunal Constitucional, estaría resolviendo la situación concreta pero no llenando el vacío constitucional, que no desaparecerá hasta que el órgano decida dictar la norma<sup>291</sup>.

---

<sup>289</sup> *Ibidem*. Pág. 202

<sup>290</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, *La Inconstitucionalidad por Omisión, Teoría General de Derecho Comparado*. El Caso Español, editorial civitas, S. A, 1ª edición, 1998, Madrid España, Pág. 117.

<sup>291</sup> *Ibidem*. Pág. 121

Por otra parte, en el caso de las *omisiones relativas*, lo que busca el Tribunal Constitucional es la interpretación correcta de la ley en el caso concreto, con lo cual no está creando norma alguna, sino deduciendo las consecuencias necesarias de la interpretación conforme a la Constitución de la ley impugnada, de forma tal que el legislador sólo podría incluir esas consecuencias en una futura reforma del enunciado legal o reglamentario. El juez constitucional en el caso de las omisiones relativas, necesariamente debe pronunciarse sobre la interpretación correcta del enunciado legal a la luz de la norma constitucional.<sup>292</sup> En estos casos, no se declara la inconstitucionalidad de la norma, sino que mediante la interpretación extensiva y analógica de la Carta Magna se pretende subsanar la exclusión inconstitucional hecha por la ley en perjuicio de los intervinientes del proceso.

De acuerdo a lo anterior; la interpretación constitucional con efecto *inter partes*, es una facultad otorgada por la Constitución para que el órgano de control supla de algún modo el vacío normativo existente hasta que el poder público facultado actúe según su competencia. Por lo tanto se trata de un efecto supletorio, donde el órgano controlador subsana la omisión para el caso concreto, creando una situación jurídica temporal que solo afecta a las partes en orden de reparar el daño causado<sup>293</sup>

En El Salvador, consideramos que es posible pensar en la aplicación de esta medida, en virtud de que la Constitución, en virtud de su supremacía y superlegalidad, puede aplicarse directamente aún cuando no exista una ley secundaria; aunque vale decir que en nuestro país tal interpretación tendría

---

<sup>292</sup> *Ibidem*. Pág.121

<sup>293</sup> PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, Op. Cit.Pág. 202



efectos *erga omnes*, por haber sido emanada del órgano competente por excelencia para interpretar la Carta Magna

### **Recomendación al Órgano encargado de dictar la norma**

La recomendación al órgano encargado de dictar la norma es uno de los efectos más comúnmente aceptados por los autores que han tratado el tema de la inconstitucionalidad por omisión. En este caso, cuando el órgano controlador detecta la existencia de una omisión normativa, la sentencia recaída dentro de la acción de inconstitucionalidad tiene un simple efecto anoticiador. Es decir, el órgano de control de la omisión inconstitucional informa al encargado de dictar la norma para que éste sea quien subsane el vicio producido por su inactividad<sup>294</sup>

Ahora bien, dentro de las recomendaciones al legislador pueden distinguirse tres modalidades; que serán adoptadas por el órgano controlador dependiendo de la naturaleza de la omisión, dichas modalidades son las siguientes<sup>295</sup>:

En primer lugar; el órgano controlador puede encontrarse en un caso donde la omisión todavía no se torna inconstitucional, sin embargo si el encargado de dictar la norma no lo hace con prontitud, su inactividad se vuelve inconstitucional. En éstos casos el órgano controlador llama la atención al poder público competente para que “recuerde” dictar la norma, pues de lo contrario estaría produciéndose a futuro una omisión inconstitucional.

---

<sup>294</sup> *Ibidem*. Pág. 204

<sup>295</sup> *Ibidem*. Pág.205

El segundo caso es el más común y ocurre cuando la omisión conocida por el órgano controlador ya es inconstitucional, por lo que mediante una sentencia estimatoria recomienda al competente que dicte la norma. Lo anterior nos deja en claro que, el órgano de control de constitucionalidad se limita a “invitar al órgano” renuente a que sancione las normas faltantes.

