

53-2012

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las catorce horas con dos minutos del día veintitrés de enero de dos mil quince.

El presente proceso constitucional ha sido promovido por el ciudadano José Arturo Tovar Peel, con el fin de que se declare la *inconstitucionalidad por omisión total* en que ha incurrido la Asamblea Legislativa por no haber emitido la regulación que desarrolle el contenido del art. 2 inc. 3° de la Constitución (en adelante Cn.), cuya letra prescribe:

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

Han intervenido en el proceso, el demandante y el Fiscal General de la República.

Analizado el proceso y considerando:

I. En el trámite de este proceso los intervinientes expusieron lo siguiente:

I. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por el demandante pueden sintetizarse de la siguiente manera:

A. Fundamentalmente, el ciudadano Tovar Peel sostuvo que el art. 2 inc. 3° Cn. reconoce el derecho de toda persona a recibir una indemnización o resarcimiento por los daños morales o extrapatrimoniales de las que fuere víctima.

De la misma forma, aseveró que el art. 245 Cn. establece el derecho a la indemnización por los daños morales en que incurrieren los funcionarios y empleados públicos por las acciones y omisiones que ocasionaren la violación a los derechos consagrados en la Constitución.

Con base en el art. 2 inc. 3° Cn. –consideró–, el derecho a la indemnización por daños morales debe garantizarse “conforme a la ley”, la cual debe ser emitida por la Asamblea Legislativa según lo prescriben los arts. 121 y 131 ord. 5° Cn. A su entender, dicha expresión entraña un *mandato al legislador*, esto es, una obligación de emitir un cuerpo jurídico adecuado que establezca el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales.

B. En función de lo anterior, el actor hizo referencia a la eficacia directa de la Constitución y a la inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, citó extractos jurisprudenciales de las resoluciones de 26-XII-2004 y 25-VIII-2009, Incs. 37-2004 y 8-2008 –admisión e improcedencia respectivamente–, con el propósito de argumentar que el art. 2 inc. 3° Cn. es una norma “programática” y de “cumplimiento no discrecional” para la Asamblea Legislativa. A su juicio se trata de un “mandato de imperativo cumplimiento”, pues no expresa a favor del citado órgano una conducta facultativa para regular o no las indemnizaciones por daños morales.

Ahora bien, consideró que en los casos en que el constituyente no establece un plazo para que la entidad a quien se dirige el mandato emita una normativa infraconstitucional,

ello debe hacerse en un *plazo razonable*, situación que exige tener presente las circunstancias propias de cada ordenamiento jurídico, las contingencias sociales y las posibilidades reales de las instituciones del sistema político.

Sobre la inconstitucionalidad que ahora se pretende, el demandante consideró que el Legislativo ha omitido de forma absoluta darle cumplimiento al mandato constitucional “programático” que propone como parámetro de control, a pesar de que ya transcurrieron casi tres décadas de la emisión de la Constitución. Por ello, razonó que el órgano fundamental en cuestión se ha excedido irrazonablemente para emitir la ley pertinente a que se refiere el art. 2 inc. 3° Cn.

Sobre la omisión que reprocha al Legislativo, apuntó que existe un mandato constitucional expreso en el art. 2 inc. 3° Cn. –que a su juicio es constitutivo de una norma programática imperativa– y, además, que el Órgano Legislativo ha incurrido en una inactividad absoluta de emitir el cuerpo jurídico respectivo para desarrollar la mencionada disposición constitucional.

2. Mediante oficio n° 2137 de fecha 29-X-2012, notificado el 24-I-2013, la Secretaría de este tribunal requirió a la Asamblea Legislativa rindiera informe sobre la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el ciudadano Tovar Peel.

Acorde con ello, consta en el proceso que transcurrido el plazo al que se refiere el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales –L.Pr.Cn.–, la autoridad demandada no hizo uso en tiempo de su oportunidad procesal, ya que presentó su informe de forma extemporánea –14-II-2013– insistiendo en que, como autoridad demandada, puede decidir cuando darse por notificada de las resoluciones de este tribunal; por lo que, las razones que haya manifestado para justificar la constitucionalidad en su omisión de legislar *no serán analizadas* en la presente decisión.

