

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2005
PLAN DE ESTUDIO 1993



EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL
CUMPLIMIENTO DE MANDATOS CONSTITUCIONALES POR
PARTE DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL TTITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS.

PRESENTAN:

NANCY RAQUEL MORAN FUNES
JOSE ORLANDO PEREIRA PEÑA
LIGIA VERONICA VILLEDA MORA

DIRECTOR DE SEMINARIO:
LIC. HENRY ALEXANDER MEJIA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DEL 2006.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICERRECTORA ADMINISTRATIVA

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LIC. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICEDECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LIC. BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. HENRY ALEXANDER MEJIA

AGRADECIMIENTO

Agradezco primeramente a DIOS TODOPODEROSO por haberme iluminado y ayudado a culminar mi carrera sin importar las dificultades. De igual manera agradezco especialmente a mi familia por su amor, comprensión y apoyo, sin los cuales me hubiese sido imposible alcanzar este triunfo.

NANCY MORAN

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios todo poderoso por haberme dado la fortaleza para lograr mis metas, a mis padres quienes me apoyaron siempre e incondicionalmente en toda mi carrera porque sin ellos nunca hubiere podido alcanzar este triunfo, a mis hermanos por darme siempre ánimos para seguir adelante.

JOSE ORLANDO PEREIRA PEÑA

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres por el amor y apoyo incondicional que me brindaron a lo largo de la carrera, así como a mis amigos, con la ayuda de los cuales, a pesar de los obstáculos y presiones académicas, esta travesía por mi amada Facultad fue más fácil. Pero principalmente agradezco al Señor JESUCRISTO, quien siempre ha guiado mis pasos y me ha concedido la oportunidad de cosechar un triunfo más en mi vida, por eso y mucho más ¡Gracias mi SEÑOR!

LIGIA VILLEDA

INDICE

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I	
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.	
1.1 ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.....	1
1.1.1. Clasificación de los Sistemas de Control de la Constitucionalidad.....	7
1.1.1.1 Control Difuso.....	8
1.1.1.2. Control Concentrado.....	12
1.2. HISTORIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR.....	19
1.3. SURGIMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR OMISIÓN.....	24
1.3.1. Consideraciones previas sobre el uso del Método Comparado.	24
1.3.2. La antigua Yugoslavia.	24
1.3.3. Portugal.....	26
1.3.4. Brasil.	31
1.3.4.1. Antecedentes Históricos.	32
1.3.4.2. La Actual Regulación.....	33
1.3.5. Argentina.....	35
1.3.5.1. La Constitución de la Provincia de Río Negro.....	35
1.3.6. Costa Rica.....	36
1.3.7. Alemania.	37
1.3.8. Italia.	40
1.3.9. Perú	41
1.4. PRECEDENTE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.	42
 CAPITULO II	
2. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES	
2.1. CONCEPTUALIZACIÓN.	46
2.1.1. La Inconstitucionalidad por Omisión según la Doctrina y el Derecho Comparado	48
2.1.2. Concepción mayormente aceptada	51
a) Inactividad del Poder Legislativo.	52
b) Periodo Temporal Excesivo.....	54
c) Precepto de Obligatorio y Concreto Desarrollo.....	55

d) Ineficacia de la Norma Constitucional.	56
2.1.3. Critica.	57
2.2. TIPOS DE OMISIÓN.	58
2.2.1. Clasificación de las Omisiones y sus efectos.	59
2.3.1.1 Omisiones Inconstitucionales según la actividad involucrada.	59
2.3.1.2. Omisiones inconstitucionales según la vulneración a la norma constitucional	66

CAPITULO III

3. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

3.1. SUPUESTOS LEGITIMADORES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION.	72
3.1.1. El denominado “Derecho Subjetivo a la Normación”	73
3.1.2. Quebranto a los Derechos Humanos.	77
3.1.3. Ineficacia de las Normas Orgánicas de la Constitución	81
3.2 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.	82
3.2.1 Figura de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión.	82
3.2.1.1 Concepto.	83
3.2.1.2 Objeto.	85
3.2.2. Procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión en el Derecho Comparado.	87
3.2.2.1 Costa Rica.	88
3.2.2.2 Brasil.	96
3.2.2.3. Provincia de Río Negro (Argentina).	100
3.2.2.4 Venezuela.	102
3.2.2.5. Europa.	104
3.3 CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION EN EL DERECHO COMPARADO.	111
3.3.1. Efectos positivos de su aceptación.	111
3.3.1.1. El Estado Social de Derecho.	111
3.3.1.2. Los Derechos Sociales.	113
3.3.2. Efectos negativos del rechazo de la inconstitucionalidad por omisión.	115
3.3.2.1. Fraude Constitucional.	115
3.3.2.2. Mutación Constitucional.	116

CAPITULO IV

4. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.

4.1. IMPORTANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA INSTITUCIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN.....	119
4.2. RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.....	124
4.2.1. Análisis breve sobre la jurisprudencia existente en la materia.	124
4.2.2. Omisiones Constitucionales en la realidad jurídica salvadoreña.....	131
4.3 POSIBLES EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR..	140
4.3.1 Distintos remedios jurídicos planteados por la doctrina para solventar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión.	140
4.3.1.1. Soluciones Provisionales:.....	140
4.3.1.2. Soluciones Definitivas:.....	148
4.3.2. Declaratoria de Inconstitucionalidad por Omisión. Consecuencias Políticas.	153
4.3.2.1. Consecuencias políticas respecto de la separación de poderes y división de funciones.	154
4.3.2.1. Consecuencias Jurídico- Políticas de su Incumplimiento.....	161

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES	163
5.2. RECOMENDACIONES	171

BIBLIOGRAFIA.....	175
--------------------------	------------

LEGISLACION EXTRANJERA	178
-------------------------------------	------------

LEGISLACION NACIONAL.....	179
----------------------------------	------------

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	179
--	------------

JURISPRUDENCIA NACIONAL.	180
--------------------------------------	------------

INTRODUCCION

La presente investigación sobre **EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE MANDATOS CONSTITUCIONALES POR PARTE DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA** 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 al incumplimiento de mandatos constitucionales, debido a la ineficacia por parte del legislador 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.

Se realiza un análisis de la inconstitucionalidad por omisión, doctrinariamente en fuentes bibliográficas de índole nacional y extranjera (Derecho Comparado), así como también en las normas nacionales y extranjeras que regulan ésta figura y en la jurisprudencia nacional e internacional que han establecido las más altas autoridades en los países que actualmente implementan éste tipo de control. Dicho estudio se llevó a cabo a partir del año dos mil cinco, tomando como parámetros las distintas fuentes bibliográficas y normativas que desarrollan este instituto.

Para el cumplimiento de las metas trazadas en la investigación se hizo necesario el planteamiento y logro de objetivos. planteándose un objetivo general y cinco específicos los cuales se enuncian a continuación: como Objetivo General, "Determinar la eficacia del ejercicio del Control de la Constitucionalidad

por Omisión en el cumplimiento de mandatos constitucionales por parte de la Asamblea Legislativa salvadoreña” y como específicos “Establecer la importancia jurídico- práctica de la aplicación del control de la constitucionalidad por omisión en nuestro país; Conocer los criterios y requisitos necesarios para la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en nuestro país, de conformidad con la jurisprudencia nacional e internacional y el derecho comparado; Determinar la efectividad del procedimiento para tramitar una inconstitucionalidad por omisión, regulado en el anteproyecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales presentado en el año 2001, en comparación con lo establecido por la Ley de Procedimientos Constitucionales vigente; Identificar los efectos positivos y negativos que produciría la declaratoria de una inconstitucionalidad por omisión de un mandato constitucional tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en la realidad práctica; Establecer las consecuencias que podría acarrearle a la Asamblea Legislativa la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión de un encargo emanado de la Carta Magna, que aquella estaba obligada a cumplir”.

Para alcanzar dichos objetivos se elaboró una hipótesis general, la cual se enuncia de la siguiente manera: La aplicación del control de la constitucionalidad por omisión en nuestro país, conllevaría al efectivo cumplimiento y eficacia de los “encargos al legislador” provenientes de la Carta Magna salvadoreña. Se plantearon también cuatro hipótesis específicas de la siguiente forma: “La incorporación de la inconstitucionalidad por omisión en nuestro ordenamiento jurídico produciría un mayor cumplimiento de los mandatos constitucionales por parte de la Asamblea Legislativa; La falta de control constitucional por omisión trae aparejada la violación a derechos y garantías fundamentales, tanto individuales como colectivos; 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.

Así mismo, se desarrolló una estrategia metodológica que consistió en una investigación bibliográfica, la cual se obtuvo de libros, revistas, tesis, consultas a páginas de Internet, diversas leyes nacionales e internacionales, jurisprudencia emitida a través de la declaratoria de sentencias judiciales nacionales e internacionales y la exposición de jurisprudencias nacionales respecto de nuestro tema.

La estructura de dicho trabajo se presenta en cinco capítulos. El primero que contiene los antecedentes históricos de la Inconstitucionalidad por Omisión, en donde abordamos el origen del control constitucional, la clasificación de los sistemas de control, la historia del control constitucional en El Salvador, el surgimiento del control constitucional por omisión en los distintos países a nivel mundial y el precedente de la inconstitucionalidad por omisión en nuestro país.

En el segundo capítulo se realiza un análisis de los aspectos doctrinarios, procesales y jurisprudenciales de la inconstitucionalidad por omisión en donde desarrollamos el concepto mayormente aceptado por la doctrina, la crítica del concepto, los tipos de omisión y la clasificación de las omisiones.

El capítulo tres está enfocado en el ejercicio de la Inconstitucionalidad por Omisión, en donde se estudian los supuestos que legitiman la figura, la acción de inconstitucionalidad por omisión, el concepto de acción y el objeto, la procedencia de la acción en el derecho comparado, las consecuencias jurídicas de su aplicación y los efectos positivos de su aceptación así como los efectos negativos de su rechazo.

En el capítulo cuatro se abordan los aspectos del control de la inconstitucionalidad por omisión en El Salvador, en donde damos a conocer la importancia que tiene la incorporación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico salvadoreño, la relevancia de la aplicación de éste tipo de inconstitucionalidad en nuestro país, los posibles efectos de la declaratoria de

inconstitucionalidad por omisión en El Salvador donde se estudian los distintos remedios jurídicos propuestos por la doctrina para solventar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, las consecuencias políticas de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión respecto de la separación de poderes y división de funciones y las consecuencias jurídico políticas de su incumplimiento.

Finalmente en el capítulo cinco tomando como parámetro los estudios teóricos doctrinarios planteados se fundamentan las conclusiones pertinentes, así como las recomendaciones consiguientes para contribuir a la solución de la problemática abordada.

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

1.1 ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.

Es menester hacer notar que el Control de la constitucionalidad de las leyes tiene diversos orígenes, algunos de los cuales datan de tiempos muy remotos. En primer lugar encontramos a los griegos quienes crearon sistemas que pueden ser considerados como un origen de la actual defensa de la constitución, y como ejemplo de ello tenemos en Atenas la conformación del llamado “Consejo de los Areopagitas”¹, el cual tenía dentro de sus funciones el cometido de conservar las leyes y administrar los mayores y más importantes asuntos de la ciudad, imponiendo castigos físicos y pecuniarios a todos los delincuentes; además dicho Consejo era considerado el guardián de las leyes y se encargaba de cuidar que los Magistrados administraran justicia conforme a éstas.

Sin embargo, en el año 426 A.C, Esfialtes, Jefe del partido Democrático de Atenas, retiró al aerópago las funciones relacionadas con la custodia de la Constitución, dejándola únicamente las atribuciones de índole religiosa, asignándose a las Asambleas del pueblo los poderes de los que se privó al aerópago². Como consecuencia de tal innovación las leyes fundamentales que habían gozado de una solida protección, ahora corrían peligro de perder su fijeza

¹ 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. Jose Matías Delgado, San Salvador, 1987, pag 70

² *Ibidem*

y estabilidad; es así como PERICLES logró ubicar la ley por encima de los caprichos populares y de las luchas civiles, autorizando a todo ciudadano para actuar en su defensa como acusador y aplicando sanciones capitales como garantía de su soberanía. Todo ciudadano ateniense podía salir en defensa de las leyes persiguiendo al autor de una moción ilegal; el acusador debía formular su querrela por escrito, indicando la ley que consideraba quebrantada, estimándose más grave la ilegalidad que afectaba el fondo que la que se refería a la forma³. Esta declaratoria oficial tenía por efecto suspender la validez del decreto, y se sancionaba generalmente con multa, dependiendo de la gravedad del caso podía imponerse incluso la pena de muerte⁴.

Por otro lado, los espartanos tenían el “Eforato”, el cual estaba compuesto por cinco miembros que eran electos por el pueblo, cuya misión consistía en controlar a los reyes y al Senado a fin de que éstos no violentaran la Constitución. De esta manera, los Eforos tenían también competencia para multar o amonestar a quienes ellos desearan, teniendo además autoridad incluso para destituir a los Magistrados, encarcelarlos y llevarlos a juicio de pena capital⁵.

Posteriormente 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 Monarca⁶. En la doctrina de la supremacía constitucional es el JUSTICIA DE ARAGON, establecía que importaba la existencia de una jurisdicción establecida como baluarte protector de los derechos personales frente a la arbitrariedad.

A finales de dicho siglo, su función jurisdiccional propia se perfila como derivada de un verdadero poder, pues el justicia tenía garantías propias de un

³ Ibidem, pag. 71.

⁴ Ibidem

⁵ BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 4º Edición, Tomo I, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2000, pags 450 y 451.

⁶ MOLINA, Carmen Elena, op. cit., pag 71

juez y correlativas responsabilidades antes las cortes. En el reino de Aragón, el fuero era ley suprema y fundamental, cuyo fiel cumplimiento sujetaba tanto a los señores como al rey y por el cual velaba celosamente el justicia e incluso el rey le debía obediencia en los mismos términos que sus súbditos, como a la Corte Constitucional, base y fundamento del orden social y político. El referido fuero tenía el valor de ley suprema y estaba por encima de la voluntad real, todo lo que el rey hiciera en contra de él carecía de valor y no podía aplicarse; del mismo modo lo que sus funcionarios o los jueces realizaran o pronunciaran contrariando sus preceptos era también nulo *ipso foro*⁷.

En Inglaterra cuyo régimen constitucional conforma la expresión más típica de la Constitución no escrita y flexible, encontramos el origen o por lo menos el antecedente más directo de la doctrina de la supremacía constitucional y por ende de la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos y en fin de la revisión judicial de las leyes⁸.

Así encontramos en Inglaterra el *Commonwealth* o Derecho Común, en virtud del cual, en la época del Renacimiento (en la cual aparece el Estado en su forma actual) son elaborados en Gran Bretaña dos importantes documentos inspirados por CROMWELL, quien sostenía que en todo gobierno debía existir algo fundamental, algo como una Carta Magna permanente e inalterable. Tales instrumentos son : el “*AGREEMENT OF THE PEOPLE*”, en 1647 y el “*INSTRUMENT OF GOVERNMENT*” en 1653. En dichos instrumentos se encuentra una noción clara de la ley suprema, colocada fuera del alcance del Parlamento, limitando sus poderes y estableciendo los derechos que la nación se reserva y a los que ninguna autoridad podría allanarse sin cometer delito, considerándose el segundo de ellos, como la única Constitución escrita que ha tenido Inglaterra⁹.

Sin embargo, es hasta la revolución de 1688, que los tribunales ingleses ejercieron el poder de hacer efectiva la supremacía de la constitución; pero

⁷ Ibidem, pags. 71 y 72

⁸ Ibidem

⁹ Ibidem

posteriormente a dicho acontecimiento político no fue aplicada, hoy prima en Inglaterra el principio de que no existe autoridad judicial que pueda limitar los poderes del Parlamento y solamente se reconoce un valor histórico a los antecedentes que se han mencionado anteriormente.

No obstante todo lo anterior, el tratadista A. JORGE ALVARADO¹⁰, al igual que la mayoría de autores, reconoce que fue en la jurisdicción Norteamericana donde el control de la constitucionalidad de las leyes aparece de una manera más concreta. El precitado tratadista nos narra cómo la organización de la colonia norteamericana obedecía a una Asamblea Legislativa, la cual se encargaba de regular las relaciones jurídicas de la población en consonancia con el régimen expreso en la Carta Fundamental. Asimismo existía un gobernador que era el representante de la metrópoli, los Tribunales Coloniales y el Consejo Privado, los cuales se encargaban de administrar justicia. El Consejo Privado tenía a su cargo resolver sobre los casos de invalidez de cualquier precepto de la Asamblea opuesto a alguno del Pacto Básico.

No obstante ello, los jueces de la colonia no poseyeron nunca atribuciones para anular o no aplicar la ley procedente del Parlamento Ingles, aunque fuera injusta y contraria al régimen general o la costumbre, de manera que la voluntad del legislador debía ser cumplida irremisiblemente y afirmada en las resoluciones judiciales aún cuando la misma pareciera irrazonable o absurda¹¹. Lo anterior lleva al autor antes citado a concluir que el moderno Proceso de Inconstitucionalidad encuentra más propiamente sus orígenes en la atribución conferida a los Consejos Privados, siendo el referido proceso genuinamente americano, y de procedencia colonial¹².

Pese a lo antes anotado, cabe hacer notar que, cuando las colonias de Estados Unidos se independizaron y sus cartas fueron sustituidas por

¹⁰ Citado por BOVE TICAS, Carlos, *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1967, pag 30

¹¹ MOLINA, Carmen Elena, op. cit., pag 73

¹² Ibidem, pag 74

Constituciones propiamente tales, en ellas no se estableció de manera expresa la potestad de revisar la constitucionalidad de las leyes; sin embargo, inmediatamente después de haber entrado en vigencia las referidas Constituciones, los Tribunales reclamaron en algunos casos tal potestad para sí, a fin de confrontar las leyes con la Constitución local y declararlas nulas si se encontraban en contradicción con aquella¹³.

En la Convención de Filadelfia en el año 1787 (de donde se originó la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica) se trató de buscar la manera de poner límites a los excesos de los Poderes Legislativos instituidos por las Constituciones de las Colonias, teniendo como propósito encontrar una fórmula que permitiera frenar a los legisladores en sus posibles excesos y al mismo tiempo, asegurar la conformidad de las leyes que sancionaran con la Constitución¹⁴.

En ese sentido, fueron propuestos a la Convención distintos planes, dentro de los cuales se encontraba el de la creación de organismos encargados de dar intervención directa a los Jueces en la formación de la ley o de conferir a los mismos la atribución expresa de aplicar las leyes federales por encima de cualquier ley en contrario de las colonias. Sin embargo, ninguna de dichas propuestas tuvo aceptación general, pues hubo una marcada oposición a la intervención de los Jueces en el proceso legislativo y no se logró incorporar al texto constitucional aprobado en Filadelfia, una disposición expresa que les encomendara el control constitucional, aun cuando sí existía la intención de conferir tal poder al órgano Judicial, pues algunos de los miembros más destacados de dicha Asamblea sostuvieron la idea de que los jueces debían prescindir de la aplicación de una ley sancionada por el Órgano Legislativo cuando se hallare en oposición con los textos constitucionales, expresando que

¹³ *Ibíd*em

¹⁴ MONTOYA, Juan Ramón, *El Control de Constitucionalidad*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, San Salvador, El Salvador, 1997, pag. 29 y 30

entre dicha ley y la Constitución, debe preferirse la que tiene más fuerza y mayor validez, es decir, la Constitución¹⁵.

Respecto a la Corte Suprema de Justicia de Norteamérica, ésta aún no se había pronunciado categóricamente sobre la facultad revisora de la constitucionalidad de las leyes, hasta que apareció en el mundo judicial, la gran figura del Magistrado John Marshall, Presidente del Tribunal Supremo, quien en el año de 1801 propició el establecimiento y regulación de un recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes¹⁶. Así, a partir de su primer fallo en el famoso caso “MARBURY vrs MADISON”, dictó sesenta y dos declaraciones más de inconstitucionalidad, constituyendo este conjunto de resoluciones, la base y sustentamiento del referido proceso. Y es que, indudablemente, es de la competencia y obligación del Poder Judicial el declarar cuál es la ley a aplicar, pues si una norma se opone a la Constitución, no podemos aplicar aquella en detrimento de ésta, en virtud del Principio de Supremacía que ostenta la Carta Magna¹⁷. Esta doctrina fue por fin plenamente aceptada por los Jueces y Magistrados de los Estados Unidos de Norteamérica, y el control jurisdiccional se consolidó en la práctica sobre las limitaciones que imponía la Constitución federal a los órganos de los demás poderes¹⁸.

Desde la segunda guerra mundial la idea de una jurisdicción constitucional ha adquirido una importancia que antes se encontraba fuera de las posibilidades reales, sobre todo en los países europeos, después de un periodo de abusos de poder de los regímenes totalitarios. En el sistema español se cuenta con el precedente del Tribunal de Garantía Constitucional de 1931. En el panorama Europeo Italia creó el Tribunal Constitucional Especial; Alemania, mediante la ley fundamental de Bonn, consolidó una jurisdicción constitucional dotada de competencias tan amplias que dejara atrás a la de la Republica de Weimar.

¹⁵ MOLINA, Carmen Elena, op. cit, pag 73

¹⁶ Ibidem, 74

¹⁷ Ibidem, pag 74

¹⁸ Ibídem

Además, países como Austria, Suiza, Francia, Chipre y Turquía poseen instituciones especiales de jurisdicción constitucional¹⁹.

En Estados Unidos las competencias del Tribunal Supremo Federal tienen un efecto directo sobre el orden constitucional, influyendo este modelo en Japón. En México, el sistema de amparo constituye un modelo para garantizar los derechos de los particulares contra las infracciones constitucionales. El control de la constitucionalidad de las leyes, adquiere especial relevancia en la época actual como consecuencia de las transformaciones del parlamento inglés, las crisis del positivismo legalista, y a la separación de los poderes²⁰.

1.1.1. Clasificación de los Sistemas de Control de la Constitucionalidad.

Existen diversas clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad, los cuales mencionaremos a continuación para efectos de tener un panorama más amplio de los puntos que se expondrán más adelante. La primera de las clasificaciones es la que los tipifica según el *órgano* al cual compete su ejercicio, dividiéndolos en *difuso* y *concentrado*²¹. El primero es el que corresponde a todos los jueces en el segundo caso, solo corresponde a la corte suprema de justicia o un tribunal constitucional.

Según el *objeto* del control, se clasifican en *restringidos* o *amplios*. En esa línea, el control difuso generalmente es restringido en el sentido de que se ejerce solo sobre las leyes, reglamentos y actos normativos aplicables para la decisión de un caso. También el control concentrado es considerado de carácter

¹⁹ Ibidem, pag 75

²⁰ Ibídem

²¹ 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 Quiceno Alvarez 1° Edición, Editorial Konrad-Adenauer, Medellín, 1996, pag 170

restringido, en el sentido de que se ejerce solo sobre leyes y otros actos de rango legal por ser de ejecución directa de la Constitución²².

Según el *momento* en el cual se ejerce el control concentrado, se clasifican en *previos o posteriores*, dependiendo de si el control lo ejerza la Corte o el Tribunal Constitucional antes o después de la promulgación de la ley. Según el *método* utilizado para obtener el control concentrado, se clasifican en control por *vía principal* o por *vía incidental*. En el primer caso, la acción de inconstitucionalidad puede ser atribuida a determinados funcionarios u órganos del Estado, a quien tenga interés personal, legítimo y directo o cualquier persona o ciudadano (acción popular). El segundo caso, la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por vía incidental, corresponde al juez ordinario, teniendo poderes *ex officio* para ello²³.

Según la *garantía* objetiva que establezca de la Constitución, se clasifican en controles que declaran la inconstitucionalidad de un acto estatal, con efectos *ex tunc*; y controles que anulan un acto estatal, generalmente con efectos *ex nunc*. El primero de los casos se refiere a las sentencias declarativas; en el segundo caso, a las constitutivas. En general, el primer caso coincide con el sistema difuso de control de constitucionalidad; y el segundo, con el sistema concentrado de control.

1.1.1.1 Control Difuso

Desde su nacimiento el derecho constitucional ha permitido distinguir como ya vimos, entre el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad, teniendo los referidos controles una trayectoria histórica distinta en las diversas partes del mundo. En cuanto al control difuso encontramos que en los Estados

²² Un sistema amplio de control de constitucionalidad se refiere a todos los actos estatales. Vid al respecto BREWER CARIAS, Allan, op. cit, pags 243 y 244

²³ Ibidem, pag 244

Unidos de Norte América, se confiere esta labor de control a los jueces en virtud de la confianza de que gozaban los jueces americanos como consecuencia de la lucha que sus ancestros libraron en Inglaterra contra los excesos de la Monarquía y del parlamento Ingles²⁴.

Las normas, que regulan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, confieren a cualquier juez de cualquier nivel en la jerarquía judicial, el necesario poder para actuar como juez constitucional. En consecuencia, conforme a dicha norma, todos los jueces, al aplicar la ley en un caso concreto sometido a su consideración, están autorizados a juzgar la constitucionalidad de dicha ley y en consecuencia a decidir su inaplicabilidad a dicho caso concreto cuando la consideren inconstitucional, dando aplicación preferente a la Constitución²⁵.

Desde el punto de vista lógico y racional, este poder general de todo juez de actuar como juez constitucional es la obvia consecuencia del principio de la supremacía constitucional, por lo que si la constitución se considera como ley suprema del país, o como lo dice la Constitución Colombiana “la norma de normas”²⁶, en todo caso de conflicto entre una ley y la Constitución, ésta debe prevalecer, considerándose por lo demás, como un deber de todo juez, el decidir cual es la ley aplicable en un caso concreto. Como lo señalo el juez William Patterson en una de las mas viejas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de America sobre la materia, en el caso Vanhorne Lessee v. Dorrance (1795) hace doscientos años: “ si un acto legislativo se opone a un principio constitucional el primero debe dejarse de lado y rechazarse por repugnante. Sostengo que es una posición clara y sonora que, en tales casos, es un deber de todo tribunal el adherirse a la Constitución y declarar tal acto nulo y sin valor.”²⁷

²⁴ Ibidem, pag 170

²⁵ Ibidem, pags 171 y 172

²⁶ Ibidem, pag 186

²⁷ Ibidem, pag 171

O como fue definitivamente establecido por el juez Marshall en el conocido caso *Marbury vrs. Madison* (1803), decidido por la misma Corte Suprema: “Aquellos que aplican las normas o casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar aquella regla... de manera que si una ley se encuentra en oposición a la Constitución... La Corte debe determinar cual de las reglas en conflicto debe regir el caso; esta es la real esencia del deber judicial.... Si en consecuencia, los tribunales deben ver la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, es la Constitución y no tal acto ordinario, la que debe regir el caso al cual ambas se aplican.”²⁸

Cabe agregar que de conformidad con este método difuso este deber judicial a que se hace referencia solo puede ser *incidenter tantum*, es decir en un proceso concreto del cual el juez esté conociendo y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo²⁹. En consecuencia, el método difuso de control de la constitucionalidad siempre es un sistema incidental de control, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad debe plantearse en un caso o proceso concreto, cualquiera sea su naturaleza.