Una tercera modalidad ocurre cuando, ante la existencia de una omisión normativa, el órgano controlador recomienda al encargado de dictar la norma que lo haga, pues de lo contrario procederá a declarar la inconstitucionalidad por omisión. Es decir, lo que se emite es una especie de amenaza por el órgano controlador de una futura sentencia estimatoria si no se dicta la norma.

Sin importar cuál de las tres modalidades descritas se pueda adoptar en un ordenamiento, lo cierto es que en todas ellas existen elementos comunes que deben rescatarse. En primer lugar, con éstas medidas lo que se produce es un efecto anoticiador, y por lo tanto la recomendación hecha por el órgano controlador no resulta preceptiva, sino que se emiten simples consejos o advertencias<sup>296</sup>. Por lo que en este caso, el órgano controlador solo informa de la existencia de la omisión sin dictar plazos ni directrices que guíen la actuación del encargado de dictar la norma.

Así el legislador o el órgano ejecutivo cuentan con un grado amplio de discrecionalidad sobre el cómo y el cuándo emitir la norma correspondiente, lo cual no es tan favorable debido a que se deberá esperar en la buena voluntad y eficacia de los órganos competentes. Un ejemplo de ésta

---

<sup>296</sup> VILLAVERDE, IGNACIO, Op. Cit., Págs. 5-6.

adopción es el caso de Portugal, donde el Tribunal Constitucional verifica la existencia de la inconstitucionalidad por omisión y da conocimiento al órgano legislativo competente, sin que pueda subsanar por sí mismo esa situación<sup>297</sup>.

No obstante lo anterior, creemos que no resulta suficiente la implementación de recomendaciones por parte del órgano controlador para subsanar una omisión inconstitucional, pues, este tipo de medida no tiene ningún respaldo en aquellos casos en donde el órgano omitente no cumple la recomendación, manteniéndose entonces el vacío normativo<sup>298</sup> de la Indemnización económica al titular del derecho vulnerado a consecuencia de la omisión inconstitucional.

De acuerdo con la doctrina, cuando se lesiona un derecho fundamental como consecuencia de la inactividad de los poderes públicos con potestad normativa, puede surgir la posibilidad de exigir una indemnización económica a favor de su titular. Esta medida puede utilizarse desde dos puntos de vista y en distintos momentos combinándose o no con otro tipo de medidas. El resarcimiento pecuniario puede aplicar en los siguientes casos<sup>299</sup>:

Puede imponerse cuando ante una orden concreta del órgano controlador, el poder público encargado de subsanar la omisión inconstitucional incumple lo ordenado. En éste caso la indemnización se utiliza como una de las soluciones definitivas para compensar el incumplimiento a la orden emitida por el órgano controlador.

---

<sup>297</sup> PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, Op. Cit. Pág. 206

<sup>298</sup> *Ibidem*. Pág.207

<sup>299</sup> *Ibidem*. Pág. 208

El segundo caso tiene lugar en aquellos supuestos en que la naturaleza de la omisión no permite otra forma de darle solución al conflicto generado por la inactividad normativa. Este mecanismo puede utilizarse en el caso en que fracase la recomendación al órgano moroso o exista una imposibilidad del juez de integrar el orden normativo faltante<sup>300</sup>. 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. Por lo anterior, nos 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.

El ejemplo más característico del ordenamiento que ha adoptado la indemnización como mecanismo de solución, es el de la provincia de Argentina de Río Negro, donde en el Artículo 207 de su Constitución, se expresa que: *“El Superior Tribunal 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”*. Esto evidencia que la

---

<sup>300</sup> *Ibidem*. Pág. 209

indemnización procede como única solución en aquellos casos donde no pueda integrarse el orden normativo al caso concreto.<sup>301</sup>

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 prefiera 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 subsanen su inactividad, resultaría un mecanismo idóneo para hacer funcionar el sistema<sup>302</sup>

En el sistema de Defensa Constitucional salvadoreño, podemos 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.