La posición anterior es producto de la línea jurisprudencial consolidada sobre la *preclusión de los actos* en el proceso de inconstitucionalidad.

Al respecto, cuando la demanda de inconstitucionalidad se admite, la Sala debe pedir informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición que se considera inconstitucional a fin de que esta lo rinda en el término de diez días hábiles.

En consecuencia, uno de los supuestos para que opere la preclusión es el vencimiento del plazo previsto en la ley o establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal. Si se quiere prevenir un efecto negativo dentro del proceso, es ineludible que la actuación procesal pertinente se lleve a cabo en el intervalo de tiempo que corresponde. Cuando ello no se hace así, se pierde la oportunidad de hacerlo después, en cuyo caso el planteamiento que se haga posteriormente no deberá ser considerado por el tribunal (arts. 7 y 79 inc. 3° L.Pr.Cn.), (sentencia de 16-XII-2013, Inc. 7-2012).

3. Al contestar el traslado que prescribe el art. 8 L. Pr. Cn., el Fiscal General de la República expuso lo siguiente:

A. Primeramente externó algunas consideraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la inconstitucionalidad por omisión.

Afirmó que el legislador tiene un papel esencial en normar positivamente los derechos fundamentales. Debe concretar su mandato mediante la regulación y limitación de su ejercicio, establecer un marco jurídico eficaz para su protección. De allí que la inactividad del Legislativo adquiera relevancia constitucional para la efectiva salvaguarda de los derechos que precisan de regulación legal.

B. Luego de examinar el parámetro de control, el Fiscal concluyó que dicho precepto constitucional contiene un mandato explícito para que el Legislativo regule las plataformas normativas sobre las cuales el derecho a la indemnización por daños de carácter moral se ejercerá; por ello, el art. 2 inc. 3° Cn. es una norma incompleta, cuya plenitud se perfecciona a partir de la concreción normativa del legislador.

Sobre esto último, el Fiscal General consideró pertinente examinar si en efecto existe el vacío legal demandado por el ciudadano en el ordenamiento jurídico.

Para ello, expuso que el tema de la indemnización por daños morales ha sido objeto de desarrollo legislativo en diversos aspectos, a saber:

a. En el mismo texto constitucional, el art. 245 Cn. prescribe que los funcionarios y empleados públicos deberán responder por los daños materiales y morales que causaren.

b. El art. 35 L.Pr.Cn. contempla la posibilidad de ejercer la acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

c. Los arts. 32 y 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, al regular los efectos de la sentencia estimatoria contemplan los supuestos que habilitan la reclamación por daños y perjuicios.

d. Expresa, además, que el art. 241 ord 1° del Código Procesal Civil y Mercantil establece el acceso a la jurisdicción para toda persona que haya sufrido daño de naturaleza extrapatrimonial.

e. En materia penal y penal juvenil la indemnización por daño moral ha sido objeto de desarrollo. El art. 115 ord. 3° del Código Penal prevé la indemnización a la víctima y su familia por los daños materiales y morales consecuencia del delito. El art. 35 de la Ley Penal Juvenil contempla la acción civil para el resarcimiento de perjuicios materiales y extrapatrimoniales ocasionados por la infracción cometida por menores de edad.

f. También hace referencia a la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito, pues sostiene que en su art. 4 se establece la necesidad de pronunciarse en la sentencia sobre la responsabilidad civil.

g. Por otra parte, el art. 299 literal g) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia instituye que en la sentencia en el proceso de protección se deberá determinar

la cuantía que el infractor deberá pagar a favor de la niña, niño o adolescente en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

h. Finalmente, el Código de Familia reconoce la procedencia de una compensación por perjuicios de naturaleza moral en la declaración judicial de paternidad, la nulidad del matrimonio y en la unión no matrimonial (arts. 150 inc. 2º, 97 y 122 C.Fam).