En ese orden de ideas, en el método difuso de control de constitucionalidad el objeto principal del proceso y de la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino más bien, la decisión de un caso concreto de carácter civil, penal, administrativo o laboral, etc³⁰. La cuestión de constitucionalidad, por tanto, solo es un aspecto incidental del proceso lo cual debe ser considerado por el juez para resolver la aplicabilidad o no de una ley en la decisión del caso concreto, cuando surgen cuestiones relativas a su inconstitucionalidad³¹.

²⁸ *Ibídem*

²⁹ *Ibídem*

³⁰ *Ibidem*, pag 186

³¹ *Ibídem*

Ahora bien, si se trata de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y desaplicar la ley que consideren inconstitucional, debe señalarse que un aspecto de la racionalidad del método difuso, consiste en permitir a los jueces el considerar de oficio las cuestiones de constitucionalidad, a pesar de que ninguna de las partes en el proceso las haya planteado. Es así que la inconstitucionalidad de la ley con relación a los procesos particulares, no debe quedar a la sola instancia de las partes en el proceso, por lo que aun cuando las partes no planteen ante el juez la cuestión de inconstitucionalidad, éste tiene el deber de considerarla y decidir, de oficio, sobre la inconstitucionalidad de la ley.

a) El efecto *interpartes*

Como hemos mencionado anteriormente, la decisión adoptada por el juez solo tiene efectos en relación a las partes que han intervenido en el proceso concreto en el cual aquella se adopta. En otras palabras, si una ley es considerada inconstitucional mediante decisión judicial, esto no significa que dicha ley ha sido invalidada y que no será efectiva y aplicable en otros casos, sino que la decisión adoptada sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley en un caso, solo tiene efectos *in casu e Inter partes*, es decir en relación al caso concreto y exclusivamente en relación a las partes que han participado en el proceso, no pudiendo ser aplicada a otros particulares. Esta es la consecuencia directa del antes mencionado carácter incidental del método difuso de control de la constitucionalidad³².

b) Los efectos declarativos

Ahora bien, los efectos *Inter partes* de la decisión judicial adoptada conforme al método de control difuso de constitucionalidad, están directamente relacionados con otros aspectos, tales como el factor tiempo, es decir, el

³² Ibidem, pag 190

momento en que comienza a ser efectiva la declaración de inconstitucionalidad. En efecto, hemos señalado que el principal aspecto de la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad es el de la supremacía de la Constitución sobre todos los demás actos estatales, lo que lleva a considerar que las leyes contrarias a la Constitución son nulas y sin valor, siendo ésta la mayor garantía constitucional.

En consecuencia, cuando un juez decide sobre la constitucionalidad de una ley, y la declara inconstitucional e inaplicable en un caso concreto, es porque la considera nula, sin valor, tal cual como si nunca hubiera existido. Por ello, se considera que esa decisión es de carácter declarativo, teniendo efectos *ex tunc*, en el sentido de que dichos efectos se retrotraen al momento en que la norma considerada inconstitucional fue dictada, evitando que la misma que pueda ser valorada en el caso concreto decidido por el juez y en relación a las partes que intervinieron en el proceso³³.

1.1.1.2. Control Concentrado

El control concentrado, diferencia del difuso, implica la creación de un órgano especial, dotado de competencia para conocer de ciertas cuestiones. Debemos aclarar que con mucha anterioridad al establecimiento de un órgano de características especiales para resolver cuestiones de inconstitucionalidad ya se había gestado la formulación de reglas atinentes al establecimiento de exhibición personal como garantía de la libertad individual, precisamente en la misma Inglaterra a partir de la Carta Magna obtenida de Juan Sin Tierra por los Barones Ingleses en 1215, el cual fue incorporado en las colonias de los inmigrantes en suelo americano. De igual manera en México, a mediados del siglo pasado, se establece el juicio de amparo el cual, como su nombre lo indica tiene por objeto amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las

³³ Ibidem, pag. 191.

leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución, o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo, cuando en ella se hubiese infringido el Código fundamental o las leyes, limitándose en tales casos a reparar el agravio³⁴.

El sistema concentrado o directo, como dijimos anteriormente, se encuentra a cargo de un ente especializado, el cual según el jurista HANS KELSEN³⁵, al declarar la inconstitucionalidad de una ley, actúa en el fondo como “legislador negativo”, puesto que a partir de esa declaración la ley inconstitucional queda prácticamente anulada o fuera del orden jurídico. Tal solución implica la erección del órgano especial con desplazamiento de los jueces y del control difuso a ellos encomendado originalmente, en la cultura jurídica inglesa y norteamericana.

Este tipo de control, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal, el poder de actuar como juez constitucional, generalmente de ciertos actos estatales, es decir, que éste sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad, de determinados actos estatales, particularmente de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar³⁶. Sin embargo en algunos casos, como sucede en Panamá, el control no sólo se refiere a las leyes y demás actos de rango legal, sino materialmente a todos los actos estatales, lo que lo hace único en el derecho comparado.

El órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad puede ser una Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, como es el caso de Venezuela o una Corte Constitucional creada especialmente

³⁴ 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, pag. 74

³⁵ Ibidem, pag. 75

³⁶ BREWER CARIAS, Allan R., op. cit., pag 192

por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional³⁷. Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad no implica necesariamente la existencia de un tribunal constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del poder judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado así lo demuestra, pues en general, han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido, y en los casos en los cuales se ha atribuido a tribunales constitucionales el ejercicio del control, éstos están integrados al poder judicial³⁸.

En realidad, el sistema sólo implica la atribución de un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, del poder y del deber de actuar como juez constitucional, lo cual es la esencia propia del sistema concentrado con relación al sistema difuso. Ahora bien, en todo caso, desde un punto de vista lógico y racional, también puede afirmarse que el poder conferido a un órgano estatal que ejerce una actividad jurisdiccional para que actúe como juez constitucional, es una consecuencia del principio de supremacía de la Constitución³⁹. Sin embargo, las constituciones no siempre confieren poderes a todos los tribunales para que actúen como jueces constitucionales; cuando así lo hacen, como hemos señalado, se trata de un control difuso de constitucionalidad, como el que existe en casi toda América Latina, sea en forma exclusiva (México, Brasil, Argentina, por ejemplo) o en forma mixta, mezclado con un sistema concentrado (Guatemala, Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, El Salvador)⁴⁰.

Al contrario del sistema difuso, en muchos casos las constituciones reservan este poder a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional, sobre todo en lo que respecta a algunos actos del Estado, los cuales solamente pueden ser anulados por dicho órgano cuando contradice la

³⁷ Ibidem, pag. 193

³⁸ Ibidem

³⁹ Ibidem

⁴⁰ Ibidem

Constitución⁴¹. En los sistemas exclusivamente concentrados de constitucionalidad europeos atribuidos a tribunales constitucionales, el poder de éstos para declarar la nulidad de actos estatales se extiende a las leyes (proyectos de leyes), incluyendo las leyes aprobatorias de tratados y demás actos de rango legal o dictados en ejecución directa de la Constitución (es el caso de Alemania, Australia Italia y Portugal). La misma orientación la tienen los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes en América Latina, en donde el mismo se ha atribuido a tribunales constitucionales (Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile) o a las cortes supremas de justicia (El Salvador, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Brasil, Uruguay, Paraguay)⁴²

En general, el poder anulatorio de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional solo se refiere a las leyes o proyectos de leyes y a los actos dictados en ejecución directa de la Constitución como los decretos leyes, los actos de gobierno, los actos parlamentarios sin forma de ley, y en algunos países a los reglamentos. En consecuencia los otros actos estatales no están sometidos al control concentrado de la constitucionalidad y desde el punto de vista de su conformación al texto constitucional, están sometidos al control de los jueces respectivos⁴³.

a) El carácter expreso del sistema concentrado como garantía de la Constitución.

Por el carácter expreso del sistema en el derecho constitucional positivo, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de leyes, también es compatible con todos los sistemas jurídicos, es decir, no es propio de los sistemas de derecho civil ni tampoco incompatible con la tradición del *Common Law*. En realidad, se trata de un sistema que debe establecerse en una constitución escrita

⁴¹ Ibidem, pag. 194

⁴² Ibídem

⁴³ Ibidem, pag. 195

y poco importa que el sistema jurídico del país sea del derecho civil o de *Common Law*, aún cuando es más frecuente en países de derecho civil⁴⁴.

Por ello, la expresión de que “la práctica del *Common Law* siempre ha sido incompatible con la noción del Tribunal Constitucional especial según el modelo continental” en materia de control de la constitucionalidad debe entenderse como una referencia al Modelo Europeo de Corte, Consejo o Tribunal Constitucional especial, y no, a un sistema “en el que la jurisdicción está determinada y limitada a ciertas cuestiones”⁴⁵. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad no puede reducirse a los sistemas constitucionales exclusivamente concentrados ni a aquellos en los cuales existe una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional. Por esta razón, como hemos dicho, consideramos que es erróneo para estudiar el sistema, el enfoque que consiste en identificar el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes con el “modelo europeo” de Cortes, Consejos o Tribunales Constitucionales especiales⁴⁶.

De hecho, aún cuando el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes se conozca también como el sistema “Austriaco” o “Modelo Europeo” debido a la existencia de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial, a la cual la Constitución le encarga el actuar como juez constitucional fuera del poder judicial, debe recalcar el hecho de que la *“característica fundamental del sistema no es la existencia de un Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial, si no más bien, la atribución exclusiva a un solo órgano constitucional del Estado del poder de actuar como juez constitucional en lo que respecta a algunos actos de Estados, trátase de la Corte Suprema de justicia existente en el país o de una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado”*⁴⁷.

⁴⁴ Ibidem, pag. 201

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ Ibidem, pags. 201 y 202

⁴⁷ Ibidem, pag. 202

Antes del “descubrimiento” europeo de la justicia constitucional a través de la creación de Cortes o Tribunales Constitucionales especiales, después de la primera guerra mundial, otros países con tradición de derecho civil habían implantado a partir de mitades del siglo pasado, sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, atribuyendo a sus cortes supremas una jurisdicción exclusiva y original, con el fin de anular leyes y otros actos del Estado con efectos similares cuando éstos contradicen la Constitución, éste es el caso de los sistemas constitucionales latinoamericanos incluso si, con alguna frecuencia, han combinado el sistema concentrado con el sistema difuso de control de la constitucionalidad⁴⁸.

Es necesario mencionar que la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad implica que la decisión dictada por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional, tiene efectos generales “*erga omnes*”. En ese sentido la Corte Suprema de Justicia Venezolana, a través de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, precisó su posición en la materia, por sentencia del 12 de diciembre de 1963, de la manera siguiente: *“El control absoluto de la constitucionalidad lo ejerce la Corte Suprema de Justicia, en pleno, cuando declara la nulidad total o parcial de una ley nacional por inconstitucional. Tal decisión deja sin efecto la ley o la parte de ella que sea anulada, y tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes”*⁴⁹.

Quiere decir entonces que la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, es definitiva y surte efectos contra todos, pues tal presunta ley deja de serla desde el momento de ser declarada inconstitucional. Lo mismo ocurre en el caso de leyes estatales y ordenanzas municipales, cuya inconstitucionalidad sea pronunciada⁵⁰.

Ahora bien, en El Salvador, como lo dice el Art. 183 de la Constitución, la sentencia anulatoria de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de

⁴⁸ Ibidem, pag. 203

⁴⁹ Ibidem, pag. 230

⁵⁰ Ibidem, pags. 232 y 233

Justicia se pronuncia de “modo general y obligatorio”, es decir, con efectos “*erga omnes*”. En igual situación se encuentra Alemania con las decisiones del Tribunal Constitucional, las cuales siempre tienen fuerza obligatoria para con todos los órganos constitucionales, así como para todas las autoridades y los tribunales; y naturalmente para todos los particulares⁵¹. En España, en lo que se refiere a las decisiones de anulación de una ley o de otras normas con fuerza de ley por cualquier medio de control jurisdiccional, sea cuando el Tribunal Constitucional decide un recurso de constitucionalidad, o cuando decide acerca de una cuestión de inconstitucionalidad planteada de manera incidental, el artículo 164,1 de la Constitución establece los efectos *erga omnes* de las decisiones, ya que tienen “plenos efectos contra todos”⁵².

También debemos recalcar que los efectos *erga omnes* de la decisión jurisdiccional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes antes señaladas, están estrechamente vinculados a la cuestión de los efectos temporales de la decisión, como consecuencia del principio de anulabilidad de algunos actos del Estado como garantía de la Constitución; el cual significa que “el acto del Estado, aún irregular o inconstitucional, una vez producido por una institución pública debe considerarse como un acto del Estado y, como tal, válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue o revoque, o hasta que se decida su anulación por otro órgano del Estado, con los poderes constitucionales correspondientes⁵³. Este es precisamente el caso de los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, en los cuales la Constitución confiere el poder de anular, generalmente algunos actos del Estado, cuando se juzgan inconstitucionales, a un solo órgano constitucional sea éste la Corte Suprema existente o un órgano creado especial y separadamente dentro o

⁵¹ Ibidem, pag. 233

⁵² Ibidem, pag. 234

⁵³ Ibidem, pags. 234 y 235

fuera del poder judicial, con funciones jurisdiccionales, que le permiten actuar como juez constitucional⁵⁴.

1.2. HISTORIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR.

El control constitucional en nuestro país se ha venido desarrollando a través de la historia protegiendo diversos derechos y libertades que poseen las personas como ciudadanos de la nación. No obstante ser la presente institución una de las máximas garantías para ejercer un verdadero control de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos y de estar muy arraigada en países de gran tradición constitucional como los Estados Unidos de América, en El Salvador es de reciente creación, no obstante que autores como el Dr. SALVADOR RICARDO MERLOS⁵⁵, nos hacen ver de que ésta surge desde los albores de nuestra vida como nación independiente a partir de la constitución de 1824. En esta constitución encontramos una especie de Control Constitucional pero no ejercida por el Poder Judicial, sino concedida en sentido amplio; al respecto vemos que el Art. 79 dentro del Capítulo 12 denominado “De la observancia de las leyes, interpretación y reforma de esta constitución” manifiesta que todo salvadoreño puede presentarse al Congreso, al jefe supremo y al consejo para reclamar la observancia de la Constitución. Es claro, que lo que se reclama es la observancia de la Constitución al igual que lo que hace nuestra Corte Suprema de Justicia actual aunque con otro sentido y con mayor amplitud que en 1824. Tal disposición es bastante oscura en su redacción y de difícil interpretación, por lo que debe ser analizada en su contexto general⁵⁶.

⁵⁴ Ibidem, pags. 205 y 206

⁵⁵ MONTTOYA, Juan Ramón, op. cit., pag. 80

⁵⁶ Ibidem

Por su parte, la Constitución Federal de Centro América en el año de 1889, regulaba en su Art. 89 lo referente al control previo de la inconstitucionalidad a través del proceso de formación de ley, lo cual fue retomado nuevamente por la Constitución Política de carácter federal en 1921, en sus Art.93 y 130⁵⁷. Sin embargo, en estos últimos artículos ya no se concebía como un control previo, sino como un *recurso* de inconstitucionalidad. Luego, en 1939 se creó una nueva constitución, pero esta vez otorgándola El Salvador como Estado independiente, regulando en su Art. 82 el control previo de la Inconstitucionalidad pero concebido como Amparo contra las leyes⁵⁸.

Finalmente, en la constitución de 1950 la cual tuvo una gran relevancia a nivel constitucional por haber aportado importantes cambios en la normativa Primaria de la Republica, encontramos por primera vez el proceso de inconstitucionalidad como una forma de control constitucional. En ella se estableció que dentro de la potestad de administrar justicia, correspondía a los tribunales, declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes que fueran contraria a los preceptos constitucionales, en los casos que se tuviere que pronunciar sentencia⁵⁹. El constituyente en la exposición de motivos de dicha constitución expresa que desde el punto de vista de los principios jurídicos, puede considerarse que esta disposición está de más, ya que la misma queda implícita dentro de la potestad de administrar justicia⁶⁰.

Lo más novedoso que encontramos en esta constitución es el artículo que hace referencia a la posibilidad de que se pueda declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, puesto que en anteriores constituciones no aparecía de ese modo; así como el establecimiento de un único Tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos

⁵⁷ *Ibíd*em, pag .81

⁵⁸ HERNANDEZ REYES, Rafael y otro, *Eficacia del Proceso de Inconstitucionalidad en El Salvador*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, San Salvador, 1995, pag. 21

⁵⁹ MONTTOYA, Juan Ramón, *op. cit.* , pag 81

⁶⁰ HERNÁNDEZ REYES, Rafael y otro, *op. cit.*, pag. 23

de un modo general y obligatorio y la facultad extensiva a cualquier ciudadano para pedir tal declaración⁶¹. Es importante mencionar que a pesar de que la constitución de 1950 establecía la creación de un tribunal único que conociera de estos casos, éste no fue creado de inmediato sino hasta mucho después; mientras tanto, de estos casos conocía en ese tiempo la Corte en Pleno de conformidad con el Artículo. 96 del mismo cuerpo de ley, el cual establecía que “la Corte Suprema de Justicia será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, a petición de cualquier ciudadano”. Se trata entonces de una declaración de inconstitucionalidad de efectos generales y obligatorios, de manera que una vez hecha, todos los tribunales deben plegarse a ella⁶².

En esa misma línea, a pesar de que la Constitución de 1950 por primera vez reconoce la existencia del proceso de inconstitucionalidad, no se creó una ley secundaria que desarrollara los aspectos específicos del mismo, tales como los requisitos de la demanda, el trámite, la forma de la sentencia etc. La ley de Amparo en la que se supone se regulaba el proceso de inconstitucionalidad, no contemplaba estas cuestiones porque no era su objetivo, así como tampoco lo hizo la ley transitoria para la Aplicación del Régimen Constitucional del 7 de septiembre de 1950. Es hasta 1960, con la promulgación de la ley de Procedimientos Constitucionales que cobra vigencia el proceso de Inconstitucionalidad. Es así que, con la creación de la Ley de Procedimientos Constitucionales se pretende reunir en un solo cuerpo legal las disposiciones atinentes a la inconstitucionalidad de las leyes⁶³.

⁶¹ *Ibidem*, pag. 25

⁶² De aquí se desprende la aparición de la acción popular de inconstitucionalidad, en virtud de la cual todo ciudadano puede hacer uso de este control aun cuando los efectos de la ley no le atañen directamente ni tenga un interés jurídico manifiesto. En este sentido, el control de la constitucionalidad deja de ser privativo de los poderes del Estado o de los jueces ordinarios, como sucedía en los ordenamientos constitucionales anteriores. Vid al respecto HERNÁNDEZ REYES, Rafael, op. cit., pag. 25

⁶³ *Ibidem*, pag. 26

El procedimiento a seguir para tramitar una inconstitucionalidad, según lo regulaba esta normativa, consiste en que, previo a oírse al Fiscal General de la Republica, se debía pedir informe por diez días a la autoridad de donde emanara la ley, el decreto o reglamento que se estimaban inconstitucionales. Luego, se dejaba a criterio de la Sala encargada de la substanciación del proceso, la facultad de fijar un plazo para la audiencia del Fiscal, que no podría exceder de noventa días. Esto era así porque habrían casos en que el estudio del asunto cuestionado necesitaría cierto tiempo mayor o menor, según su naturaleza o complejidad⁶⁴.

Sobre el órgano encargado de conocer de dicho procedimiento, esta normativa nos dice que el competente para tramitar el proceso hasta la elaboración del proyecto de sentencia, era la Sala de Amparos, y para resolver en definitiva, la Corte en Pleno, siguiéndose exactamente el mismo criterio que inspira las disposiciones vigentes de la ley orgánica judicial. El procedimiento que se contemplaba era oficioso, pudiendo iniciarse la acción ya fuera por el tribunal. el Ministerio público o el mismo ciudadano. No podemos omitir mencionar que con la creación de esta ley de Procedimientos Constitucionales, se deroga la ley de amparos que fue creada en el año de 1950.

En 1977 se hacen algunas reformas a ley de Procedimientos Constitucionales relativas a los juicios de amparo y que nada tenían que ver con el proceso de inconstitucionalidad. La primera consistió en excluir la procedencia del proceso de amparo en asuntos judiciales puramente laborales, como anteriormente se restringía para materias civiles, comerciales y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal. Esta reforma buscaba garantizar la aplicación de la ley en los casos de pérdida o extravío de las causas de amparo al darles igual valor a los duplicados del proceso⁶⁵.

⁶⁴ Ibidem, pag. 27

⁶⁵ MOLINA, Carmen Elena, *op. cit.*, pag. 60

Por su parte, con la entrada en vigencia de la actual Constitución de 1983 se introdujeron importantes cambios en materia constitucional, estableciéndose que la Corte Suprema de Justicia debía mantener su independencia al momento de dictaminar cuando algún ciudadano se lo solicitare, sobre la constitucionalidad de alguna ley. No obstante, la modificación más relevante fue la creación de una Sala de lo Constitucional, estipulando el Art. 174 de la De la Constitución que correspondía al referido Tribunal conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamento, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias contra el órgano legislativo y órgano ejecutivo. De esa manera, en 1985 se hace una reforma a la ley de Procedimientos Constitucionales donde se le reconoce competencia a la Sala de lo constitucional para que pueda conocer de los procesos de inconstitucionalidad, amparo y habeas corpus, modificando lo regulado por el Art. 2 de la referida ley, desapareciendo la Sala de Amparos creada por la reforma de 1977⁶⁶.

Sobre la creación de la Sala de lo Constitucional, la exposición de motivos nos dice que en algunos países todos los procedimientos constitucionales son del conocimiento y resolución del órgano o poder judicial y concretamente del más alto tribunal, y por el contrario, en algunos otros países para este fin han sido creados los tribunales constitucionales, que no forman parte del Órgano Judicial, y aun en otros el control constitucional corresponde a Órganos que ni siquiera son jurisdiccionales⁶⁷. Por ello, en nuestra legislación, se ha establecido un sistema intermedio entre la creación de un tribunal especial no dependiente del poder judicial y la atribución a la Corte Suprema en pleno de todos los procesos constitucionales, otorgándole a la Sala de lo Constitucional la jurisdicción y competencia para el conocimiento y solución de todos los procesos de esta naturaleza.

⁶⁶ HERNÁNDEZ REYES, Rafael, op. cit., pag. 27

⁶⁷ Ibidem, 28

1.3. SURGIMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR OMISIÓN.

1.3.1. Consideraciones previas sobre el uso del Método Comparado.

La utilidad de recurrir al 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 PELAYO⁶⁸ 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.

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 factibilidad de su introducción en nuestro medio⁶⁹. Con el objeto de hacer una exposición más clara del tema, abordaremos de manera individual aquellos países que la doctrina ha considerado más relevantes en el complejo campo de la inconstitucionalidad por omisión.

1.3.2. La antigua Yugoslavia.

Corresponde al ya desaparecido país de Yugoslavia la primera instauración en el terreno positivo constitucional de este tipo de inconstitucionalidad. Este

⁶⁸ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pag 249.

⁶⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2000, pag. 244

instituto fue recogido 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 Carta Magna de 1963⁷⁰. La Ley Suprema del 74 instauró la descentralización política y un régimen de control de la constitucionalidad de signo concentrado, el cual es uno de los aspectos más característicos de esta Constitución, pues fue el único estado del extinto Bloque del Este que presentó este tipo de control.

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, el precitado artículo rezaba de la siguiente manera: *“Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciera 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”*⁷¹. Como es posible apreciar, este precepto asume un concepto de inconstitucionalidad por omisión que gira en torno a la falta de desarrollo que imposibilita la ejecución de las disposiciones de la Carta Suprema. A esta idea añade otras similares pero referidas a la carencia de ejecución de leyes federales y de prescripciones federales y actos generales⁷².

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 ella⁷³. Sin embargo, la regulación terminaba allí, por lo que había que entender que se trataba únicamente de una recomendación sin coacción jurídica, quedando la reprochabilidad de la inacción del legislativo en el terreno político.

⁷⁰ Ibidem, pag. 244

⁷¹ Ibidem, pag. 245.

⁷² Ibidem, pag. 246

⁷³ Ibidem, pag. 246

1.3.3. Portugal.

El ordenamiento jurídico de este país supone uno de los de mayor relevancia en el campo de la figura estudiada, no sólo por su consagración expresa en el ámbito positivo, sino también por la evolución de este reconocimiento, la cual se desarrolla básicamente en dos períodos: el primero, de 1976 a 1982 y el segundo, de la reforma constitucional de 1982 en adelante⁷⁴.

La regulación original de la Carta Magna de Portugal preveía un complejo sistema de control de naturaleza eminentemente política, al estar dominado por el “*Conselho da Revolução*” (Consejo de la Revolución), el cual era asesorado por un órgano jurídico denominado Comisión Constitucional, de naturaleza consultiva y que puede ser visto como el precedente del actual Tribunal Constitucional⁷⁵. Este Consejo de la Revolución era un órgano colegiado cuya función consistía en llevar a cabo el asesoramiento del Presidente de la República, mostrándose como garante de la observancia constitucional, según lo establecía el artículo 142 de la Ley Fundamental de 1976, otorgándole competencia para adoptar las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales, pudiendo al efecto formular recomendaciones.

Sin embargo, estas recomendaciones que emitía el referido Consejo eran simplemente declarativas, exentas de coactividad, pese a que la importancia y jerarquía del Consejo en 1976 pudiere hacer pensar lo contrario. Este no sustituía a la Asamblea de la República ni se situaba por encima de ella ni ostentaba iniciativa legislativa en un caso de omisión inconstitucional, por lo que la operatividad práctica del instituto fue puesta en entredicho.