---

<sup>301</sup> *Ibidem*. Pág. 210

<sup>302</sup> *Ibidem*. Págs. 211 y 212

### 4.8.3. Soluciones Definitivas

Además de las soluciones provisionales que se estudiaron en el apartado anterior, la doctrina y la jurisprudencia que han reconocido la posibilidad de controlar la existencia de las omisiones inconstitucionales han propuesto diversas soluciones que se han considerado como “definitivas”. Estas medidas permiten solventar con carácter permanente los efectos que se producen a consecuencia de la falta de desarrollo del precepto constitucional. Se puede decir que, a diferencia de las soluciones provisionales en que subsiste la vulneración de la norma fundamental; los efectos que se producen 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>303</sup>

Entre éstas medidas se encuentran: la potestad del Tribunal Constitucional de recurrir a la aplicación del precepto constitucional con efectos *erga omnes*, la facultad de emitir una orden a la autoridad omitente y el caso particular de las sentencias aditivas. En efecto mediante la aplicación de éstos mecanismos, se busca no sólo controlar la eficacia de los llamados “encargos al legislador”, sino también la observancia del principio de supremacía de la Constitución. Por lo anterior, en ésta sección se pretende desarrollar el estudio de estas soluciones según su tratamiento en el ámbito doctrinal y su posibilidad de aplicación en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Así tenemos:

---

<sup>303</sup> AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, numero 8, Madrid, España, Enero-Abril, 1991. Pág. 16

#### **4.8.3.1. Interpretación de la norma constitucional y su aplicación con efectos erga omnes**

En este apartado se estudiará la interpretación con efectos *erga omnes*, mediante el cual además del punto concreto en discusión, se resuelven todos los supuestos en que cabe la existencia de esa omisión inconstitucional. Así pues, la interpretación de la norma constitucional que se produzca en relación con un punto particular, sirve por sí misma para solventar la existencia de una omisión inconstitucional; sin embargo seguirá existiendo el vacío normativo que dio pie a la declaratoria de inconstitucionalidad<sup>304</sup>.

Lo anterior resulta claro tanto en el caso en que se discute la existencia de una omisión relativa, como en el de las omisiones absolutas. En efecto, en los supuestos de las omisiones relativas, la sentencia que declara la inconstitucionalidad no hace sino interpretar respecto de los grupos olvidados el precepto constitucional, de manera que el razonamiento que formule en ese sentido el Tribunal Constitucional, es suficiente para restituir a los afectados el pleno goce de sus derechos fundamentales.<sup>305</sup>

De igual manera en el caso de las omisiones absolutas, es claro que con la interpretación del precepto constitucional de ejecución diferida con efectos *erga omnes*, es posible satisfacer en algunos casos, los derechos y las pretensiones de los particulares. Cabe mencionar que la posibilidad de interpretar el precepto constitucional con efectos generales, de ninguna manera impide que se adopten otras medidas para asegurarle al particular el goce más oportuno del derecho violado a consecuencia de la inactividad, y

---

<sup>304</sup> *Ibidem*. Pág. 17

<sup>305</sup> *Ibidem*. Pág. 18

más bien consideramos que ésta solución debe ir acompañada de la comunicación al órgano encargado de dictar la norma. De ésta manera se subsana por un lado, la violación de los derechos fundamentales del particular y, por otro, el vacío normativo producido por la inacción constitucional<sup>306</sup>.

Así mismo debe indicarse que, si la interpretación con efecto *erga omnes* del precepto constitucional no es materialmente posible en un asunto particular, se puede emitir entonces la orden al órgano encargado de dictar la norma, a fin de que elabore la legislación correspondiente<sup>307</sup>. Si el órgano no la dicta, se puede proceder entre otras cosas a la indemnización plenaria de los daños y perjuicios que se produjeron a consecuencia de ésta situación inconstitucional.

