

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
LEGISLATIVA: ANÁLISIS DE PRESUPUESTOS
VÁLIDOS PARA LA CREACIÓN DE UN
PROCEDIMIENTO QUE HAGA POSIBLE
SU PLANTEAMIENTO**

LICENCIADA

EVELYN ANAITHÉ VALIENTE VÉLIZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2015

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA: ANÁLISIS
DE PRESUPUESTOS VÁLIDOS PARA LA CREACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO
QUE HAGA POSIBLE SU PLANTEAMIENTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

EVELYN ANAITHÉ VALIENTE VÉLIZ

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, septiembre de 2015

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



DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR: Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
SECRETARIO: MSc. Ronaldo Porta España
VOCAL: Dr. Adolfo González Rodas

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Ciudad de Guatemala, febrero 16 de 2015.

Señor Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
M.Sc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

SECRETARÍA

09 ABR. 2015

RECIBIDO

Hora: _____ Minutos: _____
OFICIAL _____

Estimado Maestro Cáceres Rodríguez:

A usted, muy respetuosamente informo que; con fecha veintisiete de mayo de dos mil trece, mediante resolución de la Escuela de Estudios de Postgrados E.E.P. D.C. 094-2013; fui nombrado como tutor de tesis de la Licda. **Evelyn Anaithé VALIENTE VÉLIZ** cuyo tema aprobado y desarrollado se denomina **«LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA: ANÁLISIS DE PRESUPUESTOS VÁLIDOS PARA LA CREACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO QUE HAGA POSIBLE SU PLANTEAMIENTO»**.

En mi carácter de tutor de tesis procedo a manifestarle que, conforme a la función en mí delegada, procedí a brindar la guía y asesoría académica, doctrinaria y metodológica, para el desarrollo de la investigación referida. En el curso de esta función pude evidenciar, con sumo agrado, la calidad de la investigación, así como el aporte que por medio de la misma se brinda para delimitar y poner a punto el tema de la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* y, en consecuencia, lograr la eficacia de la Constitución.

Uno de los grandes avances dentro del constitucionalismo contemporáneo, que ha venido a exigir ciertos presupuestos fácticos para hacer viable el Estado constitucional y democrático de Derecho, resulta ser el entender a la Constitución como norma directamente aplicable a los hechos, para que la Constitución exista como una verdadera Constitución normativa, entendiéndola más allá del sentido programático que ordinariamente se le había asignado.

Sin embargo, la Constitución no solo posee normas de eficacia directa (las denominadas *normas completas*), también se integra por normas de eficacia aplazada (Cfr. GARRORENA MIRALLS, *Derecho Constitucional* 2011. 95). Si bien, la existencia de estas normas no conlleva el abandono de la exigencia de la eficacia de la Constitución, sí conlleva mandatos al legislador para que adopte o emita una ley —«una ley regulará...»—, a esto se le ha denominado *normas incompletas* (Ibid).

El contenido de la Constitución Política de la República de Guatemala da cuenta perfecta de la existencia de esas *normas incompletas*. Así, la omisión legislativa afecta en gran medida a la búsqueda de la eficacia de la Constitución del Estado de Guatemala: «Una Constitución muy desarrollada, con 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales, que, sin embargo, necesita para funcionar adecuadamente la emisión de más de 40 leyes secundarias de las cuales, a la fecha, no todas, sino muy pocas, se han dictado.»(GARCÍA LAGUARDIA, *Breve historia constitucional de Guatemala*: 2010, 99).

El tema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, vincula la necesidad del legislador constituyente, en buena técnica legislativa, de no saturar aún más el contenido de la Constitución con materias que deben ser encomendadas y son competencia del poder constituido, en este caso, de los organismos legislativos, con la previsión de medios jurídicos de carácter procesal —garantías constitucionales— que permitan exigir y emplazar al Organismo Legislativo para que cumpla con sus funciones.

Sobre este tema existe ya suficiente experiencia, tanto en latitudes europeas como americanas. De manera general, FERRER MAC-GREGOR nos remonta al *writ of mandamus*, que señala, se encuentra en el fondo del asunto ventilado en el célebre caso *Marbury vs. Madison*(Cfr. *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*: 2013, 572). FERNÁNDEZ SEGADO, contemporáneamente, analiza esta situación en Europa y Latinoamérica, con especial énfasis en su puntualización de postguerra, acontecida en Alemania con el *recurso de queja constitucional (Verfassungsbeshwerde)* 1951(En: *BAZÁN, Derecho Procesal Constitucional Americana y Europeo*, T. II, 2010, 999).

La inconstitucionalidad por omisión, recientemente, se ha terminado de esquematizar en cuatro variantes o manifestaciones: a) la imprevisión o anomia constitucional; b) la inconstitucionalidad por omisión, propiamente dicha; c) la ilegalidad por omisión, y d) la inconveniencia por omisión (Cfr. FERRER MAC-GREGOR, 571). Dentro de la segunda manifestación, a su vez, se presentan a) omisiones administrativas o ejecutivas, b) omisiones legislativas, y c) omisiones judiciales.

Doctrinariamente la omisión legislativa, propiamente dicha, se entiende como «la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.»(FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. En: FERRER MAC-GREGOR, 577) Pero esta definición da cuenta de una situación concreta que no basta para entender a la inconstitucionalidad por omisión legislativa como garantía constitucional.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha destacado el peligro que implican las omisiones legislativas, no solo respecto a la fuerza normativa de la Constitución, también en lo que refiere a las atribuciones que le han sido constitucionalmente asignadas a dicha Corte: «Las omisiones absolutas no puede configurar un vicio que pueda ser objetable

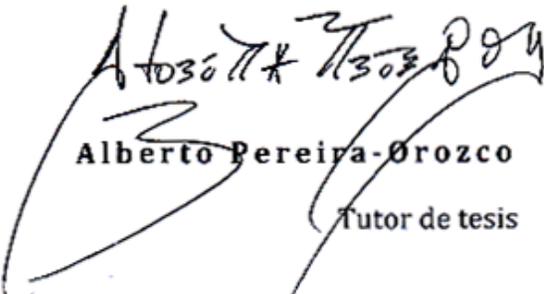
por vía de inconstitucionalidad abstracta. Esto se explica porque si la función esencial de la Corte es la defensa del orden constitucional, no sería adecuado, a la luz de las disposiciones del texto supremo que este tribunal por pretender subsanar aquella omisión, asumiera no solo una posición extremadamente activista sino que además estaría rebasando el ámbito de sus atribuciones, al arrogarse una función legislativa que en la Constitución le fue concedida a un organismo específico del Estado (Congreso de la República).»(Expediente 266-2012)

Esto lo entiende a plenitud la Licda. VALIENTE VELIZ. Pero su aporte va más allá, incorpora a esta concepción la naturaleza de garantía constitucional, al plantearla como un mecanismo jurídico procesal que permite hacer exigible; dentro del marco de la institucionalidad y sin violentar el principio de división de funciones; el actuar del Organismo Legislativo para satisfacer estas omisiones. En esto último; y en evidenciar la necesidad de esta garantía constitucional para la eficacia de la Constitución; radica la riqueza, el aporte y la novedad de la tesis que tuvo el reto y la fortuna de orientar.

Por lo expuesto, es mi criterio que el trabajo de investigación de tesis de la Licda. **Evelyn Anaithé VALIENTE VÉLIZ**, satisface los rigores científicos y metodológicos requeridos para el grado de maestría. En consecuencia, me complazco en otorgar **DICTAMEN FAVORABLE** al mismo, pudiendo ser objeto de defensa en el examen privado correspondiente.

Atentamente,




Alberto Pereira-Orozco
Tutor de tesis



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, nueve de septiembre de dos mil quince.-----

En vista de que la Licda. Evelyn Anaithé Valiente Véliz, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional**, lo cual consta en el acta número 17-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA: ANÁLISIS DE PRESUPUESTOS VÁLIDOS PARA LA CREACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO QUE HAGA POSIBLE SU PLANTEAMIENTO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por haberme dado la fuerza y sabiduría para culminar esta meta, a él sea la honra y la gloria.

A MIS PADRES, Edgar René Valiente Morales y María Consuelo Véliz Archila, bendiciones del Creador por su incansable fe y apoyo espiritual, a ustedes este triunfo.

A MI ESPOSO, Gerardo Andrés Prado Mendía, gracias por dedicarme tu vida y estar conmigo en todo momento, que Dios te bendiga siempre.

A MIS HERMANOS, Sindy, Edgar, Beatriz, Hugo y Luis Enrique, gracias por creer en mi y apoyarme en todo momento

A MI ASESOR DE TESIS, Doctor Alberto Pereira-Orozco por su valiosa ayuda y asesoría, que Dios lo bendiga.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Escuela de Post-grado, mi gratitud sincera por el grado académico que hoy me confiere.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, centro del conocimiento y del saber.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Garantías constitucionales.	
1.1 Reseña histórica de las garantías constitucionales.....	1
1.2 Concepto, clasificación y naturaleza	5
1.3 Su enumeración en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.....	10
1.4 Garantías explícitas e implícitas.....	17
1.5 El orden constitucional y su defensa.....	19
1.6 La supremacía de la Constitución	25

CAPÍTULO II

2. Eficacia jurídica de las normas constitucionales	
2.1 La estructura de las normas constitucionales	30
2.2 Naturaleza jurídica de las normas constitucionales	36
2.3 Clasificación de las normas constitucionales	39
2.4 Eficacia de las normas constitucionales.....	45
2.5 Aplicabilidad directa de las normas constitucionales	49

CAPÍTULO III

3. La inconstitucionalidad por omisión	
3.1 Generalidades.....	57
3.2 El caso de Guatemala.....	63
3.3 Antecedentes e importancia.....	65
3.4 Concepto.....	68
3.5 Naturaleza.....	75
3.6 Legislación comparada	78

