

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



TITULADO

LA IMPLEMENTACIÓN OBLIGATORIA, DE LA OPINIÓN CONSULTIVA, COMO UNA
HERRAMIENTA NECESARIA PREVIO A LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS, EN
GUATEMALA

HENRY ESTUARDO MARCOS COCÓN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

LA IMPLEMENTACIÓN OBLIGATORIA, DE LA OPINIÓN CONSULTIVA, COMO UNA
HERRAMIENTA NECESARIA PREVIO A LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS
JURÍDICAS EN GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

HENRY ESTUARDO MARCOS COCÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:
PRESIDENTE: Licda. Jacqueline Ziomara Archila Chavez
VOCAL: Licda. Waleska Romelia García Contreras
SECRETARIO: Lic. Hector Ricardo Echeverria Mendez

Segunda fase:
PRESIDENTE: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juarez
VOCAL: Lic. Hector Ricardo Echeverria Mendez
SECRETARIO: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LICDA. DINA MARISOL ROBLEDO ORDÓÑEZ

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala 21 de febrero de 2012.

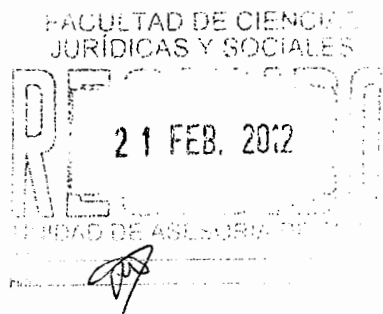
Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



De la manera más atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo con fecha trece de octubre de dos mil once, he cumplido con la función de asesora de tesis del estudiante **Henry Estuardo Marcos Cocón**, sugiriéndole modificación del título del trabajo de tesis, el cual quedara de la siguiente manera: **"La implementación obligatoria, de la opinión consultiva, como una herramienta necesaria previo a la formación de las normas jurídicas en Guatemala"**. Para lo cual me permito emitir el siguiente dictamen:

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, mismas que considere oportunas para una mejor comprensión del tema abordado por el estudiante **Henry Estuardo Marcos Cocón**; cabe destacar que la redacción de la misma es clara, adecuada y con el léxico jurídico correcto.

Considero además que en el trabajo relacionado constituye un aporte de contenido científico y técnico como consecuencia de la importancia de estudiar y comprender la importancia ya que nos proporciona material importante para estudiar y comprender el incumplimiento en el cual incurre el congreso de la republica de Guatemala en cuanto a lo estipulado en el artículo 164 literal B de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

16 calle 8-24 Zona 21 Condominio Jardines de Loma Blanca

Guatemala Guatemala

Tel: 5556-0596

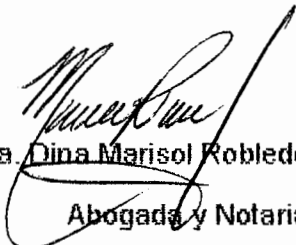


LICDA. DINA MARISOL ROBLEDO ORDÓÑEZ
ABOGADA Y NOTARIA

Así mismo cabe señalar que la metodología utilizada para la elaboración de la tesis fueron el método analítico, deductivo e inductivo y las técnicas de investigación fueron la documental y comparativa. Es de mencionar que la bibliografía consultada fue suficiente a mi criterio integrada por autores nacionales e internacionales expertos en la materia.

Las conclusiones y recomendaciones a las que arribo el bachiller, son congruentes con el contenido de la investigación, con lo cual se logro obtener los objetivos planteados en su plan de investigación y determinar la hipótesis formulada en el mismo. así mismo y como ya lo mencione la bibliografía utilizada es acertada y actualizada. Por lo tanto es procedente que el presente trabajo de tesis sea aprobado y por consiguiente pueda ser sometido a su discusión en el examen público de tesis. En virtud de lo anterior y habiéndose cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular;


Licda. *Dina Marisol Robledo Ordoñez*
Abogada y Notaria

Colegiada 8515

Licenciada
Marisol Robledo Ordoñez
Abogada y Notaria

16 calle 8-24 Zona 21 Condominio Jardines de Loma Blanca

Guatemala Guatemala

Tel: 5556-0596



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 01 de junio de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO SERGIO LEONEL GAROZ MARTÍNEZ , para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante HENRY ESTUARDO MARCOS COCON, intitulado: "LA IMPLEMENTACIÓN OBLIGATORIA, DE LA OPINIÓN CONSULTIVA, COMO UNA HERRAMIENTA NECESARIA PREVIO A LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

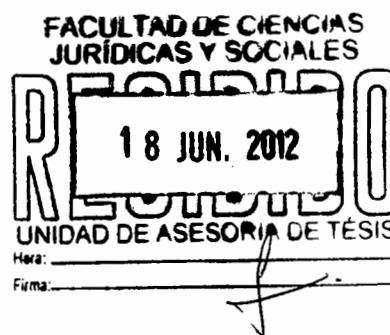
LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CEHR/sllh.

LIC. SERGIO LEONEL GAROZ MARTÍNEZ
6ta. Avenida "B" 19-73 Zona 5 Villa Nueva
Residenciales Fuentes del Valle II
Teléfono: 41535854

Guatemala 18 de junio de 2012.

Licenciado:
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



En resolución dictada por usted con fecha veinticuatro de febrero de dos mil doce, fui nombrado para revisar el trabajo de tesis del estudiante: **Henry Estuardo Marcos Cocón**, y atendiendo a lo sugerido por la asesora de tesis, licenciada Dina Marisol Robledo Ordoñez, el título del trabajo de tesis en definitiva queda de la siguiente manera: **"LA IMPLEMENTACIÓN OBLIGATORIA, DE LA OPINIÓN CONSULTIVA, COMO UNA HERRAMIENTA NECESARIA PREVIO A LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN GUATEMALA"**.

En atención a la providencia de esta unidad a su cargo y con base al Artículo 32 del Normativo de Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, procedo a emitir mi opinión del trabajo encomendado:

a. Considero que el tema investigado, reviste de gran importancia con relación a su contenido científico y técnico, al abordar un tema innovador que consiste en el análisis de lo establecido en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad ya que nos da un amplio estudio y análisis de lo relacionado a opinión consultiva que debe brindar la Corte de Constitucionalidad.

b. Para la elaboración del presente estudio se utilizaron los siguientes métodos deductivo, analítico y sintético porque se partió de la documentación de temas de carácter universal o genéricos, con la ayuda de la técnica bibliográfica, para después desglosar una totalidad, con el fin de analizar independientemente cada una de las partes que la componen y obtener solamente los elementos fundamentales de cada tópico, dando como resultado un juicio crítico al respecto.



LIC. SERGIO LEONEL GAROZ MARTÍNEZ
6ta. Avenida "B" 19-73 Zona 5 Villa Nueva
Residenciales Fuentes del Valle II
Teléfono: 41535854

c. La forma en que se redactó el trabajo de investigación fue hecha con base al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y cumple con los tecnicismos fundamentales y reglas ortográficas para la correcta comprensión y lectura de la tesis.

d. Como resultado del análisis de la presente tesis, se puede concluir que la contribución científica se manifiesta cuando queda en evidencia los efectos negativos que causa la no utilización de la opinión consultiva en nuestro país.

e. Como resultado de la investigación se llegaron a plantear conclusiones y recomendaciones de las cuales se estableció que actualmente se ratifican tratados y convenios internacionales sin solicitar la opinión de la Corte de Constitucionalidad por lo que después estos son objeto de planteamientos de inconstitucionales por diversos sectores.

f. En el trabajo presentado, fueron citados un número abundante de autores nacionales y autores extranjeros de los temas que componen los capítulos de la presente tesis, haciendo debido acopio en la cita de pie de página y en el apartado bibliográfico.

La presente investigación, fue revisada por mi persona y comprende los requisitos necesarios para la emisión del **DICTAMEN FAVORABLE**, el cual se fundamentó en el Artículo 32 del Normativo de Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Por lo que, se aprueba el trabajo de tesis titulado "**LA IMPLEMENTACIÓN OBLIGATORIA, DE LA OPINIÓN CONSULTIVA, COMO UNA HERRAMIENTA NECESARIA PREVIO A LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN GUATEMALA**", a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el tribunal examinador en el examen público de tesis del estudiante: **Henry Estuardo Marcos Cocón**.

Atentamente,

Lic. Sergio L. Garoz Martínez
Revisor de Tesis

Sic. Sergio Leonel Garoz Martínez



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de junio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante HENRY ESTUARDO MARCOS COCÓN, titulado LA IMPLEMENTACIÓN OBLIGATORIA, DE LA OPINIÓN CONSULTIVA, COMO UNA HERRAMIENTA NECESARIA PREVIO A LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la vida, fortaleza y por ser el principio de toda sabiduría.

A MIS PADRES:

Florentina Cocón Musia, por ser mi ejemplo a seguir, por su apoyo en los momentos más difíciles y por ser la autora de mi vida, Reginaldo Marcos Tujal, porque fue un padre luchador, honesto, por sus enseñanzas, consejos y que este triunfo se convierta en flores sobre su tumba.

A MI ESPOSA:

Evelyn Roxana Flores de Marcos, por animarme en la trayectoria de mi carrera y compartir conmigo los momentos difíciles pero sobre todo los momentos más felices de mi vida.

A MIS HIJOS:

Jeffrey Stuard y Anthony Ismael Marcos Flores, por que son mis angelitos que me inspiran a luchar siempre y de quienes deseo con todo mi corazón, ser superado ampliamente.

A MIS HERMANOS:

Marlon Alexis Marcos Cocón, por su apoyo incondicional en los momentos de sufrimiento, desesperación y comprenderme tal cual soy, Magda Evelyn, Byron Danilo Marcos González, por darme animo en todo momento para alcanzar mis metas.



A MIS ABUELOS:

Margarita Mucía Yos, León Cocón Sincal y en especial a Carmen Tujal Xep, Antonio Marcos Batz que fueron como mis padres, instruyéndome en el inicio de mi vida.

A MIS TIOS:

Por sus oraciones, palabras de animo y apoyo en el transcurso de mi carrera.

A MIS PRIMOS:

Por demostrar íntegramente que son parte de mi familia y compartir afecto mutuo.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS:

A todos por su amistad sincera, apoyo incondicional y confianza depositada en mí, a quienes aprecio con todo el corazón.

A LA TRICENTENARIA:

Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi casa de estudios y por abrir sus puertas y hacer realidad mis sueños.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho constitucional.....	1
1.1 Derecho en la tradición europea continental.....	3
1.2 Principios generales del derecho.....	5
1.3 Ley fundamental.....	11
1.4 Clasificación de las constituciones.....	12
1.5 Origen de la constitución.....	13
1.6 Procedimientos democráticos.....	14
1.7 Como se da la forma de la constitución.....	15
1.8 Control de constitucionalidad.....	17
1.9 Tipos de controles de la constitucionalidad.....	18
1.10 Naturaleza del acto.....	20
1.11 Juicio de amparo.....	21
1.12 Formas de estado.....	22
1.13 Desarrollo.....	23
1.14 Clasificación de los tratados.....	25
1.15 Derecho constitucional, especial, comparado y general.....	29
1.16 División de poderes.....	33
1.17 Estado de derecho.....	33
1.18 Soberanía nacional.....	34

	Pág.
1.19 Derecho fundamental.....	35
1. 20 Supremacía constitucional.....	35
1. 21 Ciencias auxiliares del derecho constitucional y su importancia.....	38
1.21.1 Teoría constitucional.....	38
1.21.2 Constitucionalismo.....	38
1.21.3 Democracia.....	39
1. 22 Apuntes sobre la justicia constitucional.....	40

CAPÍTULO II

2. Formación de una nueva ley, según la Constitución Política de la República de Guatemala.....	47
2.1 Iniciativa de ley.....	48
2.2 Admisión y discusión.....	52
2.3 Aprobación sanción y promulgación.....	53
2.4 Veto de ley.....	54
2.5 Vigencia.....	56

CAPÍTULO III

3. La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala.....	59
3.1 La defensa contra la inconstitucionalidad de leyes.....	59
3.2 Inconstitucionalidad de carácter general o directo.....	65
3.3 Inconstitucionalidad en casos concretos, sistemas de los Estados Unidos de América y de Europa.....	66



	Pág.
3.4 El sistema mixto adoptado por Guatemala.....	68
3.5 Naturaleza jurídica y finalidad de la inconstitucionalidad en casos concretos posiciones acerca de su carácter prejudicial.....	71
3.6 Leyes impugnables vigentes e impugnables por su valor material sustantivas, reglamentarias y procesales.....	73
CAPÍTULO IV	
4. Marco básico en la inconstitucionalidad en casos concretos.....	75
4.1 Finalidad del planteamiento, competencia para conocer, legitimación para promover, presupuestos para la promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos y efectos de la omisión de requisitos.....	75
4.2 Finalidad del planteamiento.....	76
4.3 Presupuestos para la promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos.....	78
4.4 Caso concreto previo.....	78
4.5 Oportunidad.....	79
4.6 Cita individualizada de las leyes o disposiciones legales cuestionadas....	81
4.7 Cita puntual de las normas constitucionales referentes.....	84
4.8 Razonamiento necesario.....	86
4.9 Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos planteada como acción	88
4.10 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala.....	91
4.11 Historia y fundamentos constitucionales.....	92
4.11.1 Servicios.....	93



Pág.

4.11.2 Objetivos.....	94
4.11.3 Funciones.....	94
4.12 Opinión consultiva.....	96
4.13 Efectos por la no aplicación del derecho que tiene el congreso de la república a solicitar una opinión a la Corte de Constitucionalidad antes de que una ley entre en vigencia.....	97
4.13.1 Efectos jurídicos.....	97
4.13.2 Efectos económicos.....	97
4.13.3 Efectos sociales.....	97
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

La opinión consultiva es una figura jurídica que pretende realizar un control a priori que realiza la Corte de Constitucionalidad a petición de cualquiera de los tres organismos del Estado, sobre tratados, convenios internacionales, proyectos de ley y otras situaciones que generen duda de constitucionalidad.

Es porque como ya lo sabemos de toda nueva ley, tratado o convenio no puede contravenir a la Constitución antes de su entrada en vigencia, y aunque no tiene carácter vinculante la publicidad de la opinión declaratoria de inconstitucionalidad en el caso que dicha ley o situación se impugne como tal.

El gran problema con esto se basa en la poca o ninguna utilización de la opinión consultiva ya que el congreso de la republica aprueba tratados o convenios, emite leyes sin hacer uso de esta figura y luego el gran problema es que cuando nace a la vida jurídica dicha norma se plantean infinidad de inconstitucionalidades en contra de la nueva norma.

Esto se podría evitar si antes se consultara a la Corte de Constitucionalidad y luego se aprobara la norma y con ello se evitaría tiempo perdido y gastos innecesarios.

Uno de los principales inconvenientes de la aplicación de la opinión consultiva radica en la interrupción del proceso legislativo como lo hemos visto recientemente el solo hecho de ponerse de acuerdo los bloques legislativos genera una gran expectativa y una espera larga para el proceso de formación de ley que vuelve tedioso el proceso de formación mismo, que no daría mucho tiempo para hacer uso de este derecho. Sin embargo analizando la propuesta se debe tomar en cuenta la supremacía constitucional en todo caso y los inconvenientes futuros que el pueblo en general se estaría evitando con el solo hecho de solicitar la opinión a la Corte de Constitucionalidad.

En estos tiempos demandamos también de propuestas que sean cada día mas actuales y accesibles y se requiere que los órganos estatales sean cada vez mas competitivos y que también la Corte de Constitucionalidad realice estos controles preventivos de manera oficiosa, practica y apegada a derecho; con la finalidad de que las figuras jurídicas contenidas en la Constitución Política de la Republica de Guatemala tomen vida, garanticen su función y generen confianza en la población.

El uso que el Congreso ha tenido a este derecho ha sido de quince veces. Se ha ejercitado por medio de la proposición formulada al pleno por lo menos por cinco diputados, la que, de ser aprobada mediante mayoría simple, suspende el debate hasta que el tribunal constitucional emita su opinión o transcurra el plazo de sesenta días sin que exista pronunciamiento. Pero cuando otro poder estatal solicite la aplicación de este control preventivo sobre algún proyecto de ley, dicho petitorio no puede interrumpir el proceso de formación de la ley, ya que si así ocurriera se afectaría el principio de independencia y no subordinación de los poderes del Estado.