En efecto si se trata de una omisión relativa, la sentencia de la Sala que estime una acción de inconstitucionalidad por omisión, no puede realizar otra cosa que cubrir respecto de los grupos olvidados el vacío normativo que impide la eficacia de la norma constitucional. Por otro lado al encontrarnos ante una omisión legislativa absoluta, se puede determinar si materialmente procede la interpretación del precepto constitucional con efectos *erga omnes*.<sup>308</sup>

En ese orden de ideas, como mencionamos en el apartado anterior, consideramos viable la aplicación de este método en la realidad salvadoreña para solventar en un momento dado las omisiones inconstitucionales, no obstante tal como lo establece la doctrina, es necesario que esa laguna legal

---

<sup>306</sup> PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, Op. Cit. Pág. 215.

<sup>307</sup> *Ibidem*. Pág. 218

<sup>308</sup> *Ibidem*. Pág. 219



sea llenada mediante la creación de una norma infraconstitucional (omisión absoluta) o la reforma o modificación de una ya existente (omisión relativa)

#### **4.8.3.2. Potestad de ordenar a la autoridad estatal cuya inactividad produce la omisión Inconstitucional**

En virtud de esta alternativa de solución definitiva, lo que se pretende es que el órgano encargado de controlar la existencia de las omisiones inconstitucionales emitan una orden a la autoridad competente para dictar la norma necesaria que desarrolle la cláusula constitucional.<sup>309</sup> Esta orden la realiza otorgándole un plazo a la autoridad recurrida para que dicte las medidas necesarias a efecto de dotar de normatividad la Carta Magna.

Sin embargo, es distinto el análisis en el caso en que la autoridad 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. De ésta manera si el órgano omitente es una autoridad administrativa con poder normativo, según SILVIA PATIÑO CRUZ y VICTOR OROZCO<sup>310</sup>, 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 a efecto de que dicte las normas correspondientes.

---

<sup>309</sup> *Ibíd.* Pág. 221

<sup>310</sup> *Ibíd.* Pág. 222

En las constituciones de países como Brasil y Venezuela, se atribuye al órgano contralor de las omisiones inconstitucionales la facultad de establecer un término a la autoridad estatal con poder normativo a fin de que desarrolle el precepto constitucional de aplicación condicionada, e incluso, en el caso del ordenamiento venezolano de formular los lineamientos para su corrección<sup>311</sup>. Sin embargo en nuestro caso, en virtud del referido principio de separación de poderes (órganos), la Sala de lo Constitucional salvadoreña no está facultada para efectuar tales especificaciones, sino que su competencia se limita a poner en evidencia la inconstitucionalidad que la inacción del órgano Legislativo (o Ejecutivo en su caso) ha generado, puesto que la misma únicamente está legitimada para determinar la existencia de un mandato constitucional y la razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con ese mandato, no pudiendo determinar plazos ni formulación del contenido de la norma a dictar.<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> *Ibidem*. Pág. 223

<sup>312</sup> Sentencia de inconstitucionalidad de fecha 28 de abril de 2000 proveída en el proceso número 2-95

## **CAPITULO 5**

### **CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES**

SUMARIO. 5.1. CONCLUSIÓN. 5.2. RECOMENDACIONES.

#### **5.1. CONCLUSIONES**

1. A lo largo de esta investigación hemos logrado comprobar que la incorporación de un sistema jurídico que de eficaz respuesta a la compleja realidad de nuestro país, se muestra como una ineludible exigencia de la lógica del Derecho. Esta necesidad obliga a plantear nuevos retos, siendo así que uno de ellos es la figura de la Inconstitucionalidad por omisión, instituto de gran interés y relevancia, pese a que en la doctrina salvadoreña no se le ha dedicado gran atención e importancia; viéndose en la necesidad de aplicar la doctrina internacional en general y la jurisprudencia de la Sala en particular, ya que como se ha dicho anteriormente esta figura no tiene asidero legal en nuestro país.

2. La Sala de lo Constitucional ha retomado los criterios del Derecho comparado, aplicando esta figura para dar eficacia a los mandatos constitucionales, los cuales son verdaderas normas jurídicas; manteniendo así la supremacía de la Constitución.