C. En atención a la normativa reseñada, el Fiscal General de la República concluye que el legislador “efectivamente” ha desarrollado en el ordenamiento jurídico secundario los “supuestos y mecanismos” para que cualquier persona pueda reclamar la compensación por daños de naturaleza moral, tal y como lo establece el art. 2 inc. 3º Cn.; en consecuencia, sostuvo que no existe la inconstitucionalidad por omisión señalada por el actor.

II. Expuestos los argumentos de los sujetos intervinientes en el presente trámite, corresponde ahora (1) identificar concretamente el problema jurídico que deberá ser resuelto; para luego (2) indicar el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo.

1. La cuestión que debe ser decidida en esta sentencia consiste en verificar si la *instrucción normativa* del art. 2 inc. 3º Cn. que prescribe: “Se establece la indemnización, conforme a la ley, para daños de carácter moral.”, ha sido inobservada por la Asamblea Legislativa dada la abstención de regular normativamente las condiciones para hacer efectiva la reclamación de una compensación por daños de carácter moral.

2. Establecidos los términos del contraste, a continuación se abordarán los siguientes aspectos: (III.1) la inconstitucionalidad por omisión, desde una perspectiva de los mandatos constitucionales como normas incompletas; (III.2) verificar si el art. 2 inc. 3º Cn., en efecto establece un mandato al legislador y así abordar unas breves consideraciones sobre la indemnización, su naturaleza y el daño moral.

Fijado este marco teórico, (IV) se pasará a aplicar sus distintos componentes al caso cuyo estudio se realiza.

III. 1. Cuando la efectiva protección de las prestaciones derivadas de un mandato constitucional exige del Legislativo la obligación de legislar, el mecanismo que esta Sala puede utilizar para controlar su incumplimiento es el de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Con respecto a dicho instituto, y a diferencia de otros países, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa. Sin embargo, la jurisprudencia emitida por esta Sala ha sostenido que tal instrumento de protección reforzada es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98).

Fundamentalmente, de acuerdo con la citada decisión (reiterada en la sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95), las razones que han sido argüidas para justificar la *inconstitucionalidad por omisión* son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.

A. Sobre las referidas cualidades de la Constitución (fuerza normativa y supremacía), no es necesario explayarse en esta sentencia. Basta con afirmar que, si bien la Ley Suprema está compuesta por disposiciones jurídicas que incluyen una multiplicidad de normas jurídicas que tienen la misma fuerza normativa porque ocupan el máximo rango jurídico, lo cierto es que no todas ellas tienen la misma *eficacia*.

a. Como se afirmó en la sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004, la eficacia es una de las dimensiones inherentes de toda norma jurídica, debido a que esta se produce con la intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad para que pueda cumplir realmente con su *razón esencial*: establecer los fundamentos de la convivencia nacional y la construcción de una sociedad más justa (preámbulo de la Constitución).

También, la Constitución establece un conjunto de valores que se traducen en normas jurídicas y en un determinado contenido fundamental que busca ser realizada y, de igual manera, cumplir también con el postulado de eficacia aludido.

Ahora bien, este modo de regular la convivencia tiene como resultado una Constitución integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. Así, las disposiciones constitucionales exigen distinta intensidad de actualización, sin que ello signifique que poseen una significación dispar o un protagonismo diferenciado.

Por tal motivo, de entre la *tipología* de normas que contiene la Constitución salvadoreña, interesa destacar los *mandatos constitucionales*, que se caracterizan por su *estructura relativamente incompleta*.

b. i) En ese orden de argumentos, es oportuno señalar que, generalmente, la existencia de este tipo de disposiciones constitucionales que tipifican mandatos se traduce en una serie de órdenes al legislador. Tales prescripciones no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, *sino verdaderas imposiciones jurídicas* que obligan al órgano emisor a conectarlas con otras de desarrollo infraconstitucional para alcanzar su plenitud aplicativa.

Estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador constituyen cierto tipo de normas incompletas, pues, en línea de principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que la circunstancia a la que se refiere el mandato pueda cobrar plena eficacia.

De esta forma, si la ley a la que se remite el mandato está emitida cuando la Constitución entra en vigor, dicho mandato queda completado, es decir, que va a tener

aplicación inmediata; en cambio, si en aquel momento no se ha emitido la ley, la aplicación del mandato constitucional quedará diferida hasta que la ley se produzca.

ii) Debe agregarse que estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte necesaria para dotar de eficacia plena a la disposición constitucional que tipifica un mandato.

iii) Además, los encargos dirigidos al legislador para que produzca disposiciones legales pueden estar condicionados, tanto por el establecimiento en la Ley Suprema de un plazo determinado (lo que tampoco es necesario), como por la *existencia actual* de circunstancias que demanden razonablemente la regulación jurídica de la correspondiente prestación. De tal manera que, en este último supuesto, *desaparecida la circunstancia, el mandato dirigido al legislador ya es exigible y, por tanto, la abstención legislativa se reputaría como no justificada y por tanto, inconstitucional.*

B. a. En efecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que existe tanto una vinculación negativa de la ley frente a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico; como también una vinculación positiva que impone al Legislativo la tarea de promoción y reconocimiento de los derechos fundamentales (sentencia de Inc. 37-2004).

Ello significa que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, para concretar las facultades atribuidas, regular y limitar su ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección. Ahora bien, no está de más aclarar que, a diferencia de la regulación, los límites sólo son susceptibles de ser realizados por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa (sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006).

Esta vinculación positiva al legislador se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales, pues en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por la Ley.

De este modo, los derechos fundamentales también desplegarán su eficacia frente a los particulares, para lo cual habrá que tener en cuenta cómo el legislador ordinario lo ha regulado (sentencia de 21-IX-2011, Inc. 16-2005).

b. Otro de los puntos que abonan a las anteriores afirmaciones se encuentra en el carácter relativo de los derechos fundamentales y el hecho de que la delimitación de su contenido pueda evolucionar, por responder a realidades dinámicas. Todo ello contribuye a

que la línea divisoria entre lo constitucional y lo inconstitucional de una intervención legislativa sea difícil de identificar *a priori*.

2. Abordada la institución de la *inconstitucionalidad por omisión*, corresponde examinar el precepto normativo contenido en el art. 2 inc. 3° Cn.

A. La disposición en comento prescribe: “Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.”

Dicho artículo parte del supuesto del establecimiento o creación de una ley que regule la *institución de la indemnización* por los daños causados a una persona; sin embargo, el constituyente limita la norma a la regulación de los daños de tipo *moral*.

Para descifrar el contenido prescriptivo de esta norma, la misma debe ser integrada con el inciso primero de la disposición constitucional a la que pertenece; en ese sentido, la protección de los derechos fundamentales a la *vida y a la integridad física y moral* permite colegir que toda persona tiene un derecho fundamental a no sufrir un daño injusto contra un bien o derecho objeto de tutela jurídica, lo que en definitiva consiste en un derecho a ser reparado por el daño sufrido.

Por ello, el art. 2 inc. 3° Cn., en conexión con los derechos a la vida, integridad física y moral, determina la obligación parlamentaria de concretar un sistema adecuado y suficiente que garantice el derecho a la *reparación de los daños morales* causados.

B. Para un mejor abordaje del presente análisis, resulta necesario referirse brevemente a la institución de la *indemnización por los perjuicios o daños* sufridos.

La *obligación* de indemnizar existe porque el afectado con la acción u omisión ha sufrido un *daño*, el cual puede ser material o moral. Todo *daño* supone la lesión de un bien jurídicamente relevante. Si el daño afecta a la persona en cualquiera de sus esferas no patrimoniales, el daño es de carácter moral.

Esta clase de daño –moral– goza de protección constitucional pues se extrae como una manifestación del derecho a la *integridad física y moral* –art. 2 inc. 1° Cn.–, ya que dicho derecho fundamental –integridad física– implica el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona, tanto en relación con su cuerpo como respecto de su mente y espíritu; y, rechaza cualquier menoscabo en estos.