CAPÍTULO IV

4. La inconstitucionalidad por omisión y su incorporación como garantía constitucional en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Presupuestos válidos para su incorporación.	
4.1 Fuerza normativa de la Constitución.....	91
4.2 La violación a la Constitución, derivado de la inactividad Legislativa.....	98
4.3 La inclusión, en una posible reforma de una norma que extienda las garantías constitucionales ante la omisión del legislador, sin que se viole el principio de división de poderes, ni se altere el espíritu del poder	

constituyente por el poder constituido.....	101
4.4 Competencia en la inconstitucionalidad por omisión.....	106
4.5 Procedimiento y sentencia en la inconstitucionalidad por omisión.....	109
CONCLUSIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	119



INTRODUCCIÓN

Desde el triunfo de las revoluciones norteamericana y francesa en el siglo XVIII, el sistema jurídico que se ha impuesto y prevalecido hasta llegar a ser universalmente aceptado es el sistema jurídico constitucional. En la actualidad, hablar de Estado de Derecho es hablar de un Estado Constitucional. Por tal razón, si no existiera la Constitución como norma suprema, existiría un sin número de leyes y normas aisladas, careciendo, por ende, de un sistema jurídico como tal, pues como señaló Hans Kelsen: *“... una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden, si su validez puede ser referida a una norma única, como fundamento último de esta validez. Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden...”*.¹

En ese sentido, como afirma el Doctor Castro Patiño: *“... Una de las premisas fundamentales en la que se sustenta el sistema jurídico constitucional es la **supremacía de la Constitución**, cuya graficación fue realizada por el afamado jurista vienés Hans Kelsen, a través de la figura de una pirámide invertida...”*.² El principio de supremacía de la Constitución constituye uno de los pilares del Derecho Constitucional, el cual dota a la Constitución de permanencia y estabilidad dentro del ordenamiento político y jurídico. Esta noción de supremacía se originó por la necesidad de definir la hegemonía de la norma suprema.

El concepto de supremacía habla de superioridad, de una posición de preeminencia de algo, en relación con otros, forzosamente inferiores. Implica un orden jerárquico dispuesto escalonadamente, para lo cual, como lo señaló Hans Kelsen, se recurre a figuras de lenguaje espacial para referirse a ese vínculo de supra y subordinación. La Constitución Política tiene una superioridad o preeminencia jerárquica, es decir, que dentro de una escala jerárquica ocupa el grado supremo en toda la línea. La

¹ H. Kelsen. *El método y los conceptos fundamentales de la teoría para el derecho*. Pág. 47

² I. Castro Patiño. *Tesis doctoral: “La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana”*. Pág. 12



Constitución es suprema porque emana de una voluntad política preeminente que deviene de la soberanía popular.

En ese sentido, cabe preguntarnos si la Constitución dispone de fuerza normativa o eficacia directa o si por el contrario, su fuerza normativa es indirecta y solo tiene eficacia en la medida en que el legislador cumpla sus encargos formulando las leyes. En atención a lo señalado, si el último presupuesto fuese cierto, como señala el profesor Emérito de Derecho Político de la Universidad de Valencia, Juan Fernando Badia: “... *el objeto de la Constitución sería, tan sólo, regular la producción de normas, fundamentalmente la de las leyes. Luego la Constitución no sería verdadero derecho sino meta derecho...*”;³ en ese orden de ideas, podemos señalar que la Constitución no puede concebirse como un simple estatuto orientador, un estatuto que dirija a la sociedad.

Es importante puntualizar que la Constitución es una norma jurídica suprema que debe estar dotada de plena vigencia y que va a determinar la vida en sociedad; en concordancia, Francisco Fernández Segado manifiesta: “... *El dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución...*”.⁴ En conclusión, podemos señalar que la doctrina de la fuerza normativa o eficacia normativa de la Constitución viene a complementar el principio de la supremacía de la Constitución, que inicialmente solo se aplicaba cuando una norma de inferior jerarquía vulneraba su contenido, ampliándola a los casos en que, de cualquier otro modo, se impedía su eficacia y plena aplicabilidad.

Tal como señala el doctor Castro Patiño, “*El instituto de la fuerza normativa de la Constitución superó la antigua concepción de que la Carta Fundamental era un mero conjunto de principios y de formulación de estructuras políticas, que dio lugar a que se la califique como Constitución Política. La vigente conceptualización doctrinal, recogida en los textos constitucionales, subraya su categoría de norma jurídica con fuerza*

³ J.F. Badia. *Teoría de la constitución*. Pág. 180

⁴ F. Fernández Segado. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 13



vinculante y no de recetario de principios programáticos. Las disposiciones constitucionales, no sólo que son normas supremas, sino que además son normas jurídicas con eficacia normativa directa. El carácter normativo de la Ley Fundamental opera como complemento y contrapunto del principio de la supremacía constitucional. Si la Constitución es ley suprema, <fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico>, debe ser exigible normativamente...”.⁵

Por tal razón, cada Estado que cuente con una Constitución debe velar porque se cumpla realmente la misma, no solo por parte de los ciudadanos si no por parte de los poderes constituidos, lo anterior encuentra su fundamento legal en nuestra Constitución Política en los Artículos 44, 175 y 204.

Es así, como en virtud del carácter de norma jurídica suprema, dotada de eficacia jurídica que ostenta la Constitución, se debe considerar que el texto de las constituciones no abarca todas las materias que regula, motivo por el cual la laboral del constituyente queda en algunos aspectos incompleta.

Es por esa razón que la propia Constitución establece determinados encargos, dirigidos al legislador para efecto de completar la voluntad del constituyente; sin embargo, en ocasiones, estos mandatos no se cumplen, y es allí donde se vulnera la fuerza normativa de la Constitución ante la inacción del Poder Legislativo, generando como consecuencia una inconstitucionalidad por omisión.

Una vez establecido lo anterior, es oportuno señalar que la presente investigación encuentra su justificación precisamente en el punto señalado en el párrafo anterior; en cuanto a la falta de cumplimiento del Poder Legislativo ante determinados mandatos encomendados por el poder constituyente para dotar de eficacia y plena vigencia a la Constitución.

El problema de la investigación se especificó de la siguiente manera: “La Constitución Política de la República de Guatemala le otorga al Organismo Legislativo la potestad de legislar, creando leyes que tiendan a desarrollar los preceptos allí establecidos a través

⁵ Ob. Cit. Pág. 16



de normas ordinarias; sin embargo, en algunos casos se exige la emisión de normas específicas. No obstante la facultad otorgada, en nuestro ordenamiento jurídico no existe garantía constitucional alguna que permita accionar ante el incumplimiento de la obligación relacionada, por lo que deviene necesario regular la inconstitucionalidad por omisión legislativa, a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones establecidas por el poder constituyente, y velar así por el principio de supremacía constitucional.

El problema se operacionalizó con las siguientes interrogantes: **a)** ¿Es necesario regular dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco la figura de la inconstitucionalidad por omisión?; **b)** ¿Cuál debe ser el procedimiento para la sustanciación de la inconstitucionalidad por omisión, así como los efectos que se derivan de la declaratoria con lugar de aquella?; **c)** ¿Qué pasa con aquellos preceptos constitucionales que no han sido desarrollados por el Organismo Legislativo a través de normas ordinarias?; **d)** ¿Cuál debiera ser el mecanismo idóneo a utilizar para que el Organismo Legislativo cumpla con el mandato constitucional a él asignado?.

Como hipótesis planteada ante las interrogantes realizadas, se señaló: que la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico guatemalteco la inconstitucionalidad por omisión, está en relación directa con la inobservancia por parte del Organismo Legislativo en cuanto a la obligación determinada por el Poder Constituyente para la creación de leyes de carácter específico, expresadas de forma explícita e implícita en la Constitución Política de la República de Guatemala, violentando el orden jurídico constitucional derivado del incumplimiento de garantizarle sus derechos a los habitantes de la República de Guatemala. De lo anterior podemos observar la necesidad de regular dicha figura jurídica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con el objetivo de velar, en primer lugar, por el efectivo cumplimiento y aplicación de la norma suprema; en segundo lugar, por garantizar el pleno goce de los derechos que la propia Constitución le otorga a los ciudadanos. Ahora bien, en el desarrollo de la investigación se plantea una propuesta de procedimiento para llevar a cabo el mismo, a efecto de agilizar y dotar de plenas facultades al órgano encargado de velar por la supremacía de la Constitución.



Los objetivos de la investigación fueron: I. General: realizar un análisis jurídico doctrinario, en cuanto a la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico guatemalteco la figura de la inconstitucionalidad por omisión, para efecto de que el Organismo Legislativo cumpla con normar aquellos preceptos constitucionales que no han sido desarrollados, pero que deben serlo por mandato constitucional, y de esta manera cumpla con una obligación impuesta por el poder constituyente. II. Específicos: a) determinar los efectos que producirá la incorporación de la inconstitucionalidad por omisión en nuestro ordenamiento jurídico; b) establecer la viabilidad de la incorporación de la inconstitucionalidad por omisión en nuestro ordenamiento jurídico; en virtud que en Guatemala no existe un mecanismo legal que permita accionar cuando el Organismo Legislativo incumple con sus obligaciones legislativas, relacionadas con el desarrollo de los derechos que fueron otorgados por el constituyente; c) establecer la eficacia que conllevaría la regulación de la figura de la inconstitucionalidad por omisión dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco; d) estructurar el procedimiento más idóneo para la sustanciación de dicha garantía constitucional; e) establecer de forma concreta, los mecanismos para el efectivo cumplimiento de las sentencias dictadas que acojan la inconstitucionalidad por omisión; y, f) realizar un estudio de Derecho Comparado con aquellos países latinoamericanos que tienen regulado dentro de su ordenamiento jurídico la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

Con la finalidad de establecer la necesidad de incorporar la figura de la inconstitucionalidad por omisión dentro de nuestro sistema jurídico, el presente trabajo de investigación se estructuró en 4 capítulos: a) garantías constitucionales; b) eficacia jurídica de las normas constitucionales; c) la inconstitucionalidad por omisión; y, d) la inconstitucionalidad por omisión y su incorporación como garantía constitucional en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Presupuestos válidos para su incorporación.