La presente tesis versara en base a cuatro capítulos que se desarrollaran de la siguiente manera: capitulo uno, Derecho Constitucional, conformado por veintidós subtítulos, capitulo dos, Formación de una nueva ley, según la Constitución Política de la Republica de Guatemala, conformado por cinco subtítulos, capitulo tres, La inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos en Guatemala, conformado por seis subtítulos, capitulo cuatro, Marco básico en la inconstitucionalidad en casos concretos, conformado por trece subtítulos.

Finalmente el objetivo de la elaboración de la presente tesis es evitar que se interpongan inconstitucionalidades en contra de las leyes aprobadas por el Congresos de la República de Guatemala, por medio de la opinión consultiva obligatoria de la Corte de Constitucionalidad y evitar de esa manera acciones que entrapen o retarden leyes que benefician a la población.



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional

Cuando hacemos la diferenciación entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales encontramos varias diferencias.

“El derecho ha constituido la base de la organización política, es decir, los conglomerados sociales se han organizado a través o por el derecho, ya sea un estado, una nación, un país o incluso una etnia”¹.

El derecho determina el funcionamiento de las instituciones, el estado es un conjunto de Instituciones y el derecho determina el funcionamiento de las instituciones. El derecho como objeto de conocimiento comprende tres grandes dimensiones: normas. Valores y principios.

Al derecho se le consignan básicamente tres fines:

- Bien común.
- Justicia.
- Seguridad Jurídica.

En Roma los conceptos e ideas griegas son trasladadas, sin embargo hay algunas peculiaridades. Durante los primeros siglos de Roma el derecho aparece muy ligado y

¹ OROZCO HENRIQUEZ, J. Jesús, **Derecho constitucional**. Pág. 19

subordinado a la religión, la religión se apegaba a un orden divino que permitía el dominio de unos sobre otros, se hicieron de varias distinciones a tratar.

Fas, derecho sagrado, lex divine.

Jus, es obra de la humanidad, lex humana.

Del término jus se deriva la palabra justitia y jurisprudencia.

La voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo suyo. Ulpiano. Justicia. La justicia es una virtud del hombre, que siempre realiza el hombre justo, de dar a cada quien lo suyo de acuerdo a un orden.

Jurisprudencia. La ciencia del derecho. Ulpiano. Conocimiento de las cosas divinas y humanas, de los justo y de los injusto. Para poder decir es lo suyo, de cada quien.

También el jus se divide en jus publicum y jus privado.

El derecho público, hacía referencia a la cosa común, lo que hoy se puede definir como las relaciones entre particulares y estado. El derecho privado, regularización entre particulares.

Roma tiene varios periodos que oscilan entre la República y el Imperio, para ellos las constituciones no eran más que leyes emanadas del emperador y del senado. Aquellas sesiones, plebiscitos o decisiones tomadas por la plebe, los edictos que eran las decisiones de los magistrados, pero también constituían fuentes del derecho Romano las Constituciones imperiales que se les hacían a los prudentes jurisconsultos.

La constitución entendida como totalizante y generalizadora de los griegos en el pueblo Romano cambia para circunscribirse a una ley titular emanada del emperador, así los romanos identificaban la constitución con la ley, eso no significa que en todas la épocas la constitución sería las decisiones tomadas por el emperador, la concepción de la ley era distinta en la República y el Imperio, la diferencia radica:

En la República la monarquía estaba representada por el rey, la Aristocracia por el senado y la democracia por el pueblo. La ley era producida a través de un sistema en el que intervienen los grupos sociales.

En la que el monarca tomaba las decisiones solamente, necesitaba del senado que eran los que participaban de las decisiones fundamentales de la República.

Cuando la República deviene en imperio la ley emana del emperador.

Las concepciones que se tenían de Roma vienen a reproducirse en nuestro derecho actual, todo nuestro derecho civil está basado en el derecho Romano.

De aquí nacieron las dos grandes familias: la Germano - románica y el Common Law, aunque uno tomo a la jurisprudencia y otro a la ley.

1.1. Derecho en la tradición europea continental

La arbitrariedad del monarca fue reemplazada por la arbitrariedad de la asamblea y dentro de esta por quienes hubieren constituido la mayoría política.

Asamblea está legitimada para producir el derecho, la ley se manifiesta como la fuente principal del derecho, incluso es por esta razón que se le manejaba como sinónimo de derecho, es a través de la ley como la Asamblea establecía no lo que el estado no podía hacer, sino lo que los particulares podían hacer, es decir los derechos que tenía.

Uno de los aspectos principales es que la coherencia en las manifestaciones de la voluntad el estado se encontraba asegurado porque estas venían a través de las leyes. En este momento no se planteaba la coherencia de las propias leyes.

La coherencia de ese conjunto de leyes que se producían venía asegurada por la unidad y homogeneidad de las orientaciones políticas de la Asamblea.

“La superioridad de la ley frente a los demás actos jurídicos, la ley ocupa el punto más alto del sistema jurídico, sin necesidad de contar con una regla jurídica superior que le pusiera límites u órdenes. Así su coherencia venía expresada por la coherencia superior reflejada en la Asamblea”².

Esta idea del principio de legalidad y concepción de la ley no es otra que a del positivismo jurídico que implicaba:

La concentración de la producción jurídica en una sola instancia (la instancia legislativa), supone una reducción de todo lo que es derecho a lo dispuesto por la ley justicia, derecho, etc. Concibe la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley.

² CASTILLO VELASCO, José María, **Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional**. Pág. 79

Esta concepción va a ocasionar ciertos problemas, que se fueron a manifestar de forma palpable, después de que se demostró que hay distintas formas de ver el mundo, pluralidad de ideas. No había homogeneidad.

El estado constitucional de derecho. Se afecta la posición de la ley y se pone más alta del sistema jurídico a la constitución y se da un fenómeno muy importante, la ley por primera vez se encuentra subordinada y no solamente la ley, también el legislador ya que no puede legislar lo que quiera, está subordinado a una constitución. El objetivo es condicionar y por tanto contener orientando los desarrollos o producciones de ley o de leyes generando por la heterogeneidad y ocasionalidad de sus contenidos.

La unidad del sistema jurídico viene dada por el adecuamiento de todas las normas que se producen en el sistema jurídico también la coherencia, porque tiene que hacerse de acuerdo a la constitución, si no son inconstitucionales, no válidas.

En principio todo acto que hace un servidor público se cree o se presume que es conforme a lo señalado por la constitución.

1.2. Principios generales del derecho

Los principios son muy importantes en la constitución del hombre como tal.

Libertad. Hace lo que quiera sin restricción, ausencia de límites en sentido negativo.

En sentido positivo, tiene que ver con la idea de formación de la voluntad, aquel individuo que puede formar su voluntad sin estar obligado a formarla en un sentido

específico en este sentido es un individuo autónomo, porque puede darse leyes así mismo sobre las cuales exige su actuar.

Para Kant primero debe de definir qué es lo que quiero y después como lo debo hacer.

Esta libertad implica una responsabilidad de mis actos una responsabilidad en lo que quiero y en como lo puedo lograr.

El hombre en su voluntad está formado por dos aspectos por la razón y el instinto en medio se encuentra el arbitrio. Hay que buscar un equilibrio entre la razón y el instinto, hay que saberlos encausar.

Democracia. Hay distintas formas de gobierno en la sociedad y una de ellas es la sociedad, que significa el gobierno del pueblo y para el pueblo. Implica la participación de nosotros mismos en la creación de las leyes que rigen a la sociedad.

¿Quién decide? Todos. Democracia directa.

¿Quién decide? Unanimidad, cuando todos estamos de acuerdo, participamos directamente.

Se va a decidir por la mayoría, porque es la idea que más se acerca a libertad, cuando decidimos como van a ser las leyes que van a regir nuestra conducta.

Democracia representativa. Aquí ya no decidimos todos, aquí son los representantes, por las leyes de la mayoría, los elegimos por elección, que tiene tres reglas básicas para elegir a nuestro representante.



- Sufragio universal. El voto es de todos.
- Igualdad en el sufragio.
- Que el voto sea secreto.

Es decir que todos tengamos la posibilidad de votar.

Cuando hablamos de la regla de la mayoría no implica que sea la mayoría la que decide, la perdura, la que es siempre la misma porque esta no es la regla de la mayoría en la democracia es la tiranía de la mayoría.

La regla de la mayoría no implica la desaparición de la minoría, implica el derecho de la minoría a decir, participar de las decisiones, a la minoría de ser tomado en cuenta y por supuesto derecho a convertirse en mayoría., la posibilidad de participar en los procesos de elección y convertirse en mayoría.

Soberanía. Se usa para identificar plenamente el poder estatal único y exclusivo sujeto de la política. Permite al estado afirmarse como la organización política independiente del imperio y de esa organización como la constituyó el papado. Si la soberanía representa a este poder político único, entonces depende del Rey en el caso de la edad medio, en el estaban concentradas las tres grandes funciones del poder político.

Implica dos cosas una en el sentido interno. En cuanto el poder del estado se impone a todos los demás poderes que coexistan dentro de él y en plano externo o internacional significa que el estado está en igualdad jurídica. Frente a los demás estados que

constituyan la comunidad internacional. En la época moderna resulta ilógico que el titular del poder del estado sea un solo un individuo.

El titular del poder soberano es el pueblo.

El reconocimiento de los estados implica que lo reconozcan como tal, trae aparejados dos consecuencias muy importantes. Que el estado adquiere por ese solo hecho de reconocimiento derechos frente a la comunidad internacional, la representación democrática ante los demás.

Responsabilidad internacional, es dar testimonio de la calidad de estado y por lo tanto será tratado como sujeto de derecho internacional con plena capacidad jurídica.

Es nuestra constitución se establece que la soberanía nacional reside en el pueblo, en este sentido vemos en nuestra constitución.

Legitimidad. Aquellos grupos que representan efectivamente a todas las fuerzas políticas de la sociedad. Tiene dos perspectivas de origen, quienes participen en la integración del poder constituyente originario efectivamente represente las fuerzas políticas que integran la sociedad. A posteriori.

Legitimidad de ejercicio el producto (Constitución) del poder constituyente originario contemple los principios y valores de la sociedad a la que va dirigida. Nación. Es una comunidad integrada por varios elementos raza, lengua, cultura, historia que crea un

sentimiento de pertenencia y que se organiza políticamente en el presente y pretende continuar en el futuro.³

Estado de derecho en un principio implicaba que se producirá de reglas o leyes, en su derecho la ley era una más de las fuentes pero paralelo también estaban.

Estado moderno, se llevan a cabo todas estas prácticas como las de Rosseau, Jean Bodin, Maquiavelo y en donde se hacen en el estado el poder público, soberanía que la ejerce a través de su representante es aquí donde el poder se auto determina.

En el desarrollo de la familia romana - Germánica la ley se convierte en la principal fuente del derecho, no hay a quien se subordine su contenido esto es una problemática, así como su producción, lo que da origen a:

El constitucionalismo surge como la declaración universal de los derechos humanos Francesa y con la constitución de Estados Unidos de América. El legislador no puede crear las leyes que quiera, debe de regirse por el marco de la constitución, de no ser así se puede invalidar esa norma, en esta evolución del estado va íntimamente ligada la evolución del derecho, estos conceptos difícilmente encajaron en las ciudades - estado del Imperio Romano⁴.

Constitución, algo que es susceptible a existir o ser.

³ HABERLE, Peter, **De la soberanía al derecho constitucional**. Pág. 190

⁴ HABERLE, Peter, **Ob. Cit.** Pág. 192

Constitución aunque es un término moderno no significa que no existiera definiciones a fines como:

Piliteia. Que era para designar a la unidad corporativa de los ciudadanos y deciden sobre las cuestiones de la polis.

El propio Aristóteles hablaba de constitución como el principio donde estaba ordenada la integridad política, es el orden establecido sobre los habitantes de la ciudad.

La constitución significa el modo de ser de las ciudades estado.

El término constitución tiene un origen Romano, constituye que se refiere o tiene como sentido la forma de un régimen pero refiriéndose además el ius publicum haciendo atención al conjunto de obligaciones emanadas de la autoridad, el primero el término constitución como ahora lo conocemos fue el propio Cicerón, aun cuando este término no significo para los romanos ninguna garantía⁵.

Durante la edad media se entendió por constitución a una regla o edicto de las religiones. Con el surgimiento de la clase de los burgueses hubo la necesidad de que se establecieran fueros especiales que regulaban a la burguesía, para garantizar el poder realizar sus actividades.

Al final de la edad media se entendió por constitución las leyes fundamentales dictadas por la voluntad exclusiva del monarca en tanto que se siguió denominando, cartas, estatutos, ordenanzas. Pero en Inglaterra su proceso de evolución siguió un camino

⁵ **Idem.**

distinto porque ello llevó de las monarquías absolutas a las monarquías limitadas porque había participación del pueblo a través del parlamento.

Un momento clave del constitucionalismo fue la independencia de Norteamérica.

1.3. Ley fundamental

Karl Schmitt. Constitución. Es un todo unitario, la constitución en un sentido absoluto como la forma de ser de un estado.

Como una concreta situación del estado. Unidad política concebida estáticamente.

Como forma de gobierno.

Como dinámica real.

En segundo lugar como conjunto cerrado de normas designando como una unidad pero no una unidad en concreto, sino ideal.

Sentido relativo. Documento formal y solemne que rige el sistema normativo. Ese documento donde se rige la organización del estado, se consagra de manera escrita y de manera integral, es solemne porque tal documento no es creado en cualquier momento y por cualquier persona.

Sentido positivo. La constitución puede entenderse como el conjunto de decisiones políticas fundamentales que se da en un pueblo a su organización estatal.

Las decisiones político fundamentales son aquellos principios que determina el ser y manera de ser del estado.

1.4. Clasificación de las constituciones

Por su contenido de las constituciones escritas o consuetudinarias, también por la manera de modificarse, pueden ser flexibles o rígidas, también pueden clasificarse según la efectividad de las mismas.

Clasificación normativa nominal. En lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones tiene la finalidad de buscar la concordancia entre las normas constitucionales y la realidad del proceso político. Parte de la tesis de que una constitución no funciona por sí misma, adoptada por un pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores del poder y los que recaen hacen de ella en la práctica.

Para ser real y efectiva una constitución tiene que ser observada realmente por todos los destinatarios de la misma, solo así se podrá hablar de una constitución normativa, cuando sus normas dominan todo el proceso político y este se encuentra sometido a sus normas.

Una constitución puede ser jurídicamente válida, pro si no se cumple en la práctica tendremos una constitución nominal y no jurídica.

Constituciones normativas.

Constitución nominal y constitución rígida. Está íntimamente ligada con otros aspectos y que el constitucionalismo moderno vino a limitar considerablemente.

Cuando hablamos de régimen constitucional lo utilizamos para calificar aquella forma de gobierno en la cual las prerrogativas de la ley están por la ley fundamental. Así en el mundo moderno todo estado tiene una constitución.

Donde se establecen las garantías contra el abuso del poder y las garantías individuales.

Así se identifica aquel estado donde se encuentran estas obligaciones, donde las normas se cumplen en la práctica, solamente así es cuando hablamos de un estado bajo un régimen constitucional.

1.5. Origen de la constitución

El estado nace al momento de crearse la constitución.

No existe un procedimiento en especial para crear una constitución, ni podría existir.

Procedimientos son dos:

- Monárquico.

- Democrático.

Monárquico cuando en una monarquía absoluta se ha querido dotar de una constitución a su pueblo, a través del pacto. Que es un acuerdo entre el monarca y los súbditos a través de la libre representación de los mismos, ya existe la voluntad del pueblo.

Carta otorgada, también llamado otorgamiento en el cual el rey absoluto consiente reglamentar su ejercicio de poder mediante el otorgamiento de una constitución a su pueblo.

No son propiamente la voluntad general del pueblo, aun cuando puede representar un acuerdo y no prevé un procedimiento de revisión.