La *integridad moral*, supone mantener la vida en circunstancias que facilitan la obtención de condiciones materiales necesarias para el goce del resto de derechos fundamentales (sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007).

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

En virtud de lo anterior, el mandato contenido en el parámetro de control, pretende que el legislador garantice a toda persona que sufra un daño de índole moral los mecanismos para obtener una reparación correlativa.

IV. Determinado el marco jurídico de la presente decisión, corresponde ahora examinar si en efecto converge la inconstitucionalidad por omisión alegada por el ciudadano Tovar Peel.

Para resolver la cuestión, esta Sala debe: (1) constatar si en el texto constitucional existe un mandato que obligue al legislador a emitir la normativa correspondiente; (2) verificar si existe un comportamiento omisivo del legislador para cumplir con dicho mandato; (3) establecer si el comportamiento omiso, ha sido excesivo e injustificadamente dilatado; y, en su caso, (4) fijar con precisión la forma en que se dará cumplimiento al mandato constitucional.

I. Sobre el primer aspecto y tal como se consignó en el considerando I de esta sentencia, el demandante sostuvo que el mandato o encargo que el legislador ha omitido normar es el que está contenido en el art. 2 inc. 3° Cn.

A. La disposición constitucional en comento prescribe que “[s]e establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

B. Dada la estructura normativa del enunciado constitucional en referencia, es dable concluir que este contiene un *mandato expícito* para que el Legislativo emita una regulación que desarrolle el derecho de toda persona a ser compensada por el acaecimiento de daños de tipo moral.

De su tenor se infiere la necesidad de una actividad concreta de *actualización legislativa* que garantice el reconocimiento y protección de aquel derecho. Dicha disposición, lejos de postergar la vinculación que el derecho impone hacia los entes con potestades normativas, reafirma el mandato hacia el Legislativo para que desarrolle las plataformas normativas sobre las cuales el derecho en mención se ejercerá.

En efecto, el precepto normativo contenido en el art. 2 inc. 3° Cn. tiene una estructura prescriptiva que es posible caracterizar como *incompleta*, ya que su eficacia necesita la concreción normativa del legislador. De esta forma, es posible apreciar la existencia de un derecho fundamental, cuya dimensión prestacional aun no goza de una protección y promoción mediante la *garantía* respectiva (que el legislador desarrolle sus condiciones de ejercicio).

Al respecto, es oportuno evocar que, como se afirmó en la citada sentencia de Inc. 37-2004, la vinculación de los derechos fundamentales no necesita de la intermediación legislativa, por lo que su falta no neutraliza por completo la operatividad del derecho. Sin embargo, para que las *garantías* puedan desempeñar su papel de instrumento de protección de los derechos, es necesario un desarrollo legal de los supuestos y condiciones para la protección de estos.

A causa de lo anterior, esta Sala considera que el elemento de la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador se encuentra plenamente establecido en el presente proceso.

2. A. Con el objeto de comprobar si en efecto existe un comportamiento omisivo de parte de la Asamblea Legislativa, se dio intervención a dicho órgano de Estado a fin de que expusiera las razones sobre la inconstitucionalidad alegada; sin embargo, tal y como se ha consignado oportunamente en el presente fallo, el órgano encargado de emitir la normativa ahora demandada, no hizo uso en tiempo de su oportunidad procesal de intervenir en el presente proceso; por lo que su participación no fue tomada en cuenta en la presente decisión.

B. No obstante el comportamiento del Legislativo, el Fiscal General de la República, en su intervención procesal, afirmó que el legislador sí ha desarrollado dentro del ordenamiento jurídico secundario los “supuestos y mecanismos” para que cualquier persona pueda reclamar la compensación por daños de carácter moral, tal y como lo establece el art. 2 inc. 3° Cn.; y, por tanto, consideró que no se configura la inconstitucionalidad por omisión.