Fue hasta la revisión constitucional de 1982 en donde se sustrajo la institución objeto de estudio del terreno político, para ser llevada al terreno jurisdiccional, puesto que mediante tal reforma se creó el verdadero Tribunal Constitucional, el cual estaba compuesto por trece jueces: diez elegidos por la

⁷⁴ Ibidem, pag. 247

⁷⁵ Ibidem, pag. 248

Asamblea de la República y tres cooptados por los propios elegidos. Su principal función es precisamente la del control de la constitucionalidad, que comprende una fiscalización preventiva de la constitucionalidad de las normas, un control abstracto sucesivo, uno concreto y la omisión constitucional⁷⁶.

En ese orden de ideas, es posible observar que entre la regulación vigente en la actualidad y la que existía con anterioridad, existen tres diferencias fundamentales, tal y como señala JORGE MIRANDA en su obra "*Manual de Direito Constitucional*"⁷⁷: primero, que mientras en 1976 el órgano controlador actuaba de oficio, en 1982 la iniciativa corresponde a otros órganos diferentes a aquel que realiza el control; segundo, que en la redacción original el Consejo de la Revolución decidía previa opinión de la Comisión Constitucional, mientras que hoy en día es el Tribunal Constitucional el que decide por sí solo; y tercero, que en la Constitución de 1976, la emisión de la recomendación por parte del Consejo de la Revolución era potestativa de éste, y por el contrario, en 1982, la puesta en conocimiento –una vez declarada la omisión- es obligatoria.

1.3.3.1. Acogida jurisprudencial de la figura.

Como ya se anotó previamente, el desarrollo histórico de la inconstitucionalidad por omisión en Portugal, está dividido en dos etapas, por lo que abordaremos su tratamiento jurisprudencial distinguiendo entre ambas

En primera instancia, encontramos en el período comprendido entre 1976 a 1982, seis "pareceres". de la ya disuelta Comisión Constitucional, los cuales desglosaremos a continuación:

- a) "*Parecer*" 4/1977⁷⁸. Este versaba sobre derechos de participación de las organizaciones de trabajadores, estimándose que no se produce

⁷⁶ Ibidem, pag. 249

⁷⁷ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op cit, pag. 251

⁷⁸ *Pareceres de la Comisión Constitucional* (de Portugal), volumen I, Imprenta Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1977, pag. 77 y siguientes.

inconstitucionalidad por omisión al existir en el momento de la fiscalización un proceso legislativo destinado a dar exigibilidad a las normas constitucionales. El Consejo de la Revolución se adhirió a tal postura. La Comisión, justificándose en que se trataba del primer “parecer” sobre el tema, analiza de manera exhaustiva en la parte inicial de la resolución, los requisitos de la institución en el Derecho Portugués.

- b) “*Parecer*” 8/1977. En esta resolución se concluye que sí existe una violación a la Carta Magna por falta de medidas legislativas necesarias para dar exigibilidad a su artículo 104 (respecto a la reforma agraria), señalándose al Gobierno como el segundo responsable, después de la Asamblea Legislativa; sin embargo, el Consejo de la Revolución no formuló al respecto la recomendación sugerida por su órgano asesor (la Comisión) ⁷⁹.
- c) “*Parecer*” 11/1977⁸⁰. (organizaciones de ideología fascista). La Comisión estimó que, tras entender que la norma presuntamente vulnerada (artículo 46.4) no era exigible por sí misma, y que no existían preceptos legales que le dieran tal exigibilidad, la Constitución efectivamente se violentaba en el caso de haber organizaciones de esa ideología, considerando que el Consejo de la Revolución debía efectuar la recomendación pertinente a la Asamblea Legislativa.
- d) “*Parecer*” 9/1978⁸¹. En el que se alega que el art. 53.d, relativo a determinados derechos de los trabajadores del servicio doméstico resultan violentados por omisión. El Consejo de la Revolución dictó una

⁷⁹ Ibidem, pag. 145 y siguientes

⁸⁰ Ibidem, vol. II, pag. 3 y siguientes

⁸¹ Ibidem, vol V, 1979, pag. 21 y siguientes

resolución en la que efectuó una recomendación al órgano legislativo para que dictase las medidas necesarias para dar exigibilidad al precitado artículo.

- e) *“Parecer” 35/1979*⁸². Dictado a raíz de un problema de acceso a la Universidad de un joven trabajador y estudiante. En este caso, la Comisión no abordó la cuestión de la vulneración de la Carta Magna por la omisión de medidas necesarias para conferirle exigibilidad, porque el Consejo no lo solicitó expresamente, y tampoco entró a valorar la constitucionalidad de ciertas normas por no estar ya vigentes.

- f) *“Parecer” 11/1981*⁸³. Que atañe al acceso a la enseñanza de los trabajadores y de sus hijos. Se parte de la afirmación de que la Constitución prevé un régimen especial para el acceso de los trabajadores-estudiantes a la enseñanza universitaria, el cual se encuentra perjudicado por la existencia de tasas académicas. La Comisión rechazó la existencia de una inconstitucionalidad por omisión en razón de la vigencia de diversas disposiciones que tratan de favorecer a los estudiantes de escasos recursos y la concientización de las entidades competentes al respecto, aunque reconoció que las medidas establecidas no presentan la suficiencia deseada.

En la segunda etapa, que comienza en el año 1982, únicamente se han producido hasta el momento tres Sentencias⁸⁴ (*“Acórdao”*) por el Tribunal Constitucional, las cuales enumeramos de forma breve como sigue:

⁸² *Ibíd*em, vol X, 1980, pags 135 y siguientes

⁸³ *Ibíd*em, vol. XV, 1981, pags 71 y siguientes

⁸⁴ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag.268

- a) *“Acórdao” 182/1989*, que es según los autores, la sentencia más importante en la materia. La cuestión analizada era el derecho de los ciudadanos ante la utilización de la informática, y el problema planteado es que tanto el párrafo segundo como el cuarto del art. 35 de la Constitución (que es el analizado) prevén un desarrollo legislativo posterior. El Tribunal falló declarando que sí se produce vulneración de la Constitución por omisión en la falta de previsión legal que fije el concepto de datos personales (a que hace referencia el mencionado párrafo cuarto del art. 35), necesario para dar exigibilidad a la garantía consistente en la prohibición de acceso de terceros a los datos personales contenidos en los soportes informáticos.
- b) *“Acórdao” 276/1989*. Relativa a los crímenes de responsabilidad de los titulares de cargos políticos. En ese sentido, la Constitución de Portugal, en su art.120.3, señala que habrá una ley que los determine y que recoja las sanciones y los efectos. El Alto Tribunal ve aquí un auténtico encargo constitucional, una imposición claramente definida, quedando satisfecho su cumplimiento una vez emitidas las correspondientes normas, lo cual se verificó con la aprobación de la Ley 34/1987, tiempo después de haberse incoado el proceso y por tanto, desestimándose así la omisión⁸⁵.
- c) *“Acórdao” 36/1990*, que versa sobre las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local, previstas en el art. 241.3 de la Constitución y disciplinadas por una hipotética ley futura. La

⁸⁵ Ibidem, pag 269

existencia de diversos proyectos de ley en ese sentido lleva al Tribunal a desestimar la inconstitucionalidad por omisión⁸⁶.

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”⁸⁷.

1.3.4. Brasil.

El Derecho Constitucional en Brasil, ha evolucionado durante las últimas décadas en aspectos cuantitativos como cualitativos y en éste apogeo ha jugado un papel muy importante la aprobación de una nueva Constitución en el año de 1988. Dicha Carta incorporo novedosos mecanismos que permiten situarla téde la Constituciónmente entre las más avanzadas del mundo.

La Constitución de la República Federativa del Brasil de 5 de Octubre de 1988, es en palabras de AFONSO DA SILVA “un texto moderno, con innovaciones de relevante importancia para el constitucionalismo Brasileño”. La forma de Estado que prevé ésta Carta es la federal y la forma de gobierno la Republica Presidencialista; dentro de los principios que vertebraron éste texto cabe señalar el de la división de poderes, el del Estado Democrático de Derecho y el Democrático; asimismo existe una parte dedicada a los derechos

⁸⁶ Ibidem, pag 270

⁸⁷ Ibidem, pag. 272

fundamentales lo cual posee un peso específico en la estructura de la Constitución⁸⁸.

Ahora bien, en cuanto al control de la constitucionalidad el sistema presenta elementos propios del método difuso como del concentrado. De ésta manera cualquier tribunal puede decidir el tema de la constitucionalidad por vía de excepción, es decir que tiene lugar previa argumentación del demandado en su defensa, con lo que imposibilita que se realice oficiosamente y se instaure la presunción de inconstitucionalidad⁸⁹.

Respecto a aspectos procedimentales de la declaratoria de inconstitucionalidad se puede decir que, ésta declaración solo puede ser tomada por el voto de la mayoría absoluta de los integrantes del tribunal y ésta decisión puede ser llevada al Supremo Tribunal Federal a través del recurso extraordinario. Al margen de estas competencias, y también dentro de la genérica jurisdicción del Supremo Tribunal Federal con control de constitucionalidad, está el artículo 103.2 que recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Todo lo anterior configura al Supremo Tribunal Federal como uno de órganos esenciales en el funcionamiento del actual sistema político de Brasil⁹⁰.

1.3.4.1. *Antecedentes Históricos.*

Esta institución en el Derecho Brasileño, ha sufrido la influencia del ordenamiento portugués. Aunque existen marcadas diferencias entre una y otra regulación, diferencias que no solo hacen referencia a la extensión del fenómeno sino también a las instancias legitimadas y a los efectos de la declaración de un “supuesto de omisión inconstitucional”⁹¹. Por otra parte, resulta importante afirmar que, la existencia de la inconstitucionalidad por

⁸⁸ Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Los sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, pag. 133

⁸⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, -José Julio, op. cit., pag. 275

⁹⁰ *Ibidem*, pag 276

⁹¹ *Ibidem*

omisión en la regulación Brasileña tuvo lugar por algunas voces doctrinales que durante el periodo constituyente analizaron y reclamaron la introducción de la figura en estudio. En este sentido se encuentra el caso de la profesora ANNA DA CUNHA FERRAZ⁹², su concepción es amplia dado que el ámbito del instituto, a su entender no se limita a la inercia del legislador, aunque ésta sea la más difícil de controlar, sobre todo por lo que respecta a la ineficacia del control. Así pues, la inercia es inconstitucional si cualquiera de órganos designados por la Ley Fundamental para la práctica de actos de toda naturaleza (legislativos, administrativos, jurisdiccionales) deja de practicarlos. Por último hace varias sugerencias para el efectivo ejercicio de la institución, tales como: fijación de plazos con sanciones específicas, traslado de la competencia de iniciativa a otro poder, reglamentos con fuerza de ley provisional, participación directa del pueblo etc.

De igual modo, AFONSO DA SILVA⁹³ abordó el tema desde una perspectiva amplia antes de la promulgación de la Constitución, aunque en ese tiempo su postura fue muy escéptica. En síntesis, se puede afirmar que, en los diversos proyectos de Constitución realizados desde la esfera privada siempre se incluyó la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

1.3.4.2. La Actual Regulación.

a) El Artículo 103.2 de la Constitución.

Tras los debates llevados a cabo en la sede constituyente, será éste el Artículo que recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión dentro de la Carta Magna⁹⁴. Es destacable 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.

⁹² Citada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 277

⁹³ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 278

⁹⁴ Ibidem, pag. 279

Promulgada la Constitución Federal comenzó el proceso en los distintos Estados miembros para la elaboración de sus respectivas cartas constitucionales, se promulgaron las últimas el 5 de octubre de 1989. De entre ellas destaca, por su previsión expresa de la omisión inconstitucional, la Constitución de Río Grande do Sul, promulgada 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 Catarina⁹⁵.

b) Concepto y Naturaleza del Control.

La inconstitucionalidad por omisión, ostenta una dimensión realmente amplia, de manera que puede definirse como *la ausencia de actividad que otorgue eficacia a un concreto precepto constitucional*⁹⁶. De ahí que todo ente que esté capacitado para dictar normas jurídicas podría cometer ésta infracción; o sea que no se restringe sólo al poder Legislativo, sino que también hay que extenderlo al poder Ejecutivo, al que se le atribuyen actividades de desarrollo de la Carta Magna. Además que habría que sumar otros órganos públicos que tienen responsabilidades en el ulterior desarrollo de los preceptos constitucionales.

Por lo tanto el primer elemento de la definición sería la “inactividad de los órganos competentes para el dictado de normas jurídicas y para la realización de actividades que desenvuelvan la Ley Fundamental”⁹⁷. Por tal razón se cree que un concepto tan amplio del fenómeno no resulta correcto puesto que una institución de los perfiles y problemas que presenta la inconstitucionalidad por omisión exige un tratamiento dentro de los cauces de la seguridad jurídica.

El segundo elemento de la definición ofrecida viene dado por la ineficacia de la norma constitucional respecto de la cual no se ha producido ningún desarrollo. Ello va a necesitar de jurisprudencia y doctrina que perfile el sentido

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ Ibidem, pag. 280

⁹⁷ Ibidem

que en este lugar tiene la “Eficacia vrs. Ineficacia” de un precepto de la Constitución. Ante supuestos en los que la eficacia exista no parece que pueda tener lugar una vulneración de la Ley Básica por Omisión. Pero los problemas de concreción ya empiezan aquí porque, por un lado todo precepto constitucional por el simple hecho de serlo ostenta cierta eficacia, y por otro lado, las normas constitucionales de aplicación inmediata y directa pueden también reclamar un desarrollo ulterior para dotarlas de garantías y de una mayor y más plena potencialidad.

El tercer y ultimo elemento del concepto de la figura en el Brasil es la necesidad de que sea vulnerada una norma concreta y determinada, y no principios, fines o deseos que se derivan de la Constitución considerada en su globalidad⁹⁸. Así las cosas, estamos ante un supuesto más de fiscalización abstracta que sirve para tutelar, en principio cualquier norma constitucional carente de eficacia y en la que el Supremo Tribunal Federal, órgano superior del poder judicial y, a la vez, guardián de la de la Constitución no sustituye al órgano encargado de dar eficacia a la norma básica, sea de naturaleza legislativa, sea de índole administrativa o, incluso de otro tipo. El procedimiento a seguir es el mismo que el de la inconstitucionalidad por acción.

1.3.5. Argentina

1.3.5.1. La 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, en el Artículo 207.2.d del capítulo correspondiente al Superior Tribunal de Justicia, se regula la omisión

⁹⁸ Ibidem, pag. 281

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.

Al respecto de ésta regulación GERMAN BIDART CAMPOS⁹⁹ 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 declare 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 pública¹⁰⁰. 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 logable en términos jurídicos.

1.3.6. Costa Rica.

La legislación vigente en éste país recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión gracias a las prevenciones contenidas en su Ley de de la Jurisdicción Constitucional. Del 18 de octubre de 1989, en el párrafo f) del artículo 73 se establece que:

“Cabra acción de Inconstitucionalidad :

⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán., *Las omisiones constitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1991, pag. 299

¹⁰⁰ Idem, pag. 299

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

El instituto ostenta un carácter bastante amplio al abarcar 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. De ésta forma, queda patente la confusión con las figuras del silencio administrativo y de la ilegalidad por omisión. Es muy importante señalar también que la acción de inconstitucionalidad por omisión solo tendrá cabida si no resulta posible interponer el recurso de Habeas Corpus o el de Amparo¹⁰¹.

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, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado”

En éste sentido, MAGDA INES ROJAS CHÁVEZ¹⁰² basándose en la misma normativa legal y con el objeto de conseguir un mejor aprovechamiento de la institución, nuevas categorías de la legitimación activa, que ya están contenidos en el precepto transcrito, y los intereses y valores de la colectividad, cree que con ésta posición lo que se produce es dificultar la aplicación práctica de la figura.

1.3.7. Alemania.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *op. cit.*, pags. 300 y 301

¹⁰² Citada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *op. cit.*, pag. 301

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 legisladores alemanes¹⁰³. 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. WESSEL¹⁰⁴, fue uno de los pioneros al diferenciar los tipos de omisiones a que puede haber lugar, estableciendo la viabilidad del recurso de inconstitucionalidad en el supuesto de omisiones relativas, las cuales entiende dirigidas contra un actuar positivo del legislador y no contra una omisión y la improcedencia del mismo ante una omisión absoluta por tratarse de una cuestión política y no de carácter jurídica. Poco tiempo después E. LECHNER¹⁰⁵ 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 KHÖLER¹⁰⁶, teniendo una concepción mas 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. El silencio del legislador no puede hacer obsoleto ni un solo artículo de la

¹⁰³ Ibidem, pag. 305

¹⁰⁴ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag 309

¹⁰⁵ Ibidem

¹⁰⁶ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag 309

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 mas extensos y específicos acerca de las omisiones legislativas dentro del ordenamiento jurídico alemán, así encontramos a JAKOB SEIWERTH¹⁰⁷, que nos habla de la admisión del recurso de amparo frente a la infracción de derechos fundamentales del legislador por omisión; KONRAD STAHLER¹⁰⁸, que trata el control judicial constitucional de la omisión legislativa; EKKEHARD WIENHOLTZ¹⁰⁹, que aborda la cuestión de la realización de los mandatos legislativos de la ley fundamental de Bonn y FRIEDRICH JÜLICHER¹¹⁰, 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 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..

¹⁰⁷Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag 311

¹⁰⁸ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit ., Ibidem

¹⁰⁹Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., Ibidem

¹¹⁰Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., Ibidem

1.3.8. 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 MORTATI¹¹¹ uno de los jurisconsultos más sobresalientes. Este autor al tiempo que subraya la 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 cosas PAOLO BISCARETI DI RUFFIA¹¹², 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

¹¹¹ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag.. 316

¹¹² Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 318

exigidas por los artículos programáticos de dicho texto, indicando que si no 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 CRISAFULLI¹¹³ 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 PIZZORUSSO¹¹⁴ 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.

1.3.9. Perú

En la legislación peruana los autores ALBERTO BOREA ODRÍA, 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 principales partidos políticos e instaurada en una jurisdicción constitucional que responde a un sistema dual o mixto¹¹⁵. 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

¹¹³ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *Ibidem*

¹¹⁴ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 319

¹¹⁵ *Ibidem*, pag. 320

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 mas 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 mas 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 omisión¹¹⁶.

1.4. PRECEDENTE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.

Tradicionalmente y de conformidad con lo estipulado el Art.183 de nuestra constitución, la inconstitucionalidad de que pueden adolecer las normas sujetas a este control (que como se ha manifestado anteriormente, son las llamadas normas infraconstitucionales), 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.¹¹⁷ En ese mismo sentido, el profesor EDUARDO COUTURE¹¹⁸ 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..."

¹¹⁶ Ibidem. Pag. 320

¹¹⁷ VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional II. Supremacía y control del constitucionalidad*, Editorial De Palma, Buenos Aires Argentina, 1976, pag. 134.

¹¹⁸ Citado por VANOSSI, Jorge Reinaldo, op. cit., pag 135

Según BERTRAND GALINDO,¹¹⁹ 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 situaciones: uno, cuando la norma ha sido elaborada sin ajustarse a los tramites establecidos por la constitución, o sin adoptar la forma que para cada caso ella prescribe; dos, cuando proviene de un órgano constitucionalmente incompetente para emanarla¹²⁰.

Sin embargo, como se ha venido desarrollando a lo largo del presente capítulo, en otras legislaciones de diversos países se regula un tercer tipo de inconstitucionalidad, que es la denominada inconstitucionalidad por omisión. A pesar de que dicha figura no se encuentra regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos en nuestro país un caso en el que se alegó la existencia de una omisión legislativa con respecto al Código de Familia salvadoreño. Es de hacer notar que el precitado proceso es el único precedente que existe en nuestro país referente al tema, sentando las bases que nos dan la pauta para su eventual aplicación práctica.

El proceso al que hacemos alusión es el marcado con el número de referencia 2-95 promovido por el Lic. Rafael Antonio Moran Cornejo para que se declare la inconstitucionalidad por omisión del código de familia emitido por Decreto Legislativo número 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

¹¹⁹ BERTAND GALINDO, Francisco, op. cit., pag.483.

¹²⁰ Ibidem, pag. 484, cfr

pronunció sentencia declarando sin lugar a la existencia de la inconstitucionalidad alegada por el peticionario.

El peticionario fundamentó su pretensión principalmente en dos argumentos: A) *Omisión de legislar*. Afirmando que en el código de familia 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 código de Familia no regulaba de forma directa la situación jurídica de los hijos de padres con impedimentos para efectuar uniones del tipo antes señalado; y 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 Código de Familia permitía tener más de un hogar, no siendo este el verdadero espíritu del constituyente.

Tal y como lo establece el Art.7 de la ley de procedimientos constitucionales, se pidió informe a la autoridad que emitió la disposición considerada inconstitucional 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 Código de Familia el legislador dio cumplimiento al Art. 33 de la Constitución al regular 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 Código de Familia 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 de 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 código de Familia al establecer dentro de sus principios rectores, la igualdad de derechos de los hijos (Art.4).

La Sala de lo constitucional luego de hacer una serie de consideraciones 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.

Dentro de las acotaciones vertidas en los Considerandos de la sentencia aludida, la Sala hizo relación a la resolución de fecha 5- XI-99, proveída en el proceso numero Inc. 18-98, en la cual el referido Tribunal ya había sostenido previamente que la inconstitucionalidad por omisión es aplicable en nuestro Sistema de Defensa de la Constitución, 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. 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.

CAPITULO II

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

2.1. CONCEPTUALIZACIÓN.

Antes de brindar un concepto concreto de lo que debemos entender por “inconstitucionalidad por omisión”, es necesario detenerse a analizar la terminología que estamos utilizando para referirnos a la institución en comento. De manera que será útil formular algunas consideraciones acerca de los vocablos “Inconstitucionalidad y omisión” por separado.

a) *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. GUILLERMO CABANELLAS¹²¹ define a esta figura como el “quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del Parlamento, por decretos leyes o actos del gobierno...” y es que el proceso de Inconstitucionalidad es por excelencia, un mecanismo de control de la legitimidad constitucional.

¹²¹ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 21º Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989, pag. 201

Procesalmente hablando, el doctor BOVE TICAS¹²² expresa que la inconstitucionalidad es el derecho que tiene todo ciudadano, aún cuando no sea él mismo el directamente agraviado por el contenido y disposiciones de una ley, decreto o reglamento, de presentarse ante la Corte Suprema de Justicia a pedir que se declare la inconstitucionalidad de aquel ordenamiento jurídico que a su juicio es violatorio de la Constitución¹²³.

b) Omisión.

En cuanto al vocablo omisión, definirlo a cabalidad 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 que a esta dominan¹²⁴.

La primera provocará un elemento físico que se traduce en una acción, mientras que la segunda carecerá de dicho elemento. En efecto, la moral, la ética, las normas del trato social y por supuesto el derecho darán relevancia a algunas inactividades del hombre, cuando ésta inacción altere el orden de valores establecido y protegido por los diferentes sistemas de regulación. La relevancia de tales inactividades se encuentra estrechamente ligada con el incumplimiento de una obligación que sujeta al ser humano y que le exige determinada conducta para la protección del orden defendido.

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

¹²² BOVE TICAS, Carlos, op. cit., pag. 50

¹²³ MONTOYA, Juan Ramón, op. cit., pag. 128.

¹²⁴ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 68.

ciertas inactividades que tipificaran conductas o las agravaran dentro del Derecho sancionador de la Iglesia¹²⁵.

No obstante lo anterior, algunos tratadistas consideraron que fue 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. La expresión penal tiene acuñada una carga de antijuridicidad y de reprochabilidad que está forzosamente presente en una inactividad inconstitucional; de manera que, el trasfondo es el mismo: la vulneración del ordenamiento jurídico a causa de un dejar de hacer por parte de quien está obligado a actuar, obligación que tiene su origen en una norma vigente al momento de producirse la infracción¹²⁶.

2.1.1. La Inconstitucionalidad por Omisión según la Doctrina y el Derecho Comparado

Es posible dividir las distintas conceptualizaciones que recoge la doctrina en cuanto a ésta figura en dos grandes grupos: 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 reducida¹²⁷. 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 desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional, sin ulteriores precisiones.

¹²⁵ Ibidem, pag 70

¹²⁶ Ibidem, pag. 71

¹²⁷ Ibidem, pag. 74

Según el segundo grupo la inconstitucionalidad por omisión por el contrario estaría limitada a la pasividad del poder legislativo¹²⁸. 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. Veamos algunos autores que representen concretamente las dos tendencias, que no se basan en meras formalidades, sino que inciden en el fondo y en el sentido de la institución.

El autor JORGE MIRANDA¹²⁹ se encuentra en el primer grupo (concepción amplia), expresando que: “*a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição*”^{130 131}.

Por otra parte, en América Latina encontramos a NÉSTOR PEDRO SAGÜES¹³², quien indica que, “*aludimos a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento constitucional no se traduce por actos sino por abstinencias de conductas*”; asimismo GERMAN BIDART CAMPOS¹³³ 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 NICOLA PICARDI, que señala que “*per omissione del legislatore si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precepto costituzionale che descrive un determinato comportamento del legislatore (emanare norme legislative di attuazione), per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che*

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 75

¹³⁰ *Ibidem*

¹³¹ “La inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa que resulta de la inercia o el silencio de cualquier órgano de poder; es la que deja de practicar en un tiempo determinado un acto exigido por la Constitución”. La traducción es nuestra

¹³² Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 76

¹³³ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., *Ibidem*

*contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale”*¹³⁴
¹³⁵.

El profesor JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO, en ese sentido, afirma que “A omissão legislativa significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restritiva de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu estrito e rigoroso sentido, deve conxionar-se com uma exigencia concreta constitucional de acção”¹³⁶ ¹³⁷. En otro trabajo dice “entender-se-à, principalmente, mas não exclusivamente, como omissão legislativa inconstitucional, o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas”¹³⁸. Y más abajo complementa lo dicho: “A omissão legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições concretas mas não permanentes”¹³⁹.

Por su parte encontramos a LUÍS AGUIAR DELUQUE¹⁴⁰, quien habla de “violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto”.