1.6. Procedimientos democráticos

Se basan en la idea de que es al pueblo al que corresponde en todo caso determinar las condiciones bajo las cuales delega el ejercicio del poder a través de la constitución.

Dos procedimientos:

- Convención. Se trata de una asamblea especialmente elegida para elaborar o derogar una constitución una vez cometido su objetivo desaparece.

- La asamblea constituyente es una corporación especialmente integrada para elaborar un texto constitucional, primero para un estado en formación, para reemplazar una constitución ya existente o para introducir al texto vigente modificaciones sustanciales básicamente en cuanto a la forma de estado o régimen político.

No se trata de una institución permanente circunstancial. Debe de conocerse cuando la legitimidad o la propia sociedad se lo pide.

Constituyente, aquel órgano encargado de crear la constitución estableciendo normativamente el equilibrio de los factores reales de poder, este órgano debe de estar dotado de poder de decisión, sus facultades son ilimitadas y tiene las características de ser temporal y creador.

Tiene una legitimidad de origen y una legitimidad de ejercicio.

Legitimidad de origen en que su composición se encuentra representados efectivamente los grupos que conforman la sociedad.

Legitimidad de ejercicio, ya no corresponde al origen del órgano si no al producto del mismo, es decir que en la constitución se establezcan los principios y valores de la sociedad a la cual va dirigida.

1.7. Como se da la forma de la constitución

Revisión de la Constitución, implica someter a un nuevo examen una cosa ya creada para modificarla aludimos más que a la propia forma, al procedimiento de examen y no a su reforma. Revisión es adecuado para hablar del procedimiento de examen.

La adición a la constitución, si adicionamos es la acción de añadir o agregar algo, el término adicionar solamente se referirá a incrementar el texto constitucional.

Enmendar, corregir un error o satisfacer un daño.

Modificar, cambiar la forma.

Reformar, darle nueva forma a algo.

Estos términos tal vez son los más adecuados para enunciar lo que hace el constituyente.

Corriente decisionista, dice que no se puede cambiar los artículos de la constitución: dos tesis:

El poder constituyente se encuentra antes y sobre el estado. Solo el pueblo mediante un acto de poder constituyente está en aptitud de modificar, suprimir, o sustituir las decisiones jurídico - políticas fundamentales.

Solo el pueblo puede darse una constitución. Los constituidos son creados para gobernar.

Corriente del poder constituyente auto limitado.

Dos grandes posturas.

El pueblo como poder constituyente es autor directo de toda la organización estatal y cuando crea al órgano revisor de la constitución con facultades ilimitadas este órgano también es constituyente y por lo tanto se encuentra en el instrumento del pueblo para realizar las acciones constituidas.

Corriente positivista. La constitución puede ser modificada o no y si la misma norma permite que la modificación o reforma en cuanto a su alcance sea determinada por el

propio órgano revisor entonces se puede modificar cualquier aspecto de la norma constitucional así sean las decisiones jurídico - políticas, si la ley lo establece no acabada, de hecho con el cambio político se habló de la necesidad de un cambio constitucional⁶.

1.8. Control de constitucionalidad

Supremacía = fuente del derecho en el estado es el fundamento.

Para Kelsen implica que la norma que determina la creación de otra es superior a esta y la creadora de acuerdo a esta regulación es inferior a la primera.

La constitución se manifiesta como aquella que define el sistema de fuentes formales del derecho, de tal manera que una ley por el solo hecho de dictarse conforme a la constitución será válida.

En la Constitución, se establecen una serie de derechos fundamentales, no tiene un sistema que garantice su cumplimiento.

Para garantizar el cumplimiento de la constitución.

Toda constitución debe proveer mecanismos para garantizar su cumplimiento, estos medios de defensa de la constitución han sido llamados medios de control de la constitucionalidad.

⁶ BEGNE GUERRA, Alberto, **Democracia y control de constitucionalidad**, Pág. 113

Cuando se decide que es lo que está de acuerdo con la constitución o no, se está tomando la responsabilidad que implica modelar el contenido de la constitución.

1.9. Tipos de controles de la constitucionalidad

Control por un cuerpo político. Puede ser el propio parlamento o un cuerpo especialmente creado para ejercer este control político, significa que no tiene un procedimiento jurisdiccional especial para ejercer el control de la constitucionalidad.

Control de la constitucionalidad por un órgano jurisdiccional. Tiene sus orígenes en los principios de la monarquía limitada en Inglaterra con el desarrollo del Common Law, consistirá en que los jueces deban de aplicar aquellas normas que contradecían a su derecho consuetudinario. Consiste en que corresponde a un juez o tribunal el control de constitucionalidad de la ley, puesto que se considera que el órganos jurisdiccional debe ser el guardián natural de la constitución y de la legalidad, no solo frente a los particulares, si no frente al propio estado. Le corresponde decidir si la autoridad ha actuado dentro de los límites de su competencia o no, lo hará en cualquier proceso jurisdiccional ordinario.

Puede hacerse de dos maneras:

Por acción de inconstitucionalidad o

Por vía de excepción (la excepción de inconstitucionalidad)

Por acción de inconstitucionalidad.

Control por vía de acción. Consiste en un proceso contra la ley en un tribunal determinado al cual se le solicita examinar su validez y en su caso declarar la inconstitucionalidad, situación en la cual la ley quedará anulada y se considerarán como si nunca hubiera existido.

Control por vía de excepción. No es un proceso ofensivo, el juez que declara la inconstitucionalidad no interviene en la declaración de validez, el considera sobre si es constitucional o no (válida) una ley, el juez si considera que una norma es inconstitucional la dejará de aplicar pero solamente tendrá efectos para quien lo solicitó, la ley conserva su eficacia, no se anula. El objeto de esta forma es la aplicación de la ley en caso concreto que se está aplicando. Lo que diga la Suprema Corte es lo que es la constitución a ella compete la interpretación de la misma, sistema de control difuso porque los jueces no dictan resoluciones con efectos para todos, sino con el propósito de quien los solicitó.

Control concentrado o austriaco. Se debe a Kelsen y en oposición a este control difuso crea un cuerpo especialmente para determinar la constitucionalidad de las leyes a un órgano específico llamado tribunal o corte constitucional, en este sentido está integrado por especialistas en derecho público y quien ejerce una jurisdicción independientemente de los tribunales ordinarios.

Control de constitucionalidad.

Poder coercitivo de la norma jurídica ya se declara sobre la validez o invalidez del acto que se reclama, en este sentido los efectos de estos pronunciamientos son coercitivos y por lo tanto vinculatorios, para la autoridad que produjo el acto.

Este control coercitivo puede ser para distintos órganos cuando el órgano de control formalmente es un tribunal que conoce y resuelve la controversia sobre la validez del acto impugnado, puede ser también un órgano administrativo que es aquel que reúne las características del orden político, que no media ningún procedimiento y que se puede accionar de oficio o de petición de las partes.

También puede ser por un órgano legislativo cuando se dicta al poder legislativo de la facultad para nulificar los actos de los otros poderes, circunstancia que no acontece en nuestro país.

También puede ser por un órgano mixto que en si integración intervengan dos o más poderes, es en el caso del Tribunal Constitucional de Italia en donde 5 de sus miembros los nombra el presidente y otros 5 los magistraturas. Esto en cuanto a la naturaleza del órgano que ejerce el control

1.10. Naturaleza del acto

Acto administrativo de control. Se presenta cuando en actos concretos y sin mediar un procedimiento jurisdiccional ni una declaración general la autoridad puede anular el acto contrario al orden normativo.

Acto legislativo de control. Se produce cuando el órgano que tiene a su cargo el control de validez de las normas generales produce una declaración para todos en consecuencia anulatorios de una ley, reglamento, tratado.

En el acto jurisdiccional de control que se presenta cuando el órgano de control solo puede resolver la validez o nulidad de una norma general o específica después de haber conocido de la queja, el informe de la autoridad responsable, las pruebas que se presentan y sus alegatos, es decir después de haber tramitado la controversia.

Aludiendo a la naturaleza propia del acto puede suceder que se dé una comunicación diferente.

Control de validez por los órganos jurisdiccionales de la norma constituyente se refiere a las controversias que vive, cuando se verifica la validez o iniciativa de un acto con respecto a la constitución nuestro país se hace a través del juicio de amparo.

1.11. Juicio de amparo

Es un medio de control o protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que afecte o acuse agravio a cualquier gobernado y que se ejercita a incuso de este. Tiene la característica de juicio aunque algunos autores deciden que es un recurso apelatorio.

Amparo directo es un procedimiento de revisión de la legalidad.

Amparo indirecto. Constituye un juicio diferente porque este se instaura contra los actos que pueden violar las garantías individuales.

1.12. Formas de estado

Un estado es una entidad política con personalidad jurídica propia a través de la historia se han intentado clasificar las formas de estado.

Distinción aristocracia, democracia, oligarquía, hasta la distinción maquiavélica entre repúblicas y principados o la de Rosseau, distingue entre aristocracia, democracia, podemos observar que la mayoría de estas distinciones aluden más a las formas de gobierno como se puede observar en la democracia y en la anarquía.

Hay que hacer una distinción entre las formas de gobierno y las formas de estado.

El gobierno es el conjunto de órganos que ejercen el poder político, cuando nosotros aludimos a las formas de estado nos referimos a como se encuentran estructurados: territorio, población y gobierno⁷.

Cuando nos referimos a las formas de gobierno nos referimos a como se encuentran organizados los órganos constitutivos del estado: ejecutivo, legislativo y judicial.

Se han distinguido entre estados unitarios y estados no unitarios.

El estado simple unitario es aquel que posee un solo centro de impulso político y administrativo, es decir, es aquel donde la soberanía se ejerce directamente sobre todo

⁷ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Pág. 76

el conglomerado nacional asentado sobre un mismo territorio, así todos los individuos colocados bajo la soberanía obedecen a una sola y misma autoridad, viven bajo un mismo régimen y son regidos por las mismas leyes. Un solo poder un solo ejercicio y una sola fuente del derecho.

Por el contrario un estado no unitario o compuesto la soberanía no se ejerce de manera uniforme y consiste sobre todo en el territorio nacional sino que su ejercicio se encuentra fraccionado en entes diversos que se encuentran colocados en una situación jurídica y política similar dentro del estado y que gozan de autonomía para el ejercicio de su competencia y funciones, así no solamente tenemos un solo poder, una sola fuente de ejercicio.

1.13. Desarrollo

Los Tratados Internacionales

Los tratados son acuerdos de voluntad entre dos o más derechos internacionales, celebrados por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional.

Uno de los criterios para distinguir un tratado de cualquier otro convenio internacional es el siguiente:

Cuando un acuerdo queda sometido a derecho interno de un Estado para regirse por sus disposiciones, ese convenio no es un tratado internacional.

Este criterio es útil para:

Examinar a los convenios internacionales que no son tratados del mecanismo de celebración de tratados.

Considerar que las provincias pueden celebrar convenios internacionales que no son tratados.

La Gestión de los Tratados

Normalmente un tratado recorre las siguientes etapas en nuestro derecho constitucional:

- Negociación (P.Ejecutivo)
- Firma (P.Ejecutivo)
- Aprobación o rechazo (Congreso)
- Ratificación (P.Ejecutivo)

Una etapa no obliga a cumplir la siguiente.

Existen otras modalidades: Hay tratados a los que un Estado puede adherir, sin haberlo negociado o firmado. El Estado adherente se incorpora al tratado negociado y firmado por otros Estados.

La adhesión es una figura frecuente en tratados cuyos Estados signatarios los dejan abiertos para que otros Estados se incorporen a ellos posteriormente.

El acto de celebración de un tratado requiere la concurrencia de voluntades de dos órganos: Presidente y Congreso.

Tanto el acto presidencial por el que concluye y suscribe un tratado, como el acto del Congreso por que se aprueba un tratado concluido, son actos de naturaleza o contenidos políticos.

1.14. Clasificación de los tratados

Los Tratados pueden clasificarse desde diferentes puntos de vista:

Con respecto al número de Estados participantes

Bilaterales: Son los que ligan a dos sujetos de derecho internacional.

Multilaterales: Son los concluidos entre más de dos sujetos de derecho internacionales.

Con respecto a las formas de dar consentimiento para obligarse

De debida forma: Son aquellos en los que la voluntad de obligarse se expresa por un acto del jefe de Estado.

De forma simplificada: Son aquellos en los que obliga al Estado un funcionario de categoría inferior al jefe de Estado, mediante la sola firma.

Con respecto al objeto del Tratado

Tratados de paz

Tratados de extradición

Tratados culturales

Tratados fiscales

Tratados sociales

Tratados económicos

Tratados consulares

Tratados de amistad

Tratados de navegación

Tratados de tráfico aéreo

Etc.

Con respecto al tipo de obligaciones que crea la doctrina

Tratados Ley: Son aquellos en los que existen dos o más voluntades comunes con un mismo objeto.

Tratados Contrato: Son aquellos en los que existen dos voluntades opuestas pero complementarias, una quiere vender una cosa mientras que a otra quiere comprar la misma cosa.

Con respecto al criterio para su participación

Tratados abiertos: Son aquellos tratados que prevén la participación de contratantes que no han participado en la negociación, mediante la adhesión o la firma. Este punto ha sido mencionado anteriormente en la Gestión de los Tratados.

Tratados cerrados: Son aquellos que permiten exclusivamente la participación de los negociadores y no prevén la incorporación de nuevos contratantes.

Como mencionamos anteriormente un tratado entra en vigencia una vez ratificado. Solo después de haberse ratificado puede hablarse de Dualismo y Monismo.

Monismo: Coloca al derecho internacional por encima de la Constitución. El monismo absoluto facilita la supremacía del derecho internacional. Se decía que en tiempos de guerra el derecho internacional prevalecía sobre la Constitución, por lo tanto en tiempos de paz, era a la inversa.

Dualismo: En este caso nos encontramos frente a una supremacía constitucional sobre el derecho internacional, es decir, coloca a la Constitución por encima de los tratados internacionales⁸.

En nuestro régimen el derecho internacional jamás puede prevalecer sobre la Constitución puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación ha tomado un enfoque dualista.

La ley suprema de nuestros países la Constitución Política de la Republica de Guatemala, luego le siguen los tratados internacionales y por último aquellas leyes nacionales que se dictan en el congreso.

El derecho constitucional es una rama del derecho público cuyo campo de estudio incluye el análisis de las leyes fundamentales que definen un Estado. De esta manera, es materia de estudio todo lo relativo a la forma de Estado, forma de gobierno, derechos fundamentales y la regulación de los poderes públicos, incluyendo tanto las relaciones entre poderes públicos, como las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos.

El derecho se divide en dos ramas, el derecho público y el privado.

El Derecho Constitucional forma parte del Derecho público, ya que se basa en el principio de la legalidad y bajo este principio el estado puede prohibir, imponer o

⁸ PALACIOS GARCIA, Luís, **Practica procesal civil**. Pág. 89

determinar (potestad de imperio), además que se basa en ordenamiento jurídicos estatales que estructuran en varios niveles de jerarquía

El Derecho Público se ocupa de las reglas jurídicas atinentes a la estructura y el funcionamiento del estado, a las relaciones entre estados y a las que este contrae con sus súbditos en ejercicios de sus potestades soberanas.

La investigación jurídica centra su interés ante todo en las normas de derecho, las normas son proposiciones imperativas que emanan de la vida social y según Kelsen, las normas son objetos ideales que no pretenden reflejar la realidad, sino modelarla, puesto que no contienen afirmaciones sobre lo que es, sino sobre lo que debe ser, por lo cual se las debe estudiar en sí mismas sin conexión con contenidos extra jurídicos correspondientes a otros ámbitos del conocimiento, sobre todo los datos de las ciencias empíricas, pues aduce que nunca un deber ser puede fundarse en hechos.

1.15. Derecho constitucional, especial, comparado y general

Derecho Constitucional: es el que se ocupa del estudio jurídico de las reglas fundamentales de la organización política de sociedad. Siendo su objeto material la Constitución del Estado.