En el primer capítulo, se realiza una pequeña reseña histórica en cuanto al surgimiento de las garantías constitucionales para, posteriormente, indicar un concepto de dicha



figura jurídica, estableciendo su enumeración en nuestra Constitución Política República y concluir exponiendo acerca de la supremacía de la Constitución.

En el segundo capítulo, abordamos el tema de la eficacia jurídica de las normas constitucionales, determinándose que toda norma de ser plenamente eficaz y dotada de fuerza normativa para que sea efectivamente cumplida.

En el tercer capítulo, se desarrolla específicamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión, señalando el caso de Guatemala, sus antecedentes e importancia, así como un breve análisis comparativo de la legislación latinoamericana que regula dicha figura.

Por último, en el cuarto capítulo se aborda el tema de la inconstitucionalidad por omisión y su incorporación como garantía constitucional en el ordenamiento jurídico guatemalteco, los presupuestos válidos para su incorporación, y llegar a concluir en la violación a la Constitución que se deriva de la inactividad legislativa; de igual manera, la propuesta de una posible reforma constitucional de una norma que extienda las garantías constitucionales ante la omisión del legislador, sin que se vulnere el principio de la división de poderes, ni se altere el espíritu del poder constituyente por el poder constituido.

Al finalizar la investigación realizada, se concluyó que al desarrollar la figura de la inconstitucionalidad por omisión se pretende evidenciar los problemas que surgen ante la inactividad del Congreso de la República, al dejar de cumplir con el mandato que le ha sido encomendado (potestad legislativa); en ese sentido, la inconstitucionalidad por omisión legislativa, como su nombre lo indica, hace referencia al incumplimiento por parte del legislador de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución Política; no se trata de un simple no hacer, por el contrario, es un no hacer algo normativamente predeterminado.

Conforme lo previamente señalado, sería muy difícil justificar la inexistencia de la figura de la inconstitucionalidad por omisión; puesto que la finalidad de esta no es otra que la



de sancionar la vulneración de un mandato constitucional; negar la necesidad de este instituto jurídico sería tanto como negar la eficacia normativa de la Constitución Política otorgando a sus preceptos el carácter de simples principios, carentes de fuerza vinculante.

Asimismo, el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no regule mecanismos de sanción ante las infracciones a la Constitución devendría en una vulneración a la supremacía que sobre el ordenamiento ordinario ostenta el texto constitucional. Por lo tanto, la inconstitucionalidad por omisión es consecuencia directa de la aplicación de la jerarquía normativa establecida en la propia norma suprema; por todo lo anterior, resulta ilógico que cualquier ordenamiento jurídico que consagre el principio de supremacía constitucional permita la comisión de infracciones de los mandatos contenidos en su texto, consintiendo que quede al arbitrio de un poder constituido, como es el legislativo, el cumplimiento de los deberes impuestos por la norma a la que debe obediencia y acatamiento.



CAPÍTULO I

1 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1.1 Reseña histórica de las garantías constitucionales

El tema de las garantías constitucionales se encuentra inmerso dentro del denominado Derecho Procesal Constitucional, el cual, según palabras de Alcalá-Zamora y Castillo, constituye la rama más joven del procesalismo científico “... *cuya iniciación como ciencia sistemática se atribuye al ilustre Hans Kelsen, y que se ocupa del estudio de los instrumentos procesales que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales; instrumentos que de acuerdo con la terminología de James y Robert Goldschmidt, se pueden comprender dentro de las normas que calificaron de carácter «justicia formal»*”.⁶

Una vez ubicada dicha figura dentro de las diversas ramas del Derecho, el tratadista Héctor Fix-Zamudio, en su obra “*Constitución y proceso civil en Latinoamérica*”, consideró: “... *la frase «garantías constitucionales» ha sido utilizada en el derecho latinoamericano como sinónimo de los derechos del hombre consagrados en las Leyes Fundamentales, de acuerdo con un criterio tradicional inspirado en las cartas francesas de carácter revolucionario*”.⁷

En ese sentido, Dagnerys y Carballosa Batista y José Augusto Ochoa del Río, consideran que en los inicios de la historia “... *no aparece mención alguna al concepto de derechos humanos, aunque hay quienes expresan que estos aparecen recogidos en el Código de Hammurabi, 2000 años antes de nuestra era; otros reconocen la famosa Carta Magna, el rey inglés Juan Sin Tierra, de 1215, como el primer reconocimiento estatal de estos derechos; aunque eran derechos que solo se lo concedían a determinados seres humanos, por formar parte de una clase social, pero que no se*

⁶ N. Alcalá-Zamora y Castillo. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Pág. 215.

⁷ H. Fix-Zamudio. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. Pág. 25.



extienden a todos".⁸

Continúan manifestando, los autores citados, que esta Carta recogió el derecho al debido proceso y el derecho a la libertad, el mandamiento de *habeas corpus*.⁹

Posteriormente, aparece el término "derechos humanos", a partir del surgimiento de la clase social burguesa.¹⁰

Ya en la Carta de Derechos (Bill of Rights), viene a consagrar un pacto entre la nobleza y la burguesía, con el objeto de acabar de institucionalizar la Revolución Burguesa en Inglaterra.

Así también, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, proclamada en el año de 1776 consagró los postulados sobre derechos humanos concebidos hasta ese momento por la burguesía.

Es así, como a lo largo de la historia se le ha denominado garantías constitucionales a los derechos que la norma suprema les ha reconocido a los ciudadanos. En este sentido, podemos indicar algunos ordenamientos jurídicos como el de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y México, que utilizan la terminología "garantías constitucionales", con el significado de derechos de la persona humana consagrados en la Carta Fundamental.¹¹

Posteriormente, y con el paso del tiempo, se ha tratado de corregir ese equívoco; razón por la cual, el tratadista Héctor Fix-Zamudio manifestó que, recientemente, empezó a perder fuerza la significación tradicional de garantías constitucionales; en virtud que, la doctrina moderna se percató que la simple elevación de ciertos principios al rango de

⁸ D. Carballosa Batista y J. A. Ochoa del Río. *Las garantías legales en Cuba. Bases para su perfeccionamiento*. Fecha de consulta: 09-01-2014.

⁹ Cf. *Ibid.*

¹⁰ Cf. Carballosa Batista, Dagnerys y José Augusto Ochoa del Río. *Ob. Cit.*

¹¹ H. Fix Zamudio. *La protección procesal de las garantías individuales*. Pág. 70.



preceptos constitucionales no era suficiente para garantizar su eficacia.¹²

En nuestros tiempos, se considera que la verdadera garantía de las disposiciones fundamentales consiste en su protección procesal, entendiendo las mismas como aquellos instrumentos que la Constitución les otorga a los ciudadanos con el objetivo de lograr la efectividad de los derechos que la misma norma suprema les otorga.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario distinguir entre los derechos consignados en la ley suprema y las garantías de tales derechos.

Es por eso que el maestro Fix Zamudio, citado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al analizar el tema de las garantías constitucionales, distingue claramente los términos garantías fundamentales y garantías de la Constitución; indicando que el término garantías, posee tres connotaciones diferentes: *“... Por un lado, la tradicional denominación de «garantías fundamentales» como sinónimo de derechos, utilizada por las constituciones francesas posteriores a la Revolución de 1789; por otro, aquella concepción que se refiere a los instrumentos sociales, políticos y jurídicos para preservar el orden jurídico establecido en la Constitución; y por último, su significación como método procesal para hacer efectivos los mandatos fundamentales”*.¹³

Es así como debemos distinguir entre garantías fundamentales, dirigida a definir los derechos que la Constitución Política de un Estado le reconoce a sus ciudadanos; y, garantías constitucionales, como aquellos mecanismos procesales que prevé la Constitución con el objeto de dotar de efectividad esos derechos otorgados.

Así también, el tratadista Jorge Mario García Laguardia, manifiesta en cuanto a la distinción entre garantías fundamentales y garantías constitucionales: *“... Durante mucho tiempo se les tuvo como sinónimo de derechos, insistiendo sobre un equívoco que se remonta a la Declaración Francesa de Derechos del Hombre...”*.¹⁴ Para efectos

¹² H. Fix Zamudio. Ob. Cit. Pág. 26.

¹³ E. Ferrer Mac-gregor. *Derecho procesal constitucional*. Pág. 19.

¹⁴ J.M. García Laguardia. *La defensa de la Constitución*. Pág. 23.



de entendimiento, es necesario citar el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, Francia, 26 de agosto de 1789: *“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”*).

Es así (como vimos anteriormente), que se empezó a denominar garantías constitucionales a los derechos fundamentales que la Constitución le otorga a los ciudadanos; equivocación que debe ser aclarada; pues como hemos visto el término de garantías constitucionales se refiere a los procedimientos que la norma suprema le otorga a los ciudadanos para defender y hacer efectivos esos derechos fundamentales otorgados.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, esta errónea denominación ha persistido desde la Constitución Federal de Centro América de 1824, que contempló las “Garantías de la libertad individual” para referirse a los derechos humanos previamente conocidos.

La Constitución del Estado de Guatemala dentro de la Federación en el año de 1825, correctamente denomina su sección 2 “Derechos particulares de los habitantes”.

En el año de 1939, se utilizó la denominación “Declaración de derechos del Estado y sus habitantes” y fue conocida como “ley de Garantías”.

En la Constitución de 1879, el título II se denominaba “De las garantías” e incluía la declaración de los derechos, que en sus reformas se amplió a “Garantías Constitucionales”.

En la Constitución de 1945, se denominaron “Garantías individuales y sociales”, término que se mantuvo en la Constitución de 1956.

La Constitución de 1965, mantiene el término erróneo, pues se ordenan los aspectos relacionados con los derechos y sus instrumentos protectores en el título II como “Garantías constitucionales”; incluye dos capítulos: Garantías y derechos individuales,



habeas corpus y amparo. El título III, se denominó “Garantías sociales” e incluyó los derechos económicos y sociales, la cultura, la familia, el trabajo, el régimen económico social, los trabajadores del Estado. El título VII incluyó los Tribunales de Amparo y la Corte de Constitucionalidad.