¹³⁴ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 77

¹³⁵ “Por omisión del legislador se entiende una situación caracterizada por un artículo que contiene un precepto constitucional que describe un determinado comportamiento del legislador (emana normas legislativas de actuación) y un comportamiento concreto del legislador que contrasta en todo o en parte, con aquello descrito por el precepto constitucional.” La traducción es nuestra

¹³⁶ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag 78

¹³⁷ “La omisión legislativa significa que el legislador no hace algo que positivamente le era impuesto por la constitución. No se trata pues, de un simple “no hacer”, sino que se trata de no hacer aquello a que de forma concreta y explícita estaba constitucionalmente obligado. Por esta definición restringida de omisión se puede verificar que la inconstitucionalidad por omisión en su estricto y riguroso sentido debe conectarse con una exigencia concreta constitucional de actuar. La traducción es nuestra

¹³⁸ “... debe entenderse principalmente pero no exclusivamente, como omisión legislativa inconstitucional, el no cumplimiento de imposiciones constitucionales concretas.” La traducción es nuestra

¹³⁹ “La omisión legislativa existe cuando el legislador no cumple o cumple de forma incompleta el deber constitucional de emanar normas destinadas a ejecutar las disposiciones constitucionales permanentes y concretas.” La traducción es nuestra

¹⁴⁰ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., Ibídem

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”.

Así también, IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ¹⁴¹ 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.

En la Doctrina Peruana encontramos a JUAN CARLOS MORON URBINA, quien lo conceptúa como: “*la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional*”. Sin embargo José Julio Fernández manifiesta al respecto que, tal definición resulta imprecisa y poco acorde con la institución en comento, puesto que el vocablo reglamentación posee un significado que no se circunscribe únicamente al campo de la inacción legislativa constitucional.¹⁴²

2.1.2. Concepción mayormente aceptada

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*

¹⁴¹Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., Ibidem

¹⁴² Ibidem, pag. 79

*eficaz aplicación”*¹⁴³. En ese sentido para una mayor comprensión del concepto antes vertido, procederemos a desglosar y analizar detalladamente los elementos que componen el mismo, los cuales a grosso modo son:

- 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.*

a) 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 relevante¹⁴⁴. En ese sentido, es posible encontrar en cada ordenamiento jurídico, normas y principios que someten la voluntad del legislador, imponiéndole ciertos comportamientos o deberes¹⁴⁵.

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 del legislador resulte jurídicamente incompatible (puesto que para el desarrollo y ejercicio de ese deber de legislar es necesario el dictado de una previsión

¹⁴³ Ibidem, pags. 83 - 91

¹⁴⁴ GOMEZ PUENTE, Marcos, *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, pags. 1-10

¹⁴⁵ 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. Vid al respecto GOMEZ PUENTE, Marcos, op. cit., pag. 17

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 ordenamiento¹⁴⁶. Así, en algunos casos pueden verse deberes expresos y concisos, como por ejemplo, los contenidos en los artículos 38 inc 1º, 46 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. Por su parte, el art. 46 dispone que “El Estado propiciará la creación de un banco de propiedad de los trabajadores”, ordenando así la generación de las condiciones necesarias para el establecimiento de una institución financiera de naturaleza social y su respectiva normación (Banco de los Trabajadores). 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 muchas ocasiones éstos se encuentran inmersos o implícitos dentro de una norma más genérica, sin que por ello pueda llegar a excluirse su existencia.

¹⁴⁶ Ibidem, pag. 20

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 cumplimiento¹⁴⁷.

b) Periodo Temporal Excesivo.

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 supuesto¹⁴⁸. 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*” 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 caso¹⁴⁹.

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

¹⁴⁷ Ibidem, pag 36

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 85

¹⁴⁹ Ibidem, pag. 86

tengan que ser ponderados como si se tratara de una situación excesivamente política, sino que en virtud de las exigencias del derecho, uno es el principio (necesidad de desarrollo) y otro es la excepción (retraso en ese desarrollo); por lo tanto tal excepción requerirá siempre una justificación¹⁵⁰.

c) Precepto de Obligatorio y Concreto Desarrollo.

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*¹⁵¹.

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 normas¹⁵². 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

¹⁵⁰ Ibidem, pag. 86

¹⁵¹ OROZCO SOLANO, VICTOR y otra, *La Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica*, artículo electrónico, San José, 2000, pag.3, www.uned.ac.cr/redti/documentos/LAS%OMISIONES%LEGISLATIVA

¹⁵² Ibidem, pag. 3

de la norma constitucional para que ésta adquiriera su condición de aplicable y pueda producir los mismos efectos jurídicos que las normas autoaplicativas¹⁵³.

Ahora bien, las normas incompletas a su vez pueden ser de dos tipos: 1) *Permisos* y 2) *Mandatos Constitucionales*¹⁵⁴. 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. A diferencia de los permisos, los mandatos constitucionales vinculan de manera inmediata a los poderes públicos con potestad normativa, los cuales no pueden excusarse por ninguna razón 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.

d) Ineficacia de la Norma Constitucional.

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*

¹⁵³ Ibidem, pag. 4

¹⁵⁴ Ibidem, pag. 4

*desarrollo trae como resultado la falta de eficacia de aquellas normas*¹⁵⁵. 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 regulación¹⁵⁶. 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.

2.1.3. Crítica.

Sin embargo, ésta concepción restringida presenta varios defectos: en primer lugar, posee dos elementos que a criterio del autor RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE¹⁵⁷, 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”¹⁵⁸. 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.

¹⁵⁵ FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 89

¹⁵⁶ Ibidem, pag 70 cfr

¹⁵⁷ HERNANDEZ VALLE, Ruben, *El Principio de igualdad y las omisiones legislativas*, artículo electrónico, San José, 1998, pag 4, www.us.es/cidc/ponencias/igualdad/ruben%20HERNANDEZ.pdf.

¹⁵⁸ Ibidem, pag 5

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.

El precitado autor considera más apropiado concebir la figura en estudio de una forma más amplia, acorde con la regulación que dicho instituto tiene en el ordenamiento Costarricense, conceptuándola como: *“la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales, independientemente de que sean de obligatorio y concreto desarrollo y del tiempo transcurrido desde su promulgación”*¹⁵⁹.

2.2. TIPOS DE OMISIÓN.

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 ¹⁶⁰.

La dificultad para identificar las omisiones legislativas, estribaría entonces, como es fácil de imaginar, en la determinación de la existencia de los referidos deberes jurídicos que pesan sobre el legislador y en la precisión de sus contenidos especialmente, cuando no gozan de formulación positiva explícita en el

¹⁵⁹ Ibidem, pag 6

¹⁶⁰ GOMEZ PUENTE, Marcos, op. cit., pags. 19

correspondiente sector del ordenamiento¹⁶¹. Es importante señalar que el legislador se halla vinculado por la Constitución, pero también por el resto del ordenamiento jurídico y que de él forman parte otras normas que vinculan al legislador.

2.2.1. Clasificación de las Omisiones y sus efectos.

2.3.1.1 Omisiones Inconstitucionales según la actividad involucrada.

Es claro que, en virtud del principio de supremacía constitucional, los poderes públicos con potestad normativa se encuentran sometidos a los mandatos de la constitución, y por tal razón no pueden excusarse de ejercer su función de normación en los casos en que la ley primaria lo requiera para desplegar toda su eficacia. Dentro del concepto de “*poderes públicos con potestad normativa*” debe involucrarse no solo al legislador ordinario, autorizado y facultado para crear normas infraconstitucionales como representante del pueblo soberano, sino que es también necesario mencionar al poder ejecutivo (órgano ejecutivo), el cual cumple en muchos casos una función creadora de normas jurídicas a través de su potestad reglamentaria, y en ejercicio de tal poder – deber, no puede excusarse de desarrollar aquellos preceptos que la norma constitucional le ha ordenado.

En ese orden de ideas, las omisiones inconstitucionales según la actividad involucrada pueden clasificarse en: *legislativas y administrativas*; no obstante en algunos casos pueda existir una omisión compartida de ambos poderes¹⁶².

a) Omisiones legislativas a encargos expesos.

El legislador ordinario como representante de la soberanía popular está legitimado para dictar normas con rango de ley, pero no puede dejarse de lado su

¹⁶¹ Ibidem, pag. 20

¹⁶² PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, *La Inconstitucionalidad por Omisión*,. 1º Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2004, pags. 66 y 67

vinculación a la Constitución y en consecuencia, su deber de ejercer dicha función sin violentar el contenido de la norma suprema. A *contrario sensu*, tampoco podrá excusarse de emitir una ley que sea necesaria para desarrollar una cláusula constitucional, puesto que estaría propiciando su ineficacia¹⁶³.

Debe tenerse presente que, existen normas constitucionales que establecen una competencia exclusiva al legislador para desarrollar ciertas materias, competencia que es irrenunciable y que por su naturaleza tampoco puede ser delegada. Esa exclusividad atribuida al legislador para arreglar dichas materias se traduce en lo que jurídicamente se conoce como “*el principio de reserva de ley*” el cual, excluye a otro poder público, con potestad normativa de intervenir en la regulación de ciertos asuntos¹⁶⁴. Esa obligatoriedad del legislador de actuar en razón de dicho principio, es el límite del ejercicio de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, a quien le están reservadas únicamente ciertas materias que no requieren de la creación de una ley formal.

Es importante indicar que en muchas ocasiones esa obligatoriedad del legislador, de intervenir en ciertos asuntos por mandato constitucional, viene dado por mandato expreso de la ley suprema, tratándose así de una imposición directa desplegada por la norma y que vincula al legislador sin posibilidad de excusa. En ese sentido, el tema de las omisiones inconstitucionales legislativas involucra una amplia discusión acerca de la discrecionalidad que posee el primer Órgano del Estado al momento de legislar. Sin embargo, es claro que en los supuestos en que la Constitución establece un mandato expreso, no está frente a simples programas a desarrollar discrecionalmente por el legislador, sino que éste debe actuar según los lineamientos expresamente establecidos por el constituyente en la norma primaria; de tal manera que ningún poder constituido puede ser libre y soberano, ni siquiera el legislador. La autonomía del legislador significa que la Constitución le atribuye un margen de discrecional decisión para crear normas y

¹⁶³ Ibidem., pag. 68

¹⁶⁴ Ibidem, pag. 69

de las de rango inferior, estando siempre presente el deber de respetar el marco constitucional¹⁶⁵.

De igual manera es necesario hacer notar que para cumplir el mandato constitucional no sólo es necesario que el legislador desarrolle la labor requerida por la Constitución, si no que es indispensable que dicha ley sea suficiente para otorgarle eficacia a la norma constitucional, por lo que si esa ley no le otorga operatividad, se requiere por lo menos que dicha operatividad pueda materializarse a través de una reglamentación ulterior.

Así mismo, otro elemento importante en cuanto a las omisiones a encargos expresos, es el factor tiempo¹⁶⁶. La Constitución bien podría contener un mandato tan específico que otorgara al legislador un plazo determinado para crear la ley¹⁶⁷, sin embargo muchas de las normas constitucionales establecen ordenes expresas de “hacer” pero no fijan un plazo limite dentro del cual el legislador deba actuar. Podría pensarse aquí, que la norma constitucional concede al legislador tal grado de discrecionalidad que le permite crear la ley en cualquier momento. No obstante, si partimos del principio de supremacía constitucional y de la vinculación de los poderes públicos a la Constitución, no puede aceptarse dicha posición, puesto que el legislador quedaría en libertad, sustituyendo al poder constituyente, disponiendo discrecionalmente de la posibilidad de otorgar o no eficacia a la norma constitucional.

En estos casos, en que no se ha impuesto plazo específico al legislador para crear la norma, es en los que la labor del tribunal constitucional resulta de fundamental importancia, en virtud de ser dicho Órgano el contralor de la constitucionalidad debiendo acudir a los principios de razonabilidad como parámetros de interpretación, determinando así de acuerdo a las circunstancias,

¹⁶⁵ Ibidem, pag. 70

¹⁶⁶ Ibidem, pag. 70

¹⁶⁷ En este caso, solamente una vez transcurrido dicho período podría constatarse la existencia de una omisión inconstitucional. Vid al respecto PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 71

si el plazo transcurrido es suficiente para que la omisión pueda ser considerada como inconstitucional¹⁶⁸.

b) Omisiones Legislativas a Encargos Tácitos.

Los encargos tácitos contenidos en la norma constitucional son también denominados mandatos generales de legislar. Hay quienes consideran que el legislador solo está obligado a actuar en los casos que la norma constitucional contenga un mandato expreso, sin embargo otros autores son de la opinión de que dichos mandatos solo son una de las formas de requerir al legislador a través de la norma constitucional, pero no la única, puesto que existen normas que tienen deberes implícitos que resultan igualmente vinculantes, y que en caso de no ser cumplida producirían un vacío normativo que violentaría el principio de supremacía constitucional¹⁶⁹.

Es menester indicar que el tratamiento que debe darse a las omisiones de mandatos implícitos es similar a aquel dado a las omisiones de mandatos expresos, siendo la única diferencia entre unas y otras normas su especial naturaleza, en virtud de que las primeras contienen una orden concreta y las segundas una orden abstracta¹⁷⁰. En ese sentido, el legislador debe intervenir en aquellos casos en que exista una orden implícita en las materias con reserva de ley o aquellas en que a pesar de no poseer reserva, la norma constitucional ha omitido establecer quien debe desarrollar su contenido. Es el tribunal constitucional el ente encargado de establecer si se está frente a una orden implícita o si se trata de un permiso constitucional, frente al cual el legislador posee discrecionalidad para escoger entre dos situaciones jurídicas permitidas por la ley suprema¹⁷¹.

¹⁶⁸ Ibidem, pag. 71

¹⁶⁹ Ibidem, pag. 72

¹⁷⁰ Ibidem, pag. 73

¹⁷¹ Ibidem, pag. 74

Al igual que las omisiones a mandatos expresos, debe tenerse en consideración el factor tiempo, el cual presenta ciertas características propias en los mandatos implícitos, por cuanto es obvio que al no establecerse una orden específica en la norma constitucional tampoco ésta contendrá un plazo determinado. De igual manera que en el apartado anterior, el tribunal constitucional será el encargado de determinar si el plazo transcurrido es o no razonable y si se ha producido la violación a la norma constitucional; para de ésta forma establecer si esa omisión es o no inconstitucional.¹⁷²

A pesar que, en los casos de normas constitucionales que contienen normas implícitas no existe un mandato concreto, su control es igualmente indispensable por cuanto de lo contrario el legislador estaría generando una situación jurídica contraria a los valores y principios de la constitución¹⁷³, puesto que la disposición implícita contenida en la norma es una obligación que vincula a los poderes públicos y de la cual no pueden excusarse por ninguna razón.

Para ilustrar lo relativo a los mandatos implícitos traemos a colación el Artículo. 101 inc.2º de nuestra constitución, el cual reza de la siguiente forma: “El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos”... Es claro que, la norma parcialmente transcrita, no contiene una orden concreta, ni tampoco dice quien debe darle operatividad; sin embargo implícitamente se está ordenando al Estado a crear la legislación necesaria para promover el desarrollo económico y social, puesto que de no hacerlo, se estaría produciendo una situación contraria a lo querido por la constitución.

En casos como el presente, el tribunal constitucional (Sala de lo Constitucional) debe observar y determinar que tan necesaria es la cláusula para el reconocimiento de un derecho y si ha transcurrido o no un plazo razonable.

¹⁷² En principio, el no desarrollo normativo de un mandato constitucional se traduce en simple incumplimiento de las exigencias constitucionales, sin embargo, el transcurso del plazo más allá del razonable puede llegar a convertir la situación en una verdadera omisión inconstitucional. Vid al respecto PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 75

¹⁷³ Ibidem, pag. 75

Dicho de otro modo, debe tenerse en cuenta la naturaleza del derecho invocado a la luz de la cláusula constitucional y determinarse si dicha norma es intrínsecamente necesaria para el reconocimiento de dicho derecho¹⁷⁴. En síntesis, podemos afirmar que la figura de la inconstitucionalidad por omisión se enmarca también en los casos en que las normas constitucionales carezcan de suficiente fuerza para ser exigidos por sí mismas e implícitamente dirigen al legislador la tarea de darles operatividad.

c) Omisiones Administrativas.

Las omisiones administrativas, están referidas tanto a las disposiciones generales que debieron ser emitidas por el Órgano Ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria como a los actos administrativos y materiales de la Administración¹⁷⁵. En el primer supuesto, existe un deber constitucionalmente establecido que vincula al Órgano Ejecutivo a reglamentar las leyes o las normas constitucionales en forma directa. El segundo supuesto abarca diversas obligaciones de actuar de la Administración que van desde la genérica prestación de servicios públicos hasta la necesidad de dictar el acto administrativo requerido por un particular¹⁷⁶. Por lo anterior, el control de la constitucionalidad por omisión puede ser muy amplio en tanto podría incluir la obligación del Estado de ejecutar determinados actos individuales.

Es preciso señalar entonces, que el tema de las omisiones inconstitucionales no sólo debe enmarcarse en la perspectiva de la inacción del legislador, por cuanto al poder ejecutivo, también se le ha atribuido el deber de desarrollar los preceptos constitucionales relativos a sus funciones a través del dictado de reglamentos que desarrollen la ley o la norma constitucional en forma directa¹⁷⁷. Es decir que, podría darse el supuesto de que una cláusula

¹⁷⁴ Ibidem, pag. 75

¹⁷⁵ Ibidem, pag. 76

¹⁷⁶ Ibidem

¹⁷⁷ Ibidem, pag. 78

constitucional establezca que determinada materia debe ser regulada por vía reglamento o podría darse el caso también que una ley que desarrolla un precepto constitucional requiera de reglamentación del Órgano Ejecutivo para alcanzar operatividad¹⁷⁸.

En el primero de los supuestos; es decir cuando la norma constitucional contiene un mandato concreto atribuido exclusivamente al Órgano Ejecutivo en el sentido de reglamentar una determinada materia, es claro que, al no cumplirse este mandato se estaría dando una violación directa a la norma constitucional, susceptible de ser declarada a través del control de la “inconstitucionalidad por omisión”¹⁷⁹.

El segundo caso se da en los supuestos en que el legislador desarrolló el contenido de la norma constitucional mediante la creación de una ley, sin embargo dicha ley requiere al mismo tiempo de un reglamento para desplegar todos sus efectos. Así pues, en los casos en que el Órgano Ejecutivo omite reglamentar una ley tal como esta lo ordena, indirectamente se violenta lo establecido en la norma constitucional por cuanto no logra desplegar toda su eficacia¹⁸⁰.

De acuerdo con lo anterior, se hace inescapable para el Órgano Ejecutivo el ejercicio de esa competencia; ya que dentro del ilimitado espacio de la legislación, en muchas ocasiones el destinatario de un “deber – hacer” es el Órgano Ejecutivo, y como tal, queda sujeto a la orden contenida en la ley; por lo que desaparece para éste Órgano todo tipo de discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación de modo que el ejercicio de tal competencia se le hace inevitable¹⁸¹.

¹⁷⁸ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 99

¹⁷⁹ PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 79

¹⁸⁰ Ibidem, pag. 79

¹⁸¹ Ibidem, pag. 80

2.3.1.2. *Omissiones inconstitucionales según la vulneración a la norma constitucional*

Al hablar de los tipos de omisiones tradicionalmente la doctrina ha distinguido entre dos tipos que son: las *omisiones absolutas* (o silencio del legislador) y las *omisiones relativas* (o silencio de la ley). De acuerdo con el Magistrado alemán W. WESSEL¹⁸², existen omisiones absolutas en los casos en que el legislador no ha desarrollado la norma constitucional, mientras que las relativas se refieren a aquellas situaciones en que se ha verificado un desarrollo, pero este es parcial, lo cual conduce a una violación del principio de igualdad.

Sin embargo, esta clasificación no ha sido muy bien acogida por otros autores, tal es el caso de CONSTANTINO MORTATI¹⁸³, quien estima que tal clasificación es muy pobre desde dos puntos de vista: uno, la falta de toda regulación no es suficiente para impedir una acción que trata de reparar esa situación; dos, las omisiones relativas son perseguibles cuando vulneran una disposición constitucional y no solo cuando atacan el principio de igualdad.

Por su parte, otros autores han clasificado las omisiones inconstitucionales en *formales y materiales*, conectando las primeras a las omisiones absolutas y las segundas a las relativas o parciales¹⁸⁴. Así, en el caso de las omisiones formales se considera que el legislador adoptó una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo del Constituyente que requiere desarrollarse. Por otro lado, en el supuesto de las omisiones materiales, la inactividad vulnera el principio de igualdad en tanto dicho desarrollo soslaya la existencia de ciertos grupos que deben de considerarse en la ejecución del precepto constitucional.

En este sentido, el autor FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO¹⁸⁵, señala que las omisiones que violan la norma fundamental no solo pueden ser formales, sino también materiales, en tanto la existencia de un desarrollo normativo del

¹⁸² Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 85

¹⁸³ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 85

¹⁸⁴ Ibidem, pag. 86

¹⁸⁵ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 86

precepto constitucional para una categoría determinada de personas, con la consecuente discriminación para otros grupos humanos, generan una violación del Derecho constitucional, que debe de ser solventada por los órganos jurisdiccionales encargados de velar por la supremacía constitucional y de la tutela de los derechos humanos que esta reconoce.

A continuación pasaremos a desarrollar estos tipos de omisiones más detalladamente.

A) Omisiones Totales o 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 fundamental¹⁸⁶. 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”¹⁸⁷ 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 publicas con poder normativo queda vacío, en cuanto dichas normas

¹⁸⁶ Ibidem, pag. 87

¹⁸⁷ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op..cit., pag. 87

no son autoaplicativas, sino que su eficacia es diferida y se encuentran condicionadas, precisamente, a un desarrollo ulterior 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 Magna¹⁸⁸.

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 publicas.

B) Omisiones Parciales o 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 MENÉNDEZ¹⁸⁹ señala que éstas consisten en una conducta legislativa, que pretende hacer efectivos los mandatos o permisos contemplados en la norma fundamental, sin embargo, esta 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 autores como FERNÁNDEZ SEGADO¹⁹⁰ consideran que siempre se trata de un supuesto de violación al derecho a la igualdad. Ello produce sin duda alguna, una situación no querida por el constituyente que viola el principio de

¹⁸⁸ Ibidem, pag. 88

¹⁸⁹ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 90

¹⁹⁰ Ibidem

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. Al respecto el autor PÉREZ ARROYO¹⁹¹ considera “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 nos encontramos, según el Tribunal constitucional, ante una inconstitucionalidad por omisión”

El autor JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁹², 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 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

¹⁹¹Ibidem

¹⁹² Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 91

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 anterior¹⁹³.

Para el jurista IGNACIO VILLAVERDE¹⁹⁴, 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 solo 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, esta 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.

B) Omisiones Formales y Materiales.

Las omisiones formales de carácter formal 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 existente¹⁹⁵.

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

¹⁹³ Ibidem, pag. 91

¹⁹⁴ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 92

¹⁹⁵ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 116

que desarrollan de forma incompleta un precepto constitucional, que son omisiones de naturaleza formal.

El autor KONRAD STAHLER¹⁹⁶ 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 formal¹⁹⁷.

C) Omisiones Evitables e Inevitables.

Este tipo de omisiones casi se escapa del mundo jurídico, sin embargo es menester abordarlas para la mejor comprensión de la figura en estudio¹⁹⁸. 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 constitucionales¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit. , pag. 117

¹⁹⁷ Ibidem, pag. 119

¹⁹⁸ Ibidem, pag. 121

¹⁹⁹ Ibidem

CAPITULO III

3. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

3.1. SUPUESTOS LEGITIMADORES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION.

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 existencia²⁰⁰. 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.

Así 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

²⁰⁰ PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag- 101

se restringe la posibilidad de acceder al sistema de la constitucionalidad por omisión a los casos de infracción a la parte dogmática de la Constitución²⁰¹.

En ese orden de ideas, merecen especial atención las normas constitucionales orgánicas, en tanto su especial naturaleza nos lleva a un análisis mas 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 normativa²⁰².

Es así que 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 mas adelante.

3.1.1. El denominado “Derecho Subjetivo a la Normación”.

Como pudimos ver anteriormente existen diversas teorías sobre el fundamento de la inconstitucionalidad por omisión: unas que tienen una ámbito muy radical y otras que son mas 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 jurídicas²⁰³. 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

²⁰¹Ibidem, pag.- 101

²⁰² Ibidem, pag. 102

²⁰³ Ibidem, pag. 103

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 norma²⁰⁴.

Existen numerosos autores que han dirigido sus investigaciones en torno a la noción de derecho subjetivo a la normación, y por supuesto las conclusiones de cada uno de ellos no son siempre las mismas. Un ejemplo de lo anterior, son las posiciones adoptadas por DUGUIT y KELSEN²⁰⁵ 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*²⁰⁶. 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

²⁰⁴ Ibidem, pag. 103

²⁰⁵ Citados por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 104

²⁰⁶ Ibidem, pag. 104

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 conducta requerida, su actuación u omisión implica una determinada consecuencia jurídica²⁰⁷. 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 existente²⁰⁸.

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 subjetivo²⁰⁹. 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

²⁰⁷ Ibidem, pag. 105

²⁰⁸ Ibidem, pag. 106

²⁰⁹ Ibidem

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 público depende del reconocimiento que como tal le de una determinada norma del 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 existencia²¹⁰. 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 KELSEN²¹¹ 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 jurídicas²¹². 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.

²¹⁰ *Ibidem*, pag. 107

²¹¹ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, *op. cit.*, pag 107

²¹² *Ibidem*, pag. 107

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 omiso²¹³.

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 omisión²¹⁴.

3.1.2. 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 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

²¹³ Ibidem, pag. 108

²¹⁴ Ibidem, pag. 109

realidad a una noción histórica particular con la que se ha concebido a estos derechos²¹⁵.

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 positivizados²¹⁶.

Para RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE²¹⁷, 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”²¹⁸.

El autor ANTONIO PEREZ LUÑO²¹⁹ 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

²¹⁵ Ibidem, pag. 115

²¹⁶ Ibidem

²¹⁷ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 116

²¹⁸ Ibidem, pag. 116

²¹⁹ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit. , pag. 117

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 internacionales²²⁰.

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 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 publicas”. La segunda ha entrado en desuso, puesto que se ha reconocido que algunos derechos humanos poseen un contenido distinto de la mera formulación de

²²⁰ Ibidem, pag. 117

libertades referentes a la autonomía de que gozan los individuos²²¹. Lo anterior por cuanto, es claro que el contenido de los derechos humanos no se agota en tales supuestos, sino que, como se ha expuesto con anterioridad, también facultan al individuo con el fin de que exija el cumplimiento de ciertas prestaciones que se consideran vitales para su desarrollo integral.

En todo caso se debe reiterar que con independencia de la expresión con que se denominen los derechos humanos, lo cierto es que el principio de supremacía de la Constitución supone la necesidad de que las autoridades públicas desarrollen los preceptos constitucionales que precisamente requieren esa actividad normativa con el propósito de que toda persona pueda disfrutar plenamente de los derechos fundamentales reconocidos en una norma de ejecución condicionada o diferida²²².