Para respaldar su afirmación, el funcionario en comento señaló una serie de disposiciones legales de distintos cuerpos normativos en las que asegura se regula la *indemnización por el daño moral*.

C. a. Del cúmulo de disposiciones propuestas por el Fiscal General como prueba del cumplimiento de la obligación de legislar por parte de la Asamblea Legislativa, se advierte que no todas se refieren directamente a la *indemnización por daño moral*. Muchos de esos artículos hacen referencia a la indemnización de perjuicios por daños materiales, la cual es una institución que de cierta forma cuenta con un marco regulatorio en el ordenamiento jurídico actual.

Entre ellas se observan los arts. 35 L.Pr.Cn., 32 y 34 inc. 2° LJCA, 241 ord. 1° CPCM, 125 CP, 42, 43, 44, 45, 46 y 399 C.Pr.Pn., 35 L.Pn.J.

b. No obstante lo anterior, de la legislación propuesta no es posible negar que existen algunos cuerpos normativos que sí mencionan la indemnización por daños de tipo moral.

Para un mejor abordaje del tema, resulta necesario citar esas disposiciones legales.

En ese sentido se tiene:

a. El art. 120 n° 6 C.Pr.Pn. establece: “**Solicitud de constitución.** La constitución de parte civil se hará mediante una solicitud escrita que deberá contener bajo pena de inadmisibilidad: n° 6) Los perjuicios de orden material o moral que se le hubieren causado.”

b. El art. 97 C.F. –sobre la nulidad del matrimonio– establece: “**INDEMNIZACION.** El contrayente que resultare culpable de la nulidad del matrimonio, será responsable de los daños materiales o morales que hubiere sufrido el contrayente de buena fe.”

c. El art. 122 C.F. –unión no matrimonial– establece: “**ACCION CIVIL.** En caso de muerte, el compañero de vida sobreviviente tendrá derecho a reclamar al responsable civil, indemnización por los daños morales y materiales que hubiere sufrido.”

d. El art. 150 inc. 2° C.F. –declaración judicial de paternidad– establece: “**ACCION DE PATERNIDAD.** [inc. 2°] Si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrá derecho a reclamar del padre indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar conforme a la ley.”

e. El art. 229 lit. g) LEPINA establece: “**Sentencia.** En la sentencia estimatoria, según las circunstancias del caso, el juez deberá: g) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor de la niña, niño o adolescente deba pagar el infractor, la cual comprenderá el resarcimiento del daño psicológico y el daño material ocasionados; conforme a la prueba vertida para tales efectos”.

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

Por ello, se concluye que la normativa propuesta por el Fiscal General de la República no proporciona un marco regulatorio suficiente que permita volver operacional el derecho a la indemnización por el daño moral; sino que, por el contrario, presupone la existencia de otra regulación y afirma la necesidad de que se desarrollen los presupuestos y aspectos operativos del derecho en cuestión.

De esta manera, *se ha constatado que existe un comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa para cumplir con el mandato constitucional apuntado.*

3. En relación con el análisis relativo a establecer si el comportamiento omisivo del legislador está justificado, es preciso externar lo siguiente:

Tomando en cuenta lo advertido en los numerales que anteceden, la conclusión es inevitable: *el comportamiento omisivo del Legislativo de expedir un cuerpo jurídico que establezca un marco regulatorio sobre el daño moral, ha sido excesivamente dilatado, en tanto que la Constitución cuenta con 31 años de vigencia.*

No basta con que un número limitado de disposiciones legales establezcan el *derecho a la reparación por el daño moral* para tener por cumplido el mandato contenido en el art. 2 inc. 3° Cn.; sino que, es necesario, como se advirtió preliminarmente, que el legislador desarrolle a plenitud todos los presupuestos legales para dar eficacia a dicho derecho.

En consecuencia, se deberá declarar la *inconstitucionalidad por omisión alegada por el demandante*, debido a que la Asamblea Legislativa no ha emitido una regulación que actualice el contenido del art. 2 inc. 3° de la Constitución.