Ahora bien, en la Constitución de 1985 el título VI se denomina “Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”, ésta Constitución superó el histórico error que se había cometido en las constituciones anteriores, que en forma errónea denominaron garantías individuales y garantías sociales a los derechos humanos fundamentales y se reconoce como “Garantías Constitucionales” a aquellas acciones que se utilizan para hacer efectivos los derechos fundamentales individuales o sociales.

1.2 Concepto, clasificación y naturaleza

Carl Schmitt, citado por Osvaldo Alfredo Gozaíni, utilizó la denominación de “garantías institucionales”, para referirse a “... *cierto sector de normas de las cartas fundamentales que, sin vincularse directamente a los derechos individuales, merecen un estima superior por sus finalidades políticas o sociales, elevándose a la categoría de preceptos de esencia (supremos) sustrayéndolos de la posible interpretación cambiante del legislador ordinario*”.¹⁵

Buenaventura Echeverría, citado por Jorge Mario García Laguardia, considera que: “... *al tratar el origen y formación de las constituciones, las garantías constitucionales se establecieron para proteger a los ciudadanos contra los abusos del poder por parte de los gobernantes...*”.¹⁶

Según su criterio, las llamadas garantías no son más que derechos individuales, que por sí solos no son garantías si no se refuerzan por otras leyes complementarias que se llaman también leyes constitucionales, las cuales vienen a garantizar a los ciudadanos

¹⁵ O. A. Gozaíni. *Derecho procesal constitucional, amparo, doctrina, jurisprudencia*. Pág. 87.

¹⁶ J.M. García Laguardia. *Ob. Cit.* Pág. 26.



el cumplimiento de las leyes que establecen o declaran sus derechos.

Como vemos, estos autores continúan en el erróneo de conceptualizar el término de garantías constitucionales con los derechos fundamentales contenidos en la norma suprema.

Por otro lado, Jorge Mario García Laguardia, define las garantías constitucionales como aquellos medios “... *técnicos-jurídicos orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando éstas son infringidas, reintegrando el orden jurídico violado*”.¹⁷

De igual manera, Luis Ernesto Cáceres Rodríguez, conceptualiza el término como: “... *los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal que están dirigidos a la integración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder a pesar de los instrumentos protectores, instrumentos destinados a la corrección de un desorden constitucional...*”.¹⁸ Continúa manifestando el autor que las garantías constitucionales que contempla la Constitución Política, son: la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes, que vienen a constituir los medios esenciales de defensa del orden constitucional.

Estos medios de defensa de la Constitución tienen por objeto darle efectividad a los derechos fundamentales otorgados por la norma suprema; así como también, restablecer el estado de derecho cuando este ha sido quebrantado. Según Mauro Capelletti, citado por Héctor Fix-Zamudio, las garantías constitucionales o medios reparadores se refieren a un conjunto de medios o instrumentos procesales que están comprendidos dentro de lo que él denomina “jurisdicción constitucional de la libertad”.¹⁹

El jurista Rodolfo Reyes realiza una clasificación de los medios para lograr la defensa de la Constitución: en medios preventivos, represivos y reparadores.²⁰

¹⁷ Ibid.

¹⁸ L. E. Cáceres Rodríguez. *Derecho procesal constitucional*. Pág. 66.

¹⁹ H. Fix Zamudio. *Protección de las garantías individuales en América Latina*. Pág. 75.

²⁰ R. Reyes. *La defensa constitucional, recursos de inconstitucionalidad y amparo*. Pág. 125.



a) Medios preventivos, “... son aquellos que se derivan del principio de supremacía constitucional; constituyen todos los preceptos que establecen un auto-control de la propia ley fundamental, circunscribiendo la actuación de los poderes y autoridades del Estado dentro de competencias pre-establecidas, a modo de evitar sus interferencias recíprocas y con los derechos individuales y sociales”.²¹

Estos medios de defensa constitucional se encuentran contenidos en la mayoría de constituciones. En nuestro caso, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 154 regula: “*Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella*”. Otro ejemplo de este, lo brinda el autor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez, al indicar que: “... todos los frenos que limitan la actuación del poder público frente a los derechos individuales o sociales (como aquellos que limitan el poder arbitrario de las autoridades para aprehender a una persona), sea cuando fija las atribuciones de las distintas autoridades, sea cuando define estos últimos o cuando impone la obligación de legislar sancionándolos y haciéndolos efectivos”.²²

b) Medios represivos, el jurista Rodolfo Reyes, establece que van a constituir el conjunto de responsabilidades, desde las más altas que la Constitución o una ley constitucional imponen al Jefe del Estado, a los ministros y altos funcionarios, las que fija la Ley del Organismo Judicial; así también, el Código Penal contra los atentados constitucionales.²³

En cuanto a este tipo de medios, nuestra Constitución Política, en su Artículo 155 regula la responsabilidad por infracción a la ley, consagrando: “*Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren*”.

²¹ M. Kestler Farnés. *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*. Pág. 458.

²² Ob. Cit. Pág. 68.

²³ Cf. Ob. Cit. Pág. 126.



c) Medios reparadores, el autor ya mencionado, los define como aquellos que de un modo particular se han ido estableciendo y perfeccionando para restablecer el estado de derecho violado al desconocerse las normas constitutivas fundamentales al dar las leyes, sea en cuanto a la forma, sea en cuanto al fondo, sea al pretender aplicarlas, o gobernar atacando las garantías constitucionales concedidas.²⁴

Ahora bien, la anterior constituye una división doctrinaria de las garantías constitucionales; sin embargo, estas cuentan con un fundamento legal, es por ello que nuestra Constitución Política en su título VI, regula las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, incluyendo la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes.

Una vez establecido lo anterior, se considera que las garantías constitucionales son las que consagra la Constitución Política de la República de Guatemala, en el sentido que a través de estas se cumplirán y se respetarán los derechos que la misma reconoce.

En atención al tema desarrollado, Fix Zamudio considera en cuanto a las garantías constitucionales, que las mismas son: *“...los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder y los instrumentos protectores que mencionamos en el párrafo anterior no han sido suficientes para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales...”*,²⁵ en cuanto a estos instrumentos protectores indicó, al desarrollar el tema de la protección de la Constitución: *“... se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica, que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. En otras palabras, estos*

²⁴ Ob. Cit. Pág. 126.

²⁵ H. Fix Zamudio. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Pág. 57.



instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad...”²⁶

De la anterior definición, podemos concluir que las garantías constitucionales son todos aquellos medios o instrumentos procesales que la Constitución Política otorga a los habitantes de un Estado, con el propósito de que puedan defender los derechos que esta les reconoce.

El concepto asumido de garantías constitucionales nos permite establecer su naturaleza, lo que hace que se puedan diferenciar de otros instrumentos de protección constitucional dentro de la teoría de la defensa de la Constitución; puesto que, las mismas van de la mano con el principio de supremacía constitucional y los controles de constitucionalidad. Así, la naturaleza de las garantías constitucionales radica que son *medios procesales* que dan *efectividad* a los *mandatos fundamentales* cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.

Es decir, que son instrumentos de naturaleza procesal, cuya finalidad es restaurar el orden constitucional, cuando este ha sido vulnerado por los órganos de poder. A través de las garantías constitucionales se obliga a los poderes constituidos a defender y proteger los derechos que la Constitución les otorga a los habitantes de un Estado. En algunas ocasiones, esa obligación recae en el órgano legislativo; y ante la inactividad total o parcial del mismo, se debe crear un mecanismo procesal por medio del cual se otorgue plena eficacia a la Constitución Política.

Como veremos más adelante, nuestra Constitución Política regula en su Título VI las “Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional”; siendo estas: la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes; constituyéndose estos como los mecanismos procesales por medio de los cuales se pretende dotar de efectividad y plena aplicabilidad los mandatos constitucionales.

²⁶ Ibid.



1.3 Su enumeración en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

Nuestra Constitución Política regula las garantías constitucionales en el Título VI, capítulos del I al III, en los Artículos del 263 al 267, indicando que las mismas son: exhibición personal, amparo e inconstitucionalidad de las leyes.

a) Exhibición personal. La Constitución Política en su Artículo 263, regula la exhibición personal, señalando que: *“Quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo del goce de su libertad individual amenazado de la pérdida de ella, o sufre vejámenes, aun cuando su prisión o detención fue fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, ya sea con el fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto. Si el tribunal decretare la libertad de la persona ilegalmente reclusa, ésta quedará libre en el mismo acto y lugar...”*.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en su Artículo 82 define la exhibición personal en los mismos términos que el artículo previamente citado. Partiendo de la base que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y la jurisprudencia sentada tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte de Constitucionalidad, la justicia constitucional, en general, es subsidiaria de la justicia ordinaria; para el efecto tenemos la sentencia del 30 de mayo del año 2000, dictada por la Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente número 1389-2000, a través de la cual señaló: *“... Es preciso estacar (sic) asimismo que la justicia constitucional es subsidiaria para procurar la reparación de agravios, únicamente cuando después (sic) de agotarse los medios de impugnación ordinarios, los agravios a los derechos fundamentales (sic) de una persona aún subsisten...”*; así también, en la sentencia del 8 de abril del año 2011, dictada dentro del expediente número 732-2011, consideró: *“... la justicia constitucional[], es subsidiaria a la justicia ordinaria, el amparo sólo procede cuando a esar (sic) de haberse agotado los recursos idóneos, subsiste la violación o amenaza a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan...”*; y en



consecuencia, su campo de acción se inicia cuando este último se ha agotado, salvo en el caso del amparo que puede proveer la reparación de violaciones de derechos garantizados por la Constitución Política y otras leyes, cuando la arbitrariedad del acto reclamado es evidente.