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 plena²²³. 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 mas 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

²²¹ Ibidem, pag. 120

²²² Ibidem, pag. 121

²²³ Ibidem, pag. 121

normativo que cercenan la eficacia de que gozan los preceptos constitucionales de aplicación diferida y por ende, los derechos humanos de los particulares²²⁴.

3.1.3. 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 mandatos expresos e implícitos, con el propósito de que tales preceptos gocen de eficacia plena²²⁵.

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 publicas²²⁶. 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 ultimo 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 constitución²²⁷.

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

²²⁴ Ibidem, pag. 122

²²⁵ Ibidem, pag. 123

²²⁶ Ibidem

²²⁷ Ibidem, pag. 124

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 ejecución diferida, constituiría el mayor alcance del contenido del principio de supremacía de la Constitución.²²⁸

3.2 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

3.2.1 Figura de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión.

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 jurídicas²²⁹.

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 *“ataque de la inactividad de los poderes públicos en su doble dimensión: absoluta y relativa”*²³⁰.

²²⁸ Ibidem, pag. 126

²²⁹ Ibidem, pag. 133

²³⁰ Ibidem, pag. 134

En razón de lo anterior, a lo largo de este apartado 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.

3.2.1.1 *Concepto.*

La acción de inconstitucionalidad desde su perspectiva tradicional constituye un mecanismo procesal para ejercitar un control objetivo y abstracto de las normas de rango inferior a la Constitución. Podemos decir que es objetivo en tanto lo que se controla es la norma jurídica en sí y no la autoridad que la emite, y que es abstracto en la medida en que dicho control es ejercitado sobre la norma, independientemente de la aplicación de la misma en un caso concreto²³¹.

Asimismo, tal como lo señala el autor RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE²³², la acción de inconstitucionalidad parte de dos presupuestos dogmáticos: *el principio de supremacía de la Constitución y el principio de regularidad jurídica*. El primero implica una subordinación normativa de todas las leyes a la Constitución; por su parte el principio de regularidad jurídica supone la existencia de una especie de armonía entre los distintos niveles normativos del ordenamiento jurídico.

En razón de ello, el referido autor manifiesta que en todos aquellos casos donde no han sido observados los principios anteriores, se debe acceder al control de constitucionalidad de las normas jurídicas para restablecer el orden constitucional quebrantado. Así las cosas, la acción de inconstitucionalidad

²³¹ Ibidem, pag. 137

²³² Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 137

resulta el mecanismo procesal más idóneo para reclamar ese quebranto a la norma fundamental²³³.

Por otra parte, al tratar el tema de la inconstitucionalidad por omisión, surge la interrogante acerca de cuales mecanismos procesales pueden ser empleados como medio para acceder al sistema. En ese sentido, no resulta recomendable explorar caminos diferentes ni pretender modificar el ordenamiento jurídico ya existente mediante la creación de normas procesales nuevas. Por el contrario, debe partirse de la normativa interna de cada Estado y utilizar los remedios jurisdiccionales que son empleados tradicionalmente aunque ello no aplica en ordenamientos como el nuestro el mecanismo procesal previsto para acceder al control de la constitucionalidad no es lo suficientemente eficaz para controlar las omisiones inconstitucionales²³⁴.

Así las cosas, mediante la acción de inconstitucionalidad se puede ejercitar un control objetivo y abstracto de las normas de rango inferior a la Constitución, aunque cabe señalar que mediante esta acción de inconstitucionalidad por omisión, si bien se ejercitará ese mismo control ya no será sobre dichas normas jurídicas, sino sobre las omisiones de los poderes públicos al dictarlas. En ese sentido la acción de inconstitucionalidad por omisión puede definirse como el *“mecanismo procesal idóneo para acceder al control de constitucionalidad sobre aquellas omisiones normativas que violenten los mandatos contenidos en la Constitución”*²³⁵.

De igual forma, al ejercer la acción de inconstitucionalidad por omisión deben tenerse en cuenta los principios de supremacía de la Constitución y de regularidad jurídica ya mencionados, por cuanto no puede justificarse la existencia de ese mecanismo procesal como medio de control de las omisiones de los poderes públicos, si no se parte de la superioridad normativa de la Constitución y de la necesidad de que exista armonía entre los distintos niveles

²³³ Ibidem, pag 138

²³⁴ Ibidem, pag. 139

²³⁵ Ibídem

de jerarquía de las normas. Solo tomando en consideración el quebranto de estos principios, el tema del control de las omisiones de los poderes públicos resulta de relevancia para el Derecho Constitucional²³⁶.

3.2.1.2 Objeto.

El objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión va a constituir el criterio diferenciador entre ésta y la visión que tradicionalmente ha sido utilizada para la figura de la acción como mecanismo de control de las normas jurídicas. Es claro que, si el objeto de la acción de inconstitucionalidad común y corriente es verificar la adecuación de un acto normativo al bloque de constitucionalidad, en el caso de la acción por omisión, de igual forma el objeto lo constituye esa verificación respecto del bloque de constitucionalidad, pero de una inacción normativa, es decir, se pretende el control de todas aquellas omisiones de los poderes públicos al dictar las normas necesarias para dotar de eficacia a la cláusula constitucional²³⁷.

Debemos recordar que, como ya se ha mencionado anteriormente, cuando se habla de omisión, debe entenderse toda aquella inactividad del legislador o del Órgano Ejecutivo- sea absoluta o relativa- de dictar una norma de rango inferior al de la Constitución que sea necesaria para dotarla de ejecución práctica.²³⁸ Para efectos de lograr una mejor comprensión del objeto de la acción de inconstitucionalidad retomaremos la regulación Costarricense, por lo que para efectos de ilustración se hará un análisis sobre la disposición siguiente:

El artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, expresamente dice: “Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

²³⁶ Ibidem, pag. 140

²³⁷ Ibidem

²³⁸ Cabe mencionar que, el control de constitucionalidad por omisión también puede ejercerse sobre las omisiones de la Administración descentralizada en el dictado de los reglamentos autónomos necesarios para dotar de eficacia a la norma constitucional. Vid al respecto PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 140

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

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

Es claro que el artículo parcialmente transcrito hace referencia al objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico costarricense, al contemplar la previsión del control mediante dicho mecanismo, de las omisiones absolutas y relativas. Así, en el literal “a” se incluye el control de las omisiones relativas mediante el mecanismo de la acción de inconstitucionalidad, en tanto en éstos supuestos existe una norma de rango inferior que produce una ineficacia relativa de la cláusula constitucional, en la medida en que realiza un desarrollo parcial del precepto que abarca solamente a ciertos grupos y excluye a otros que debieron ser incluidos por mandato constitucional²³⁹.

De igual forma el literal “f”, contempla la posibilidad de presentar la acción de inconstitucionalidad contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas, dentro de lo cual resulta procedente enmarcar todas aquellas omisiones absolutas (a diferencia del primer caso) es decir, en razón de no existir un desarrollo normativo, sino por el contrario hay una inactividad total de los Órganos públicos encomendados por la Constitución para dictar la norma ulterior necesaria. para dotarla de eficacia²⁴⁰.

Finalmente, es indispensable aclarar que en los casos de las omisiones legislativas el objeto de la acción no es realizar un control sobre el legislador, sino solamente sobre su silencio en tanto vulnere la norma fundamental (es decir, las omisiones de las autoridades públicas, sean éstas absolutas o relativas) pues, de lo contrario el Órgano controlador estaría excediendo la esfera de su competencia

²³⁹ Ibidem, pag. 141

²⁴⁰ Ibidem, pag. 142

y podría generar una violación al principio de separación o independencia de los Órganos del Estado²⁴¹.

3.2.2. Procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión en el Derecho Comparado.

Luego de abordar algunos aspectos doctrinales de la acción de inconstitucionalidad por omisión, conviene conocer un poco sobre sus implicaciones en el Derecho Comparado, es decir, acerca de las previsiones legales que algunos países han adoptado dentro de sus ordenamientos jurídicos para aplicar éste tipo de control. Primeramente es necesario aclarar que si bien la acción de inconstitucionalidad por omisión es el mecanismo previsto generalmente para acceder al control de constitucionalidad de los silencios de los poderes públicos en ejercicio de su potestad normativa, existen particularidades en ciertos ordenamientos jurídicos que inclusive contemplan otros mecanismos dentro de este tipo de control²⁴².

Para efectos de nuestro estudio tomaremos en cuenta el Derecho Continental Europeo y el Derecho Latinoamericano. En Latinoamérica, la figura de la inconstitucionalidad por omisión ha generado una atención sin precedentes en el ámbito doctrinal en los últimos años, sobre todo en aquellos países que tienen dentro de sus ordenamientos estipulaciones legales e incluso constitucionales suficientes para su aplicación²⁴³. En el ámbito práctico, la figura no ha caminado al mismo ritmo que lo desarrollado por la doctrina, sin embargo han existido avances importantes como consecuencia de un cambio de mentalidad del constituyente derivado de pretender observar las Constituciones modernas como un texto autónomo, vivo y no letra muerta aplicable a discreción del legislador.

²⁴¹ Ibidem

²⁴² Ibidem, pag. 169.

²⁴³ Ibidem, pag. 170

Por otra parte, en el Sistema de Justicia Constitucional Europeo son particularmente ilustrativos los casos de Alemania, Portugal y España, donde se ha aceptado, aunque no en forma pacífica, la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra las omisiones normativas²⁴⁴. Finalmente, conviene mencionar en los siguientes apartados las peculiares características de aquellos países latinoamericanos que han inspirado la instauración de este tipo de control como mecanismo para evitar la violación a la norma fundamental.

3.2.2.1 Costa Rica.

En Costa Rica, de acuerdo al Artículo 10 de la Constitución Política, el control de constitucionalidad sobre las acciones y las omisiones de las autoridades públicas que violan el derecho de la Constitución le corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como reza: “Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en ésta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y de los demás que determina la ley”.

A través del análisis de éste artículo, nos queda claro que en Costa Rica, el control de las omisiones y actuaciones estatales que violan el derecho de la Constitución corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia²⁴⁵. Esta es, precisamente, una de las que integra el Poder Judicial y está compuesta por 7 magistrados propietarios y 12 suplentes, a quienes les corresponde, por mayoría absoluta de sus miembros, determinar la adecuación a la Constitución de las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos y la tutela de los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución, como

²⁴⁴ Ibidem

²⁴⁵ Ibidem, pag. 147

en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República²⁴⁶.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional, N° 7135, de 11 de Octubre de 1989, regula la actuación de éste Órgano Jurisdiccional; en este sentido, son ocho los procedimientos que instaura o desarrolla con el propósito de que pueda hacerse valer la superioridad normativa de la Constitución²⁴⁷: *El Recurso de Amparo, el Recurso de Habeas Corpus, el Derecho de Rectificación o Respuesta, la Acción de Inconstitucionalidad, la Consulta Legislativa Facultativa o Preceptiva de Constitucionalidad, la Consulta Judicial Facultativa o Preceptiva de Constitucionalidad y los Conflictos Constitucionales.*

Como podemos observar esta Ley contempla la “Acción de Inconstitucionalidad”, mediante la cual se busca no sólo controlar la adecuación de las normas jurídicas al Derecho de la Constitución, sino la omisión de las autoridades públicas con poder normativo que la violentan y, en general, de toda situación que no pueda ser reconducida a los procedimientos anteriores.

Así, mediante la tramitación de los procedimientos mencionados, la Sala busca imponer la superioridad normativa de la Constitución en los asuntos que entran a su conocimiento, por lo que se estima –a grandes rasgos y sin que se realicen mayores consideraciones en lo que a éste punto corresponde – que es un ejemplo de lo que la doctrina conoce como control concentrado de constitucionalidad²⁴⁸.

En ese sentido, también el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le atribuye a esa Sala especializada la obligación de garantizar la supremacía de las normas y los principios constitucionales, lo que incluye de manera ineludible el control de constitucionalidad de las omisiones estatales que vulneran la ejecución de las normas²⁴⁹. Esta disposición establece que: “La

²⁴⁶ Ibidem, pag. 148

²⁴⁷ Ibidem, pag. 150

²⁴⁸ Ibidem, pag. 150

²⁴⁹ Ibidem, pag. 151

presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

Además, el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula las formas en que los particulares –individual o colectivamente considerados- pueden interponer una acción de inconstitucionalidad contra una disposición normativa que lesiona la norma fundamental, teniendo en cuenta que también es procedente dicha acción para ejercer el control de las omisiones legislativas –o silencios del legislador –que la transgreden²⁵⁰. Además es preciso señalar que, tras los años de funcionamiento de la Sala Constitucional, aún no hay acuerdo en cuanto a la manera en que se debe interpretar el Artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en la medida en que se han formulado tres teorías muy razonables –pero contradictorias en algunos aspectos- en cuanto a la forma en que se debe examinar la legitimación que ostenta un particular para acceder al control de constitucionalidad. Todas ellas se han aplicado en diversos momentos, lo que ha repercutido sin duda alguna, en la amplitud con que el Tribunal Constitucional admite o rechaza la acción de inconstitucionalidad²⁵¹.

Por su parte, el Artículo 75. Párrafo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, expresamente dice: “Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de *hàbeas corpus* o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado”:

La norma transcrita tiene como antecedente inmediato el artículo 963 del derogado Código de Procedimientos Civiles²⁵². Es precisamente a partir de ésta normativa, que la acción de inconstitucionalidad, en el supuesto del artículo 75

²⁵⁰ Ibidem, pag. 152

²⁵¹ Ibidem, pag. 152

²⁵² Ibidem, pag. 153

párrafo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se considera como una acción incidental del asunto principal –administrativo o jurisdiccional –pendiente de resolver, como medio razonable de tutelar el derecho que se estima lesionado. Así, de ésta disposición se desprenden con toda claridad, varias reglas que debe tomar en cuenta la parte interesada para interponer la acción²⁵³. La primera de ellas, es que la existencia de un procedimiento jurisdiccional, independientemente de la materia de que se trate, sirve como asunto principal para interponer la acción. Esta afirmación, sin embargo posee varios matices, entre los cuales se encuentra -siendo el más importante- el hecho de que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se estima lesionado²⁵⁴. Por ello, en el momento en que se valore la admisibilidad de una inconstitucionalidad fundada en la norma comentada, se debe determinar:

a) En primer lugar, que la impugnación de la disposición contraria al derecho de la Constitución es medio razonable de tutelar el derecho que se discute en el proceso principal; esto es, que los efectos que se produzcan a consecuencia de una anulación por inconstitucionalidad del precepto cuestionado tengan verdaderas repercusiones en el asunto previo, de modo tal que una de las partes en litigio pueda hacer valer sus pretensiones como resultado de la inconstitucionalidad declarada en el juicio abstracto de adecuación de una norma al Derecho de la Constitución²⁵⁵;

b) En segundo lugar, el requerimiento de que se haya invocado expresamente la inconstitucionalidad en el asunto principal; en este sentido, el artículo 79 de Ley de la Jurisdicción Constitucional exige, entre otras cosas, la presentación de la certificación literal en que se alegó la inconstitucionalidad de la disposición impugnada en aquél, salvo en los supuestos en que se trate de un recurso de amparo o de habeas corpus²⁵⁶.

²⁵³ Ibidem, pag. 154

²⁵⁴ Ibidem

²⁵⁵ Ibidem, pag. 155

²⁵⁶ Ibidem, pag. 156

Sobre el artículo 75 párrafo 2º de la ley de la jurisdicción Constitucional tenemos que: “No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto”. No se debe soslayar el hecho de que la interpretación de esta norma da pie a la formulación de múltiples teorías en cuanto a las maneras en que se puede interponer la acción directa de inconstitucionalidad²⁵⁷.

Así, dentro de nuestro análisis estudiaremos tres teorías que se han aplicado con mayor regularidad –pero en distintos momentos – por la Sala de lo Constitucional. Costarricense. La primera de éstas teorías, parte del supuesto de que la norma comentada no reconoce tres formas distintas de acceder al control de constitucionalidad sino dos, de tal manera que en los casos en que se trata de la defensa de los intereses difusos, o bien de los que atañen a la colectividad en su conjunto, es necesario que se acredite la imposibilidad de que se formule una lesión individual o directa²⁵⁸. Así el primero de los supuestos de legitimación que contempla el referido artículo, -sea la imposibilidad de que acredite una lesión individual- no constituye, según esta teoría, un criterio de legitimación propiamente considerado, sino más bien una condición de los otros dos supuestos, por lo que si se acredita esa lesión individual no cabe la interposición de la acción directa de inconstitucionalidad. En este caso el particular deberá promover el asunto principal correspondiente, si desea que la Sala no rechace la acción por su falta de legitimación. Esta noción parte de la suposición de que los llamados intereses difusos, hacen referencia a la existencia de los intereses que son de todos colectivamente, pero de ninguno individualmente considerados²⁵⁹.

²⁵⁷ Ibidem

²⁵⁸ Ibidem, pag. 157

²⁵⁹ Ibidem, pag. 158

Otra teoría con que se ha querido interpretar la norma comentada fue esbozada por el Magistrado RODOLFO PIZA ESCALANTE²⁶⁰, el cual sostiene que el artículo 75 párrafo 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional consagra tres hipótesis distintas de legitimación que, pero que sin embargo, en un asunto determinado pueden concurrir “rasgos de uno o de otro, se den dos o los tres conjuntamente”. Tales son:

- cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual o directa;
- se trate de la defensa de los intereses difusos;
- que atañen a la colectividad en su conjunto.

La primera de las hipótesis facilita la interposición de la acción directa de inconstitucionalidad, cuando la norma o acto impugnado no tiende, por si mismo, a afectar en forma individual a un particular o alguno de los miembros de la colectividad; por lo que, según el precitado jurisconsulto, es posible y hasta frecuentemente que aún cuando haya uno o más destinatarios individuales y directos de la norma en cuestión, no se encuentre o no aparezca ningún interesado legítimo, individual y directo en su impugnación, por ejemplo, porque frente a esa norma sólo haya beneficiarios o los únicos perjudicados posibles o fácilmente individualizables sean la sociedad como un todo, el Estado u otro ente público²⁶¹.

Las otras dos hipótesis se refieren a los intereses colectivos, los cuales el Magistrado PIZA ESCALANTE llamó, por una parte, intereses difusos y, por otra, intereses corporativos²⁶². Para este Magistrado, tanto los intereses difusos como lo intereses corporativos representan las dos caras de la misma moneda, en la medida en que tal formulación tiene por fin facilitar el acceso al control de constitucionalidad de las actuaciones y las omisiones con poder normativo que violan la norma fundamental. Por lo que PIZA ESCALANTE considera los

²⁶⁰ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 158

²⁶¹ Ibidem, pag. 159

²⁶² Ibidem, pag. 160

intereses difusos como "precisamente iguales" siendo "los mismos para todos y cada uno de los miembros de una determinada colectividad o categoría de personas"²⁶³.

La tercera teoría, con que se ha interpretado el artículo 75 párrafo 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, reformuló el significado término "*o los que atañen a la colectividad en su conjunto*" que hacía referencia a la tutela de los intereses corporativos. Por el contrario, para esta última teoría dicha expresión alude a: "*aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentadores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República. No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala de lo Constitucional en tutela de cualesquiera intereses (acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional, sin que tampoco en éste campo sea válido ensayar cualquier intento de enumeración taxativa*"²⁶⁴.

Por ende, para esta teoría el control de constitucionalidad en cuanto a las situaciones –activas u omisivas – que afectan el medio ambiente, el patrimonio cultural la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, no se da con el propósito de proteger la existencia de un interés difuso, sino de los que atañen a la colectividad nacional en su conjunto²⁶⁵. Lo anterior, nos deja claro que, según ésta teoría, en tales supuestos no se afecta a un grupo en particular de la colectividad, sino a toda ella.

Ahora bien, en lo que toca a los intereses colectivos; dicha noción los comprende en los supuestos en que se acredite la imposibilidad de una lesión individual o directa, por lo que sólo se les atribuye legitimación a las agrupaciones jurídicamente organizadas en los casos en que la actuación u omisión inconstitucional las afecta como tales- sea como entidades colectivas- y no

²⁶³ Ibidem, pag. 162

²⁶⁴ Ibidem, pag. 163

²⁶⁵ Ibidem, pag 164

cuando esa lesión afecta a sus miembros individualmente estimados, en cuyo supuesto el particular debe proveerse del asunto previo, para acceder al control de constitucionalidad²⁶⁶.

Por lo anterior podemos decir que esta teoría interpreta el artículo 75 como si se tratara de un embudo invertido, en la medida en que conforme se desarrolla la lectura de ésta disposición se van ampliando los supuestos en los que los particulares pueden acceder al control de constitucionalidad contra las actuaciones y omisiones de las autoridades públicas con poder normativo que transgreden el Derecho de la Constitución²⁶⁷.

Mas adelante, el artículo 75 párrafo 3º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula: “tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República y el Defensor de los habitantes”. Como se puede observar, la norma transcrita le reconoce a diferentes órganos estatales la posibilidad de interponer una acción directa de inconstitucionalidad, sin necesidad de que se acredite la existencia de los supuestos mencionados con anterioridad²⁶⁸.

Es discutible, sin embargo, si por ejemplo, en el caso del Contralor General de la República de Costa Rica, éste puede promover una inconstitucionalidad con fundamento en ésta disposición, sobre una materia distinta de la tutela de hacienda pública, en la medida en que esa competencia se encuentra circunscrita, según lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, al control de la hacienda pública²⁶⁹.

De lo expuesto puede concluirse con acierto que, en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense no es procedente la formulación de la acción popular, en la que no se exige, por definición, la acreditación de algún interés subjetivo que deba tutelarse, en tanto es suficiente según ésta última noción, la

²⁶⁶ Ibidem, pag. 164

²⁶⁷ Ibidem

²⁶⁸ Ibidem, pag. 165

²⁶⁹ Ibidem

gestión del simple interesado en hacer valer la supremacía de la Constitución para acceder al control de constitucionalidad, lo que desvirtúa el requerimiento del asunto pendiente de resolver para promover la acción²⁷⁰.

3.2.2.2 Brasil.

En el Derecho Latinoamericano, el caso de Brasil merece especial atención, puesto que después de un periodo prolongado de agitación política, nació en el año de 1998 el texto de la Constitución Federal la cual, recoge todas las características de un texto moderno y consagra la figura de la inconstitucionalidad por omisión²⁷¹. A partir de dicho texto normativo las cartas estatales empezaron a adecuarse a la norma suprema, razón por la que la figura fue adoptada en Constituciones como las de los Estados de Sao Paulo, Santa Catarina y Río Grande do Sul.

Al respecto, debe indicarse que el inciso 2º del artículo 103 de la Constitución brasileña señala: "Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días". El precepto anterior, establece ampliamente el control de las omisiones inconstitucionales en tanto procede no sólo sobre las omisiones del legislador, sino también sobre las omisiones del poder ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria²⁷².

En el sistema brasileño, el mecanismo utilizado para el control de las omisiones de los poderes públicos mencionados es la llamada *acción directa de inconstitucionalidad*, la cual presenta como característica esencial el no estar destinada a la protección de un derecho subjetivo sino a la defensa de la

²⁷⁰ Ibidem, pag. 171

²⁷¹ Ibidem, pag. 172

²⁷² Ibidem

Constitución. El mecanismo de la acción de inconstitucionalidad en el Derecho brasileño, cuenta con una legitimación más amplia a partir de la Constitución de 1998 con relación a la que existía en la Constitución anterior²⁷³.

Actualmente, a partir del párrafo primero del artículo 103 de la norma suprema, la legitimación para interponer la acción –por acción o por omisión– corresponde al Presidente de la República, la mesa del Senado Federal, la mesa de la Cámara de Diputados, la mesa de la Asamblea Legislativa de cada Estado miembro de la Unión, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, etc. Puede equipararse a la legitimación directa que existe en el ordenamiento jurídico costarricense para ciertos funcionarios en virtud del cargo que desempeñan, sin embargo, se distinguen en tanto en el derecho brasileño ningún particular puede utilizar el mecanismo de la acción de inconstitucionalidad para acceder al control de las omisiones de los poderes públicos que violenten la norma constitucional, como si ocurre en el caso costarricense²⁷⁴. Sin embargo, debe tenerse presente que a diferencia de Costa Rica, en el ordenamiento brasileño existe un control difuso de constitucionalidad de carácter incidental con efectos inter partes.

Una vez que las personas legitimadas según lo expuesto anteriormente accedan al control de constitucionalidad por omisión, el órgano encargado para determinar la existencia o no de la omisión inconstitucional es el Supremo Tribunal Federal, órgano supremo del poder judicial brasileño. En estos supuestos se evidencia un control concentrado de constitucionalidad en el ámbito federal por cuanto solo dicho Tribunal resulta competente para declarar la existencia de la omisión²⁷⁵.

Finalmente en cuanto a los efectos, debe indicarse que la resolución que dicte el Supremo Tribunal Federal resulta con vinculación *erga omnes* y es

²⁷³ BIDART CAMPOS, Germán, *Algunas reflexiones sobre las omisiones Inconstitucionales*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pag. 69

²⁷⁴ PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 172

²⁷⁵ *Ibidem*, pag 173

meramente declarativa, aunque presenta consecuencias distintas dependiendo de quien genere la omisión²⁷⁶. Así, en el caso de que sea atribuida al Poder Legislativo, el Supremo Tribunal Federal solo señala la existencia de la omisión para que el legislador la subsane, pues la norma constitucional no atribuye otra consecuencia. Sin embargo, en el caso de las omisiones administrativas si bien el órgano controlador solamente declara la existencia de la omisión, el Poder Ejecutivo tiene un plazo de treinta días para subsanarla, pues de lo contrario incurriría en responsabilidad.

Dentro del ordenamiento jurídico brasileño existe otro mecanismo procesal que al igual que la acción directa de inconstitucionalidad sirve para acceder al sistema de control de constitucionalidad de las omisiones, pero desde una perspectiva distinta. Esta figura es el “*mandado de injunção*”, el cual tiene su origen en el Derecho Anglosajón específicamente a partir de la existencia del “*writ of mandamus*” que consiste en una orden dirigida a una autoridad para que cumpla un deber impuesto legalmente, a diferencia del “*writ of injunction*” que prohíbe la ejecución de una norma o de un acto por parte de un organismo público. *El mandado de injunção* al igual que la acción de inconstitucionalidad, se encuentra previsto también en la Constitución Brasileña de 1998 en varios artículos²⁷⁷.