Derecho Especial: es cuando se aplica a las reglas constitucionales de un estado en particular; Ejemplo: el costarricense, el norteamericano

Derecho Constitucional Comparado es aquel que estudia las reglas fundamentales de varios regímenes políticos, con el propósito de comparar unos con otros, bien sea destacando sus rasgos comunes, y/o contrastes, tanto en forma global como parcial pueden ser:

De cierta región geográfica: Ej., los regímenes africanos,

Los pertenecientes a la misma categoría: los regímenes de tipo parlamentario

Modelos más significativos Ej. el británico, el norteamericano

Derecho Constitucional General es aquel que tiene como objeto las reglas más generales de las organizaciones políticas, vale decir el Estado en sí mismo considerado. Por la variedad de regímenes políticos se hace difícil extraer de todos ellos rasgos significativos comunes. Un ejemplo de ello lo son las enormes diferencias que hay entre los regimenes que siguen la tradición occidental, el chino, los de los países islámicos o los africanos, para entender lo tempestuosa que puede ser esta tarea.

El derecho constitucional se ocupa de todo lo referente a las diferentes organizaciones políticas que existen.

Objetivos:

Puede ser general o particular, o sea estudia un ordenamiento constitucional general o determinado parte de ello.

Estudio de la estructura del estado: presupuestos, forma, etc. Estudio de la composición y funcionamiento de las organizaciones constitucionales.

Estudio de los principios fundamentales del régimen político del estado. Estudio del derecho de los administrados y su posición frente a las autoridades públicas.

Poder político

Clásicamente el poder se conoce como la potencialidad de hacer que un tercero haga o realice lo que se le solicita u ordena. En ese sentido, un órgano tiene poder cuando posee capacidad de coerción para hacer cumplir sus mandatos imperativos⁹. El significado actual en las democracias liberales va ligado a la existencia de una legitimidad democrática, y a la atribución de capacidad dispositiva acorde al criterio de oportunidad política. Así, el concepto se contrapone al poder que se atribuye a la Administración o a los órganos judiciales, pues éstos poseen una voluntad que ha de

⁹ ORTECHO VILLENA, Víctor, **Jurisdicción constitucional**. Pág. 62

estar fundada en un texto legal, es decir, poseen una capacidad reglada cuyas decisiones jamás pueden basarse en criterios de oportunidad. Este poder necesita un fortísimo respaldo popular y/o hallarse vinculado a grupos de presión o factores de poder¹⁰.

Artículo principal: La Constitución es un texto de carácter jurídico-político fruto del poder constituyente que fundamenta todo el ordenamiento, situándose en él como norma que recoge, define y crea los poderes constituidos limitándolos al servicio de la persona humana. Además, tendrá el carácter de norma suprema, de manera que prevalecerá sobre cualquier otra que fuese posterior y contraria a ella. Al decir de Kelsen, es la norma que da lógica a todo el sistema. El derecho común surgirá de ella por mecanismos de derivación y aplicación.

Así, la estructura formal de un texto constitucional establecida por la doctrina sería la siguiente:

- Justificación del propio poder constituyente originario
- Soberanía nacional.
- Poderes constituidos.
- Tabla de Derechos fundamentales.

Por otro lado, la estructura material del texto constitucional sería la siguiente:

¹⁰ ORTECHO VILLENA, Víctor Ob. Cit. Pág. 64

- Preámbulo
- Parte dogmática.
 - Derechos fundamentales sustantivos.
 - Derechos fundamentales procesales.
- Parte orgánica.
 - Creación de los poderes constituidos.
 - Creación del poder constituido constituyente.

1.16. División de poderes

En rigor debe decirse división del poder en distintas funciones, o división tripartita del poder siendo tres las clásicas. Permite un efectivo control interno y externo. El modelo puro proyectaba una situación de total independencia entre las tres expresiones del poder legislar, ejecutar lo legislado y decidir los derechos de los particulares.

1.17. Estado de derecho

Éste se crea cuando toda acción social y estatal encuentra sustento en la norma; es así que el poder del Estado queda subordinado al orden jurídico vigente por cumplir con el

procedimiento para su creación y es eficaz cuando se aplica en la realidad con base en el poder del estado a través de sus órganos de gobierno, creando así un ambiente de respeto absoluto del ser humano y del orden público¹¹.

Sin embargo, no basta con que exista una autoridad pública sometida al derecho. Para estar en presencia de un verdadero y auténtico Estado de derecho, el ordenamiento jurídico del respectivo estado, debe reunir una serie de características que dan origen a un estado de derecho real o material. El concepto de estado de Derecho se explica por dos nociones: El Estado de Derecho en sentido formal y el Estado de Derecho en sentido material.

1.18. Soberanía nacional

Es un concepto ideológico surgido de la teoría política liberal, que puede remontarse a Locke y Montesquieu (finales del siglo XVII en Inglaterra, siglo XVIII en Francia). Hace pertenecer la soberanía a la nación, una entidad abstracta y única, vinculada normalmente a un espacio físico (la terra patria o patria), a la que pertenecen tanto los ciudadanos presentes tanto como los pasados y futuros, y se define como superior a los individuos que la componen. También consiste en la capacidad tanto jurídica como real de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la

¹¹ GARCIA BELAUNDE, Raúl, **De la jurisdicción al derecho procesal constitucional**, Pág. 90

cooperación social, territorial en caso necesario e incluso contra el derecho positivo y además de imponer la decisión de todos los habitantes del territorio

1.19. Derecho fundamental

Los derechos o facultades básicas e inalienables que se reconocen en un ordenamiento a los seres humanos. La teoría del derecho natural supone que deberían reconocerse a todo hombre en cualquier ordenamiento.

La Constitución ha de servir de marco jurídico para la justificación del poder político, y por ello ha de gozar de cierto grado de estabilidad en su texto, soportando el paso de sucesivos gobiernos sin necesidad de cambiar su letra. Por ello, la modificación de la norma suprema está sometida a una gran cantidad de restricciones, destacando especialmente el requisito de mayorías especialmente calificadas para las votaciones sobre su alteración.

1.20. Supremacía constitucional

Concepto procedente del antiquísimo precedente jurisprudencial *Marbury vs Madison*, y que supone la estructuración del ordenamiento jurídico en una pirámide jerárquica en la que la Constitución ocuparía la cúspide. Así, la supremacía supone el punto más alto en la escala jerárquica normativa, de manera que cualquier norma posterior y contraria que eventualmente entrase en colisión con la norma suprema provocaría la nulidad de la

norma inferior. El mayor desarrollo de este concepto se debe a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen.

La rigidez constitucional es un concepto, según el cual, la norma suprema ha de designar un proceso específico para su propia modificación, diferente al procedimiento utilizado habitualmente para la producción normativa infra constitucional. Por el contrario, se habla de flexibilidad constitucional cuanto más similar es el proceso de reforma al de creación legislativa ordinaria. Los Grados de Rigidez dependen de una serie de factores disyuntivos:

- Si el órgano reformador es creado y elegido especialmente para la reforma o es uno de los que habitualmente funcionan.
- El número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la constitución.
- Las mayorías exigidas para la reforma.
- La participación del pueblo, que puede ser directa (a través de un referéndum) o indirecta (a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar o redactar la reforma).

La Constitución posee carácter de norma suprema, y por lo tanto, su cumplimiento ha de estar garantizado por el ordenamiento jurídico en su funcionamiento cotidiano. Asegurar

que no se viole la norma constitucional con los actos de los poderes constituidos es el Control de Constitucionalidad

En caso de que dos normas jurídicas tuvieran un contenido incompatible entre sí, se produce la llamada colisión normativa. El ejemplo más ampliamente utilizado para ilustrar una colisión normativa, pasa por concebir una situación en la que una norma ordenase la realización de un determinado comportamiento, y a la vez, otra norma distinta prohibiera la realización de tal comportamiento.

Para resolver las colisiones entre normas, acorde al principio de coherencia del ordenamiento jurídico, se recurre a una serie de criterios que establecen qué norma prevalece, y qué norma se ve derogada.

Jerarquía: La jerarquía normativa supone la existencia de normas de distinto rango, de manera que aquella que esté en un peldaño superior de la escala, destruye a la norma inferior.

Temporalidad: En el supuesto de que dos normas de igual rango sufran una colisión normativa, la norma posterior en el tiempo deroga a la norma anterior.

Especialidad: En el caso de que existan dos normas de igual rango sufriendo una colisión, aquella norma que busque la regulación más específica de la materia prevalece sobre la norma más general.

Prelación axiológica: debería aplicarse aquella norma que esté tutelando un derecho superior en la escala de valores constitucional (vida superior a propiedad)

1.21. Ciencias auxiliares del derecho constitucional y su importancia

Ingeniería Constitucional es la disciplina que estudia el funcionamiento práctico de las instituciones constitucionales, particularmente los sistemas electorales y los de gobierno, con miras a optimizar sus modelos y detectar errores que pueden conducir a la heterotelia, es decir, a que sus resultados sean distintos de los que se esperan de ellos, lo anterior rediseñando el estado en caso de necesidad

1.21.1. Teoría constitucional

Es una ciencia descriptiva de la política, ocupándose de conceptos y principios que inspiran el diseño de las instituciones políticas, que en cada país adoptan distintas modalidades para orientar a paradigmas generales

1.21.2. Constitucionalismo

Es la ciencia que busca evitar los abusos de poder, monarquías absolutas o totalitarismos en bienestar de todos los ciudadanos, para lograr la existencia de un

gobierno democrático con amplia participación del pueblo, control político y jurídico para evitar abusos de poder¹².

1.21.3. Democracia

Es el derecho a elegir a nuestros gobernantes

De un estado donde el pueblo tiene el poder, representado por el jefe de estado

Temas del constitucionalismo: limitación del poder y la garantía de derechos y libertades,

Principios del constitucionalismo confianza en el individuo (libertad, arquitecto de su propio destino), creencia en el dialogo (todos somos iguales), gusto por la organización racional (sufragio)

Noción de órgano: personas o grupos de personas que ejercitan una potestad publica, encargados por el ordenamiento de realizar a nombra y por cuenta del estado los ordenamientos determinados.

¹² PALACIOS GARCIA, Raúl, **Ob. Cit.** Pág. 106

Noción de estado: persona jurídica que persigue fines y cuenta con una pluralidad de medios para cumplirlos.

Órganos fundamentales: ligados por una relación de independencia.

Órganos constitucionales. Son aquellos creados directamente por la constitución y que gozan de reciproca independencia.

1.22. Apuntes sobre la justicia constitucional

En tiempos remotos, los monarcas cedieron la facultad de juzgar a otros organismos o magistrados, para que éstos impartieran la justicia a su nombre, aunque aquellos se reservaban la decisión de las causas civiles o penales que tuvieran determinada importancia y las que tuvieran connotación política. De esta manera comenzó a dar sus primeros pasos la independencia del poder judicial respecto de los que dirigían los pueblos del mundo, hasta que la Carta Magna de Inglaterra, aceptada por Juan sin Tierra en el Siglo XIII (año 1215), estableció jueces definitivamente independientes, quienes aunque administraban la justicia en esa época a nombre del rey, en realidad lo hacían a nombre de la sociedad, naciendo así formalmente la función judicial. Desde entonces, ésta función fue consagrada en las Constituciones que fueron instauradas de ese tiempo en adelante.

Resulta útil puntualizar, para mejor comprensión, que la denominada función jurisdiccional, que no es más que la facultad o función de juzgar, o sea, de dirimir un conflicto de derecho, tiene un sentido más genérico, más amplio, que la acepción función judicial, por cuanto aquella abarca tanto las actividades de los tribunales judiciales propiamente dichos, como de los tribunales del orden administrativo.

La justicia constitucional tiene un desarrollo procedimental que comprende una serie de actuaciones y/o ejercicios conceptuales dirigidos a la interpretación de la constitución y, si resultara procedente, a la aplicación de la norma suprema sobre cualquier disposición adjetiva que contradiga a la misma. La culminación del proceso constitucional lo constituye la sentencia que interviene, la cual es considerada como una fuente de derecho por la doctrina moderna, orientándose ésta, en el sistema de fuentes, a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley, cuando las mismas interpretan las normas supremas, o en una posición similar a la de la ley, si las sentencias interpretan constitucionalmente a las leyes, que en todo caso no es un lugar inferior a éstas últimas.

El fundamento de esta posición privilegiada, es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional: la justicia constitucional encuentra su fundamento en la cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que conducen de la afirmación del poder constituyente a la existencia de una Constitución y de la necesaria supremacía de ésta sobre los poderes constituidos. En éste sentido, el tribunal constitucional, mediante sus

sentencias, como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una posición superior a la de éstos o, por lo menos, de sus decisiones.

Existen varios modelos clásicos de jurisdicción constitucional, a saber:

- El sistema concentrado, austriaco o Kelseniano, caracterizado por la atribución a un tribunal ad-hoc de la competencia de justicia constitucional;
- El sistema difuso, norteamericano o del judicial review; y
- El sistema mixto, comprensivo de los sistemas concentrado y difuso, como el dominicano actualmente y de otros países.

Las sentencias constitucionales pueden ser de inconstitucionalidad o de constitucionalidad, con efectos erga omnes si se obtienen, como consecuencia del control concentrado a cargo de un órgano jurisdiccional específico, o con efectos relativos si provienen del control difuso, en ocasión de una controversia judicial entre particulares.

La justicia constitucional procura, esencialmente, la preservación de los derechos individuales constitucionalmente protegidos y de la organización política del Estado, incluyendo el ejercicio de las funciones que atribuye la Ley Fundamental a los órganos

creados por la misma para su fiel cumplimiento y aplicación, lo que trae consigo el debido control y vigilancia de la supremacía de la Constitución, en todos los órdenes.

La naturaleza jurídica de la justicia constitucional difiere en el concepto doctrinal, ya que algunos autores sostienen el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales y otros defienden su naturaleza política.

Los primeros dicen que la justicia constitucional está sujeta a las reglas de toda la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios y está supeditada al principio de la estricta legalidad. Los partidarios de la segunda alternativa sustentan el carácter político de los tribunales constitucionales, considerando que las cuestiones políticas son irresolubles por la vía teórico-jurídica, como sostiene Carl Schmitt, en su obra la defensa de la constitución

En ese orden, algunos autores defienden este último criterio porque, según dicen, los medios utilizados por la justicia constitucional son las normas constitucionales, entre otras del mismo rango, que se caracterizan por su especial contenido político y, además, por la innegable trascendencia política de las sentencias que controlan a los demás órganos constitucionales del Estado, dirimen sus conflictos y garantizan los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos.



Una cosa es examinar las consecuencias políticas de una decisión jurisdiccional y otra muy diferente es buscar soluciones que sólo competen a otro órgano del poder. En ese tenor, que una cosa es, como admite la generalidad de la doctrina, que las decisiones de la justicia constitucional tengan un reflejo indirecto sobre lo político, un influjo sobre el indiviso político, formando parte del conjunto del sistema político, y otra bien distinta es que se pase a llevar a cabo conscientemente esa función política en todos o en algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales.

En otro orden de ideas, en la aplicación de textos que alegadamente contravienen normas constitucionales, para resolver cualquier controversia, los objetivos principales de la justicia constitucional son, en primer lugar, proteger la preponderancia práctica del ordenamiento constitucional; en segundo lugar, ejercer el control formal de la regularidad de las leyes y disposiciones similares, y de su contenido sustancial, cuya aplicación le asigna al juez constitucional controlar la efectividad y eficacia de la Constitución. Otra finalidad de la justicia constitucional es propender a que la solución adoptada sea la más correcta para el caso, en relación directa con la normativa constitucional y, en fin, perseguir y asumir la preservación de la fórmula política contenida en el sistema constitucional vigente.

La justicia constitucional que, como se ha visto, es ejercida y aplicada por los tribunales jurisdiccionales, no sólo debe constituirse en albergue inquebrantable del principio relativo a la supremacía de la Constitución sobre todo estamento jurídico y legal de la



nación, lo que le otorga a dicha Ley Fundamental jerarquía de ordenamiento superior a cualquier ley adjetiva que le sea contraria, debe también prever, dentro de la racionalidad jurídica de las decisiones que adopte, las consecuencias sociales que puedan traer consigo las providencias que emita, sin perder de vista en esa vertiente el bien común y el interés general.

Otro tema de interés dentro de la problemática concerniente a la justicia constitucional, se plantea en cuanto a la independencia y autonomía de los órganos de decisión en cuestiones de índole constitucional.