En lo que respecta a la exhibición personal, está concebida como un mecanismo ágil y pronto para evitar o procurar el cese de situaciones de hecho en que puede estar afectada una persona ya sea por acciones consumadas o en vías de serlo, las que tienen un origen arbitrario. En lo relativo a la privación de libertad, tales situaciones de hecho pueden darse en casos como los siguientes: cuando una persona es aprehendida sin que exista la comisión de un delito flagrante o careciéndose de una orden de detención; cuando una persona es privada de su libertad por una persona que carece de autoridad cuando esta no es puesta a disposición de un tribunal de justicia. En los dos primeros supuestos, es evidente que el tribunal de exhibición personal está llamado a tomar todas las medidas necesarias para que el detenido recobre su libertad; en tanto que, en el último supuesto, lo que corresponde no es dejar en libertad al reo sino proveer las diligencias y órdenes necesarias para lograr que, conforme a un debido proceso, el detenido sea efectivamente puesto en disposición del tribunal que corresponda, sin perjuicio de deducir responsabilidades a quien corresponda.

Por otro lado, si se tratare de vejámenes personales, la actuación del tribunal de exhibición personal debe propender a lograr que los mismos cesen efectivamente, sin perjuicio de ordenar también que se deduzcan las responsabilidades consiguientes.

En cuanto a la competencia de los tribunales para conocer de dicha garantía constitucional, esta se va a regir por las mismas reglas para conocer de amparo. La Corte de Constitucionalidad no tiene competencia para conocer de esta garantía constitucional, ya que, la que a ella correspondía, se asignó, por ley, a la Corte Suprema de Justicia.

En conclusión, podemos decir que la garantía constitucional de la exhibición personal va a proteger la libertad de las personas y va a proceder cuando se es detenido



ilegalmente o se esté sufriendo vejámenes; o ya bien, cuando se esté amenazado de privar a una persona de su libertad.

b) El Amparo. Martín Ramón Guzmán Hernández, señala que el amparo es: *“Institución jurídica de carácter adjetivo, originada por la necesidad histórica social de hacer respetar los derechos consagrados en la ley suprema a favor de los gobernados ante el poder y autoridad de los gobernantes, o sea, un conducto legal por medio del cual la persona que hubiere sido afectada en sus derechos fundamentales puede exigir la reparación del agravio inferido, en caso de que éste se hubiera consumado, o la prevención cuando el acto constituye una mera amenaza de causa de aquel agravio”*.²⁷

Nuestra Constitución Política en su Artículo 265, regula en cuanto a la procedencia del amparo: *“Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”*.

En similares términos lo define la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en su Artículo 8, con el epígrafe de “objeto del amparo”.

El amparo constituye una acción con características de flexibilidad y subsidiariedad, las cuales lo hacen el instrumento idóneo utilizado para tutelar derechos fundamentales, pues esta declaración de tutela (prevención o restitución), no depende de probanza alguna, ya que el amparo no se dirige a declarar el derecho, sino partiendo de la incontrovertible realidad de que el derecho constitucional se tiene por el simple hecho de ser persona, ante su vulneración, la restitución se impone.

En el amparo sus propias características son las que lo hacen inidóneo para tutelar el derecho ordinario de la misma manera que lo hace con el constitucional, esto en virtud

²⁷ M.R. Guzmán Hernández. *El amparo fallido*. Pág. 19.



que, con el derecho ordinario ha de agotarse un proceso de conocimiento más lento cuyo resultado final será la declaración de titularidad del derecho ordinario.

Al promover amparo, este debe solicitarse por escrito, aunque se permite su planteamiento en forma verbal. En los asuntos judiciales y administrativos, previo a acudir a esta vía constitucional, como vimos anteriormente, deben agotarse los recursos ordinarios por cuyo medio se ventilen adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso. Así también, el agravio debe ser personal; es decir, que debe ser alegado por la persona directamente afectada y existir relación directa entre la autoridad impugnada, el acto reclamado, la vulneración del Derecho Constitucional, el agravio causado y el agraviado, porque el efecto del amparo es dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, el acto reclamado y restablecer la situación jurídica afectada.

Para concluir en cuanto a esta figura constitucional, es necesario puntualizar ciertos aspectos que caracterizan a la misma, siendo los mismos:

- ✓ su iniciación es rogada o a instancia de parte, esto quiere decir, que puede y debe ser promovido únicamente por la persona que se considere agraviada por un acto de autoridad. Ahora bien, no obstante lo previamente indicado, todas las diligencias posteriores, salvo las impugnaciones, se impulsan de oficio, esto de conformidad con el Artículo 6 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que regula: *“Impulso de oficio. En todo proceso relativo a la justicia constitucional sólo la iniciación del trámite es rogada. Todas las diligencias posteriores se impulsarán de oficio...”*.
- ✓ su trámite y resolución se encuentra encomendado a un órgano especial, que puede ser temporal o de carácter permanente. En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de la República de Guatemala, en sus Artículos 268 y 272 incisos b) y c), preceptúan que corresponde a la Corte de Constitucionalidad, en su carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, conocer en única instancia de las acciones de amparo interpuestas



contra ciertos órganos de Estado, así como conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia.

- ✓ la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en sus Artículos 12, 13 y 14 regulan la competencia de la Corte Suprema de Justicia, Corte de Apelaciones y Jueces de primera instancia para conocer, en calidad de tribunal de amparo, de los procesos de esta naturaleza, instruidos contra los entes y funcionarios que causen agravio a derechos constitucionales.
- ✓ su rango es constitucional. Su existencia se encuentra regulada en el Artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala (como vimos anteriormente), su desarrollo está contenido en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

c) Inconstitucionalidad de las leyes. En Guatemala, existen dos formas: la inconstitucionalidad en caso concreto o indirecta y la inconstitucionalidad general o directa; brevemente las analizaremos.

1.) Inconstitucionalidad en caso concreto o indirecta. Se encuentra regulada en el Artículo 266 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual estipula: *“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”*.

De la definición anterior, podemos indicar que esta se encuentra constituida como una garantía constitucional, que va a permitir a los sujetos en un proceso concreto, solicitar la abstención de aplicación de una norma que sirva de fundamento para resolver el asunto por contravenir una disposición constitucional. Así también, encontramos su fundamento legal en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que en su Artículo 116, la regula en similares términos.

En cuanto a esta figura jurídica, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia del 01 de



junio del año 1995, dictada dentro del expediente número 531-94, indicó: “... *mecanismo es un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda otra norma, y orientar la selección adecuada de normas aplicables a cada caso concreto. La persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearlo ante el tribunal que corresponda según la materia y podrá promoverse cuando la «ley» de que se trate hubiera sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio*”.

Así también, en sentencia del 03 de enero del año 2001, dictada dentro del expediente número 170-00, la citada Corte manifestó que: dicha garantía constitucional para su procedencia requiere: “... a) *que la ley que se impugne, total o parcialmente, sea aplicable al caso que el tribunal deba decidir; b) que el fallo a dictarse dependa de la validez o falta de validez de la ley o norma cuya cuestionada, la cual debe ser ley vigente; y, c) que el razonamiento suficiente de relación entre la ley o norma atacada y el eventual fallo, que evidencie que su aplicación puede transgredir disposición constitucional que el interesado señala, debiendo ser, por ello inaplicable; todo ello con el objeto de evitar que el tribunal de conocimiento, en su decisión, aplique la normativa atacada, siempre que para el juzgador sea aceptable la tesis del impugnante acerca de que tal aplicación al caso sea contraria a preceptos constitucionales que el solicitante señale...*”.

2.) Inconstitucionalidad general o directa. Su fundamento legal lo encontramos en el Artículo 267 constitucional, el cual estipula: “*Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. 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*”. Así también, encontramos su trámite e incidencias en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que lo regula en los Artículos del 133 al 142.

En cuanto a esta figura, la Corte de Constitucionalidad, como máximo órgano en materia constitucional, en sentencia del 03 de agosto del año 1995, dictada dentro del



expediente número 669-94, consideró que para establecer la incompatibilidad entre la ley y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas. Cf.

Por otra parte, el examen sobre la inconstitucionalidad que se declara, puede versar tanto en denuncias de inconstitucionalidad de las normas por vicios materiales, como la de los actos legislativos por vicios formales.

Es así como puede declararse la inconstitucionalidad, cuando es evidente la contradicción con la Constitución y existan razones sólidas para hacerlo.

La sentencia que se dicte tiene carácter vinculante frente a todos, pues sus efectos son anulativos del precepto normativo impugnado, que deja de surtir efectos pro futuro o *ex nunc*, bien sea desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial o desde la fecha en que igualmente se publicó el auto que suspendió provisionalmente la disposición atacada, según sea confirmado por el fallo que resuelve en definitiva.

Al examinar la solicitud de inconstitucionalidad de una norma, se realiza el control de constitucionalidad de las mismas, confrontando la Constitución Política de la República con la norma impugnada.

Como vemos, cada una de las garantías constitucionales que nuestra Constitución Política regula, son mecanismos otorgados a los ciudadanos con el objetivo de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales a ellos otorgados; así como, resguardar y mantener la supremacía normativa de que goza la Constitución Política frente al resto del ordenamiento jurídico. Se encuentran inmersos dentro de los medios reparadores de derechos vulnerados; puesto que, como vimos, la exhibición personal procede cuando una persona se encuentre ilegalmente detenida; es decir, que se vulneró el derecho a un debido proceso; el amparo, protege contra las amenazas de violaciones a los derechos que la norma suprema les otorga a las personas o restaura el imperio de los mismos cuando ya han sido vulnerados; y, finalmente, la inconstitucionalidad de las leyes (ya sea en caso concreto o general), a través de los controles de



constitucionalidad pretende que ninguna norma contradiga lo establecido en la forma primaria.