El mandado de injunção puede definirse como: “*la acción que busca tener una orden judicial que garantice en el caso concreto, el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas a la nacionalidad la soberanía y la ciudadanía inviábiles por la ausencia de normativa*”²⁷⁸. A partir de esta definición puede indicarse que la figura aludida tiene un tratamiento paralelo con relación a la acción de inconstitucionalidad por omisión, pues ambos mecanismos nos servirán para acceder a todo el sistema de control de constitucionalidad desplegado frente a la inactividad de los poderes públicos.

²⁷⁶ Ibidem, pag 173

²⁷⁷ Ibidem, pag. 175

²⁷⁸ Ibidem, pag. 176

La diferencia radical entre una y otra figura lo constituye el hecho de que el *mandado de injunção* es un mecanismo de control en forma concreta, mientras que la acción de inconstitucionalidad por omisión, es un mecanismo de control abstracto de las omisiones. Por lo anterior, a través del *mandado de injunção* no se pretende la creación de la norma que hace falta, sino que busca que se otorgue el derecho reclamado en un caso concreto, en el tanto la ausencia de una norma torna imposible su ejercicio²⁷⁹.

Dentro del tema relativo a la legitimación, el *mandado de injunção* puede ser incoado por cualquier persona que tenga un interés jurídico en el dictado de la norma contra aquel que impide el ejercicio de su derecho, con lo cual se amplía la legitimación con relación a lo dispuesto para la acción directa de inconstitucionalidad. En cuanto al Órgano Competente para conocer del *mandado de injunção*, existen ciertas particularidades especiales en aquellos casos en que la omisión es imputable al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, el Senado Federal, etc²⁸⁰. Por otro lado, cuando la omisión sea imputable a una autoridad federal con excepción de los casos de los órganos de justicia electoral, militar de trabajo y federal, la competencia corresponde al Superior Tribunal de Justicia.

Finalmente en los demás casos la competencia corresponde a todo el Poder Judicial, a menos que se trate de autoridades locales, en cuyo caso la competencia corresponde a los tribunales estatales. Lo anterior evidencia que, en el caso del *mandado de injunção* el control de constitucionalidad es un híbrido entre el sistema concentrado y el difuso, a diferencia de la acción directa de inconstitucionalidad en la cual su control se encuentra concentrado en un sólo órgano, sea el Supremo Tribunal Federal²⁸¹.

²⁷⁹ Ibidem, pag. 177

²⁸⁰ Ibidem, pag. 176

²⁸¹ Ibidem, pag. 177

A manera de conclusión, podemos decir que las diferencias entre la acción directa de inconstitucionalidad y el *mandado de injunção* son las siguientes²⁸²:

- La acción es un mecanismo de control abstracto mientras que el *mandado de injunção* es una acción individual.
- La acción pretende hacer aplicable una norma jurídica y el *mandado de injunção* pretende la protección de un derecho individual concreto.
- La legitimación activa en la acción está destinada a ciertos funcionarios en razón de su cargo, mientras que el *mandado de injunção* puede ser interpuesto por cualquier persona con interés jurídico.
- Los órganos controladores son distintos en uno y otro, evidenciándose en la acción de inconstitucionalidad características propias de un sistema concentrado de constitucionalidad, mientras que en el *mandado de injunção* se observan características de un sistema difuso.

3.2.2.3. Provincia de Río Negro (Argentina).

El caso de la provincia argentina de Río Negro 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 federal²⁸³. La Constitución de Río Negro regula la figura en estudio expresamente en su Artículo 207 inciso 2º literal d) el cual reza:

“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

²⁸² Ibidem, pag. 178

²⁸³ Ibidem, pags. 178

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 citado anteriormente 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 constitucionalidad²⁸⁴. 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 implícitos²⁸⁵.

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 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 colectivo²⁸⁶.

Finalmente debe indicarse que, en la sentencia que se declare la existencia de una omisión inconstitucional, el Suprema 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

²⁸⁴ Ibidem, pag 179

²⁸⁵ Ibidem, pag 179

²⁸⁶ Ibidem, pag. 180

constitucional quebrantado²⁸⁷. 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.

3.2.2.4 Venezuela.

Antes de iniciar esta temática debemos aclarar que, si bien en Venezuela esta figura no ha tenido un desarrollo tan profundo como en los casos anteriores, ésta ha previsto expresamente este sistema de control de constitucionalidad por omisión. en su ordenamiento jurídico²⁸⁸. Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela emitida en el año de 1999, establece en su artículo 336 lo siguiente: “Son atribuciones de la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictarlas normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado de forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección²⁸⁹.

Del artículo anterior pueden desprenderse algunas características²⁹⁰ en cuanto al tema del control de constitucionalidad por omisión en el Derecho Venezolano, tales como:

²⁸⁷ Ibidem

²⁸⁸ Ibidem, pag. 181-

²⁸⁹ Ibidem, pag. 182

²⁹⁰ Ibidem, pag. 182

- El órgano controlador de la omisión inconstitucional es la Sala de lo Constitucional.
- El control procede solamente contra las omisiones del poder legislativo y no contra las llamadas omisiones administrativas.
- Debido a la amplitud del artículo podría establecerse la inconstitucionalidad por omisión tanto cuando existe un mandato expreso como en el caso de mandatos tácitos.
- El control puede ejercerse frente a omisiones absolutas y relativas.
- La Sala de lo Constitucional tiene amplias facultades para restablecer el orden constitucional, pues puede fijarle un plazo al órgano omisor para que subsane la omisión e inclusive fijar los lineamientos para que lo haga.

Visto lo anterior debemos acotar entonces que, una característica digna de resaltar es el hecho de que Constituciones como la de Brasil de 1998, de Río Negro de 1998, son textos normativos muy recientes y modernos que han incorporado la figura de la inconstitucionalidad por omisión como consecuencia de un cambio de mentalidad en el sector doctrinal y especialmente, a partir del cual se pretende el dar operatividad a las Constituciones Latinoamericanas y utilizarlas como límite a la arbitrariedad de las autoridades públicas subordinadas en todo a la norma constitucional, y vale decir que la Carta Magna venezolana no es la excepción. Por tanto, es claro que al reconocer la Constitución Bolivariana de 1999 a la figura de la inconstitucionalidad por omisión como un mecanismo de control de las omisiones del Poder Legislativo, convierte a Venezuela en uno de los países innovadores de ésta figura dentro de Derecho Latinoamericano²⁹¹.

²⁹¹ Ibidem, pag. 183

3.2.2.5. *Europa.*

En primer lugar debemos señalar que, el origen de esta figura en el Sistema de Justicia Constitucional Europeo proviene del ordenamiento jurídico alemán, en donde su Tribunal Constitucional desde mediados del siglo anterior, se ha debatido en cuanto a la facultad de controlar estas abstenciones de los poderes públicos encargados de hacer efectivos los preceptos constitucionales de ejecución diferida o condicionada, dentro de los cuales se han enmarcado las omisiones totales o absolutas y parciales o relativas²⁹². No menos importantes son los casos de Portugal y España, países donde el tema que se analizará es objeto de acaloradas discusiones entre la doctrina más calificada que estudia el Derecho de la Constitución.

También en esta sección se analizarán algunos remedios con que la Jurisdicción Constitucional de estos países ha intentado solventar la existencia de estas situaciones, no sin antes advertir que toda esta actividad se encuentra sujeta a la existencia de ciertos límites que no puede dejar de lado el órgano que debe velar por la supremacía de la Norma Fundamental, a menos que, por ejemplo, viole otros principios tutelados en la Constitución, como lo es el principio de separación de poderes y división de funciones²⁹³. Finalmente debemos decir que, para realizar el estudio de la inconstitucionalidad por omisión en el Sistema Jurídico Europeo, debemos considerar a los países que, como ya lo mencionamos anteriormente le han otorgado mayor relevancia al tema, entre los cuales están:

a) Alemania.

b) Portugal.

c) España.

²⁹² Ibidem, pag . 184

²⁹³ Ibidem

a) Alemania

La posibilidad de controlar las omisiones de las autoridades a quienes se les encomienda el deber de dotar de eficacia plena los preceptos constitucionales de ejecución diferida o condicionada, o bien, de solventar los llamados “encargos al legislador” contenidos en la Norma Fundamental, encuentra en este país su punto de origen²⁹⁴. En este sentido, es preciso señalar que esto se debe al aporte del Magistrado Alemán W. WESSEL²⁹⁵ (como ya se había mencionado en el apartado 2.3.2. de este capítulo) quien elaboró la clásica distinción entre las omisiones absolutas y relativas, según la cual, las omisiones absolutas hacen referencia a la ausencia total de desarrollo normativo de la disposición constitucional de ejecución condicionada, mientras la segunda hace alusión al desarrollo parcial de esta disposición constitucional, con la consecuente vulneración al derecho de igualdad de los grupos no comprendidos en la ejecución de la norma constitucional de aplicación condicionada.

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 KHÖLER²⁹⁶, 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

²⁹⁴ Ibidem, pag 185

²⁹⁵ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 186

²⁹⁶ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 186

pueda imponer a ésta actividad, como lo es por ejemplo, el principio de separación o de división de funciones.²⁹⁷

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 omisión²⁹⁸.

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 constitucional²⁹⁹.

b) Portugal

El reconocimiento inicial que la Constitución Portuguesa del 2 de Abril de 1976 le otorga a la acción de inconstitucionalidad por omisión, encuentra en la derogada Constitución Federal de la República de Yugoslavia su antecedente inmediato³⁰⁰. En efecto, en virtud de éste reconocimiento positivo, se le otorgaba al Consejo de la Revolución, *“órgano político- militar formalmente garante del funcionamiento regular de las instituciones democráticas, y en realidad, órgano de caución de las supuestas esencias de la Revolución de abril de 1974”* la

²⁹⁷ Ibidem, pag. 186

²⁹⁸ Ibidem, pag. 187

²⁹⁹ Ibidem

³⁰⁰ Ibidem, pag. 190

facultad de conocer acerca de las abstenciones de las autoridades públicas con poder normativo que lesionan la Norma Fundamental³⁰¹.

En ese sentido, el Artículo 279 de la Constitución Portuguesa de 1976 contemplaba: “Cuando la “Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable”. De esta manera, como lo señala JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁰², la recomendación emitida por el Consejo de la Revolución no se encontraba dotada de coercitividad, sino que poseía una naturaleza eminentemente declarativa, a pesar de la importancia que ese Consejo representaba en el poder constituido a partir de 1976. En efecto, dicho Consejo no remplazaba a la Asamblea de la República, ni se superponía respecto de la iniciativa legislativa, en los supuestos en que se acreditaba la existencia de una omisión inconstitucional.

Posteriormente, en 1982 se realizó una reforma del texto de la Norma Fundamental portuguesa, en virtud de la cual se sustrae el conocimiento de las omisiones inconstitucionales del ámbito político y se le coloca en el plano jurisdiccional³⁰³. Actualmente el instituto se encuentra acogido en el Artículo 283 de la Constitución de Portugal, que establece luego de la reforma en 1989:

“1) A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales. 2) Cuando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano Legislativo Competente³⁰⁴.

³⁰¹ Ibidem, pag. 190

³⁰² Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag 191

³⁰³ Ibidem, pag. 191

³⁰⁴ Ibidem, pag. 192

Ahora bien, la doctrina que se ha encargado de analizar éste tema ha distinguido cuatro diferencias entre la regulación vigente y la original. éstas son³⁰⁵:

- En 1976, el órgano controlador actuaba de oficio, mientras que en el sistema actual, la iniciativa del control les corresponde a órganos distintos del encargado de tutelar la concurrencia de las omisiones inconstitucionales;
- El hecho de que el Consejo de la Revolución decidía en cuanto a la existencia de una omisión inconstitucional, en tanto, según la redacción actual, el Tribunal Constitucional decide, por si mismo, sobre la procedencia de la acción por omisión;
- Con la redacción actual del artículo 283 de la Constitución Portuguesa, ha perdido poder coercitivo la recomendación formulada por el Tribunal Constitucional, cuando aprecia y valora la inacción de las autoridades públicas que transgrede la norma suprema;
- Con anterioridad a la reforma del régimen por medio del cual se controlaba la existencia de las omisiones inconstitucionales, era facultativa la potestad del Consejo de Estado de emitir su recomendación; por el contrario, es obligación del tribunal constitucional poner en conocimiento del órgano legislativo competente la apreciación de una omisión de las autoridades estatales que lesiona la Carta Magna.

Por ultimo, se debe mencionar que los efectos que supone la acreditación de una omisión inconstitucional son eminentemente declarativos, por lo que la actuación del tribunal constitucional no tiene la virtud de subsanar esa situación. En este sentido, LUIS NUNES DE ALMEIDA³⁰⁶ afirma que ese órgano jurisdiccional no puede *“Crear las normas necesarias ni tan siquiera pronunciarse sobre el modo como tal omisión legislativa puede o debe ser superada”*.

³⁰⁵ Ibidem, pag. 192

³⁰⁶ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia, op. cit., pag 193

c) España.

Como se indicó al inicio de esta sección, 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 Fundamental³⁰⁷. 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.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico español no existe una acción de inconstitucionalidad por omisión, a diferencia de lo que ocurre en otros lugares³⁰⁸. El recurso de inconstitucionalidad está reducido al campo de las normas con rango de ley que contradicen a la Constitución en virtud de lo preceptuado por el Artículo 161.1 de nuestra Ley Fundamental, que habla de “leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”. En todo caso, se trata de actos positivos (ley, disposición o acto impugnado).

La doctrina también recuerda la imposibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad fundado en una omisión, aunque señala M. ANGELES AHUMADA RUIZ³⁰⁹, “podrían llegar quizás recursos fundados en la inadecuación, imperfección, defecto de la regularización dada, pero la omisión en sí, no es impugnabile”. A pesar de que, en la postura por nosotros defendida, una Imperfección de la norma podría suponer omisión inconstitucional, lo cierto es que con base en la legislación positiva que regula ésta acción procesal no parece

³⁰⁷ Ibidem, pag. 193

³⁰⁸ Ibidem, pag. 194

³⁰⁹ Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., pag 407

que haya vías de escape que permitan ser interpretadas para posibilitar la fiscalización de las omisiones contraria a la Carta Magna.

Aunque la finalidad del recurso (garantizar la supremacía de la Constitución) puede ser útil en ese sentido, la jurisprudencia es reiterativa al señalar que tal finalidad se persigue enjuiciando la conformidad con la Constitución de la ley, disposición o acto impugnado, por lo que es un recurso dirigido a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico. Así, se exige precisión y concreción cuando se señale la norma impugnada, es decir, se exige al demandante un esfuerzo de delimitación a la hora de basar su fundamento normativo directo y más próximo en atención al objeto del recurso³¹⁰.

La cuestión de inconstitucionalidad podría tener virtualidad respecto a la omisión vulneradora de la Ley Fundamental en determinados casos, uno de ellos se produciría en opinión de AHUMADA, si es juez considera que la ausencia de legislación vulnera un derecho fundamental, por lo que dicho juez elevaría la cuestión al tribunal basándose en la misma ausencia de normativa. Sin embargo, no se cree que ésta posibilidad sea viable por la regulación que sobre la cuestión de inconstitucionalidad existe en el ordenamiento jurídico español. No se puede olvidar que, para la admisión de la cuestión, debe efectivamente existir una norma aplicable al caso, con lo que una ausencia de legislación ya no puede ser el punto de partida³¹¹.

Un caso diferente sería aquél, en el que la norma aplicable que el juez extiende contraria a la Carta Magna, sea preconstitucional y discipline una materia sobre la que el legislador postconstitucional tenía que haber legislado en desarrollo de un encargo previsto en la Ley Fundamental con este fin. LUIS AGUIAR DE LUQUE³¹² al respecto se expresa en éstos mismos términos al indicar la procedencia de la cuestión de inconstitucionalidad siempre que exista “una norma anterior con rango de ley y cuya validez depende el fallo, que, a falta

³¹⁰ Ibidem, pag. 407

³¹¹ Ibidem, pag. 408

³¹² Citado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, op. cit., Ibidem

de desarrollo del legislador postconstitucional, posibilite el planteamiento de la cuestión”.

3.3 CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION EN EL DERECHO COMPARADO.

La totalidad de las figuras que integran el Derecho Constitucional, dado el carácter básico de las mismas, ostentan una importancia de primer orden en el conjunto del sistema de cualquier ordenamiento jurídico y régimen político. Ello es especialmente patente en la Inconstitucionalidad por Omisión, a pesar de que algunos de los supuestos del Derecho Comparado no ofrezcan grandes repercusiones por la poca trascendencia que en la praxis jurídico-política tiene el instituto. En este apartado plasmaremos una serie de ideas sobre lo que algunos autores consideran como los resultados más relevantes tanto de la instauración de la figura en estudio como de la no aplicación de la misma³¹³.

3.3.1. Efectos positivos de su aceptación.

3.3.1.1. El Estado Social de Derecho.

El autor argentino JORGE VANOSSI³¹⁴, afirma que a fines del siglo pasado, los constitucionalistas se consideraban realizados –como dirían los psicólogos- sancionando constituciones y normas, mientras que actualmente el problema es de *efectividad*. La demanda, el requerimiento social, el emplazamiento concreto, está en buscar medios de efectivización, medios de

³¹³ Ibidem, pag. 183

³¹⁴ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 190 cfr

protección real y concreta frente a todo ese “catálogo de ilusiones” que aparece en los conjuntos normativos.

Es aquí precisamente donde aportaría su contribución y sus positivas consecuencias el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, que con su hipotética capacidad para promover la actividad del poder público, aportaría un respaldo útil a la conducta positiva imprescindible para la construcción del Estado Social. Con ello, los esquemas formales que existen en este tipo de Estado para lograr la justicia material adquirirían una vertiente práctica y real, dirigida hacia las finalidades que persigue el Estado Social para su consagración en el terreno constitucional³¹⁵. El camino que resta por recorrer en la articulación efectiva de una sociedad más justa, más equitativa, más igualitaria, aún es largo. Sin embargo, la evolución del Estado Social de Derecho conduce a que las garantías sociales no queden relegadas al plano de simples promesas, meramente programáticas, sino a que se les reconozca una vinculación jurídica directa para con el legislador, puesto que sólo así serían en realidad auténticas garantías, y sólo así también se podría reconocer a una Constitución el carácter de Constitución Social de Derecho.

En ese orden de ideas, la figura de la inconstitucionalidad por omisión sería garantía de esas garantías, mecanismo que con su actuación o con su coacción tradujese a efectos prácticos la vinculación jurídica directa que pesa sobre el legislador. El mismo autor antes citado expresaba que pese a la destrucción del soporte normativo constitucional del Estado Liberal y su sustitución por otro nuevo que responde a las ideas del Estado Social, la realidad se topaba a menudo con esquemas y soluciones idénticas a las pasadas, puesto que los mecanismos característicos de los ordenamientos liberales persisten. No obstante, no cabe duda de que la instauración de la figura en estudio podría cambiar semejantes planteamientos, siendo un poderoso detonante para hacer

³¹⁵ Ibidem, pag. 190

explotar las posibilidades de cambio que entraña la función transformadora de la Constitución³¹⁶.

3.3.1.2. *Los Derechos Sociales.*

El ciudadano ya no es considerado únicamente en su dimensión individual opuesta al Estado, sino que está inmerso en el conjunto de la sociedad, de una sociedad intervenida por el Estado en busca de su progreso en todos los órdenes³¹⁷. El hombre no es un ser solitario y aislado que decide soberanamente su destino sino que posee valor en sí mismo y está vinculado a una comunidad en la que vive y en la que presenta una posición de dependencia existencial respecto al Estado. Es así que se vuelve necesario convertir en positivos unos derechos que se habían construido desde una óptica defensiva, puesto que el individuo no será titular tan sólo de los clásicos derechos subjetivos que le otorgaba el liberalismo, sino que también posee otros derechos que exigen una prestación por parte del Estado, que son los denominados derechos sociales³¹⁸. Estos derechos sociales constitucionalizados son auténticas normas jurídicas, verdaderos derechos constitucionales, y como tales, son normas jurídicas con la consiguiente vinculatoriedad que éstas suponen³¹⁹.

Sin embargo, la existencia de las condiciones históricas, el coste económico, político y social que podría acarrear el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, encuentra en sede de los derechos sociales un fuerte obstáculo, por lo que el órgano encargado de disciplinar ese instituto en el supuesto de que se introduzca en un ordenamiento, debe realizar las ponderaciones oportunas teniendo en mente esa realidad y el factor temporal³²⁰.

³¹⁶ Ibidem, pag. 191

³¹⁷ Ibidem, pag. 192

³¹⁸ Ibidem, pag. 192 cfr

³¹⁹ Ibidem, pag. 194

³²⁰ Ibidem, cfr

a) La responsabilidad del Estado legislador

Los derechos de los ciudadanos pueden verse perjudicados por la actividad o inactividad estatal en cualquiera de sus campos. En vista de ello el ordenamiento jurídico debe contener mecanismos que garanticen la cobertura del perjuicio causado al individuo. A manera de ejemplo, encontramos en el ordenamiento jurídico español los artículos 106.2 de la Constitución en relación con el 40.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y Procedimiento Administrativo Común, que prevé la responsabilidad por toda actividad administrativa; además, el artículo 121 de esa Carta Magna en relación con los artículos 1292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que confieren responsabilidad por la función judicial. En ese sentido, la responsabilidad del Estado español por actos legislativos estaría, al igual que los dos supuestos anteriores, contenido en la Ley Suprema y desarrollado en una ley secundaria. Con respecto a ello, el autor FEDERICO SAINZ DE ROBLES³²¹ afirma que el Poder Legislativo resulta tan responsable como los restantes poderes constituidos, distinguiendo dos supuestos en esta responsabilidad: la promulgación de leyes contrarias a la Constitución y la inactividad cuando existe el deber de legislar.

Esta opinión nos lleva a determinar lo beneficioso de la introducción de la inconstitucionalidad por omisión de cara a la garantía del resarcimiento de los derechos perjudicados de los ciudadanos, ya que al surgir la conciencia de la ilicitud de la omisión legislativa, esta ilicitud se extendería para basar la responsabilidad pecuniaria del Estado por tal omisión cuando un encargo constitucional obliga a actuar³²².

La lesión de los derechos constitucionales puede producirse de igual forma por un “hacer” o por un “no hacer” del poder público. Una de estas manifestaciones del comportamiento humano no la creemos más habitual que la

³²¹ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag- 198

³²² Ibidem, pag. 199 cfr

otra, aunque la lesión en el actuar positivo sí resulta más fácilmente apreciable y de mejor prueba, al igual que el órgano responsable. Sin embargo, uno y otro deben entrañar la adecuada indemnización por el perjuicio causado, ya que la inmisión lesiva es en sí misma excepcional y perturbadora, ya derive de conducta activa o inactiva ³²³.

3.3.2. Efectos negativos del rechazo de la inconstitucionalidad por omisión.

3.3.2.1. Fraude Constitucional.

Uno de los grandes peligros que se corren al no aceptar el instituto de la infracción de la Carta Magna por Inactividad legislativa reside en que se abren las puertas al “fraude constitucional”, es decir, al engaño con el que se perjudica todo el proyecto constitucional³²⁴. Tal engaño al poder constituyente supone un atentado al pueblo detentador de la soberanía, en representación del cual actuó aquel poder. Los valores, aspiraciones y anhelos que los ciudadanos depositaron en la Ley Suprema pueden quedar reducidos a vagas ideologías o pensamientos altruistas o utópicos plasmados en hojas de papel, mientras que la Constitución en la vida real caminaría por otro orden.

El autor KARL LOEWENSTEIN³²⁵ afirma que “cada sociedad estatal, cualquiera que sea su estructura social, posee ciertas convicciones comúnmente compartidas y ciertas formas de conducta... Consciente o inconscientemente, estas convicciones y formas de conducta representan los principios sobre los que se basa la relación entre los detentadores y destinatarios del poder” Estas convicciones del pueblo soberano no jugarían papel alguno si la inactividad impune del poder público –especialmente del órgano legislativo- cobrase tal dimensión que convirtiera en un espejismo el Texto Constitucional pues los

³²³ Ibidem

³²⁴ Ibidem, pag. 203

³²⁵ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit. , pags. 203 y 204

detentadores del poder alterarían así el encargo insoslayable que pesa sobre ellos. El precitado autor considera que la democracia constitucional en la segunda mitad del siglo XX asistía a una desvalorización de la constitución escrita al detectarse claros fallos en la aplicación de la misma y al erosionarse la conciencia constitucional. La ausencia de ilicitud de la omisión legislativa puede entonces incidir negativamente en esta cuestión contribuyendo al alejamiento del contenido constitucional³²⁶.

3.3.2.2. *Mutación Constitucional.*

Es sabido que las constituciones rígidas, mayoritarias en los tiempos actuales, se caracterizan por prever un mecanismo especial de reforma, cuya dificultad es mayor que la del procedimiento de reforma de las normas ordinarias³²⁷. Con tal mecanismo se trata de compatibilizar la idea de supremacía constitucional con el principio democrático, puesto que aquella lleva a la intangibilidad de la Ley Suprema y esta última a la imposición de la voluntad de la mayoría. En ese sentido, surge entonces el llamado “poder de reforma constitucional”, que implica que la Constitución únicamente podrá ser reformada a través de ese procedimiento especial contemplado en la misma Carta Magna. Según lo argumenta el autor GEORG JELLINEK³²⁸ la inactividad puede convertirse en una causa de reforma o mutación de la Constitución al margen de cualquier tipo de legalidad constitucional.

En ese orden de ideas, la profesora brasileña ANNA DA CUNHA FERAZ³²⁹ incluye la inercia como uno de los procesos anómalos de mutación Constitucional. Esta profesora, partiendo de que la Constitución se destina a ser efectivamente

³²⁶ Ibidem, pag. 204

³²⁷ Ibidem

³²⁸ Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag 205. Este autor define la reforma constitucional como la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas, y por mutación, la modificación que deja indemne sus texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados de intención o consciencia.

³²⁹ Citada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pags. 205 y 206

observada, cumplida y aplicada, observa cómo la realidad ofrece el fenómeno de la inercia de los poderes constituidos. Sus conclusiones son rotundas: *la inercia “configura innegable processo de mudança constitucional; embora nao altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paraliza a aplicação constitucional. Tal paralisação, nao desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional... O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efectiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influencia das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é probable que esta, quando se efetivar, dê a Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.”*³³⁰

No cabe duda que una muy acusada inercia de los poderes constituidos en concretizar y desarrollar los valores y programas constitucionales puede provocar una alteración real de la Carta Magna, cuyos efectos seguramente serán intolerables desde una óptica jurídica. La ausencia de la institución de la omisión inconstitucional en un ordenamiento abriría las puertas a ello, no permitiendo que se genere una conciencia de la reprochabilidad de semejante omisión, sin crearse los medios idóneos para evitarla³³¹.