3. La figura de la Inconstitucionalidad por omisión es una forma de limitar el poder deliberado del Órgano Legislativo, al momento de emitir normas infraconstitucionales que vulneren el contenido esencial de la Constitución, o que por el contrario, se mantenga una actitud omisa ante los mandatos constitucionales de regular determinadas situaciones.

4. Uno de los puntos más controversiales a los que se enfrenta la justicia constitucional, es la posibilidad de controlar las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo, que vulneran los derechos consagrados en la Constitución; es por ello que no puede hablarse de Inconstitucionalidad por omisión sin reconocer la existencia del Principio de Supremacía Constitucional, es decir, se necesita reconocer la superioridad normativa y el carácter de fuente suprema de la Carta Magna.

5. La importancia de controlar los silencios del legislador, o dicho de otra forma, la importancia de aplicar la figura de la Inconstitucionalidad por omisión, no es otra que el medio de garantizar la Supremacía Constitucional, su eficacia y su superioridad normativa; por tanto, el control jurisdiccional de los silencios legislativos constituye la forma más radical de hacer valer esa Supremacía.

6 La Inconstitucionalidad por omisión, parte de una base ideológica importante la cual es, el Principio de Supremacía de la Constitución, es indispensable, junto a ella, estudiar el fundamento de la sujeción de los poderes constituidos a la voluntad del poder constituyente consagrada en el texto fundamental, y en consecuencia, la posibilidad de control sobre todas las omisiones al normar, incurridas por el Poder Legislativo, ya que, las normas de la Ley suprema que contienen encargos no son meros principios programáticos sino que son, como ya se dijo, verdaderas normas jurídicas.

7. En virtud de lo anterior, un incumplimiento a la obligación de legislar, provoca la ineficacia de los preceptos de la Ley fundamental que con el paso del tiempo deviene en una Inconstitucionalidad por omisión, la cual desborda un interés y reclama un tratamiento serio y riguroso acorde al Estado de Derecho.

**8.** Las normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, el tiempo transcurrido sin que éste se produzca y la ausencia de la verdadera eficacia del precepto de la Ley fundamental, son las tres claves explicativas del concepto en lo que se refiere a la idea de Inconstitucionalidad por omisión. Sin importar si se está frente a normas contenidas en la parte dogmática o en la parte orgánica de la Constitución todas resultan de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas.

**9.** Por la naturaleza de las cláusulas constitucionales, solo algunas de ellas van a requerir un desarrollo ulterior por parte de los poderes públicos con potestad normativa, puesto que algunas cuentan con eficacia plena desde su nacimiento, en consecuencia, el control de constitucionalidad por omisión procederá solamente en aquellos casos donde a pesar de que existe una cláusula constitucional de aplicación diferida que necesita ser dotada de eficacia mediante el dictado de una norma inferior, la autoridad pública omite hacerlo.

**10.** Asimismo, para cumplir un mandato constitucional no sólo es necesario que el legislador emita la norma, si no 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 como contra las omisiones relativas de los poderes públicos con potestad normativa.

## **5.2. RECOMENDACIONES**

1. En base al estudio realizado y a los análisis realizados en esta investigación, consideramos importante recomendar en primer lugar, la necesaria aprobación y estudio por parte de la Asamblea Legislativa, del Anteproyecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales de diciembre de 2001, puesto que en él se regula expresamente la figura de la Inconstitucionalidad por omisión.

2. La Inconstitucionalidad por omisión debe valorarse como uno de los motivos por los cuales puede impulsarse un proceso constitucional.

3. Los ciudadanos en general deben tener la oportunidad de conocer y acceder a este mecanismo de Defensa de la Constitución a través de su inclusión en el ordenamiento jurídico vigente, y al mismo tiempo, la leyes tendrán verdadera eficacia y aplicación en nuestro sistema jurídico.

4. De no ser posible la aprobación y consecuente entrada en vigencia del referido proyecto de Ley, proponemos que la actual Ley de Procedimientos Constitucionales sea reformada, puesto que actualmente este tipo de control constitucional sólo es aplicado vía jurisprudencia de la Sala, por lo cual necesita estar regulado expresamente para que los ciudadanos tengan conocimiento de él.