1.4 Garantías explícitas e implícitas

En cuanto a este tema, Luigi Ferrajoli desarrolla al respecto, iniciando con definir las garantías constitucionales: “... como las garantías de las normas constitucionales sustantivas establecidas, implícita o explícitamente, por normas constitucionales de competencia”.²⁸

Derivado de la definición por él proporcionada, notamos que divide las garantías constitucionales en dos clases: las garantías constitucionales primarias, consistentes en garantías primarias a cargo del legislador, es decir, en la obligación (**implícita**) de actuar y en la prohibición (**explícita**) de derogar la Constitución si no es mediante leyes constitucionales aprobadas por un procedimiento agravado respecto al ordinario; y las garantías constitucionales secundarias, consistentes a su vez en la obligación, atribuida a un juez constitucional, de anular o de reparar las antinomias y las lagunas producidas por la violación de las garantías constitucionales primarias, incluidas aquí las garantías débiles o implícitas.²⁹

Es así, como el autor citado indica: “... Se trata de garantías constitucionales implícitas”, definiendo las mismas como aquellas estipulaciones que se encuentran consagradas en el mismo cuerpo normativo, que contienen principios o derechos fundamentales. Además de las garantías implícitas, encontramos en las constituciones rígidas, las denominadas garantías constitucionales explícitas, que en palabras de Ferrajoli “... dirigida al legislador ordinario, de derogar, bajo pena de invalidez, las normas constitucionales, de otro, la obligación atribuida a un juez constitucional, de anular las normas constitucionalmente inválidas”.³⁰

Como podemos observar, Ferrajoli al desarrollar el tema de las garantías

²⁸ L. Ferrajoli. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Pág. 566.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.



constitucionales, explica en qué consisten las denominadas garantías explícitas e implícitas; ahora bien, para efectos de mayor entendimiento y comprensión trataremos de explicar brevemente en qué consiste cada tipo de garantía constitucional.

Cuando se conforma el poder constituyente para crear la norma suprema, puede disponer de forma implícita o explícita, que determinados preceptos constitucionales sean desarrollados posteriormente por el legislador.

En el primero de los casos, aunque el poder constituyente no disponga de manera expresa que una ley posterior regulará la materia, se entiende que por la propia naturaleza de esta, precisará de la mediación legislativa para su eficaz aplicación; esto quiere decir que no constituyen por sí normas constitucionales completas, de aplicación inmediata, sino que requieren de la posterior intervención del organismo legislativo. En ese sentido, no es necesario que el mandato haya sido previsto por el constituyente original de forma explícita; sin embargo, al tomar en cuenta que dicho mandato no se puede ejecutar y que no es completamente aplicable por sí solo, se debe reconocer que ha de ser complementado por una ley emitida por el legislador.

Ahora bien, en cuanto a las garantías explícitas, (estas son más sencillas de entender) se considera que el poder constituyente le impone al legislador de forma expresa el cumplimiento de emitir una ley que desarrolle determinada materia o precepto constitucional, por tratarse de un contenido incompleto.

Así también, la Sala de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sentencia del 11 de mayo de 2005, dictada dentro del expediente 04-008653-0007-C0, cuando se conoce de una acción de inconstitucionalidad, en cuanto a las garantías constitucionales explícitas indicó: *"... En lo tocante a las hipótesis en que el constituyente le impone al legislador de forma explícita el desarrollo de determinada materia o contenido constitucional, por tratarse de preceptos incompletos, se puede distinguir dos casos diferentes. El primero surge cuando expresamente el legislador establece que una ley regulará determinada materia, sin indicar un plazo o término al*



legislador para su desarrollo...”,³¹ en este caso, debe entenderse que debe producirse dentro de un plazo razonable para el cumplimiento efectivo del mandato constitucional. “... el segundo supuesto ocurre cuando el constituyente, además de mandar que se dicte una ley, le fija al legislador un plazo para el desarrollo e implementación de un contenido constitucional...”.³²

Como conclusión, podemos indicar que las garantías constitucionales explícitas son aquellas en las cuales el poder constituyente de manera expresa le encomienda un mandato al poder legislativo; y que las garantías constitucionales implícitas, son aquellas en las cuales, el poder originario, a pesar que no consagró de manera expresa el mandato constitucional para desarrollar un precepto constitucional, por medio de la emisión de una ley posterior, el legislador debe entender que ante la necesidad de la misma, debe cumplir con la función de legislar que le ha sido encomendada; lo anterior, con la finalidad de dotar de eficacia plena la norma suprema.

Como agregado a lo anterior, la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 05 de septiembre del año 1990, dictada dentro del expediente 267-89, consideró: “... *La Constitución Política instituyó la Corte de Constitucionalidad como un Tribunal de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Ello porque la Constitución como fuente unitaria del derecho de una nación es la génesis del ordenamiento jurídico, ya que algunas veces regula en forma directa ciertas materias y, en otras oportunidades, al establecer los órganos y procedimientos que determinan la creación de la norma jurídica, se constituye como norma reguladora de las demás fuentes de derecho...*”; vemos como se habla de las garantías explícitas e implícitas que se encuentran contenidas en la norma suprema.

1.5 El orden constitucional y su defensa

El licenciado Alejandro Maldonado Aguirre, magistrado de la Corte de Constitucionalidad, en una publicación realizada en el diario “El Periódico”, en cuanto al

³¹ Expediente 04-008653-0007-C0. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³² Ibid.



orden constitucional, indicó: “... *El estado constitucional de Derecho está organizado jurídica y políticamente para el cumplimiento pacífico de sus fines. Por ello, la Constitución le atribuye deberes y obligaciones, que, de no ser cumplidos, lo desvían a su fracaso*”.³³

Es así como podemos indicar que, el orden constitucional va a reconocer y garantizar el eficaz cumplimiento de los derechos humanos, tanto los individuales y los sociales, por medio de los órganos que conforman el poder público.

En ese sentido, el tratadista Diego Valadés, considera: “*La defensa abstracta de la legalidad permite que a su vez la ley sea un instrumento para la defensa concreta de la libertad de las personas. Por eso, con la aparición del fenómeno normativo conocido como Constitución, se advirtió la necesidad de la defensa de la constitucionalidad. Esta defensa se basa en dos puntos: la naturaleza normativa de la Constitución y su supremacía dentro del orden jurídico. A su vez, la defensa del orden constitucional es una función distinta de la jurisdicción ordinaria. En este último caso se resuelve una controversia de derechos, en tanto que en la defensa de la Constitución el tribunal competente valora las decisiones del órgano legislativo del Estado y las confirma o deroga. Esto significa que un tribunal constitucional es un órgano legiferante, supraparlamentario...*”.³⁴

El autor citado, considera que para el eficaz cumplimiento por parte de un Estado de las funciones que le han sido encomendadas y, a la vez, garantizar la debida aplicación de la norma suprema, aquellos sistemas que han implantado los controles de constitucionalidad, han instituido órganos jurisdiccionales diferentes; por un lado, los tribunales jurisdiccionales ordinarios; y por el otro, los órganos constitucionales.

Esta importancia de proteger y resguardar la hegemonía de la Constitución, fue advertida por primera vez, en el conocido caso *Marbury vs. Madison*, el cual tuvo lugar en el año de 1803. Sin embargo, encontramos antecedentes en la Constitución de

³³ Diario “El Periódico”. Cartas al lector.(2 de marzo de 2013).

³⁴ D. Valadés. *El orden constitucional: reformas y rupturas*. Pág. 532.



Pensilvania del año 1776, la cual había previsto en su Artículo 47 la integración del Consejo de Censores, que según palabras de Diego Valadés “... cuyo objetivo sería *supervisar que la Constitución no fuera violada por las ramas ejecutiva o legislativa del poder.*”³⁵

Y, es que en cuanto a proteger la hegemonía de la constitución y, por ende, el orden constitucional, existe una razón que justifica la misma; siendo la fuerza vinculante que tiene la Constitución con todo el ordenamiento jurídico; puesto que, en un Estado Constitucional de Derecho, una norma que se considere válida debe ser originada de otra también válida.

En ese orden de ideas, en cuanto a la defensa de la constitución, el autor citado, consideró: “... en el Estado de Derecho existe un sistema jerárquico de competencias para materializar ese orden, culminando, como lo dispone el Artículo 268, en la Corte de Constitucionalidad”.³⁶

Ese orden del cual habla el autor, se va a definir con la correcta y debida interpretación de los enunciados contenidos en la Constitución, dicha interpretación debe realizarse de manera armónica y coherente y guardando la relación correspondiente con todo el restante ordenamiento jurídico vigente.

En ese sentido, vamos a entender como orden constitucional al conjunto de principios y valores que se van a manifestar por medio de normas jurídicas, las cuales van a conformar la base del sistema jurídico-político que rigen la sociedad.

En cuanto al orden constitucional, nuestra Constitución Política de la República en su Artículo 268 preceptúa que la Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, **cuya función es la defensa del orden constitucional**; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la misma Constitución y la ley de la materia.

³⁵ Idem. Pág. 535.

³⁶ Ibid.



En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 5 de septiembre de 1990, dictada dentro del expediente número 267-89, consideró: “... *La Constitución Política de la República instituyó la Corte de Constitucionalidad como un Tribunal de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Ello es porque la Constitución como fuente unitaria del derecho de una nación es la génesis del ordenamiento jurídico, ya que algunas veces regula en forma directa ciertas materias y, en otras oportunidades, al establecer los órganos y procedimientos que determinan la creación de la norma jurídica, se constituye como norma reguladora de las demás fuentes de derecho...*”.

Tanto la Constitución Política de la República de Guatemala, como la misma Corte de Constitucionalidad indican cuál es su misión y su función; señalando, para el efecto, que esta controla los actos del poder público y otros que, emanados de personas del ámbito del Derecho Privado, poseen la característica de autoridad; para ello, interpreta y aplica la normativa que concierne a las garantías constitucionales, protegiendo valores, principios, libertades y derechos establecidos en la Constitución Política de la República, en diversos tratados y convenios internacionales y en otras leyes.

Además, debe fortalecer el orden constitucional y el Estado Constitucional de Derecho, debiendo resolver con certeza jurídica y en forma ágil los casos que se someten a su conocimiento, de acuerdo con las competencias que le asigna la norma suprema y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Como podemos observar, el poder constituyente cuando tomó la decisión de crear un Tribunal Constitucional, tuvo la pretensión de que fuese un órgano concentrado quien velara por el orden constitucional, ya sea de forma directa (opinión consultiva, inconstitucionalidad de carácter general, amparo en única instancia) e indirecta (apelación de amparo, apelación de inconstitucionalidad en caso concreto). Sin embargo, el Artículo 203 de la Constitución Política de la República, preceptúa: “... *la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. (...) La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la*



Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca...”; es en Guatemala es la Corte de Constitucionalidad el ente encargado de defender y resguardar el orden constitucional y, por ende, la supremacía de la Constitución; aunque también los órganos jurisdiccionales tienen encomendada la función de velar por su observancia, pero en el ejercicio de sus funciones específicas.