Y es que, la obligación de progresividad que tienen los poderes públicos en la promoción de los derechos fundamentales, impone a estos el compromiso de desarrollar su contenido en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, de acuerdo con los contextos históricos, culturales y jurídicos. Dicha obligación no constituye una habilitación abierta en el tiempo que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la protección o garantía de un derecho.

4. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, resulta significativo señalar que a pesar de la falta de desarrollo legislativo respecto de la indemnización por daños de carácter moral, el derecho consagrado en el art. 2 inc. 3° Cn. ha sido efectivizado por los operadores de justicia.

Y es que, con base en el carácter normativo de la Constitución, los jueces y tribunales, al resolver el caso concreto, han realizado una aplicación directa de la norma fundamental –art. 2 inc. 3° Cn.– para garantizar la operatividad de este tipo de indemnización, *v.gr.* las sentencias de 16-V-2006 y 11-VIII-2010, pronunciadas en las Casaciones Civiles 5-Ap-2005 y 2-Ap-2008 respectivamente; además, la sentencia de 29-V-2014, pronunciada por el Juzgado Quinto de lo Civil y Mercantil en el proceso 03682-12-PC-5CM2/PC28-12-5CM2-1.

En virtud de lo anterior, la emisión de un cuerpo normativo que desarrolle la indemnización por daños de carácter moral, tal como lo prescribe el art. 2 inc. 3° Cn., no invalida los pronunciamientos que se hayan emitido en aplicación directa de la Constitución con la finalidad de efectivizar este derecho.

5. Corresponde ahora determinar los efectos de esta sentencia.

A. En el presente caso, tal como quedó argumentado, la Asamblea Legislativa ha retardado la creación de un ordenamiento jurídico en el que se establezca la regulación del derecho a que se refiere el 2 inc. 3° Cn. Por ello, reconociendo que la eficacia del derecho a la indemnización por daños morales no puede continuar condicionada hasta que tal entidad estatal así lo decida, es pertinente que la Asamblea Legislativa emita la normativa en la que fije de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones relativas a dicha modalidad de indemnización, la cual sirva de marco general para el resto de disposiciones, que presuponen esta regulación.

Tal señalamiento se formula con total respeto hacia el margen de acción estructural que el Legislativo tiene en el tema, para propiciar la colaboración entre este Tribunal y el órgano representativo por excelencia. No obstante, dado que la omisión actual de protección legislativa que afecta al derecho fundamental establecido en el art. 2 inc. 3° Cn. es manifiesta y que, además, reclama una respuesta institucional, es indispensable fijar un término para que la Asamblea Legislativa expida la normativa que dé cumplimiento a la mencionada disposición constitucional.

B. La duración del término en el cual se espera que el Legislativo expida la regulación destinada a superar el vacío normativo constatado depende, por lo menos, de dos circunstancias.

a. La primera, del hecho incuestionable que la ausencia de una previsión suficiente y adecuada tiene el efecto pernicioso de prolongar la desprotección del derecho fundamental infringido.

b. La segunda, que el legislador requiere de un intervalo de tiempo suficiente para debatir el asunto y para darle el alcance que considere pertinente, pues debe recordarse que el órgano mencionado se rige por los *principios democrático, pluralista y por el libre debate*.

C. Por tanto, se impone señalar que la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, deberá emitir la normativa en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones con base en las cuales las personas que sufran un menoscabo a su esfera psíquica y moral puedan ejercer la acción indemnizatoria por daños de carácter moral.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión alegada por el demandante, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 2 inc. 3º de la Constitución, al no haber emitido la normativa que determine las condiciones bajo las cuales se deberá materializar el derecho a la indemnización por daños morales.*

En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá emitir a más tardar el 31 de diciembre del presente año, la ley por la que se fijen las condiciones de ejercicio del derecho a la indemnización por daño moral. Para ello, debe tener presente lo determinado en los romanos III. 2 y IV de esta sentencia.

2. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del Diario Oficial.