En los sistemas, como el de los Estados Unidos de Norteamérica, en que sólo existe el control difuso de la constitucionalidad, mediante el cual todos los jueces deben aplicar la Constitución por sobre la ley adjetiva, no se cuestiona la jurisdicción de los tribunales comunes para conocer de materias constitucionales.

El asunto resulta interesante, y hasta controversial, en los países que sólo tienen el control concentrado de la constitucionalidad o que tienen también el difuso.

El eminente jurista argentino Néstor Pedro Sagües, en su obra Derecho Procesal Constitucional, se refiere al concepto jurisdicción y afirma que este puede considerarse en sentido amplio o restrictivo, en sentido material y dentro de lo que él denomina



doctrina orgánica. En la acepción amplia dice que pueda hablarse de jurisdicción judicial, ejecutiva, parlamentaria, militar, etcétera.- El modelo restrictivo describe un solo tipo de jurisdicción, la judicial. La jurisdicción o competencia constitucional se entiende, en el sentido material, como la actividad estatal que decide cuestiones constitucionales y deviene como tutela jurisdiccional para corregir actos inconstitucionales de los órganos del Estado. Finalmente, la llamada doctrina orgánica considera que una auténtica jurisdicción constitucional solo se manifiesta cuando el conocimiento y solución de las pretensiones fundadas en normas constitucionales se atribuyen a órganos independientes de la organización judicial común.

Sin embargo, el tratadista Sagües entiende, lo que compartimos plenamente, que la competencia o jurisdicción constitucional no se define por el órgano que la ejecuta, sino por la materia en torno a la cual versa. Es decir, ella existe con o sin órgano especializado.



CAPÍTULO II

2. Formación de una nueva ley, según la Constitución Política de la República de Guatemala

Primero, hay que conocer lo que pretende legislar. Los objetivos a alcanzar con la nueva ley deben estar bien definidos. También se tiene que identificar y analizar las diferentes tareas y actividades e iniciar un amplio estudio sobre el tema. El análisis se debe realizar con un grupo de trabajo donde las personas que van a redactar la nueva ley obtengan asesoría adecuada y sobre todo que los asesores sean doctos en derecho, para que la redacción de cada artículo sea congruente con la necesidad que sustenta la elaboración del proyecto. Luego se deben ordenar técnicamente, eliminar las reiteraciones, unir los que tengan vinculaciones, dividirlos en párrafos si fueren muy amplios, eliminar lo que no es necesario y agregar lo que haga falta.

El derecho de iniciativa es la prerrogativa que tiene algunos funcionarios y organismos de presentar a los parlamentos o los congresos, proyectos o proposiciones de ley que buscan beneficios para la población y contribuir así al fortalecimiento del bien común que es un fin primordial del Estado de Guatemala consagrado en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, con el privilegio de que sean obligatoriamente tomados en cuenta y discutidos y votados formalmente, para su aprobación, modificación o rechazamiento.

Este derecho de iniciativa se diferencia del derecho de petición ordinaria, que es aquel que tiene todo ciudadano, pero en este caso las peticiones no tienen que ser obligatoriamente sometidas a votación ni discutidas y únicamente interviene, el órgano administrativo o autoridad ante quien se dirige la petición, pudiendo así mismo interponerse los recursos legales, en los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco. El ejemplo de esto es que, si un ciudadano envía al Congreso un proyecto de Ley, el único derecho que tiene es que se le reciba y se le firme un acuse de recibo, en cambio si un legislador presenta el mismo proyecto, este debe tomarse en cuenta y ser formalmente discutido por el congreso de la republica de Guatemala.

En todos los países democráticamente organizados, por lo general, las constituciones suelen o acostumbran a organizar íntegramente todo lo que es relativo al funcionamiento de los cuerpos que ejercen el Poder Legislativo, contrariamente a lo que sucede con el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, a los cuales respecto de cuyos funcionamientos dejan una gran parte a las legislaciones ordinarias¹³.

En lo que nos concierne, la Constitución Política de la Republica de Guatemala, sigue también esos patrones y consagra gran extensión al procedimiento que debe seguirse para la elaboración de las leyes.

2.1. Iniciativa de ley

¹³ BILBAO UBILLOS, Juan, **La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**, Pág. 45



El derecho de iniciativa es la prerrogativa que tiene algunos funcionarios y organismos de presentar a los parlamentos o los congresos, proyectos o proposiciones de ley, con el privilegio de que sean obligatoriamente tomados en cuenta y discutidos y votados formalmente, para su aprobación, modificación o su rechazo.

Este derecho de iniciativa se diferencia del derecho de petición ordinaria, pero en este caso las peticiones no tienen que ser obligatoriamente sometidas a votación ni discutidas, con el único derecho que se le acuse recibo. Ejemplo de esto es que, si un ciudadano envía al Congreso un proyecto de Ley, el único derecho que tiene es que se le reciba y se le firme un acuse de recibo, en cambio si un legislador presenta el mismo proyecto, este debe tomarse en cuenta y ser formalmente discutido, buscando como objetivo primordial que dicha ley se convierta de carácter obligatorio para todo el territorio nacional.

Hasta que no haya sido presentado al pleno del Congreso y admitido, para su discusión y estudio, el documento es un anteproyecto de ley. El documento será leído en el pleno y pasara sin más trámite a la comisión de trabajo que le corresponda.

ARTICULO 174.- Iniciativa de ley. Para la formación de las leyes tienen iniciativa los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.

Debemos entender que la iniciativa presentada por los diputados del Congreso de la Republica de Guatemala, también podría ser presentada por un solo diputado por



poseer el derecho de iniciativa de ley como lo establece la Constitución Política de la Republica de Guatemala. Entonces podríamos decir que el Organismo Ejecutivo también podría, presentar una iniciativa de ley e incluso con un viceministro en funciones y la Corte Suprema de Justicia podría presentar una iniciativa de ley atreves de un solo magistrado y la Universidad de San Carlos de Guatemala, cualquiera de sus miembros que integran el Consejo Superior Universitario, también pueden presentar cualquier iniciativa de ley y finalmente cualquiera de los magistrados titulares o suplentes que conforman el Tribunal Supremo Electoral, podrían presentar también alguna iniciativa de ley.

ARTICULO 175. – Constitución Política de la República de Guatemala Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Entendemos así que ninguna ley podrá ser superior a la Constitución Política de la Republica de Guatemala y que si alguna contradijere lo estipulado en ella serán nulas de pleno derecho, la posible excepción es que se dice que en materia de Derechos Humanos, los tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno, pero en base a la pirámide de kelsen realmente los tratados en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala se equiparan a la constitución y no son superiores a ella.



La pirámide de Kelsen, es un método jurídico estricto, mediante el cual quiere eliminar toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica, y acotar la misión de la ciencia del derecho al estudio exclusivo de las formas normativas posibles y a las conexiones esenciales entre las mismas. El objetivo de la pirámide, es categorizar las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás, ejemplo. Constitución, ley, decreto ley, ordenanza etc.

La pirámide representa gráficamente la idea de un sistema jurídico escalonado. De acuerdo con Kelsen, el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse éstas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía. O sea, las normas que componen un sistema jurídico se relacionan unas con otras de acuerdo con el principio de jerarquía. Imaginemos una pirámide escalonada: pues en la cúspide de la pirámide se situaría la Constitución de un Estado, en el escalón inmediatamente inferior las leyes, en el siguiente escalón inferior los reglamentos y así sucesivamente hasta llegar a la base de la pirámide, compuesta por las sentencias normas jurídicas individuales.

Cuanto más nos acercamos a la base de la pirámide, el escalón es más ancho, es decir, hay un mayor número de normas jurídicas. Así, el escalón superior es muy pequeño, pues Constitución sólo hay una, el escalón por debajo es más ancho porque hay más



leyes que constituciones, el siguiente más ancho que el anterior porque hay más reglamentos que leyes y así sucesivamente.

Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

La Constitución Política de la Republica de Guatemala o Carta Magna es jerárquicamente la norma superior del ordenamiento Jurídica Guatemalteco. “Derivado del principio de supremacía constitucional, doctrinaria, legal y jurisprudencialmente, se ha reconocido el principio de jerarquía normativa, según el cual, en su acepción más simple, la potestad de emitir normativas de aplicación general está asignada a distintos Organismos, órgano o entes, según el nivel o grado en que se encuentre la normativa de que se trate; de esa cuenta, la norma superior impone la validez y contenido de la inferior y ésta carece de ella si contradice a aquélla.

2.2. Admisión y discusión

Con el objetivo de que las leyes sean el resultado de una cuidadosa meditación y que fueran substraídas de ellas, en lo más posible de los errores, de las improvisaciones o de las sorpresas, las constituciones establecen siempre que los proyectos sean discutidos más de una vez¹⁴.

¹⁴ DALLA VIA, Miguel Ángel, **Manual de derecho constitucional**, Pág. 81



En lo que respecta a nuestro país, en nuestro sistema legislativo, se requieren de tres discusiones realizadas en distintos días, por los Diputados de Congreso de la República de Guatemala para la aprobación de los proyectos de leyes.

ARTICULO 176. - Admisión y discusión. Admitido un proyecto de ley se pondrá a discusión en tres sesiones diferentes, celebradas en discusión en tres sesiones diferentes, celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en la tercera sesión. Se exceptúan aquellos casos que el Congreso declare de urgencia nacional, con el voto de las dos terceras partes del total de diputados que lo integran. En todo lo demás, se observará el procedimiento que prescriba el Reglamento Interior Constitución Política de la República de Guatemala.

2.3. Aprobación sanción y promulgación

Una vez que las leyes son aprobadas por el Congreso Nacional y remitidas al Poder Ejecutivo, se denominan perfectas, luego deben ser promulgadas por el Presidente de la República para que se conviertan en ejecutorias, entrar en vigencia y ser de carácter obligatorio para todos los habitantes que conforman el Estado de Guatemala, después de la respectiva publicación.

La sanción es el acto por medio del cual el jefe del Estado que es el presidente confirma una ley.

La promulgación consiste en la firma del Presidente de la República, lo que generalmente hace después de ponerle un texto por el cual manda que se publique la



ley, en el diario oficial y otros de mayor circulación en todo el territorio Nacional, a fin de que sea cumplida y sea de carácter obligatorio, y para que se divulgue y propague entre el público, para su conocimiento y cumplimiento, este texto se denomina formula promulgatoria.

ARTICULO 177.- Aprobación, sanción y promulgación. Aprobado un proyecto de ley, la Junta Directiva del Congreso de la Republica, en un plazo no mayor de diez días lo enviara al Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación. Constitución Política de la República de Guatemala

2.4. Veto de ley

Es la facultad o el derecho que tiene el presidente de la Republica de no aprobar o de no estar de acuerdo con una ley. El presidente, después de haber recibido la ley, tiene quince días para devolverlo al Congreso, con las observaciones que estime pertinente. Si el Congreso está de acuerdo con los argumentos del presidente, mandará que se archive la ley vetada, pero si no lo está podrá ordenar que se publique aún en contra de la voluntad del presidente, pero para esto necesita el voto de las dos terceras partes del total de diputados. Puede ocurrir que el Presidente de la República, al recibir una ley del Congreso, estime que la ley es inconveniente por el sentido de sus disposiciones o por la forma de su redacción o por importuna en el momento en que ha de entrar en vigor. Para dar eficacia a ese criterio posible, las Constituciones confieren al Poder Ejecutivo una atribución que se denomina la atribución del veto, que es el poder que



tiene el Presidente de la Republica de no aprobar la nueva ley por las razones descritas anteriormente.

ARTICULO 178. - Veto. Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros, el Presidente de la República podrá devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes, en ejercicio de sus derechos de veto. Las leyes no podrán ser vetadas parcialmente.

Si el Organismo Ejecutivo no devolviera el decreto dentro de los quince días contados desde la fecha de su recepción, se tendrá por sancionado y deberá promulgarse como ley dentro de los ocho días siguientes haciendo la publicación respectiva en el diario Oficial, que en Guatemala se llama Diario de Centro América y otro de mayor circulación para que cobre vigencia en todo el territorio Nacional.

En caso de que el Congreso clausurare sus sesiones antes de que expire el plazo en que puede ejercitarse el veto, el ejecutivo deberá devolver el decreto dentro de los ocho días de sesiones ordinarias del período siguiente.

ARTÍCULO 179.- Primacía legislativa. Devuelto el decreto al Congreso, la Junta Directiva lo deberá poner en conocimiento del pleno en la siguiente sesión, y el Congreso, en un plazo no mayor de treinta días, podrá reconsiderarlo o rechazarlo. Si no fueren aceptadas las razones del veto y el Congreso rechazare el veto por las dos terceras partes del total de sus miembros, el Ejecutivo deberá obligadamente sancionar



y promulgar el decreto dentro de los ocho días siguientes de haberlo recibido. Si el Ejecutivo no lo hiciere, la Junta Directiva del Congreso ordenará su publicación en un plazo que no excederá de tres días, para que surta efectos como ley de la República.

Constitución Política de la República de Guatemala

2.5. Vigencia

Las leyes aprobadas por el Congreso se reputan perfectas y que una vez promulgadas por el presidente de la República, se califican de ejecutorias. Este último acto del Presidente de la República es tan importante y decisivo en la suerte de las leyes, que consuetudinariamente se tiene por fecha de una ley, la fecha de su promulgación, esta fecha tiene la ventaja de figurar en el mismo texto de la formulación promulgatoria.

Pero, para que una ley sea obligatoria para los funcionarios y para la comunidad en general, no será lógicamente bastante que hay sido promulgada o publicada. Es prudente que entre la publicación y la obligatoriedad haya un plazo de conocimiento de la ley, por breve que sea este plazo.

ARTÍCULO 180.- Vigencia. La ley empieza a regir en todo el territorio nacional, ocho días después de su publicación íntegra en el diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación.



ARTÍCULO 181.- Disposiciones del Congreso. No necesitan de sanción del Ejecutivo, las disposiciones del Congreso relativas a su Régimen Interior y las contenidas en los artículos 165 y 170. Constitución Política de la República de Guatemala.



CAPÍTULO III

3. La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala

3.1. La defensa contra la inconstitucionalidad de leyes

Los modos de defensa que la Constitución autoriza para que las personas puedan evitar que derechos fundamentales suyos puedan ser transgredidos por la aplicación de disposiciones legales que, de acaecer en casos propios sometidos a la jurisdicción ordinaria, resulten ser violatorios de normas constitucionales. Ello nos lleva, a título de mero recordatorio, a precisar lo que, para este estudio, debe entenderse por Constitución. Al respecto nos parece explícito en el concepto que de Andrés Serra Rojas recogen los autores Fernando Flores Gómez y Gustavo Carvajal Moreno.¹⁵ La Constitución es la fuente por excelencia del Derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de Gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos y deberes de los ciudadanos, la libertad jurídica y determinados problemas básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los vaivenes de los problemas políticos cotidianos. Es que en ese concepto se recogen tres de los contenidos jurídicos que ha dejado precisados Paolo Biscaretti Di Ruffia,¹⁶ en cuanto que la Constitución, en sentido sustancial, pretende indicar el conjunto de normas jurídicas

¹⁵ FLORES GOMEZ, Fernando, **Manual de derecho constitucional**, Pág. 18

¹⁶ BISCARETTI DI, Ruffia, **Introducción al derecho constitucional comparado**, Pág. 286



fundamentales escritas o no escritas, que establecen la estructura esencial del Estado; en sentido formal, que con ella se pretende significar todas las normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de su procedimiento de elaboración más difícil, más ritual y más amplio; y en sentido documental, que es un solemne acto normativo que contiene la mayoría de las disposiciones sustanciales de carácter constitucional.

Es la Constitución entonces la fuente de todas las otras leyes que pasan a integrar con ella el ordenamiento jurídico, bien porque adopten, como dice André Haurio,¹⁷ la forma de Ley, entendida como regla general, escrita, establecida por los poderes públicos después de una deliberación y que implica la aceptación directa o indirecta de los gobernados, o de reglamento, concebido como disposición general, escrita, dictada por una autoridad que tenga el poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo.