5. La figura de Inconstitucionalidad por Omisión, en la aplicación del derecho constitucional en nuestro país sigue considerándose su incorporación al ámbito jurídico como novedosa y moderna, por lo que manifestamos que es necesaria su incorporación de una forma compleja en el plan de estudio de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas en

todas las Universidades que ofrecen este tipo de carrera en su pensum de estudio.

6. Que es de suma importancia que todos los futuros aplicadores del derecho, tengan un conocimiento más profundo y claro de lo que en sí es la figura de Inconstitucionalidad por omisión, y lo que implica la aceptación y aplicación de dicha figura en nuestro sistema de control constitucional.

7. Como ya se dijo anteriormente este tipo de control no ha sido acogido en nuestra legislación y es por ello que se vuelve necesario el estudio de la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia existente acerca de la figura en comento, para poder adoptar una posición crítica al momento de su enseñanza, basándose así en los argumentos mayormente aceptados acerca de la efectividad de éste tipo de control constitucional en la realidad jurídica.

8. En el programa de estudio del área jurídica de la actualidad solo encontramos el apartado referente al control constitucional, donde se analiza por medio de la ley de Procedimientos Constitucionales vigente, cada uno de los mecanismos de Defensa de la Constitución, sin profundizar en cada uno de ellos, y es por eso que la figura de Inconstitucionalidad por Omisión no es desarrollada a profundidad en el programa de estudio, considerando así que es necesario incorporarla al pensum de estudio académico, para reconocer la efectividad de su aplicación.

9. Si bien la Sala no está facultada para coaccionar al Órgano Legislativo para crear o modificar determinada norma, sí se encuentra en la obligación de poner en evidencia la inconstitucionalidad que el mismo legislador ha generado con su pasividad, haciéndole ver el deber

constitucional que éste tiene de enmendarlo. Y es por ello que consideramos recomendar a la Sala de lo Constitucional que adquiriera conciencia sobre este tema y que al momento de analizar la figura de Inconstitucionalidad por omisión, lo haga considerando toda la doctrina y jurisprudencia internacional para no vulnerar el principio de separación de poderes.

**10.** A la Asamblea Legislativa, consideramos importante recomendarle que adquiriera el compromiso de ceñirse verdaderamente a lo que la Constitución dispone y darle fiel cumplimiento a lo que ella manda, y de esta manera lograremos alcanzar la plena realización de un Estado Constitucional en el cual todos estemos satisfechos de nuestro ordenamiento jurídico.



## BIBLIOGRAFÍA

### ✓ LIBROS:

ANAYA BARRAZA, SALVADOR ENRIQUE, Jurisdicción Constitucional en El Salvador en A.A.V.V., “**La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**”, Coordinadores: García Belaunde, D. Y Fernández Segado, F., Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1997.

BERTRAND GALINDO, FRANCISCO Y OTROS, “**Manual de Derecho Constitucional**”, 4º Edición, Tomo I, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2000.

BIDART CAMPOS, GERMAN, “**Las omisiones constitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro**”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1991.

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

BIDART CAMPOS, GERMAN, “**La interpretación y el control constitucional en la Jurisdicción Constitucional**”, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1994.

BREWER CARIAS, ALLAN R., El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela, en A.A.V.V, “**Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**”, Director Eduardo QuicenoAlvarez, 1º Edición, Editorial Konrad-Adenauer, Medellín, 1996.

CABANELLAS, GUILLERMO, “**Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**”, 21º Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989.

CLARÁ, MAURICIO ALFREDO, El Control de la Constitucionalidad, en A.A.V.V., “**Boletín: Divulgación Jurídica**”, Año 7, N° 4, Comisión Coordinadora del Sector Justicia UTE, San Salvador, 2004.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “**Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional**”. Editorial Porrúa, 3ª Ed. México, 2000.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSE JULIO, “**La Inconstitucionalidad por Omisión**”, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2000.