Ahora bien, en cuanto a la defensa de la Constitución, el doctor Jorge Mario García Laguardia, considera que las normas constitucionales deben dividirse en dos: programáticas y operativas, según puedan ser aplicadas inmediatamente o necesiten de una reserva de ley, es decir, de un desarrollo posterior a nivel legislativo para poder tener operatividad.³⁷

En ese sentido, considera el autor que estas normas programáticas forman parte de los llamados derechos económico-sociales y culturales y es allí donde surge el problema de su protección; puesto que no es posible exigir al Estado su cumplimiento, mientras no se cumpla la condición de su eficacia por medio de la regulación legal que fija los requisitos de su realización.

Frente a esta postura de la existencia de normas programáticas y operativas, ha surgido una teoría: la neo constitucionalista, la cual tiene como una de sus características conferirle el carácter de aplicabilidad directa a todas las normas constitucionales. Robert Alexy evidencia esta situación al tomar como ejemplo la Constitución de Weimar, que es modelo del período del constitucionalismo social: *“En la República de Weimar abundaron los derechos fundamentales vigentes tan sólo como declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial. Con ánimo polémico si se quiere, cabría decir que se trataba de poesía constitucional...”*.³⁸ En el modelo del neo constitucionalismo la observancia de todos los derechos fundamentales se halla plenamente controlada por todos los tribunales. *“Esta justiciabilidad plena, a la que se acogen también otras normas constitucionales, es uno de los tesoros de la Constitución. Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables,*

³⁷ Cf. J. M. García Laguardia. *La defensa de la constitución*. Pág. 3.

³⁸ R. Alexy. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Pág. 13.



*debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad...".*³⁹

Para entender de mejor manera este tipo de normativa, propondremos un ejemplo: el Artículo 94 de nuestra Constitución Política, regula: *“Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico”*.

Como podemos observar, para hacer efectivo dicho precepto constitucional es necesario contar con un mecanismo cuya función sea la de controlar la negligencia en la que incurran los órganos encargados de su desarrollo, para efecto de garantizar, a los ciudadanos, el cumplimiento de estos derechos.

En relación con lo anterior, German Bidart Campos, considera que cuando el Estado no cumple con las obligaciones que la propia Constitución le impone, se puede impugnar judicialmente, ya que ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión.⁴⁰ Esto en virtud que, *“... la Constitución queda lesionada tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando se deja de hacer lo que ella manda...”*.⁴¹ Continúa manifestando el autor: *“... El control de constitucionalidad no puede retraerse frente a omisiones inconstitucionales. Su funcionamiento debe ser tan vigoroso como lo es para enervar las infracciones derivadas de acciones positivas”*.⁴²

Como quedó expuesto, el órgano encargado de velar por la hegemonía de la Constitución es el facultado para que esta sea cumplida y aplicada de manera efectiva; y, que cuando alguno de los órganos que conforman el Estado vulnera de manera activa o pasiva los preceptos en ella contenidos, sea sancionado de la manera que

³⁹ Ibid.

⁴⁰ G. Bidart Campos. *Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de constitucionalidad*. Pág. 56.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.



corresponde. Este tema será abordado y desarrollado más adelante.

1.6 La supremacía de la Constitución

Según Cecilia Mora-Donatto, el carácter fundamental de la Constitución deriva de que en ella el poder constituyente quiso establecer una serie de fundamentos firmes y prácticamente inamovibles de convivencia civil, de la actuación de los poderes públicos, sujetándolos a estrictas normas de comportamiento, garantizando, con ello, los derechos de los ciudadanos.⁴³ Es así como, al tener como objetivo primordial organizar las instituciones que conforman el Estado y garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos para el ciudadano, se evidencia el motivo por el cual se considera como norma suprema; agregando que, de la misma va a derivar todo el ordenamiento jurídico ordinario.

La autora citada considera que para ser norma suprema, la Constitución se encuentra revestida de dos características, siendo estas:⁴⁴

- a) el texto constitucional ostenta un carácter de norma suprallegal, en virtud del cual no puede ser alterado o reformado mediante los procedimientos ordinarios de creación y/o modificación de las normas con rango de ley; esto quiere decir que, la Constitución sólo puede reformarse mediante un procedimiento específico. Lo anterior tiene su asidero legal en el Artículo 278 de nuestra Constitución Política, el cual regula: *“Para reformar éste o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución, es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente...”*; como podemos observar, no sólo tiene un procedimiento especial, sino también, existe un órgano específico que se conformará para ese cometido.

- b) La otra seña distintiva de la Constitución es que sus preceptos no solo no

⁴³ C. Mora-Donatto. *El valor de la constitución normativa*. Pág. 8.

⁴⁴ Cf. Ibid.



pueden ser alterados, sino tampoco contradichos, o ignorados, por la adopción u omisión de los poderes públicos. La Constitución tiene un valor de derecho más fuerte, en el sentido de que esos poderes no podrán válidamente contravenir sus disposiciones, si así lo hicieren su actuación devendría inconstitucional y susceptible de la correspondiente sanción, que puede llegar incluso, a la declaración de nulidad de sus actos. Lo anterior encuentra su asidero legal, en los artículos 175 y 204 de la Constitución Política de la República, los cuales disponen: *“Artículo 175. Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure”* y *“Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. 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”*.

En cuanto a esto, la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 11 de diciembre de 1996, dictada dentro del expediente 639-95, manifestó: *“... Uno de los principios fundamentales que informa el derecho guatemalteco es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efectos de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. Esa superlegalidad se reconoce, con absoluta precisión, en tres artículos de la Ley Fundamental: el 44 que dispone que serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza; el 175 que afirma que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y que las que violen o tergiversen sus mandatos serán nulas ipso jure; y el 204 que establece que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado”*.

Esta jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico tiene una de sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior puedan contradecir a las de jerarquía superior. El principio de supremacía



constitucional, está garantizado por la propia norma suprema; por una parte, ordena que toda norma que se emita deba adecuarse al contenido de la Constitución por la otra, la que impone a los tribunales el deber de observar en toda resolución o sentencia el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. En sentencia del 29 de marzo de 2001, la Corte de Constitucionalidad, puntualizó: “... *Del principio de supremacía se deriva el de la jerarquía normativa que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior*”.

En atención a lo anterior, Eduardo García de Enterría, manifestó: “... *lo que significa el carácter fundamental de la Constitución es que sus mandatos quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas, esto es, no son alterables o modificables por los poderes públicos en su actuación ordinaria. Por ello, los mandatos constitucionales han de entenderse también como límites a los poderes del Estado*”.⁴⁵

Es así, como en palabras de José de Jesús Orozco Henríquez: “... *La constitución desempeña, pues, la función esencial de relacionar la totalidad de las normas jurídicas que integran cierto orden. En este sentido, la constitución representa a la norma o al conjunto de normas que determina las características más generales del procedimiento de creación progresiva del orden jurídico, es decir, contiene las disposiciones más generales de cierto sistema normativo*”.⁴⁶

Como quedó apuntado previamente, al establecerse una estructura jerárquica del ordenamiento jurídico de un Estado, el mismo sirvió de base para distinguir las normas primarias de las secundarias, entendiéndose el sistema jurídico, como manifiesta el doctor Jorge Mario García Laguardia: “... *como una pirámide en cuya cúspide la Constitución, que a su vez tiene su justificación última -dentro de una concepción más lógica que jurídica- en una norma hipotética fundamental, que ordena el respeto a la*

⁴⁵ E. García de Enterría. *La constitución como norma suprema y el tribunal constitucional*. Pág. 63.

⁴⁶ J. de J. Orozco Henríquez. *Derecho constitucional consuetudinario*. Pág. 24.



Constitución”.⁴⁷

El autor citado, considera que el significado de la Constitución está en constituir un documento escrito en el que se recoge la decisión originaria de la comunidad política que es la base del poder, se establece un sistema de competencias entre poderes constituidos, y se formula un catálogo mínimo de derechos esenciales que constituyen un espacio libre para los miembros de la comunidad.⁴⁸

Como podemos observar, a través de la Constitución se trata de limitar el poder del Estado y de sus órganos; deviniendo en la supremacía que la misma debe tener en relación con el resto de normas jurídicas. Lo expuesto, de conformidad con el Artículo 154 constitucional, que estipula: *“Función pública. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”*.

En ese sentido, *“La supremacía de la Constitución implica, entonces, que en la cúspide del ordenamiento jurídico está el ordenamiento constitucional, establecido como decisión política por el Poder Constituyente y solo modificable, como tal decisión por éste”*.⁴⁹

En concordancia con lo anterior, cabe agregar que la Constitución goza de supremacía en virtud que: a) se encuentra ubicada en la cúspide del ordenamiento jurídico; b) toda norma que se emita por parte del ente encargado, debe guardar armonía con la norma suprema; y, en caso contravenga lo estipulado en ella, será nula de pleno de derecho; y, c) existe un órgano encargado de velar porque la Constitución goce de plena eficacia.

⁴⁷ J. M. García Laguardia. *La defensa de la constitución*. Pág. 1.

⁴⁸ Cf. Idem. Pág. 2.

⁴⁹ A. Brewer Carías. *Instituciones políticas y constitucionales*. Pág. 159.



CAPÍTULO II

2 EFICACIA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Si bien la Constitución es una norma política en la medida en que organiza y limita el ejercicio de poder, es también, fundamentalmente, una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios ciudadanos, sin excepción alguna.⁵⁰

Aunado a lo anterior cabe señalar que, el carácter vinculante de la Constitución deviene de su supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes.⁵¹ Para García de Enterría el origen de esto está en la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por este, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí, se dedujo inicialmente la idea de rigidez de la norma constitucional.