Todo ese conjunto, denominado derecho, con equivalente en las lenguas que se manejan en las comunidades del orbe y en instituciones propias o en las que tienen finalidad comunitaria o internacional, señala un fenómeno común de producción de leyes o reglamentos de contenido más o menos permanente y mudable en atención a fenómenos sociales, portadoras ellas de reglas que en sus distintas actividades han de guiar los múltiples comportamientos intra individuales y sociales. Y es que no se trata de verlo como una mera suma de normas sino como su articulación lógica y funcional, por cuanto cada grupo normativo es dado para reglar campos diversos de la actividad

¹⁷ HAURIO, Andre, **Derecho constitucional e instituciones políticas**, Pág. 168

humana, dependientes por ello de la cultura de la cual son su derivación.

El derecho opera fundamentalmente para asegurar la libertad jurídica de las personas; de ahí que estructure su ejercicio reglado a fin de hacer posible la libertad en la sociedad, habida cuenta de lo heterogéneo de sus componentes individuales; de modo que se erige a partir de una norma única y mayor la Constitución de la que deriva, por aplicación del principio de separación de poderes, la delegación a sujetos con poder: unos, para la elaboración de la normativa que posibilitará el ejercicio de aquella libertad; otros, para ejecutarlas cumpliendo el propósito de su emisión; y otros más para permitir el control de su aplicación por medio de la jurisdicción. Se trata, pues, de un sistema que coloca en la cúspide a la Constitución que, como norma primigenia, determina límites a los sujetos de poder y, por tanto, a sus esferas de acción. Se determinan así los que por tradición se han conocido como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

El hecho de constituir un sistema significa, como lo aprecia Giovanni Tarello¹⁸, una estructura para la cual no puede existir conflicto entre dos reglas o normas válidas esto es, que si se encuentra que dos normas de un mismo Derecho están en conflicto, tal conflicto es meramente aparente y es necesario descubrir el modo de arreglarlo.

Dentro del sistema, por aplicación de aquel principio, es al judicial al que está atribuida la función de conocer de conflictos entre personas, decidiéndolos en fallos en los que interpreta e inclina por la ley que estime aplicable. La aplicación ha de corresponder hacerla, según los niveles de legalidad permitidos, al juez que tenga la función decisoria

¹⁸ TARELLO, Giovanni, **Cultura jurídica y política del derecho**, Pág. 144



última.

No obstante lo dicho, el fenómeno adquiere matiz diferente cuando la cuestión se centra en el conflicto entre una o más reglas ordinarias y norma o normas de la Constitución, porque aquéllas devienen, de ser esa la apreciación, nulas o inaplicables, según sea el planteamiento.

Acá debe darse ingreso a una forma distinta de conocer tales conflictos, esto es, al proceso constitucional, cuya finalidad es similar a la de otros procesos, en cuanto buscan la aplicación de justicia, que por la materia que trata en éste deriva a la justicia constitucional o control de constitucionalidad. Para su conocimiento existen instituciones u órganos de jurisdicción única pero de materia especializada, con normativa propia que regla el estatuto de sus jueces y de procedimientos determinados para hacer posible la reparación de agravios, generales o particulares, que puedan cometerse contra la Constitución.

El que se aborda en este estudio es uno de esos procesos comprendido dentro de la esfera de la justicia constitucional, tan tenazmente propugnada por el jurista Mauro Capelletti¹⁹, quien, como resultado de sus investigaciones, afirma que las diversas manifestaciones. De la justicia constitucional' se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional. Es indudable, empero, la profunda

¹⁹ CAPELETTI, Mauro, **La justicia constitucional**, Pág. 27

diferencia estructural que fluye entre aquellas varias manifestaciones, de donde se puede justificar bien un tratamiento limitado sólo a alguna de ellas limitado, en particular, a aquélla que de todas es probablemente la más importante, o sea el control judicial sobre la legitimidad constitucional de las leyes.

Sus ideas, además de aceptadas, han sido desarrolladas por otros distinguidos tratadistas de esta disciplina; es oportuno citar a ese propósito al catedrático José Almagro Nosete²⁰, quien en el prólogo de su libro Justicia Constitucional expresó: Tras la defensa judicial de la constitución, late una concepción ius naturalística. El Derecho natural como problema, como interrogante y permanente apelación a la conciencia de los hombres que viven en sociedad; el Derecho natural, en ocasiones, empleado como argumento último del acatamiento al orden constituido; el Derecho natural, también utilizado como fermento ideológico de rebeldía frente a las opresiones establecidas; el permanente drama del hombre, proyectado en lo jurídico. A medio camino entre justicia general y justicia individual; entre juicio de legalidad y juicio de equidad; entre derecho justo y derecho constituido; entre derecho natural y derecho positivo, nacen estas jurisdicciones que toman como punto de obligada referencia para su quehacer la ley suprema; norma formalmente positiva, materialmente flexible y llena de espacios, que deben ser cubiertos con el buen sentido jurídico y político.

Dentro de los lineamientos conceptuales de los que hemos hecho alusión fue estructurado el sistema de nuestra jurisdicción constitucional, que se extiende a un

²⁰ ALMAGRO NOSETE, José, **Justicia constitucional**, Pág. 80



abánico de competencias que comprende, dentro de sus grandes capítulos, la defensa de los derechos fundamentales de las personas mediante la acción de Amparo, la defensa de la libertad individual y de su integridad corporal con el uso del derecho de su Exhibición Personal, y la defensa contra agravios a la Constitución, bien por medio de la Inconstitucionalidad general de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, o acudiendo a la Inconstitucionalidad de éstas en casos concretos. La primera acción de Amparo y la última Inconstitucionalidad en casos concretos atribuida a los tribunales de jurisdicción ordinaria, asumiendo carácter de tribunales constitucionales en primera instancia; la Exhibición Personal, reservada a los tribunales en su función de jurisdicción ordinaria y a la Corte Suprema de Justicia; y la acción de Amparo en segunda instancia por vía de recurso de apelación, la Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general en única instancia, y la Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en alzada o apelación, de conocimiento de la Corte de Constitucionalidad.

En efecto, la Constitución Política de la República, emitida en 1985, incorporó, bajo las premisas apuntadas, su sistema de justicia constitucional, descrito en la normativa a la que se refiere su Título VI (Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional) y aparece desarrollado en el Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

Como dato de no lejana historia debe señalarse que la ley última siguió en esencia los lineamientos básicos del frustrado primer ensayo que se recogió en el Capítulo XI de la

precedente Constitución de 1965, y en la Ley Constitucional de Amparo, Habeas Corpus y de Constitucionalidad -Decreto Número 8 de la Asamblea Nacional Constituyente, tema éste abordado por autores nuestros²¹, cuya lectura es importante.

De esa rica temática, como se previno, este estudio examinará la Inconstitucionalidad, no la también denominada Inconstitucionalidad Directa, de conocimiento en instancia única por la Corte de Constitucionalidad para la impugnación de las leyes de carácter general, reglamentos o disposiciones de carácter general, sino la de leyes en casos concretos, identificada como Inconstitucionalidad Indirecta

3.2. Inconstitucionalidad de carácter general o directo

Para abundar en la diferencia entre las dos formas de impugnar leyes, hacemos referencia en primer lugar al Sistema de control concentrado Inconstitucionalidad directa. Su ascendencia es austriaca, inspirada por Hans Kelsen²², incorporado a las Constituciones de Austria y de Checoslovaquia de 1920 y aceptado luego en ordenamientos de Europa continental, se centró en un Tribunal constitucional con facultad privativa para resolver sobre la adecuación de las leyes a la Constitución, esto es, el enjuiciamiento del apego a la ley fundamental de las normas emitidas por el órgano encargado de la emisión de las leyes, con la atribución de declarar su nulidad, tema cuyo antecedente ven varios autores en la práctica norteamericana a partir de la conocida

²¹ VAZQUEZ MARTINEZ, Edmundo, **Constitución y orden democrático**, Pág. 6

²² KELSEN, Hans **Quien debe ser el defensor de la constitución**, Pág. 14

sentencia preparada por el Juez John Marshall, Presidente en 1803 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dictada en el caso “Marbury v. Madison”²³

3.3. Inconstitucionalidad en casos concretos, sistemas de los Estados Unidos de América y de Europa

La facultad exclusiva de anulación de la que se atribuyó al Tribunal Constitucional mostró una dificultad importante, a saber, el hecho de que la inconstitucionalidad de normas sólo podría advertirse en su aplicación a los casos concretos; ello dio origen a considerar la introducción del sistema de control difuso o Inconstitucionalidad Indirecta, esto es, la de examinar la denuncia de leyes que, de aplicarse a conflictos pendientes de fallarse en la jurisdicción ordinaria resultaran ser inconstitucionales, persiguiendo obtener ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional antes de decidirse el caso o conflicto concreto, justificado porque, por un lado, se habría agotado el plazo preclusivo para atacarlas en la vía directa, y, por otro, el juez de su conocimiento estaba impedido de evitar la aplicación de la norma cuestionada. Bajo esa idea comenzó a concretarse su aceptación, principiándose con la modificación de 1929 a la Constitución austriaca; con posterioridad y ya con perfiles más definidos se acoge en Italia y Alemania, y después en España en la Constitución de 1931 y en Portugal. Resulta importante mencionar que en el sistema comentado la declaración de inconstitucionalidad, por lo general, elimina con efecto erga omnes, la ley cuestionada.

²³ MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, *El control constitucional*, Pág. 19

También se afirma que el sistema difuso tiene antecedentes en el sistema norteamericano, porque, a consecuencia del fallo del juez Marshall, los jueces y tribunales quedaron con la facultad de declarar la inconstitucionalidad en los asuntos bajo su conocimiento, pese a que en esa práctica se limitaron a la declaración de inaplicabilidad de la norma estimada inconstitucional, esto es, con efectos circunscritos a las partes en litigio.

Resulta entonces interesante poner atención a las notas distintivas que registran los modelos norteamericano y europeo que, examinados por Luís López Guerra²⁴, se pueden resumir así:

En el sistema de los Estados Unidos de América: - el control corresponde a cualquier juez; su potestad deriva de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, vinculante para el resto de tribunales en virtud del principio *stare decisis*²⁵; - la potestad de los jueces y tribunales se extiende, exclusivamente, a la validez de la ley en la resolución del litigio; y - el juez o tribunal quedan limitados a dar solución *ad casum* para resolver un particular supuesto, inaplicando la ley que estime inconstitucional. Sin embargo, si una declaración similar se pronuncia estando sometido el caso al Tribunal Supremo, su inaplicación se convierte en general para el futuro, obligando al resto de jueces y tribunales.

²⁴ LOPEZ GUERRA, Luis, **Introducción al derecho constitucional**, Pág. 198

²⁵ ídem.

En el modelo europeo señala: - el tribunal constitucional es independiente y separado de los demás poderes del Estado; - el tribunal tiene el monopolio en la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley; - la selección de sus miembros se hace en forma distinta a la de los Magistrados de la jurisdicción ordinaria; y - tiene procedimiento propio y actúa por iniciativa de otros (planteamiento de duda de inconstitucionalidad de ley aplicable al caso concreto, que los demás jueces y tribunales pueden someterle), con audiencia de las partes afectadas, y su decisión es motivada y con efectos de cosa juzgada y eficacia erga omnes.

3.4. El sistema mixto adoptado por Guatemala

Con elementos de los sistemas aludidos la Constitución de 1985 adoptó una formulación combinada estableciendo, por una parte, la Corte de Constitucionalidad, con carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, para la función esencial de defender el orden constitucional, independiente de los demás organismos del Estado y con funciones específicas asignadas en la ley matriz y en la propia (artículos 268 y 272); por otra, habilitó a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para decidir, por denuncia de su inconstitucionalidad, la inaplicación de ley en casos concretos.

De las funciones que corresponden a la Corte de Constitucionalidad²⁶ interesa a nuestro tema destacar la de Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o

²⁶ PINTO ACEVEDO, Mynor, *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Pág. 20

totalmente de inconstitucionalidad y la de Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia. Esta última, de carácter constitucional, es la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad (Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente), a la que identificaremos en lo adelante como Ley de la Corte.

En cuanto a la primera, el artículo 267 constitucional dice: Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad. Y, en lo que se refiere a la segunda, el precedente artículo 266 establece: En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Las normas transcritas adelantan ya el carácter mixto apuntado y, además, la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos de modo procesal diverso, lo que obliga a elaborar el examen separado que adelante se hará.

En la pretensión de inconstitucionalidad planteada en caso concreto se requiere al tribunal de su conocimiento que al decidir sobre el fondo inaplique la ley atacada, porque resultaría ser inconstitucional fundamentar el fallo en ella. Como son los tribunales

ordinarios los que tienen la potestad exclusiva de la aplicación de las leyes para la solución de litigios sometidos a ellos, a ellos corresponde también el conocimiento y pronunciamiento en primera instancia de la Inconstitucionalidad en casos concretos, de modo que la declaración que recaiga en el planteamiento de la Inconstitucionalidad precisa de ser apelada, para que de ella pueda conocer la Corte de Constitucionalidad como tribunal ad quem.

Por de pronto ya podemos señalar, en relación con los dos sistemas control concentrado y control difuso referidos, las notas distintivas de nuestro ordenamiento:

El control concentrado es atribución de la Corte de Constitucionalidad en su condición de tribunal de jurisdicción privativa, independiente de la ordinaria; La Corte se integra con Magistrados designados en forma diferente de los que conforman el Organismo Judicial.

La Corte aplica el control concentrado en los casos de denuncia de inconstitucionalidad general de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general; en estos eventos el fallo que la pronuncie tiene, como efecto principal, dejar sin vigencia la ley, reglamentos o disposición atacada o la parte de ella que resulte afectada;

En la Inconstitucionalidad de carácter general opera la acción popular, esto es, que puede ser promovida tanto por instituciones determinadas (Junta Directiva del Colegio de Abogados; Procurador General de la Nación y Procurador de los Derechos Humanos) como por cualquier persona, con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

La legitimación para denunciarla en casos concretos control difuso está constreñida a que su proponente tenga la calidad de parte en el proceso; y su pronunciamiento por auto razonado corresponde al juez o tribunal de su conocimiento; La Corte de Constitucionalidad conoce en vía de apelación los pronunciamientos que el control difuso atribuye a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria excepto jueces de paz, cuya revisión desemboca en la sentencia que puede confirmar o revocar dictando pronunciamiento sustitutivo los autos que resuelven la pretensión de inconstitucionalidad. Si la pretensión se acoge, su confirmación por la Corte los habilita para inaplicar la ley declarada inconstitucional al caso concreto del que estén conociendo. De igual manera, si la pretensión se desestima y se recurre a la apelación, puede la Corte sostenerla o, revocándola, declarar su inaplicación.

Tanto el planteamiento de Inconstitucionalidad Directa como el instado en casos concretos se tramitan aplicando la normativa especial que prescribe la ley de la materia, esto es, la de la Corte de Constitucionalidad.

3.5. Naturaleza jurídica y finalidad de la inconstitucionalidad en casos concretos posiciones acerca de su carácter prejudicial

Nuestra Constitución, en la primera frase del artículo 203, prescribe que La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República, y en el artículo 204 dispone que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observaran

obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Lo transcrito anticipa la obligación, para jueces y magistrados, de acatar, en su función jurisdiccional y en primer término, la normativa constitucional, estimada como condición esencial de la administración de justicia; desde luego que está exigiendo que toda resolución o sentencia, en tanto que afecta a quienes son sujetos o partes en los procesos tenga apoyo legal, sostenido éste en la Constitución, primordialmente. Empero, con antelación a ellas puede ocurrir que cualquiera de los sujetos o partes de cada caso concreto estime que, en la resolución que habrá de poner fin al conflicto o al asunto procesal o incidental de que se conozca y que fueren relevantes, el juez o tribunal podría aplicar disposiciones de ley que repute ser inconstitucionales, para su caso particular. En tal evento la vía de ese examen particular se abre con la promoción del instrumento jurídico de Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos.

Cuál sea la esencia de tal instrumento es lo que lleva a preguntarse por su naturaleza jurídica. Para ello, en defecto de doctrina propia seguiremos el hilo de autores españoles, quienes han tratado el tema con referencia de la doctrina europea en la que descansa, especialmente la italiana y la alemana.