³³⁰ “La inercia configura un innegable proceso de cambio constitucional, sin embargo no altera la letra constitucional sino su alcance en la medida en que paraliza la aplicación constitucional. Tal paralización no prevista o deseada por el constituyente es de ser tenida como inconstitucional....El distanciamento en el tiempo entre la elaboración constitucional y su efectiva aplicación, sufre inexorablemente la influencia de las transformaciones sociales constantes, de tal suerte que después de una prolongada dilatación en la aplicación del texto, es probable que cuando se efectivice, de a la Constitución un sentido y significado distinto a aquel acogido en el momento de la formación de la norma fundamental.” Vid al respecto FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pag. 206

³³¹ Ibidem, pag 206

CAPITULO IV

4. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.

Introducción.-

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 incumplimiento³³², tal es el caso de las normas constitucionales que pecan de utopismo, sea este conciente o inconsciente³³³.

Otro vicio es el llamado “gatopardismo” constitucional, que so pretexto de un cambio normativo pomposo mantiene la situación anterior³³⁴, 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

³³² 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, pag. 256

³³³ 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., pag. 256

³³⁴ 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., pag. 257

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 distintas³³⁵

En definitiva, la inconstitucionalidad por omisión puede ser generada por la propia Constitución, si ella es utopista, gatopardista, demagógica o plagiaria. 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 idóneos³³⁶.

4.1. IMPORTANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA INSTITUCIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Como hemos mencionado en múltiples ocasiones, nuestra Constitución 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 garantizarlos³³⁷.

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

³³⁵ Ibidem, pag. 257

³³⁶ Ibidem, pag. 258

³³⁷ CLARA, Mauricio, op. cit., pag. 56

que le señala la Constitución, constituyendo así una garantía para los ciudadanos³³⁸.

El principio de la 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 material³³⁹.

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 emisión de las disposiciones de carácter general³⁴⁰, 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 jurídica³⁴¹, 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 33-2000³⁴², 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 esta Sala invalide la disposición estimada inconstitucional, por no cumplir la

³³⁸ Ibidem, pag. 57

³³⁹ 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, pag. 300.

³⁴⁰ 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, pag 601,

³⁴¹ 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, pag. 53

³⁴² Sentencia de Inconstitucionalidad proveída el 31 de agosto de 2001 en el proceso número 33-2000

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 tales manifestaciones de inconstitucionalidad³⁴³. 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 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”³⁴⁴.

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 Constitución³⁴⁵. Por 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

³⁴³ ANAYA BARRAZA, Salvador, op cit, pag. 602

³⁴⁴ Ibidem, pag. 602

³⁴⁵ URQUILLA, C y otra, op. cit., pag. 53 y 54

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”³⁴⁶.

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 inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer, encontrándonos en presencia entonces de la inconstitucionalidad por omisión³⁴⁷.

Como hemos mencionado en repetidas ocasiones a lo largo de la presente investigación, nuestra 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 secundaria que se encarga de regular lo relativo a los procesos constitucionales (que como ya hemos mencionado es la Ley de Procedimientos Constitucionales), 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.

Nos parece pues, que precisamente esa ha sido la intención de nuestro legislador al proponer un nuevo proyecto de Ley Procedimientos

³⁴⁶ Sentencia de Inconstitucionalidad proveída el 15 de febrero de 2000 en el proceso marcado con el número 3-2000

³⁴⁷ BIDART CAMPOS, German, *La interpretación y el control constitucional en la Jurisdicción Constitucional*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1994, pag. 99.

Constitucionales³⁴⁸, 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”.

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 como lo hemos analizado en capítulos anteriores, si la figura objeto de nuestro estudio ya ha sido incorporada en múltiples países de Latinoamérica, Europa y España, no existe impedimento alguno para que ésta pueda entrar en vigencia en el nuestro, puesto que el conglomerado de leyes salvadoreñas no difiere de la legislación de tales países (Latinoamérica y España), y las condiciones sociales, políticas y económicas que dan apertura a un Estado de Derecho lo permiten.

Además cabe agregar que, según lo manifestó el doctor JORGE EDUARDO TENORIO en una de sus ponencias³⁴⁹, “el número de personas naturales o jurídicas que recurren al tribunal competente, que es la Sala de lo Constitucional, es cada vez mayor. 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 – como veremos más adelante- e incluso la Sala de los Constitucional 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

³⁴⁸ Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, versión del 3/XII/2001, San Salvador.

³⁴⁹ 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.

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.

4.2. RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR.

4.2.1. Análisis breve sobre la jurisprudencia existente en la materia.

De acuerdo con lo expuesto por el doctor JORGE EDUARDO TENORIO³⁵⁰, 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.

Como se ha mencionado en otros apartados, 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 acatarla³⁵¹. Ello materializa la idea de que en un Estado

³⁵⁰ *Ibidem*, cfr

³⁵¹ *Ibidem*

de Derecho no existen poderes ilimitados, sino que todos tenemos la obligación de ceñirnos a reglas precisas, o en este caso, a la norma constitucional.

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

A) 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. Nos referimos al proceso número 2-95³⁵², 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 respecto³⁵³.

Al rendir su informe el entonces Presidente de la República Armando Calderón Sol y la Asamblea Legislativa, al igual que al contestar el Fiscal

³⁵² Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada en el proceso número 2-95, de fecha 28 de abril de 2000

³⁵³ Ibidem, cfr

General de la República su respectivo traslado, todos ellos fueron unánimes al expresar que el art. 32 De la Constitución 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 prohibido³⁵⁴.

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

³⁵⁴ Ibidem, cfr

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 infraconstitucionales³⁵⁵.

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”)³⁵⁶.

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.

³⁵⁵ Ibidem, cfr

³⁵⁶ 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 Constitución³⁵⁷.

B) Por otro lado, encontramos un segundo proceso de inconstitucionalidad por omisión marcado con el número 14-2005³⁵⁸ impulsado por dos estudiantes en el mes de junio del año recién pasado, por lo que valga decir que el mismo se encuentra aún en trámite, razón por la cual nos referiremos brevemente a él (No omitimos mencionar que al momento de consultar dicho expediente aún no había sido admitida la demanda respectiva).

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 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, tales como diversidad biológica, ecosistema,

³⁵⁷ Ibidem

³⁵⁸ 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

fauna, entre otros, éstos plantean que en la actualidad existe 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 tolerancia³⁵⁹.

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

³⁵⁹ Ibidem

representativo, y que por tanto debe declararse la inconstitucionalidad por omisión del art. 67 de la Ley del Medio Ambiente³⁶⁰.

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)³⁶¹, 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.

Así mismo la Sala manifiesta 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 individuales³⁶².

³⁶⁰ Ibidem

³⁶¹ 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

³⁶² 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

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.

4.2.2. 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. En el apartado anterior hicimos alusión a 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 algunos de éstos.

A) 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 reconocidos 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 de el 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 familias³⁶³.

El fundamento de la seguridad social, en la Constitución salvadoreña, está constituido por una estructura triádica configurada por los siguientes elementos: (a) la categoría jurídica protegida, (b) los riesgos, contingencias o necesidades sociales, y (c) las medidas protectoras de carácter social³⁶⁴.

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 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

³⁶³ Sentencia del Proceso de Amparo número A 1263-2002 de fecha 7 de enero de 2004.

³⁶⁴ Ibidem

condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales³⁶⁵.

b. Una sucinta mirada a 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 mismas³⁶⁶.

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 sobrevivientes³⁶⁷.

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

³⁶⁵ Ibidem

³⁶⁶ Ibidem

³⁶⁷ Ibidem

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 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 arriba mencionadas y 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.

B) Podemos mencionar también el artículo 131 de nuestra Ley Primaria, que textualmente reza: *“Corresponde a la Asamblea Legislativa: 19°. Elegir por votación*

nominal y publica 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 Republica, Fiscal General de la Republica, Procurador General de la Republica, 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 Republica, 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 Republica, 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 Publico 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 artículo. 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 Republica. 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 Republica al Licenciado Belisario Amadeo Artiga, y que el periodo de tres años a que se refiere el Artículo 192 de la Constitución de la Republica 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 Republica en el capitulo 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 Republica “por cualquier causa”, incluso por falta de elección, aunque así lo diga la interpretación autentica del articulo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio

Publico^{368 369}, pues siendo el Fiscal General de la Republica conforme al articulo 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 articulo 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 periodo estratégico, que no coincida con el periodo para el que fue electo el Fiscal General de la Republica, el cual podría ser sustituido entonces en casos como el presente, pues aun cuando el articulo 70 de la Ley Orgánica del Ministerio Publico^{370 371}, expresa que al Fiscal General Adjunto se le tendrá como suplente del Fiscal General de la Republica, lógicamente expira en sus funciones al mismo tiempo que éste.

Continúa manifestando la Cámara que el inciso final del artículo 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

³⁶⁸ “*Son atribuciones del Fiscal General Adjunto, las siguientes:1º) 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*”

³⁶⁹ 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.

³⁷⁰ “*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.*”

³⁷¹ Interpretación auténtica, Decreto No 593: Art 2.- Interpretétese 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.

la Fiscalía General de la República, excepto la contenida en la fracción cuarta del artículo 193 de la Constitución y la fracción quinta de este artículo, que deberá ejercerla en forma personal”. La fracción cuarta del artículo 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 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 POSIBLES EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL SALVADOR..

4.3.1 Distintos remedios jurídicos planteados por la doctrina para solventar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión.

Dentro del reconocimiento de la figura de la inconstitucionalidad por omisión resulta de especial relevancia lo referente a los remedios jurídicos utilizados por el órgano controlador, para solventar la existencia de una omisión normativa. Dichos remedios producirán una serie de efectos jurídicos que pueden ser catalogados como: Recomendativos, Supletorios, Ordenativos o Indemnizatorios, según el caso³⁷².

Para efectos de este análisis, se han clasificado los remedios jurídicos en dos grandes grupos formados por lo que se ha llamado "soluciones provisionales" y "soluciones definitivas". Es menester 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 poderes³⁷³.

4.3.1.1. 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 consecuencia de la omisión

³⁷² PATIÑO CRUZ, Silvia, y otro, op. cit., pag. 199

³⁷³ Ibidem

normativa, la recomendación no preceptiva de la norma al órgano competente para dictar la norma 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 norma³⁷⁴. 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 defendidas 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 concreto³⁷⁵.

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 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, que a continuación se explicarán, no sin antes aclarar que, los efectos de las medidas provisionales tendrán algunas 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 combinarlas³⁷⁶.

³⁷⁴ Ibidem

³⁷⁵ Ibidem, pag. 200

³⁷⁶ Ibidem, pag. 201

A. 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 proceso³⁷⁷.

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 norma³⁷⁸.

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 constitucional³⁷⁹. 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

³⁷⁷ Ibidem, pag. 202

³⁷⁸ Ibidem

³⁷⁹ Ibidem, pag. 203

subsana 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 causado³⁸⁰

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

B. 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 inactividad³⁸¹

³⁸⁰ Ibidem

³⁸¹ Ibidem, pag. 204

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 siguientes³⁸²:

- 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.
- 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 cual 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

³⁸² Ibidem, pag. 205

advertencias³⁸³. 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 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 situación³⁸⁴.

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 normativo³⁸⁵.

C. 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 casos³⁸⁶:

- ✓ Puede imponerse cuando ante una orden concreta del órgano controlador, el poder público encargado de subsanar la omisión

³⁸³ Ibidem

³⁸⁴ Ibidem, pag. 206

³⁸⁵ Ibidem, pag. 207

³⁸⁶ Ibidem, pag. 208

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.

- ✓ 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 faltante³⁸⁷. 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

³⁸⁷ Ibidem

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 indemnización procede como única solución en aquellos casos donde no pueda integrarse el orden normativo al caso concreto³⁸⁸

Por otra parte, el problema que se encuentra con la indemnización como mecanismo de solución única es que ésta no resulta siempre satisfactoria, puesto que es lógico que el titular de un derecho prefiere en la mayoría de los casos que se le posibilite el ejercicio del mismo antes de que se le otorgue el pago de una suma determinada, lo cual, resulta evidente si se considera el tiempo que tomaría cobrarle al Estado una determinada suma de dinero. Pese a lo anterior se considera que si ésta medida es utilizada como medio de coerción y se acompaña de una orden vinculante del órgano controlador para que los encargados de dictar la norma subsanen su inactividad, resultaría un mecanismo idóneo para hacer funcionar el sistema³⁸⁹

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.

³⁸⁸ Ibidem, pag. 210

³⁸⁹ Ibidem, pag. 211 y 212

4.3.1.2. 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 administrativa³⁹⁰.

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 estos remedios según su tratamiento en el ámbito doctrinal y su posibilidad de aplicación en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Así tenemos:

A. 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

³⁹⁰ Ibidem, pag. 212

inconstitucional; sin embargo seguirá existiendo el vacío normativo que dio pie a la declaratoria de inconstitucionalidad³⁹¹.

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 fundamentales³⁹².

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 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 constitucional³⁹³.

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 correspondiente³⁹⁴. 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.

³⁹¹ Ibidem, pag. 213

³⁹² Ibidem, pag. 214

³⁹³ Ibidem, pag. 215

³⁹⁴ Ibidem, pag. 218

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*³⁹⁵.

Un ejemplo de la interpretación con efectos generales lo encontramos en la sentencia del proceso número 2001- 05420, del 20 de Junio de 2001; en que se analizó la conformidad de los Arts. 1, 4,6 y 7 de la Ley N 4575 de Costa Rica con el derecho de la Constitución Costarricense. Dichas normas se impugnaron en la medida en que atribuían a los consultorios jurídicos de los estudiantes de la Universidad de Costa Rica, la posibilidad de intervenir en los procedimientos jurisdiccionales en los que son parte los usuarios de ese servicio, en detrimento de los demás estudiantes de las demás universidades en que se impartía la carrera de derecho, quienes no gozaban de ese beneficio. La Sala en esa oportunidad desestimó la acción, pero interpretó las disposiciones en el sentido de que no vedan la posibilidad de que los recurrentes disfruten del beneficio referido, al igual que los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; sin embargo omitió comunicar a la Asamblea Legislativa la orden correspondiente a efecto de que modifique esa regulación, con el fin de que cubra los grupos no comprendidos por las disposiciones cuestionadas; por lo que si bien recurrió a la aplicación de la norma con efectos *erga omnes*, lo cierto es que falta la regulación normativa que pueda solventar el vacío existente por la omisión inconstitucional³⁹⁶.

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

³⁹⁵ Ibidem, pag. 219

³⁹⁶ Ibidem, pag. 219 y 220

como lo establece la doctrina, es necesario que esa laguna legal sea llenada mediante la creación de una norma infraconstitucional (omisión absoluta) o la reforma o modificación de una ya existente (omisión relativa)

B. 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 emita una orden a la autoridad competente para dictar la norma necesaria que desarrolle la cláusula constitucional³⁹⁷. 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 OROZCO³⁹⁸, 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.

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

³⁹⁷ Ibidem, pag. 221

³⁹⁸ Ibidem

precepto constitucional de aplicación condicionada, e incluso, en el caso del ordenamiento venezolano de formular los lineamientos para su corrección³⁹⁹. 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 dictar⁴⁰⁰.

C. El caso de las sentencias Aditivas.

Desarrolladas por la doctrina y por la jurisprudencia Italiana, las sentencias aditivas hacen referencia a la facultad que ostenta el órgano jurisdiccional de alterar el significado de una norma a través de su declaratoria de ilegitimidad, con el propósito de que se adecue a la norma fundamental. En efecto, no se trata de eliminar la norma impugnada o de establecer que su interpretación es conforme con el derecho de la Constitución, sino de la introducción de un nuevo elemento al enunciado normativo, con el propósito de que su aplicación se extienda a situaciones no comprendidas, en principio, por la norma cuestionada de inconstitucional⁴⁰¹. En ese sentido, son tres las precisiones que se pueden formular en cuanto a la utilización de ésta figura:

1. El Tribunal Constitucional no goza de discrecionalidad en cuanto a su utilización, sino que debe emplearla de manera restrictiva; es decir únicamente cuando esa adición constituya el único medio de hacer valer la supremacía de la Constitución.

³⁹⁹ Ibidem, pag. 222

⁴⁰⁰ Sentencia de inconstitucionalidad de fecha 28 de abril de 2000 proveída en el proceso número 2-95

⁴⁰¹ Ibidem, pag. 223

2. Se trata de un remedio definitivo propiamente considerado, en la medida en que no se requiere una actividad normativa posterior para suplir la existencia de la omisión; en ese sentido se debe advertir que con la aplicación de una sentencia aditiva, se altera tanto el significado de la norma como su contenido literal.
3. Este tipo de sentencia constituye la expresión más progresiva de la actuación de un órgano de justicia constitucional, en cuya virtud se deja de lado la añeja concepción de éstos Tribunales como legislador negativo.

El desarrollo de la jurisprudencia Italiana, le ha dado a éste órgano encargado de velar por la superioridad normativa de la Constitución la mayor facultad que se le ha atribuido a un órgano; sin embargo ésta posición no es aceptada por la mayoría de ordenamientos jurídicos, puesto que existe peligro en que se le atribuya a un órgano colegiado la potestad de modificar expresamente el contenido de una ley, con la consecuente violación de otros principios constitucionales⁴⁰². En ese sentido, consideramos que las sentencias aditivas vulneran el principio de separación de poderes, puesto que modifican positivamente el texto de la norma omisa, suplantándose la voluntad del legislador⁴⁰³.

4.3.2. Declaratoria de Inconstitucionalidad por Omisión. Consecuencias Políticas.

Tradicionalmente han surgido en la doctrina muchas discusiones con relación al tema de la inconstitucionalidad por omisión, pero el factor común en todas ellas ha sido lo referente a las consecuencias políticas que genera la

⁴⁰² Ibidem, pag. 224

⁴⁰³ Vid al respecto PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 225

aplicación de la figura. Muchos autores y ordenamientos han sido cautelosos en el tratamiento de éste tipo de control y otros ni siquiera se han atrevido a mencionarlo debido a las implicaciones políticas que una sentencia estimatoria podría producir, sobre todo en relación a la visión tradicional del principio de reparación de poderes⁴⁰⁴.

Sin embargo es nuestro propósito abonar algunas consideraciones respecto de este tema; ya que el instituto de la Inconstitucionalidad por Omisión se justifica en los ordenamientos jurídicos modernos como un medio para garantizar el respeto a la supremacía de la Constitución, y por tanto, analizaremos a continuación los postulados más sobresalientes respecto de las consecuencias que podrían producirse sin violentar este polémico principio.

4.3.2.1. Consecuencias políticas respecto de la separación de poderes y división de funciones.

Un aspecto de la figura que despierta especial interés y cautela entre los tratadistas es lo referente a la separación de poderes y división de funciones, puesto que se ha mencionado la facultad que tiene el órgano contralor (insertado en la mayoría de los casos dentro del Poder Judicial) de emanar una orden al Poder Legislativo o al Ejecutivo para que dicten una determinada norma. Es claro que, el tema de la intromisión de un poder público en otro ha sido una preocupación constante para los distintos Estados democráticos y quienes cuestionan el control de la inconstitucionalidad por omisión se valen de esto para sostener su improcedencia⁴⁰⁵. Por lo anterior, para defender la inconstitucionalidad por omisión frente a la separación de poderes conviene realizar un estudio previo sobre éste principio y los alcances y límites del control interorgánico, a fin de poder establecer que el control de constitucionalidad por omisión no es más que una garantía al respeto de la Constitución como fuente

⁴⁰⁴ Idem, pag 227

⁴⁰⁵ Ibidem, pag. 228

suprema del ordenamiento, a la cual se encuentran subordinados todos los poderes públicos⁴⁰⁶.

A. El principio de separación de funciones.

A pesar de que las primeras formulaciones sobre el principio de separación de poderes fueron planteadas por distintos pensadores entre los que se encuentran ARISTÓTELES Y JOHN LOCKE, el desarrollo de éste principio es atribuido a MONTESQUIEU, en particular, por su obra el espíritu de las leyes⁴⁰⁷. Montesquieu parte de una visión liberal de la Constitución, a partir de la cual puede distinguirse la existencia de un orden político constituido por varios poderes, independientes entre sí, los cuales son, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Así diseña una ordenación política pluriorgánica, con una apreciable separación funcional entre los distintos poderes, siendo que el Legislativo y el Ejecutivo responden con alto grado de aproximación, a la idea que en la actualidad tenemos de los mismos, en el tanto el primero elabora y aprueba las normas fundamentales de la convivencia social y de la ordenación de los poderes; y el segundo las ejecuta. Sin embargo el Poder Judicial es considerado por Montesquieu como algo negativo, que debería ser conformado por los ciudadanos elegidos por sorteo y sin otra misión más que ser *“la boca que pronuncia las palabras de la ley”*⁴⁰⁸.

En esa línea, Montesquieu consideraba que, cuando el Poder Legislativo y el Ejecutivo estaban reunidos en una misma autoridad no había libertad, pues es lógico que quién detente éste poder va a dictar leyes tiránicas para utilizarlas en su provecho. Lo mismo sucede con el Poder Legislativo y el Poder Judicial, pues si son ejercidos conjuntamente, el juez podría cambiar a su antojo las leyes al momento de aplicarlas⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Ibidem

⁴⁰⁷ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 228

⁴⁰⁸ Ibidem, pag. 230

⁴⁰⁹ Ibidem

Finalmente el referido autor considera que la separación entre el Poder Judicial y el Ejecutivo debe darse necesariamente, pues este último podría utilizar la función de los jueces para aplicar las leyes según sus intereses. Así, la doctrina de Montesquieu dio lugar a lo que hoy conocemos como el principio de frenos y contrapesos, el cual implica que ningún poder tiene tanta fuerza que pueda dominar completamente a los demás. En razón de lo anterior, se pretende repartir el ejercicio del poder político entre los distintos órganos para garantizar que cada uno tenga funciones distintas, exclusivas pero limitadas al mismo tiempo por los demás poderes recíprocamente.

B. Control interorgánico. Alcances y límites.

A partir del principio de separación de poderes anteriormente descrito, nace lo que hoy se conoce como: el control interorgánico, el cual consiste básicamente en el poder-deber que tiene un órgano de controlar los actos emitidos por otro⁴¹⁰. Por supuesto que este control no es absoluto y debe encuadrarse dentro de ciertos límites que serán analizados a continuación en esta sección.

En primer lugar, debe indicarse que de la división tradicional de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se desprenden competencias propias de cada uno que, en principio no pueden ser ejercidas conjuntamente. Sin embargo también existen cierto tipo de actuaciones que por su naturaleza y en virtud del principio de legalidad, pueden y deben ser realizadas por otras autoridades. Por lo anterior, conviene hacer una descripción general de las actuaciones ejercidas por los tres órganos, para establecer en definitiva sobre cuáles de ellas aplica el llamado control interorgánico⁴¹¹.

En lo que toca a los actos del Poder Ejecutivo relacionados con el control interorgánico, tradicionalmente se ha entendido que sus actos administrativos se encuentran sujetos al control del poder jurisdiccional, en la medida en que,

⁴¹⁰ Ibidem, pag. 232

⁴¹¹ Ibidem, pag. 233

conforme al principio de legalidad, deben adecuarse al ordenamiento jurídico. Por su parte, la principal actividad realizada por el legislador consiste en

el dictado de las leyes, las cuales se encuentran sujetas al control de constitucionalidad en dos sentidos⁴¹²: en primer lugar, por la necesidad de que hayan sido adoptadas de acuerdo con los criterios materiales que integran el derecho de la Constitución, para lo cual los legisladores pueden realizar las consultas que consideren pertinentes a la Sala Constitucional mediante lo que es genéricamente conocido como el control previo de constitucionalidad; mientras la segunda se refiere a la observancia preceptiva del procedimiento para la formación de las leyes consagradas en la Constitución. Así como el control de constitucionalidad puede ejercerse sobre las leyes emanadas del legislador, de igual manera ese control se extiende sobre sus omisiones en tanto impidan dotar de eficacia los preceptos constitucionales de ejecución diferida, con el fin último de hacer valer el principio de la supremacía constitucional. Otra de las atribuciones de que goza el órgano legislador es la potestad de realizar el control político respecto de los órganos estatales, así como de la actividad que realizan. Dicha actividad debe sujetarse en todo momento a los criterios establecidos por la Sala de lo Constitucional a efecto de que se adecue a la Ley Suprema⁴¹³.

En lo que respecta a la actividad desplegada por el Órgano Judicial, debemos mencionar que existen dos vertientes: la primera, la actividad jurisdiccional de sus órganos, la cual se encuentra únicamente sujeta a control a través de sus instancias, (configuradas por lo general bajo un esquema jerárquico); la segunda, que se encuentra representada por su actividad administrativa, la cual es tutelable mediante el ejercicio de las acciones y procedimientos que el ordenamiento jurídico establece⁴¹⁴.

De lo anterior se desprende que los tres órganos del Estado ejercen funciones de distinta naturaleza, y los actos emanados del ejercicio de dichas

⁴¹² Ibidem, pag. 235

⁴¹³ Ibidem, pag. 236

⁴¹⁴ Ibidem

funciones presentan características diferentes que los incluyen o no dentro de la posibilidad de ser controlados por los demás órganos. El Poder judicial es el que goza de mayor independencia como resultado de la naturaleza de sus actos por un lado, y por otro en virtud de ser el encargado de revisar la legalidad de las actuaciones de los demás órganos con las salvedades ya mencionadas. Por lo anterior, el control de constitucionalidad por omisión se justifica en la necesidad del control interorgánico, derivado del principio de separación de poderes.

C. La defensa de la inconstitucionalidad por omisión frente a la separación de poderes.

El principal objetivo de este apartado es establecer la procedencia del control de constitucionalidad por omisión, con sus principales consecuencias, es decir que, se parte de que el órgano controlador de las omisiones inconstitucionales puede emitir ordenes concretas a los poderes públicos con potestad normativa para ejercer este control. Por tal razón se ha pretendido defender la procedencia del control de inconstitucionalidad por omisión, frente a la separación de poderes, en el cual el órgano encargado de velar por la supremacía constitucional puede y debe garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades públicas con potestad normativa⁴¹⁵.