GARCÍA PELAYO, MANUEL, “**Obras Completas**”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

GOMEZ PUENTE, MARCOS, “**La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control**”, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

LIEVANO CHORRO, JOSE GERARDO, Amparo e Inconstitucionalidad. Sugerencias para una nueva normativa, en A.A.V.V. “**Lecturas sobre Derechos Humanos**”, División de Derechos Humanos, ONUSAL, 1994.

PATIÑO CRUZ, SILVIA Y OTRO, “**La Inconstitucionalidad por Omisión**”, 1º Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004.

VANOSSI, JORGE REINALDO, “**Teoría Constitucional. Supremacía y control de la constitucionalidad**”, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1976.

✓ **TESIS:**

CAMACHO SERMEÑO, Ena Judith, ***“Inconstitucionalidad por Omisión”***, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Universidad Francisco Gavidia, Marzo, 2001.

HERNÁNDEZ REYES, RAFAEL y otro, **“Eficacia del Proceso de Inconstitucionalidad en El Salvador”**, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, San Salvador, 1995.

MOLINA, CARMEN ELENA, **“El proceso de Inconstitucionalidad como mecanismo de control y defensa del sistema democrático”**, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Dr. Jose Matías Delgado, San Salvador, 1987.

MONTOYA, JUAN RAMON, **“El Control de Constitucionalidad”**, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1997.

MORAN FUNES, NANCY RAQUEL, y otros, **“El Control de la Constitucionalidad por Omisión del Cumplimiento de Mandatos Constitucionales por parte de la Asamblea Legislativa”**, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2006.

RODRÍGUEZ MACHADO, MACIA, **“El Recurso de Inconstitucionalidad”**, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, san Salvador, 1999.

URQUILLA, CARLOS RAFAEL Y OTRA, **“Efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad”**, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2001.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS:

LEGISLACION EXTRANJERA:

Constitución Política de la República de Costa Rica 1949.

Constitución de la República de Colombia.

Constitución de España.

Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia 1974.

Constitución de Portugal 1976.

Constitución de La República Federativa de Brasil 1988.

Constitución Democrática de Perú 1979.

Constitución de Río Negro, Argentina 1998.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999.

Ley de Procedimientos Constitucionales de Costa Rica 1989.

#### LEGISLACION NACIONAL:

Constitución de la República de El Salvador 1983, con sus reformas.

Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, 1960.

Anteproyecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales 3° Edición 2001.

Código de Familia de El Salvador 1994.

Código de Trabajo de El Salvador 1972.

#### JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

Sentencia 26-1969-29 de Alemania.

Sentencias 24-1982, 74-1987, 155-1987, 87-1989, 142-193 de Colombia.

Sentencias STC 24-1982, 45-1989, STC 103- 1983 Y 194-1983, STC 116-1987, STC 15-82, C-543-96, C-545-94, C-007-001, C-843-99, C-1433-2000 de España.

#### JURISPRUDENCIA NACIONAL:

Resolución de la Sala de lo Constitucional del Junio de 2005. Proceso N° 14-2005.

Sentencia de Inconstitucionalidad el 5 de Noviembre de 1999. Proceso N° 18-98.

Sentencia de Inconstitucionalidad del 28 de Abril de 2000. Proceso N° 2-95.

Sentencia de Inconstitucionalidad del 12 de Julio de 2005. Proceso N° 59-2003.

✓ **ARTICULOS ELECTRÓNICOS:**

OROZCO SOLANO, VICTOR Y OTRA, **“La Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica”**, San José, 2000.

[www.uned.ac.cr/redti/documentos/LAS%OMISIONES%20LEGISLATIVAS](http://www.uned.ac.cr/redti/documentos/LAS%OMISIONES%20LEGISLATIVAS).

TENORIO, JORGE EDUARDO, **“Los procesos Constitucionales en El Salvador”**, Ponencia impartida en el Día del Abogado en la Corte de Cuentas de la República, el 29 de junio de 2001, [www.jurisprudencia.gob.sv/Nomina.htm](http://www.jurisprudencia.gob.sv/Nomina.htm).