Pablo Saavedra Gallo²⁷ resume las posiciones que ha mantenido la dogmática italiana, señalando:

²⁷ SAAVEDRA GALLO, Pablo, **La duda de inconstitucionalidad**, Pág. 25

Su configuración como instrumento concedido a las “partes” del proceso donde surge la duda, para tutelar derechos e intereses constitucionalmente protegidos. El argumento en contrario concluye que gran parte de las cuestiones planteadas y resueltas no pueden considerarse como instrumento de tutela de las libertades conculcadas por las leyes, sino más bien un medio para la adecuación de la legislación derivada a la Constitución.

Una segunda la ve como medio para garantizar la aplicación de las leyes en los procesos de manera constitucionalmente correcta; y en una tercera corriente se la expresa como instrumento de garantía de la compatibilidad de las leyes con la Constitución, posibilitando la eliminación de las normas legislativas que sean contrarias a ella.

3.6. Leyes impugnables vigentes e impugnables por su valor material sustantivas, reglamentarias y procesales

Debemos poner atención ahora al tipo de leyes que pueden impugnarse mediante la Inconstitucionalidad Indirecta, que por regla general lo son aquéllas que las partes han citado en apoyo de sus pretensiones dentro del litigio al que el juez o tribunal debe dar solución, dentro de las que pueden incluirse las de carácter sustantivo, reglamentario en materia administrativa y procesal.

Requisito necesario es que la ley atacada tenga vigencia al momento de plantearse la

acción, esto es, que habiendo sido publicada la ley esté rigiendo y ella o la disposición impugnada no haya sufrido modificación o se haya derogado (artículos 6 y 8 de la Ley del Organismo Judicial), sin perjuicio de que pueda haber ocurrido cualquiera de estos último supuestos con posterioridad a la promoción de la acción.

Similar criterio se ve en la jurisprudencia española, vertido en la sentencia 332/1993 del Tribunal Constitucional²⁸, en la que se afirma que .El objeto de los procesos de declaración de inconstitucionalidad no es la norma, incluso en el supuesto de la sucesión de normas en el tiempo, sino la ley, el texto legal o vehículo formal como “signo sensible” a través del cual se manifiesta el mandato normativo. Si ello es así incluso para el recurso directo, que es un medio de control de constitucionalidad de normas en abstracto y no de un sistema normativo en su conjunto e integrado por diversas leyes, con mucha mayor razón ha de serlo para la CI que responde en el diseño constitucional a un mecanismo de control en el que los hechos y las pretensiones deducidas en el proceso acotan y delimitan el ámbito del juicio de inconstitucionalidad.

Que en la generalidad de los casos el ataque por Inconstitucionalidad Indirecta incide en disposiciones de carácter sustantivo o reglamentario con similar efecto, pero no debe pasar por alto que los tribunales, al llevar adelante el trámite del proceso, puedan apoyarse en disposiciones adjetivas al resolver en cualquiera de sus etapas, las que las partes puedan también estimar que obstan a la corrección o legalidad del fallo futuro e intenten, por ello, la denuncia de su ilegitimidad constitucional en la vía aludida.

²⁸ Tomo trigésimo séptimo de la jurisprudencia constitucional del tribunal constitucional Español, Pág. 669

CAPÍTULO IV

4. Marco básico en la inconstitucionalidad en casos concretos

4.1. Finalidad del planteamiento, competencia para conocer, legitimación para promover, presupuestos para la promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos y efectos de la omisión de requisitos

La Constitución creó (artículo 268) la Corte de Constitucionalidad con los caracteres de tribunal permanente de jurisdicción privativa, de tipo colegiado, independiente de los demás organismos del Estado, para la función esencial de defender el orden constitucional, asumiendo competencias específicas (artículo 272).

Implica lo anterior la existencia de una jurisdicción separada de la que es propia del Poder Judicial, justificada por la materia que le está atribuida, a fin de hacer efectivas las garantías y defensas de orden constitucional y los derechos inherentes a la persona. Se trata, por tanto, de una jurisdicción establecida para entender y decidir en conflictos que tengan esa relevancia, a cuyo efecto se la ha dotado, también por disposición constitucional (artículo 276), de una ley propia Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad con la normativa procedimental que permite el desenvolvimiento del proceso constitucional en cada una de las funciones que tiene asignadas. Las letras a) y d) de tal norma contienen, cada cual, la individualización de dos de esas funciones: la del conocimiento de impugnaciones generales contra leyes, reglamentos o disposiciones de

carácter general (inconstitucionalidad directa), y la de conocer, en apelación, de impugnación de leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos (inconstitucionalidad indirecta).

4.2. Finalidad del planteamiento

La función jurisdiccional, que el artículo 203 de la Constitución atribuye exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia y. demás tribunales que la ley establezca, está destinada a impartir la justicia ...de conformidad con la Constitución y las leyes de la República, obligación reiterada en el siguiente artículo 204, por cuanto éste dispone que Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Estando precisado constitucionalmente que los tribunales quedan sujetos, en los procesos sometidos a su conocimiento, a cumplir la Constitución y las leyes a las que ella da sustento, puede ocurrir que las partes o cualquiera de ellas estimen que la ley en su totalidad o partes de la misma, que el juzgador pueda aplicar para dar solución al caso o al asunto procesal o incidental, devendría inconstitucional en su concreta situación. Esa eventualidad le abre el camino para plantear la inconstitucionalidad de ley en caso concreto, a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre ese particular. Y porque se trata de elucidar la legitimidad constitucional no genérica de la ley, sino la probabilidad de que lo sea, de aplicarse para decidir el fondo de la cuestión debatida, el planteamiento queda sujeto a satisfacer requisitos propios, a efecto de que ese

pronunciamiento particular, de naturaleza preventiva, se produzca.

A fin de ilustrar esta temática con pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad, haremos en lo adelante las referencias pertinentes de criterios sostenidos en sus fallos, utilizando, para facilitar al lector un acceso más fácil, la parte de sus decisiones que concrete el tema que estemos abordando.

En cuanto a la finalidad ha expresado lo siguiente:

Dentro del Título Cuarto de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se autoriza la promoción de inconstitucionalidad de ley en casos concretos, siempre que se haya citado como apoyo de Derecho en la demanda, en la contestación o que, de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio; su finalidad es la de inaplicable, si la tesis es acogida. Tal posibilidad se explica por el deber que tienen los jueces de dictar sus fallos en conformidad con las leyes aplicables a cada caso concreto, pero, en primer lugar, de atender lo dispuesto en la norma constitucional. De manera que la acción que autoriza el artículo 116 de la Ley de la materia requiere: a) que la ley que se impugne, total o parcialmente, sea aplicable al caso que el tribunal debe decidir; b) que el fallo a dictarse dependa de la validez o falta de validez de la ley o norma cuya cuestionada; c) el razonamiento suficiente de la relación entre la ley o norma atacada y el eventual fallo que evidencie que su aplicación puede transgredir la disposición constitucional que el interesado señale, debiendo ser, por ello, inaplicable.²⁹

²⁹ Sentencia de la C.C. de 15 de febrero de 2000, Gaceta 55 Pág. 72

La cita está referida a la aplicación de leyes sustantivas; sin embargo, como se verá más adelante, pueden cuestionarse condicionalmente disposiciones legales de carácter procesal.

4.3. Presupuestos para la promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos

Planteada y respondida una pretensión ante la jurisdicción ordinaria o producido un debate frente a la Administración, la sentencia en aquélla o la resolución en el último deben apoyarse en ley o disposiciones de ella que decidan sobre el fondo. Es en el curso o trámite del asunto que puede plantearse previamente la inconstitucionalidad indirecta, cuestionándose que esa probable aplicación resulta afectada de ilegitimidad constitucional en el caso que espera solución.

La Ley de la Corte permite plantear la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos acudiendo bien a la acción, a la excepción o al incidente artículo 116, significando tres modos para instarla; empero, en cualquiera de tales eventos debe ponerse atención a los requisitos siguientes:

4.4. Caso concreto previo

Para promover la inconstitucionalidad en casos concretos es necesario, de manera general, que esté en trámite un proceso que tienda a resolver un conflicto de intereses o un asunto procesal o incidental, lo que está indicando que la inconstitucionalidad indirecta

tiene como presupuesto la existencia de un litigio a decidirse por un órgano de la jurisdicción ordinaria. Al advertirse, sin embargo, que es posible instarla mediante acción y entendida ésta como el poder jurídico de promover el conocimiento de una pretensión acudiendo ante los órganos jurisdiccionales, da lugar a preguntarse la manera de ejercitarla, desde luego que sólo admitido por los tribunales el ejercicio de ese derecho y llevado adelante el procedimiento con la intervención de quien ha de actuar como contraparte, puede hablarse de la concreción de un proceso constitucional destinado a resolver, no el caso concreto en el que plantea la inconstitucionalidad indirecta, sino únicamente el examen de constitucionalidad en el que habrá de confrontarse la ley o disposición legal atacada con la norma o normas constitucionales que la parte interesada señale.

4.5. Oportunidad

La norma ante citada artículo 116 señala también que la inconstitucionalidad puede ser planteada siempre que se promueva hasta antes de dictarse sentencia. Ello es así por regla general, desde luego que debiendo ponerse fin a la contienda mediante el fallo que ha de dictar el tribunal de conocimiento, lo que se persigue es que en la decisión no se aplique la norma o normas cuya constitucionalidad se haya puesto en duda.

Bajo ese entendido ha de advertirse que un planteamiento tal ha de proponerse antes que el tribunal que conozca en lo que sea la primera instancia dicte la sentencia que ponga fin al litigio; podrá instarse de nuevo en la segunda, también antes que pronuncie



su fallo; y, de acudirse a casación, la oportunidad será igualmente antes de que se produzca la sentencia que resuelva el recurso.

Ahora bien, tratándose de impugnar leyes o reglamentos por la vía de la acción que autoriza el artículo 118 de la Ley de la Corte, debe tenerse en cuenta que la oportunidad de su planteamiento ha de hacerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que causó estado la resolución administrativa.

Y en cuanto a las disposiciones procesales debe anotarse que, como ya fueron aplicadas por el juez o tribunal en resolución de fondo (excepciones, por ejemplo), ésta habrá de recurrirse y la oportunidad para plantear la Inconstitucionalidad lo será ante el ad quem, una vez que se haya dado trámite a la impugnación.

Con relación a la oportunidad del planteamiento de la inconstitucionalidad en caso concreto puede citarse la doctrina siguiente:

El planteamiento de la acción de inconstitucionalidad en casos concretos, al igual que las acciones de amparo e inconstitucionalidades generales, está sujeto al cumplimiento de determinados presupuestos que permitan realizar el estudio que por esa vía se pretende. Así, la Constitución y la Ley de la materia establecen como presupuesto de admisibilidad de esta acción, que su planteamiento se haga hasta antes de que se dicte sentencia. Ello obedece a que es durante la dilación procesal de cualquiera de las dos instancias permitidas por la ley, cuando se juzgan los hechos controvertidos y se aplican las

normas sustantivas y procesales pertinentes que permitirán al juez hacer la declaración de derecho que se le pide, es decir, que sólo en tanto no haya pronunciamiento del fondo de la cuestión planteada, la inconstitucionalidad en casos concretos puede cumplir su objetivo de actuar como contralor material, si declarase la inaplicación del precepto al hecho que está pendiente de juzgamiento.

En el caso en estudio el solicitante plantea la inconstitucionalidad en caso concreto en la fase ejecutiva del juicio ordinario laboral que se promovió en su contra, lo cual significa que acudió a esa acción después de que en el juicio ya se había dictado la sentencia que, al haber quedado firme, le puso fin al mismo.³⁰

Esa doctrina ha sido reiterada en fallos posteriores.

4.6. Cita individualizada de las leyes o disposiciones legales cuestionadas

Entendida la ley en su sentido de precepto que manda o prohíbe, dictada por el órgano legislador o por quien tiene esa facultad autorizada por la Constitución, habremos de notar que es a esa clase a la que se refiere el artículo 116 de la Ley de la Corte, que se amplía a reglamentos cuando la materia en la que se discuta la inconstitucionalidad sea del orden administrativo, de acuerdo con los términos del posterior artículo 118.

Se infiere así que la Inconstitucionalidad Indirecta puede plantearse cuestionando la ilegitimidad constitucional de leyes o disposiciones de leyes sustantivas, reglamentarias

³⁰ Sentencia de la C.C. de 23 de julio de 1997, Gaceta 45 Pág. 54

y adjetivas o procesales, vigentes. Pero en cualquiera de los casos debe citarse e individualizarse las disposiciones de la ley o de reglamento, si así fuere que, a juicio del interponente, no deban ser aplicadas en el proceso de que se trate, o la procesal ya aplicada, por estimar que en su particular situación resultaría inconstitucional que el tribunal se apoye en ellas al resolver el fondo del litigio, en aquellos supuestos, o se vea precisado a dictar nueva resolución que no podrá estar sustentada en la declarada inaplicable.

Que se trate de ley con cuya aplicación pueda resolverse el caso es de singular importancia, desde luego que no se trata de que se haya autorizado un modo de entorpecer la marcha del proceso. Ese propósito aparece expuesto en un fallo del Tribunal Constitucional Español que cita Saavedra Gallo³¹ asentando que “La extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional obliga (...) a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita”.

Por otra parte es necesario, claro está, que el examen de inconstitucionalidad se proponga respecto de disposiciones de leyes vigentes, esto es, de preceptos que los tribunales puedan aplicar para resolver el caso. Esta es la posición general de la doctrina,

³¹ Ob. Cit. Pág. 227

como lo muestra Eduardo García de Enterría³², quien al examinar este aspecto, desde la perspectiva del Derecho Español y el efecto derogatorio que su sistema permite, señala: No se trata, pues, de un problema formal o de derogación, sino de validez de fondo; y, sobre todo, la cuestión ha de referirse a la Ley aplicable al caso, lo que presupone, precisamente, su vigencia y excluye la posibilidad de aplicar esta mecánica respecto de las normas derogadas ya de manera formal. El problema de la derogación debe, pues, ser resuelto de una manera previa por el juez ordinario.

Es congruente esa posición, en cuanto a la cita individualizada de la ley o de disposición legal se refiere, el criterio de la Corte de Constitucionalidad, expresado así: El control de constitucionalidad se realiza confrontando la Constitución Política de la República con la norma impugnada, por lo que, cuando ésta carece de vigencia y positividad la cuestión ha dejado de tener materia y, por tanto, el tribunal competente no puede pronunciarse respecto del fondo de la pretensión de inconstitucionalidad.³³

En ese entendido cabe cuestionar también el contenido material de las leyes preconstitucionales, siempre que con su aplicación pueda decidirse el asunto por el tribunal que conozca del proceso; su eventual acogimiento constituiría caso de inconstitucionalidad sobrevenida. Con relación a esto último resulta útil citar, por un lado, la postura del Tribunal Constitucional Español en la parte que transcribe Marín Pageo:³⁴ La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en

³² GARCIA DE ENTERRIA, **La constitución como norma y el tribunal constitucional**, Pág. 84

³³ **Ob. Cit.** Pág. 204

³⁴ Sentencia de la C.C. de 24 de junio de 1998, Gaceta 48 Pág. 63

que la Constitución es una Ley superior y posterior y la coincidencia de este doble criterio, da lugar de una parte a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.” Por otra, la de la Corte de Constitucionalidad, que ha expresado:

La doctrina reconoce que, una vez promulgada la Constitución, no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que lo fueron conforme al sistema anterior. Ello por razones de continuidad y seguridad jurídicas, aparte de que, desde un punto de vista lógico, un legislador nunca puede verse sujeto a una norma suprema futura, y, por lo tanto, aún no nacida. Sin embargo, el plantear la oposición desde un punto de vista material entre ley anterior y Constitución, sí es, no sólo lógico sino necesario, no porque el legislador antiguo debiera sujetar su actividad a una Constitución futura, sino porque de no prevalecer la norma fundamental sobre la ley anterior, ésta seguiría surtiendo efectos contrarios a los nuevos principios jurídicos.³⁵

4.7. Cita puntual de las normas constitucionales referentes

De la misma manera que resulta indispensable que la parte que acuda al planteamiento de inconstitucionalidad en caso concreto individualice la ley o disposiciones de ella cuya aplicación estima inconstitucional, es esencial que igualmente haga cita de la disposición o disposiciones constitucionales que, en su particular situación, aprecie que

³⁵ Sentencia de la C.C. de 24 de junio de 1998, Gaceta 48 Pág. 65

resulten infringidas, porque el tribunal habrá de contrastar en abstracto los preceptos legales atacados con los constitucionales, orientado por la tesis que proponga la parte interesada en la inaplicación pretendida.