Cuando se habla del control de los silencios de los poderes públicos con potestad normativa, se encuentran diversas perspectivas tratándose del Poder Ejecutivo o de la Asamblea Legislativa. En el primero de los casos, el tema de la separación de poderes no alcanza la dimensión que adquiere cuando se está frente a los silencios del legislador y es en éste último punto donde está la importancia de éste asunto⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Ibidem, pag. 237

⁴¹⁶ Ibidem, pag. 238

Antes de plantear una posición en cuanto al tema de separación de poderes, debe de indicarse que la polémica no tiene lugar en los casos en que los ordenamientos adopten las llamadas “soluciones provisionales”. Es claro que, cuando se está frente a la interpretación del precepto constitucional con efecto *inter partes* o ante una simple recomendación emitida por el órgano contralor la discusión acerca de si existe una violación al principio de separación de poderes no se da o es menos relevante⁴¹⁷. La crítica que hacemos aquí sobre los sistemas que han adoptado este tipo de medidas, es que no existe una forma de garantizar que el legislador emita la ley cuya ausencia produce la omisión constitucional y por lo tanto el vacío normativo podría existir indefinidamente con el consecuente quebranto de la constitución.

Por su parte, en el caso de las llamadas “soluciones definitivas” se da la discusión sobre el posible quebranto al principio de separación de poderes respecto a si los fallos del órgano controlador son órdenes concretas vinculantes *erga omnes*, el legislador debe someterse a ellas y cumplirlas sin posibilidad de excusarse. Así mismo debe indicarse que en aquellos ordenamientos en los que existe un sistema de control de constitucionalidad difuso no existe la discusión planteada anteriormente, puesto que los jueces ordinarios tendrían que adoptar las medidas necesarias en el caso concreto, sin que su sentencia tenga efectos *erga omnes*⁴¹⁸. Sin embargo debe recordarse que los pocos ordenamientos que han adoptado el control de constitucionalidad por omisión presentan un sistema de control concentrado, motivo por el cual, la discusión se ha suscitado en todos ellos.

Los que defienden al control de constitucionalidad por omisión frente al principio antes dicho, expresan que tal control no se ejerce sobre el legislador sino solamente sobre su silencio en tanto vulnera la norma fundamental y que por lo tanto no se trata del tribunal constitucional ordenando al legislador que cumpla

⁴¹⁷ Ibidem, pag. 239

⁴¹⁸ Ibidem

con su función, sino que se trata del tribunal constitucional velando por que la supremacía de la constitución no se vea amenazada como consecuencia de la inactividad normativa, lo cual se encuentra dentro de su competencia⁴¹⁹. Tal como lo señala el profesor IGNACIO VILLAVERDE⁴²⁰ *“La función que cumple el control jurídico de los silencios legislativos es la de restablecer la supremacía de la constitución si esta ha sido menoscabada por la inactividad legislativa”*. En ese orden de ideas, es claro que todas las actividades públicas se encuentran sometidas a la Constitución y su actuación debe adecuarse a su contenido y, en consecuencia, el legislador no debe excluirse de dicha vinculación ni debe recibir el beneficio de excusarse del cumplimiento de la constitución.

Otro argumento adicional a favor, resulta del hecho de que el tribunal constitucional emite una orden al legislador para que dicte una determinada ley, pero no puede dar los lineamientos específicos sobre la forma de hacerlo a menos que la norma constitucional los contemple. En otras palabras el órgano controlador podría emitir una orden concreta al legislador para que dicte una ley e incluso puede establecer un plazo dentro del cual debe hacerlo, sin embargo si la cláusula constitucional no establece la forma en la que debe dictarla, el legislador cuenta con discrecionalidad para hacerlo en la forma que él considere. Si la norma constitucional no establece estos lineamientos para establecer la ley y aun así el órgano controlador los especifica, podría entonces existir la vulneración al principio de separación de poderes, puesto que este tribunal estaría arrogándose competencias que no le otorga la constitución⁴²¹.

Según ha quedado establecido, existen argumentos suficientes para sostener que la implementación del control de constitucionalidad por omisión dentro del ordenamiento no resulta contrario al principio de separación de poderes; sin embargo aceptar un control amplio o restringido dependerá en la mayoría de los casos de la legitimación que tenga el órgano controlador dentro de

⁴¹⁹ Ibidem, pag. 240, cfr

⁴²⁰ Citado por PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 241

⁴²¹ Ibidem, pag. 241

un país determinado. En nuestro caso, somos de la opinión que tal mecanismo de defensa constitucional podría ser acogido de manera restringida, puesto que la misma Sala de lo Constitucional ha reiterado en diversas ocasiones que no está dentro de su competencia el interferir en el desempeño de las funciones propias de los demás órganos⁴²².

4.3.2.1. Consecuencias Jurídico- Políticas de su Incumplimiento.

Además de las posibles consecuencias jurídicas y políticas apuntadas anteriormente, existen otras derivadas del incumplimiento de una autoridad pública respecto de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por omisión⁴²³. Es claro que el control de constitucionalidad por omisión debe estar dotado de mecanismo suficientes para hacer valer las sentencias emitidas por el tribunal constitucional, los cuales servirán para legitimar el sistema, en tanto vinculan a las autoridades públicas. Sin embargo, los pocos ordenamientos que reconocen este tipo de control han sido conservadores en la utilización de dichos mecanismos de coerción, quedando a la libre disposición de las autoridades públicas, el cumplimiento o no de la orden de normar emitida por el órgano controlador de las omisiones constitucionales⁴²⁴.

Muchas son las interrogantes que despierta el tema que se estudia en este apartado, que trata sobre las implicaciones que se producen por incumplimientos del legislador respecto de la orden formulada por el tribunal constitucional a efecto de que llene el vacío normativo que origina la ineficacia de un precepto constitucional. Algunos han intentado plantear una respuesta a esta cuestión en el sentido de que la falta de cumplimiento del legislador a las órdenes dictadas por el

⁴²² Vid. al respecto Sentencia de inconstitucionalidad de fecha 17 de diciembre de 1992, proveída en el proceso número 3-92., Sentencia de inconstitucionalidad de fecha 14 de febrero de 1997, dictada en el proceso número 15-96

⁴²³ PATIÑO CRUZ, Silvia y otro, op. cit., pag. 242

⁴²⁴ Ibidem, pag. 243

órgano controlador solo produce implicaciones políticas. Ello es así porque consideran que por la condición particular de los legisladores-de representantes de la voluntad popular no se les puede imputar responsabilidad jurídica alguna por ningún acto realizado en el ejercicio de su cargo. En ese sentido los miembros del órgano legislador solo ostentan una responsabilidad política ante los miembros de los otros poderes y ante la opinión pública en general, quienes se ven imposibilitados de exigir la aprobación de la ley que venga a suplir el vacío normativo existente por la falta de desarrollo de la disposición constitucional.

Otros por el contrario, sostienen una tesis más agresiva porque consideran que sí se les pueden atribuir las responsabilidades jurídicas que se desprenden de ese incumplimiento, por lo que incluso mencionan que se les puede abrir proceso penal por el delito de desobediencia a la autoridad siempre que la orden dictada por el tribunal constitucional se adecue a los criterios existentes para que se configure ese tipo constitucional⁴²⁵. Sin embargo, consideramos que esta posición ostentaría en nuestro ordenamiento jurídico severas objeciones que impedirían su aplicación material.

⁴²⁵ Ibidem, pag. 245

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

La construcción de un sistema jurídico que de eficaz respuesta a la compleja realidad de nuestro tiempo se muestra como una ineludible exigencia de la lógica del derecho. Esta necesidad obliga a plantear nuevos retos, siendo uno de ellos la inconstitucionalidad por omisión, instituto de gran interés pese a que la doctrina en general no le ha dedicado gran atención. Sin embargo previo a ahondar en ésta figura, es necesario hacer algunas acotaciones sobre los antecedentes históricos que le dieron origen.

1. Así, encontramos que el control de la constitucionalidad tiene su origen más remoto en la antigua Grecia, en el año 446 A.C. con Pericles, quién fue un gran político ateniense que estableció el control de la legalidad de los proyectos de la ley conocida como *Graphé Paronomon* poniendo la ley por encima de los caprichos populares y de las luchas civiles; autorizando a todo ciudadano para actuar en su defensa como acusador y aplicando sanciones capitales como garantía de su soberanía.

Posteriormente en España, encontramos al denominado JUSTICIA DE ARAGON, 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. Por su parte en Inglaterra, aparece más nítidamente la idea de la supremacía constitucional, lográndose como consecuencia de la revolución de 1688 el que los tribunales ingleses ejercieran

su poder de hacer efectiva ésta supremacía En el Continente Americano, en el año de 1803, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el famoso caso *MARBURY Vrs. MADISON*, en el cual el Juez JOHN MARSHALL, basó la revisión judicial de las leyes en la supremacía de la Constitución sobre la ley ordinaria.

En lo que respecta a la figura de la inconstitucionalidad por omisión es posible verificar que su antecedente más antiguo, se encuentra en la Constitución de la extinta República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974, de donde se extendió a otros países europeos tales como: Portugal, Alemania, Italia, y España. En el derecho latinoamericano, los casos de Brasil y Argentina merecen especial atención por ser los dos primeros países que incorporaron la figura de la inconstitucionalidad por omisión en su texto constitucional en el año de 1988. Por su parte, Costa Rica recoge dicho instituto en su ley de la jurisdicción constitucional de 1989; mientras que Venezuela lo hace en 1999.

En nuestro país, el control de la constitucionalidad de las leyes fue regulado por primera vez en la Constitución de 1950; en la que se estableció que dentro de la potestad de administrar justicia correspondía a los tribunales declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes que fueran contrarias a los preceptos constitucionales. Así, también ésta Carta Magna dispone la posibilidad de que pueda declararse la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; así como el establecimiento de un tribunal competente para declarar dicha inconstitucionalidad. Aunque el tribunal al que se hace referencia no fue creado sino hasta el año de 1983

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, como se ha mencionado a lo largo del a presente investigación, en nuestro país encuentra su antecedente más representativo en la sentencia del 28- IV- 2000 correspondiente al expediente 2-95; el cual se promovió por una supuesta inconstitucionalidad por omisión relativa al Código de Familia.

2. Luego de haber efectuado las aclaraciones anteriores, y realizado un análisis sistemático del tema en estudio, es posible concluir lo siguiente:

Los tribunales constitucionales han sido creados o instituidos en principio para salvaguardar la Constitución en toda su plenitud. En ese sentido, cuando el legislador secundario o el administrador emiten leyes o reglamentos que lesionan o contravienen la Constitución, esos tribunales tienen la atribución de despejar, resolver o sanear las inconstitucionalidades contenidas en aquellas leyes o reglamentos por medio del proceso de inconstitucionalidad, el cual persigue como finalidad un pronunciamiento eficaz, en el sentido de que invalide una disposición que resulta disconforme con la Constitución; ya sea por vicios de fondo o de forma. La inconstitucionalidad por motivos de fondo, consiste básicamente en confrontar el contenido de una norma infraconstitucional con las normas, principios, valores contenidos en la Constitución. La inconstitucionalidad por cuestiones de forma por su parte, tiene relación con el cumplimiento de los requisitos que la Constitución dispone para la emisión de normas, es decir, que se cumpla correctamente con el proceso de formación de ley.

3. 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 de la Constitución. Debe partirse entonces, de la idea de que no puede hablarse de la inconstitucionalidad por omisión sin reconocer la superioridad normativa y el carácter de fuente suprema de la Carta Magna. El principio de supremacía de la Constitución, implica ciertas premisas a saber: A) La observancia preceptiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en la República. B) La aplicación directa de las normas orgánicas contenidas en la

Carta Magna que reglan la relación entre los Poderes, Órganos y entes del Estado, de las que les atribuyen competencias y de las que establecen controles a su actuación. C) La vinculación de parte de los Órganos encargados del manejo de los fondos públicos hacia las normas y principios que integran el derecho de la Constitución. D) La necesidad de que las leyes y en general, las demás normas del ordenamiento jurídico se adecue a lo dispuesto por la Constitución. E) el control sobre los silencios del legislador y de las demás autoridades públicas que violan el derecho de la Constitución. De manera que, tal como lo señala Ignacio Villaverde Menéndez”el fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro que la garantía de la supremacía constitucional; de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos constituye la forma más radical de hacer valer esa supremacía...”

En ese sentido, la figura de la inconstitucionalidad por omisión, parte de una base ideológica importante la cual es, el principio de supremacía de la Constitución. Es decir que, solo reconociendo esa supremacía, puede fundamentarse 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 de normar, incurridas tanto por el Poder Ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria como del legislador en su función creadora de las leyes.

4. Con relación a éste tipo especial y novedoso de inconstitucionalidad, la doctrina más representativa señala la necesidad de mantener en principio el carácter abierto de las normas constitucionales, que puede ser concretado en un momento histórico y aceptado por tendencias ideológicas de distinto signo, y la imposibilidad de regulaciones exhaustivas que agoten todas las materias, lo que trae como resultado la existencia en la Constitución de auténticos encargos al legislador, los 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: 1) El legislador no es libre en cuanto a si emite o no la normativa, así que tiene que actuar indefectiblemente; 2) El cómo de ésta regulación debe discurrir, claro está, por los márgenes que supone el contenido de la Constitución maximizando sus valores y sus fines; 3) El cuándo de tal normativa está en principio sometido a la libertad del legislador, aunque éste no puede dilatar de tal manera su actuación, que suponga un fraude al concreto precepto constitucional.

Se señala así mismo que, las normas de la ley suprema que contiene tales encargos no son meros principios programáticos sino que son verdaderas normas jurídicas. De esta forma un incumplimiento a la obligación de legislar, provoca una ineficacia de semejantes preceptos de la ley fundamental que con el paso del tiempo deviene en una inconstitucionalidad. Si bien el principio de libertad de configuración del legislador, no solo es admisible sino justificable en un sistema democrático, tampoco debe concebirse con unos rasgos absolutos como una autorización al legislador, para que actúe a su antojo; antes bien debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad de la Constitución y su carácter supremo que exige llevar a cabo efectivamente el programa constitucional.

5. La inconstitucionalidad por omisión, es un instituto que permite y exige un adecuado tratamiento de la Constitución con independencia de las conexiones que pueda presentar con otras ciencias sociales por relevantes que éstas sean. Respecto a su definición la doctrina recoge dos grandes grupos: El primero de ellos integrado por aquellos autores que lo conciben con un carácter extenso y el segundo por los que lo encierran en una dimensión más reducida. De acuerdo con los primeros, la vulneración de las normas

constitucionales puede ser producida por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, de manera que la figura estaría ligada al incumplimiento genérico de una obligación de desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional, con mayores precisiones. Acorde al segundo grupo la inconstitucionalidad por omisión estaría limitada únicamente a la inactividad del poder legislativo. Siguiendo esta línea la concepción mayormente aceptada por la doctrina es la que define a la inconstitucionalidad por omisión como: la falta de desarrollo por parte del poder legislativo durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de tal forma que se impida su eficaz aplicación.

6. La constatación y el control de la inactividad legislativa suelen requerir, por la naturaleza general, abierta e imprecisa de las normas que sujetan al legislador un importante esfuerzo interpretativo o integrador del Tribunal Constitucional a fin de establecer la existencia y alcance de los deberes de legislar e incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad. Sobre esto último cabe señalar que, contra lo que pudiera parecer, no toda inactividad origina una laguna legal; ni toda laguna legal surge de la inactividad; lo cual, ocurre por ejemplo cuando una situación carece de regulación legal pero no existe el deber de legislar. Poner freno a la inactividad legislativa no solamente es tarea de l derecho, aunque se trate de una situación antijurídica. La propia naturaleza política de la actividad legislativa dificulta su juridificación, y su evaluación y control reclama el empleo de la Constitución de aquella naturaleza.

7. 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.

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. Sin embargo 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. Por supuesto que cuando esa norma incompleta lo que contiene es un “permiso” el legislador cuenta con discrecionalidad en tanto la Constitución permite la existencia de dos situaciones jurídicas distintas. Así mismo, debe desecharse la terminología de “normas programáticas” para identificar las cláusulas constitucionales, que requieren un desarrollo ulterior, puesto que la idea de “programa” resulta excluyente con la normatividad de la Constitución, entre tanto tratándose de dicho programa las autoridades públicas se encuentran facultadas discrecionalmente a cumplir o no lo estipulado en la norma constitucional, con lo cual definitivamente se estaría dejando en letra muerta a la Constitución y no podría fundamentarse el control de constitucionalidad por omisión.

Cuando estamos frente a la existencia de una norma constitucional de aplicación diferida, debe analizarse el mandato (implícito o explícito) contenido en ellas para determinar cuál es la autoridad encargada de emitir la norma para dotarla de eficacia. Por lo anterior, el control constitucional por omisión procede tanto contra las omisiones administrativas como contra las omisiones del legislador, sin embargo como ya vimos, su tratamiento en uno u otro caso es distinto.

8. Asimismo, para cumplir un mandato constitucional no solo es necesario que el legislador o el poder ejecutivo emita la norma, si no además es indispensable al mismo tiempo que dicha ley sea suficiente para otorgarle eficacia a la norma constitucional así, 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 verdades 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. Las omisiones absolutas consisten en la falta total de regulación normativa relativa a un aspecto cualquiera de la realidad, es decir, son las producidas por la ausencia total de desarrollo normativo por el órgano encargado de dotar de eficacia la norma constitucional incompleta; las omisiones relativas por su parte se encuentran vinculadas a un aspecto puntual dentro de una normativa específica; regulando de una manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional, lo cual significa que la norma constitucional cuenta con en desarrollo normativo, pero que éste es omiso respecto de ciertos grupos que no fueron comprendidos por la normativa infraconstitucional.

9. La inconstitucionalidad por omisión desborda un interés y reclama un tratamiento serio y riguroso acorde con sus repercusiones y potencialidades en las circunstancias del imperio del Estado de Derecho. Las implicaciones que puedan derivarse de la articulación práctica de la omisión inconstitucional dan lugar a que su tratamiento en este terreno deba efectuarse con la adecuada ponderación de la realidad y del contexto reinante en ese particular momento del devenir histórico.

5.2. RECOMENDACIONES

1. Recomendamos en primer lugar que los ciudadanos en general tengan la oportunidad de conocer y acceder a este mecanismo de Defensa de la Constitución a través de su inclusión en el ordenamiento jurídico vigente, puesto que consideramos que para que este tipo de control de la constitucionalidad de las leyes pueda tener una verdadera eficacia y aplicación en nuestro sistema jurídico, es necesario que se encuentre regulado expresamente en cuerpo normativo. Hasta la fecha, como hemos acotado en capítulos anteriores, este tipo de control solo es aplicable “vía jurisprudencia”, es decir, con base a las resoluciones y máximas dictadas al respecto por la Sala de lo Constitucional. Por tal razón estimamos necesario que se Asamblea Legislativa acelere el estudio y la aprobación del anteproyecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales de diciembre de 2001, puesto que el mismo regula expresamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión, incluyéndola como uno de los motivos por los cuales puede impulsarse tal proceso constitucional.

Ahora bien, 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 en ese sentido, es decir, incorporándose la figura en comento al cúmulo de normas preestablecidas, pues somos de la opinión de que, al estar regulado el instituto objeto de nuestro estudio, más personas conocerían de él y tendrían la posibilidad de reclamar en contra de los abusos del legislador, que como vimos no sólo se producen con su actuar, sino también con su pasividad.

2. Tomando en cuenta que la Inconstitucionalidad por Omisión, es una figura moderna y novedosa en el ámbito del derecho constitucional en nuestro

país, consideramos necesaria su incorporación dentro del plan de estudios de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas que ofrece tanto la Universidad de El Salvador como otras universidades privadas, por las razones siguientes:

- a) Porque es de suma importancia que los futuros aplicadores del derecho, tengan un conocimiento claro acerca de las implicaciones jurídicas que tiene la aceptación y aplicación de la figura en comento en nuestro sistema de control constitucional. En ese sentido –y en virtud de que este instituto aún no ha sido acogido por nuestra legislación- se vuelve relevante el estudio de la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia existente acerca del tema hasta el momento, con la finalidad de poder adoptar una posición crítica, basada en los argumentos mayormente aceptados respecto de la efectividad de la utilización de éste nuevo tipo de control en la realidad jurídica.
- b) En la actualidad, en el programa de estudios del área de derecho constitucional, se encuentra el apartado referente al control constitucional donde se analizan por medio de la ley de Procedimientos Constitucionales vigente, cada uno de los mecanismos de Defensa de la Constitución: la Inconstitucionalidad, el Amparo y el Habeas Corpus. De acuerdo a la temática que abordamos la presente investigación, es posible destacar que doctrinariamente la declaratoria de Inconstitucionalidad de una ley, tiene lugar por la existencia de aspectos de fondo y de forma, dejando de lado esta otra vía de vulneración de la Ley Suprema, que como ya vimos, consiste en un “no hacer”, un silencio del legislador, que al igual que los precitados supuestos (vicios de forma y fondo) tiene observancia en nuestra realidad.

3. Como hemos observado a lo largo del presente estudio, el proceso de inconstitucionalidad por omisión tiene como finalidad declarar o poner de manifiesto el incumplimiento de un mandato constitucional por parte del legislador con el objetivo de que éste llene el vacío normativo producido por su inacción y que ha producido como consecuencia la ineficacia de la norma constitucional.

Sin embargo, de conformidad con el principio de Separación de Poderes (órganos), la Sala de lo Constitucional no está en condición de obligar a la Asamblea Legislativa a desarrollar el precepto constitucional en cuestión, tal como lo ha estipulado la referida Sala en la antes citada Sentencia de Inconstitucionalidad proveída en el proceso marcado con el número 2-95, al expresar que es atribución de tal tribunal determinar: a) La existencia de un mandato constitucional, y b) La razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con ese mandato, mas no la forma en cómo deberá cumplirse el mismo, puesto que esto último se engloba dentro de la libertad de configuración de los órganos investidos de potestad normativa. En ese sentido, la Sala está facultada para señalar al legislador cuál debe ser el contenido de una norma a fin de que ésta sea concordante con la Constitución, pero no puede configurar en detalle la formulación lingüística de la misma ni determinar plazos, pues tales especificaciones dependen de las valoraciones políticas que el legislador estime pertinentes.

Agrega este Tribunal que el pronunciamiento de fondo que ha dictarse en el proceso de inconstitucionalidad por omisión no puede implicar una orden a los órganos y entes investidos de potestades normativas, pues esa Sala no puede señalar al legislador lo que debe hacer o lo que debe añadir a la ley para que sea constitucional, pues la misma no está constitucionalmente autorizada ni políticamente legitimada para ello.

Es así que si bien es cierto la Sala no está facultada para coaccionar al Órgano Legislador a crear o modificar determinada norma infraconstitucional, sí está en la obligación de poner en evidencia la inconstitucionalidad que el mismo ha generado con su pasividad, haciéndole ver el deber constitucional que éste tiene de enmendarlo. Por lo tanto, consideramos importante recomendar a la Asamblea Legislativa que tome conciencia sobre este asunto, adquiriendo el compromiso de ceñirse verdaderamente a lo que la Ley Fundamental dispone y a darle fiel cumplimiento a lo que ella manda, pues solo de esa manera lograremos alcanzar la plena realización de ese Estado Constitucional de Derecho que todos los salvadoreños deseamos.

BIBLIOGRAFIA

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 Quiceno Alvarez, 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

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”**, 1° 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

BOVE TICAS, CARLOS, **“El Recurso de Inconstitucionalidad”**, Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1967

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

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

ARTICULOS ELECTRÓNICOS

HERNÁNDEZ VALLE, RUBEN, **“El Principio de igualdad y las omisiones legislativas”**, San José, 1998.

www.us.es/cidc/ponencias/igualdad/ruben%20HERNANDEZ.pdf

MOLINA MENDEZ, JOSE CARLOS, **“La Inconstitucionalidad por Omisión”**, Diario El Mundo, 13 de Septiembre de 2005, www.elmundo.com.sv/vernota.php

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

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

LEGISLACION EXTRANJERA

Constitución Política de la Republica de Costa Rica 1949.

Constitución de la Republica de Colombia.

Constitución de España.

Constitución de la Republica Socialista Federativa de Yugoslavia 1974.

Constitución de Portugal 1976.

Constitución de La Republica Federativa de Brasil 1988.

Constitución Democrática de Perú 1979.

Constitución de Río Negro, Argentina 1998.

Ley de Procedimientos Constitucionales de Costa Rica 1989

Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela 1999.

Nota: Las Constituciones anteriores pueden ser consultadas desde el enlace www.cervantesvirtual.com

LEGISLACION NACIONAL.

Constitución de la Republica 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.

Ley de Símbolos Patrios de El Salvador.

Reglamento General sobre Seguridad e Higiene en los Centros de Trabajo de El Salvador.

Ley del Medio Ambiente de El Salvador , 1998.

Ley Orgánica del Ministerio Publico de El Salvador, 1952.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Parecer 4-1977 Tribunal Constitucional de Portugal Imprenta Nacional, Volumen I, 1977, Casa de Meda Lisboa.

Parecer 8-1977 Tribunal Constitucional de Portugal Imprenta Nacional, Volumen I, 1977, Casa de Moeda Lisboa.

Parecer 11-1977 Tribunal Constitucional de Portugal Imprenta Nacional, Volumen I, 1977, Casa de Moeda Lisboa.

Parecer 9-1978 Tribunal Constitucional de Portugal Imprenta Nacional, Volumen V, 1979, Casa de Moeda Lisboa.

Parecer 35-1979 Tribunal Constitucional de Portugal Imprenta Nacional, Volumen X, 1980, Casa de Moeda Lisboa.

Parecer 11-1981 Tribunal Constitucional de Portugal Imprenta Nacional, Volumen V, 1981 Casa de Moeda Lisboa.

Sentencia de Inconstitucionalidad del 12 de Diciembre de 1963. Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

Sentencia de Inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional Español 1982. Proceso N° 24-1982.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Resolución de Sobreseimiento del 4 de Diciembre de 2001. Proceso N° 13-2001.

Resolución de la Sala de lo Constitucional del 15 de Agosto de 2005. Proceso N° 14-2005.

Sentencia de Amparo del 7 de Enero de 2004. Proceso N° 1263-2002

Sentencia de Inconstitucionalidad de 1986. Proceso N° 7-86.

Sentencia de Inconstitucionalidad del 17 de Diciembre de 1992. Proceso N° 3-92.

Sentencia de Inconstitucionalidad del 14 de Febrero de 1997. Proceso N° 15-96.

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 15 de Febrero de 2001. Proceso N° 3-2000

Sentencia de Inconstitucionalidad del 31 de Agosto de 2001. Proceso N° 33-2000.

.