Nótese que tal es la orientación de la doctrina, respecto de lo cual García de Enterita³⁶ señala que Parece innecesario explicar el mecanismo del recurso indirecto o cuestión de inconstitucionalidad. Aquí el problema de constitucionalidad de una ley surge como cuestión incidental previa (que ha de resolver el Tribunal Constitucional) a la aplicación de dicha ley para la resolución de un proceso de cualquier contenido abierto ante cualquier Tribunal. En el momento en que el problema se plantea ante el Tribunal Constitucional, por remisión del Tribunal a quo, la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que se opera en la técnica del recurso directo o control abstracto de normas. Pero aquí estamos ya ante un control “concreto” de normas, quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y decisión de este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a éste corresponde, pesará, inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia.

Es similar el criterio vertido en varios casos resueltos por la Corte de Constitucionalidad, como se ve en el que sigue:

³⁶ Ob. Cit. Pág. 138

El planteamiento de inconstitucionalidad en caso concreto que permite el artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, obliga a su pretensor a señalar, por una parte, la norma o normas de la ley ordinaria que impugna y la correspondiente de la Constitución que resulte infringida, y, por otra, el razonamiento jurídico pertinente que permita al tribunal advertir que deba inaplicarse aquella en su caso, por contrariar la norma constitucional que se invoque.³⁷

Desde luego, no debe pasar por alto que lo indispensable es que se haga cita individualizada de la ley o disposición legal cuya constitucionalidad se ponga en duda, habida cuenta que puede ser la que el tribunal del caso concreto en la jurisdicción ordinaria pueda aplicar para resolver el fondo; empero, el contraste de ella frente a la norma constitucional deviene abstracto, porque no es el tribunal constitucional el que deba fallar sobre el fondo del litigio.

4.8. Razonamiento necesario

La solución de casos concretos es atribución propia y exclusiva de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, de manera que a ellos corresponde el pronunciamiento que ponga fin a las disputas, fundado en el contenido de la ley material que aplique en cada caso. Naturalmente que en esto importa que el juzgador se ha percatado previamente de la legitimidad constitucional de la ley a aplicar.

³⁷ Sentencia de la C.C. de 4 de noviembre de 1998, Gaceta 50 Pág. 58

Ocurre, sin embargo, que en la demanda o acto procesal similar que tenga por objeto abrir un proceso se cite, como apoyo fundamental de la pretensión, una ley o partes de la misma que sean pertinentes al caso; lo mismo sucede cuando comparece al juicio el señalado como la parte contraria, ejercitando su defensa: e igualmente al concurrir terceros sujetos públicos o privados a quienes que se les reconozca condición de partes en el proceso, bien apoyando a una u otra o deduciendo en el planteamiento un derecho propio frente a los contendientes. Ante esas posibilidades puede suceder que cada parte haga cita de disposiciones legales distintas como las aplicables para resolver el fondo del caso concreto.

Como el tribunal habrá de decidir el caso con la aplicación de la ley que estime aplicable (pudiera ser distinta de las invocadas), operación que reserva hasta el momento de resolver, cualquiera de las partes puede dudar de la legitimidad constitucional de la ley que presume se aplicará al fallar, estando autorizado en tal caso para plantear, al tribunal que esté conociendo, la inconstitucionalidad de la ley citada por otra de las partes en ese caso concreto. Ello requiere que el tribunal se aboque a este tema particular antes de decidir la contienda. A ese propósito ha de expresarle la duda y señalar puntualmente tanto la ley o partes de la misma que ataque y la correspondiente norma de la Constitución, para que pueda producirse su contraste. Pero, además, también debe dar la argumentación pertinente sobre su posible aplicación y efecto ilegítimo que pueda resultar, conforme a la Constitución, para que el juzgador pueda acogerla y declarar su no aplicabilidad en la solución de fondo del caso concreto.

Debe advertirse entonces que ese razonamiento opera como condición sine qua non, porque si se omite el tribunal carece de facultad para suplirlo.

4.9. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos planteada como acción

En esta modalidad deben tenerse presente las prescripciones que sobre el particular se señalan en los artículos 116, 118 y 121 de la Ley de la Corte.

Se dice de la acción que es el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos jurisdiccionales, como lo precisa Couture³⁸, entendida en su concepción abstracta o genérica del derecho de obrar. Aclara ese entendimiento afirmando que La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente. Y más adelante añade que Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el “qué es la acción”) debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la pretensión de la jurisdicción.

Poniendo de relieve su sustancia procesal Juan Colombo Campbell³⁹ asienta que La

³⁸ Ob. Cit. Pág. 67

³⁹ COLOMBO CAMPBELL, Juan, *La jurisdicción en el derecho Chileno*, Pág. 26



acción se considera como derecho procesal que tienen los sujetos en conflicto para obtener del tribunal competente la apertura de un proceso destinado a resolverlo. La acción es, entonces, la fórmula que un sujeto tiene para traspasar su conflicto a la decisión de un juez; es por ello que en el proceso la acción procesal tiene como destinatario al tribunal, tercero que reúne una serie de requisitos y condiciones que le permiten entrar a juzgar y hacer justicia al resolver el conflicto en la forma dispuesta por la Constitución y la ley. Con la aceptación, por parte del tribunal, de la acción, se producirá la relación procesal simple entre el sujeto activo y el tribunal. El demandado o sujeto pasivo aún no se incorpora al proceso. Ello ocurrirá cuando sea emplazado, generándose la relación procesal múltiple.

El recordatorio de la naturaleza de la acción y haber expresado con anterioridad que uno de los presupuestos para acudir a la acción de la inconstitucionalidad indirecta se centra en la existencia de un proceso previo, nos lleva a tratar de explicarnos su posibilidad mediante la modalidad de la acción, desde luego que, en este particular, no existe proceso previo jurisdiccional.

Entendemos que se acude a la acción cuando en un proceso en sede de la administración pública se aplican por ella al particular leyes o reglamentos que el último estime inconstitucionales. Como los actos y resoluciones de la administración, incluyendo los de entidades descentralizadas y autónomas, están sujetos al contralor de juridicidad que establece la Constitución artículo 221, el administrado puede ejercitar la acción de Inconstitucionalidad de ley -o de reglamento- en caso concreto, provocando la

actividad de un órgano jurisdiccional específico: el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sujeta, sin embargo, a los requisitos que la Ley de la Corte indica en las disposiciones que citamos al principio.

En efecto, el artículo 118 prevé que la administración pueda aplicar a casos concretos de administrados leyes o reglamentos "...que por su naturaleza tuvieran validez aparente" -y no fueren motivo de amparo-; en tales eventos el administrado que dude de la legitimidad constitucional de la norma legal o reglamento que la administración está aplicando, no puede promover en ella la inconstitucionalidad in- directa, pero tiene una carga procedimental específica: dejar expresada su duda en el trámite administrativo. Ello obedece a que esa cuestión particular pueda, en el futuro, ser conocida y resuelta acudiendo al órgano jurisdiccional competente, abriendo la acción de inconstitucionalidad como única pretensión, autorizada por el artículo 121, de manera que si así se declara se evitará un innecesario proceso contencioso administrativo, desde luego que por la declaración de inconstitucionalidad la Administración se verá precisada a dictar nueva resolución, en la que no podrá aplicar la que sea tachada de ilegitimidad constitucional.

Para que sea posible el administrado tiene también otra carga: la de acudir accionando ante el tribunal dentro de los treinta días siguientes (el plazo para iniciar el proceso contencioso administrativo es de tres meses, como dispone el artículo 23 de la Ley de lo Contencioso Administrativo) a la fecha en que causó estado la resolución de la Administración.

No hemos hallado en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad un criterio particularizado y explicativo que pudiéramos trasladar al lector, pero sí a título de ejemplo- referirnos a un caso reciente (Expediente 41-2000) en el que, por la extemporaneidad de la apelación la Corte no tuvo oportunidad de conocer sobre el fondo. El caso se resume así: la Administración emitió resolución confirmando un ajuste y requiriendo a sociedad anónima el pago de la denominada Cuota anual de Empresas Mercantiles, correspondiente a determinado periodo fiscal. Objetada por ella mediante recurso administrativo idóneo, denunció su inconstitucionalidad, razonando que dentro de distinta y anterior acción de Inconstitucionalidad directa la Corte de Constitucionalidad declaró la suspensión provisional de tres disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, referidas a la obligación, determinación y pago de la aludida cuota anual de Empresas Mercantiles, no siendo constitucionalmente aplicable en su caso; declarado sin lugar el recurso administrativo acudió, dentro de los treinta días ya indicados, al ejercicio de la acción ante la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para evitar la aplicación a su caso particular. El debate constitucional tuvo lugar, pero la Sala del tribunal declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad pretendida, que quedó firme al inhabilitarse la apelación por haber sido, como se dijo, extemporánea.

4.10. Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala



Ubicada en la 11 avenida entre 9na. y 10ma. Calle de la ciudad de Guatemala, se encuentra la Corte de la Constitucionalidad, ocupando un edificio llamado Edificio Independencia.

La Corte de la Constitucionalidad forma parte del pequeño número de corte constitucionales alrededor del mundo, ya que en solo 6 países más existe este ente a nivel de corte, en los demás es una sala constitucional. La Corte de la Constitucionalidad de la República de Guatemala, ha desempeñado en su historia un importante papel defendiendo los derechos constitucionales del pueblo de Guatemala.

En algunos centros de estudio a nivel internacional se estudian como "casos de éxito" algunas resoluciones pronunciadas por la Corte.

4.11. Historia y fundamentos constitucionales

Esta doctrina sobre los instrumentos procesales de garantía del orden constitucional elaborada en los foros y congresos jurídicos guatemaltecos, fue adecuadamente incorporada en la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985 y que entró en vigor el 14 de enero de 1986, (Artículos 265 al 272), y en la Ley de amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente). Fue así como se creó la actual Corte de Constitucionalidad.

4.11.1. Servicios

Información:

En la recepción se orienta a los visitantes de la Corte, respecto a la sección de la misma en el que pueden ser atendidos.

Vistas públicas:

Es libre el acceso del público, debiendo observar las normas de orden y respeto necesarias. Las personas y sus abogados, que intervienen en los procesos, pueden alegar de viva voz, en las vistas públicas a las que es libre el ingreso de espectadores.

Biblioteca:

Los abogados, investigadores y estudiantes tienen acceso a la biblioteca. Los libros son solo para consulta interna. Información al público sobre jurisprudencia constitucional y se puede entregar copia pagada de resoluciones definitivas. Avanza el proceso de interconexión electrónica del sistema, la misma se encuentra especializada en derecho constitucional y cuenta con más de 3000 libros de texto, 140 tesis enfocadas en un 80% en materia constitucional.

Jurisprudencia y gaceta:

Elaboración de fichas jurisprudenciales, que serán el contenido de los Repertorios y Constituciones aplicadas en fallos, así como de otras publicaciones de la Corte.

Secretaria General:

Se brinda información a abogados y público en general respecto de aquellos asuntos que se encuentran en trámite en la Corte.

4.11.2. Objetivos

General

Defender el orden constitucional de la República de Guatemala.

Específico

Ser un tribunal permanente de jurisdicción privativa. Actuar como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado.

4.11.3. Funciones

Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad.

Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República.

Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268 constitucional.

Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.

Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad.

Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial.



Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

Dictaminar sobre la reforma a las leyes constitucionales previamente a su aprobación por parte del Congreso.

Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley a solicitud del Congreso de la República.

Conocer de las cuestiones de competencia entre los organismos y entidades autónomas del Estado.

4.12. Opinión consultiva

La opinión consultiva es una figura jurídica que presente realizar un control a priori que realiza la Corte de Constitucionalidad a petición de cualquiera de los tres organismos del Estado, sobre tratados, convenios internacionales, proyectos de ley y otras situaciones que generen duda de constitucionalidad.

4.13. Efectos por la no aplicación del derecho que tiene el congreso de la republica a solicitar una opinión a la corte de constitucionalidad antes de que una ley entre en vigencia.

4.13.1. Efectos jurídicos

Los efectos jurídicos que conlleva la no aplicación que posee el congreso de la republica de Guatemala van desde una reforma, acciones de inconstitucionalidad, puede crear conflictos de leyes, etc.

4.13.2. Efectos económicos

Los efectos económicos que conlleva se refiere a los gastos que conlleva la publicación de una ley, así como los gastos en los que se incurren debido a la declaración de una inconstitucionalidad y lo gastos que conlleva la creación o modificación de una nueva ley.

4.13.3. Efectos sociales

Los efectos sociales pueden ser variados debido a la importancia que puede tener determinada norma jurídica y el sector al cual va a beneficiar.



CONCLUSIONES

1. La falta de la utilización de la opinión consultiva como parte de una facultad que tiene el congreso de la republica de Guatemala, antes de aprobar una ley provoca que se interpongan acciones de inconstitucionalidad en contra de las leyes ya aprobadas.
2. La falta de intervención de la Corte de Constitucionalidad para emitir opinión, provoca que el proceso de aprobación de las normas jurídicas se entrapen por medio de la interposición de acciones de inconstitucionalidades, afectando de esta manera a la población. .
3. Otro de los problemas que provoca la no utilización de la opinión consultiva que tiene el Congreso de la República de Guatemala, es hacer retardar la aplicación de una ley, en tanto se resuelve la inconstitucionalidad parcial o total de la misma.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe utilizar la opinión consultiva de una manera obligatoria antes de la aprobación de una ley, para evitarse de esa forma acciones que entrapen o retarden leyes de beneficio para la población
2. La Corte de Constitucionalidad debe tener intervención en la discusión y aprobación de nuevas leyes así como la creación de un sistema que permita detectar inconstitucionalidades en las leyes, para que no se entorpezca la aprobación y entrada en vigencia de las mismas.
3. La Corte de Constitucionalidad debe conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad, para emitir de una manera pronta su opinión al respecto.



BIBLIOGRAFÍA

BARRAGÁN BARRAGÁN, José. Actas constitucionales mexicanas (1821-1824), t. I; Introducción y notas; 1980. **Clasificación:** E030/M582A (Derecho Constitucional) **Temas:** Derecho Constitucional - Historia - **México**, Congreso Constituyente - Historia - **México**, Poder Constituyente - Historia - **México**.

OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. Administración y financiamiento de las elecciones en el umbral del siglo XXI; (Compilador); 1999. **Clasificación:** E800/O68M (Derecho Constitucional) **Temas:** Derecho Electoral - Congresos Internacionales, Financiamiento de Partidos, Elecciones.

CASTILLO VELASCO, José María. Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano, 2a. ed. corregida; en 1879. **Clasificación:** E030/C326A (Derecho Constitucional) **Temas:** Constitucionalismo - **México**, Derecho Constitucional - **México**.

MÁRQUEZ ROMERO, Raúl. Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional; Coordinador; 2002. **Clasificación:** E000.195/M346C (Derecho Constitucional) **Temas:** Derecho Constitucional - Congresos Internacionales - Iberoamérica, Derecho Constitucional - Estudios Varios, Derechos Humanos, Democracia - Congresos, Partidos Políticos - Congresos

HABERLE PETER, Kotzur Markus y Fix Fierro, Héctor. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-latinoamericano; (Traductor); 2003. **Clasificación:** E010.190/H11D (Derecho Constitucional)

Temas: Constitucionalismo - Latinoamérica, Soberanía - Latinoamérica



BEGNÉ GUERRA, Alberto. Democracia y control de constitucionalidad; 2003.

Clasificación: E700.113/B622D (Derecho Constitucional)

Temas: Constitucionalidad - Control de la justicia - **México**, Justicia Constitucional - **México**, Acceso a la Justicia - **México**, Democracia - **México**.

Legislación.

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente 1985.

Ley del Organismo Legislativo, Decreto 63-94 del Congreso de la República de Guatemala