Es decir, la Constitución no solo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, es la norma de mayor importancia en el sistema de fuentes del Derecho, cuyos efectos irradia a todo el ordenamiento jurídico. De ahí, que se señale con propiedad, que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario.⁵²

Lo anterior solo es posible, gracias a la *“omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria...”*.⁵³

Continúa manifestando Prieto Sanchíz, que: *“... Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución Política, es la eficacia y aplicación inmediata de esta. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes políticos. En efecto, si la*

⁵⁰ Cf. L. Prieto Sanchíz. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Pág. 116.

⁵¹ Cf. E. García de Enterría. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Pág. 50.

⁵² Cf. Ob. Cit. L. Prieto Sanchíz. Pág. 117.

⁵³ Ibid.



Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere de desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante. En tal sentido, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria...”⁵⁴

La Constitución es una norma jurídica de carácter fundamental, debiendo atribuirle como característica adicional, que debe restringirse por medio de ella una limitación al poder político. Tal carácter es de aplicabilidad inmediato, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales; lo contrario, supondría dejar su efectividad en manos de aquel cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano legislativo, ya de la administración pública.⁵⁵

Lo expuesto anteriormente, no puede ser concebido de otra manera, pues una norma que reúne las características de suprema y cimentadora de todo un ordenamiento jurídico, no puede depender, para lograr su eficacia, de ninguna otra; es por eso, que dicha normativa debe ser de aplicación inmediata.

2.1 La estructura de las normas constitucionales

Una Constitución, es un conjunto sistemático y orgánico de normas. Se presenta como un todo unitario, una codificación de normas, organizadas coherentemente, que el poder constituyente juzgó fundamentales para la colectividad estatal.⁵⁶

En la actualidad, las constituciones tienen un mayor grado de complejidad que las de tiempos anteriores; puesto que estas ya no se limitan a establecer solo las normas básicas de la organización del Estado y garantizar los derechos civiles y políticos, hoy

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Cf. L. Castillo Córdova. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Pág. 200.

⁵⁶ Cf. L. Prieto Sanchís. *Ob. Cit.* Pág. 117.



en día los textos constitucionales han dejado de ser meras cartas políticas, cartas que organizan el poder, pasando a consagrar en su texto nuevo y fundamentales derechos destinados a promover el bienestar económico, social, cultural, la preservación del medio ambiente, etc.; *“las constituciones modernas, crean nuevas instituciones, imponen nuevos mandatos al legislador, regulan el régimen económico, etcétera.; este nuevo perfil les ha otorgado una función transformadora de la sociedad, constituyéndolas en esa carta destinada a guiar el proceso histórico de un país”*.⁵⁷

Como ejemplo de lo anterior, podemos observar que la Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787, que en su cuerpo normativo consagraba la forma y organización del Estado, sin preocuparse por los derechos inherentes al ser humano que debían ser garantizados por este.

En ese orden de ideas, José Alfonso Da Silva, consideró que: *“... Ninguna Constitución es perfecta (dice bien Meuccio Ruini) y cualquiera de ellas da lugar a ásperas contiendas; incluso, cuando es aprobada, se vuelve Constitución y, si se puede pleitear la revisión, necesaria, sin embargo, la respeta y la incluye. Toda Constitución nace para ser aplicada, pero sólo es aplicable en la medida en que corresponde a las aspiraciones socioculturales de la comunidad a la que se destina. Ninguna, por ello, puede salir completa de la autoridad constituyente, de una vez y toda armada. Muchas de sus normas necesitan ser reglamentadas por una legislación integrativa ulterior que les dé ejecución y aplicabilidad plena. Pero eso no significa que haya, en su texto, reglas no jurídicas, como la ya mencionada corriente doctrinal sustenta, especialmente con relación a las programáticas, en las cuales da simple indicación al legislador futuro, que puede seguirlas o no, o puede hasta disponer de modo divergente, negándoseles, así, la mínima eficacia jurídica...”*.⁵⁸

Algunas constituciones son plenamente eficaces y de aplicabilidad inmediata; otras, son de eficacia reducida, dependen de una legislación que las integre, no son de aplicabilidad inmediata, sino, por el contrario, son aplicables hasta cierto punto.

⁵⁷ I. Castro Patiño. *Revista: “Clasificación de las normas constitucionales”*. Pág. 57.

⁵⁸ Ob. Cit. Pág. 34.



Las normas constitucionales son eficaces y aplicables en la medida en que son efectivamente observadas y cumplidas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la aplicabilidad de las normas constitucionales dependen especialmente de saber si están vigentes, si son legítimas o si tienen eficacia; estos presupuestos generan la aplicabilidad de las normas de carácter constitucional.

De igual manera, José Horacio Meirelles Teixeira, consideró: “... además de la observación directa del contenido de las Constituciones contemporáneas, podemos distinguir en su estructura normativa, cinco categorías de elementos, según su naturaleza, función o finalidad:

- 1) *Normas constitucionales orgánicas, son las que contienen los elementos orgánicos del Estado y del poder;*
- 2) *Normas constitucionales limitativas, las que contienen los elementos limitativos del poder, consustanciados especialmente al elenco de los derechos democráticos e individuales del hombre, bien como las garantías constitucionales de esos derechos:*
- 3) *Normas constitucionales socioideológicas, las que consustancian los elementos ideológicos, de compromiso, de naturaleza económica y social de las Constituciones contemporáneas;*
- 4) *Normas de estabilización constitucional, las que consagran los elementos destinados a asegurar la solución de conflictos constitucionales y la defensa de la Constitución;*
- 5) *Normas constitucionales de aplicabilidad, las que regulan los elementos formales de aplicabilidad de la Constitución...”.⁵⁹*

El autor citado concluye que la eficacia jurídica de las normas constitucionales está íntimamente vinculada a esa categorización y discriminación de los elementos de la Constitución. La naturaleza, la función y la finalidad de esos elementos representan presupuestos en lo que se asienta la mayor o menor eficacia de las normas

⁵⁹ J. H. Meirelles Teixeira. *Curso de derecho constitucional*. Pág. 171.



constitucionales, no de un modo absoluto, sino de manera predominante.⁶⁰

La anterior clasificación, para los efectos de la presente investigación, nos parece muy acertada; en virtud de que consagra cada uno de los elementos que debe contener una norma constitucional; puesto que, en las mismas se debe organizar un Estado; limitar el poder que se les ha otorgado a cada uno de los poderes públicos; así también, y con mayor relevancia que a través de ellas se debe asegurar la hegemonía de la Constitución; constituyéndose todos estos elementos para lograr la eficacia y plena aplicabilidad de la norma suprema.

Ahora bien, el doctor Iván Castro Patiño, en su publicación denominada “*Clasificación de las normas constitucionales*”; en cuanto a la estructura de las normas constitucionales, señaló que existen:

*“... Normas declarativas o de principios. Constituyen una proclamación de propósitos y afirmación de principios...”*⁶¹

En cuanto a esta definición, el autor manifestó que algunos constitucionalistas consideran que estas normas carecen de contenido jurídico; sin embargo, es indudable que sirven de pauta de interpretación e invalidan las normas ordinarias que se les opongá. Las normas declarativas, generalmente, señalan fines intangibles y permanentes contenidos en el preámbulo de una Constitución. Son valores y principios que por gozar de la aceptación de la comunidad, la norma suprema se encarga de recogerlos.

Los valores y principios anteriormente señalados, cumplen una cuádruple función:

“... a) Sirven de guía para el constituyente y más tarde, una vez que están incorporados en la Constitución, de guía para que el legislador o quien tenga la facultad normativa dicte normas respetando estos principios; b) sirven de guía para la interpretación de las normas; c) invalidan las normas ordinarias que se les opongan; d) sirven para llenar las

⁶⁰ Cf. Ibid.

⁶¹ I. Castro Patiño. *Clasificación de las normas constitucionales*. Pág. 57.



lagunas del derecho; pues la Constitución es la fuente de la que se nutren las diversas ramas del derecho...”.⁶²

“... Normas instituyentes u organizadas. Son normas instituyentes las que disponen sobre la organización o el funcionamiento de los poderes o funciones del Estado. La operatividad de estas normas dependerá del contenido de cada una de ellas, siendo en principio de aplicación inmediata, salvo que la propia disposición condicione u subordine su efectiva aplicación, el dictado de normas de jerarquía inferior...”.⁶³

“... Normas de estructura. Son aquellas que organizan los elementos del Estado y muy particularmente el poder...”.⁶⁴ Esta división se refiere al territorio y cómo se distribuye el poder dentro de él. Se refieren a la población y cómo se distinguen los habitantes de un país en relación con otros. Con respecto a cómo se organiza el poder, es muy conocida la división de las clásicas funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. La propia Constitución no indica, quién, cómo y para qué se ejercen estas funciones.⁶⁵

“... Normas de atribución de competencia. Son aquellas, que a cada función u órgano del Estado le atribuyen competencias, materias sobre las que debe actuar. Pero además señalan las facultades o atribuciones para que las ejerzan sobre las materias que les han sido asignadas...”.⁶⁶ Según el doctor Castro Patiño, la violación de las normas de atribución de competencia, trae como consecuencia la inexistencia de la norma.

“... Normas de procedimiento. Son aquellas normas constitucionales que señalan cómo han de actuar los distintos órganos del Estado en el ámbito de sus competencias para ejercer las facultades que la Constitución les ha concedido...”.⁶⁷

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Cf. Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.



Néstor Pedro Sagües, en cuanto a la estructura de las normas constitucionales, consideró que existen 2 tipos: normas de Derecho Constitucional primario y normas de derecho constitucional secundario; las primeras las define como: “... *las reglas de derecho constitucional que tienen supremacía, esto es, que gozan de superioridad con relación a las demás reglas jurídicas. Existen reglas de derecho constitucional primario formal, impresas en el texto constitucional, y reglas de derecho constitucional primario informal, que nacen de la costumbre constitucional (derecho constitucional consuetudinario), y del derecho repentino...*”; en cuanto a las segundas consideró: “... *Se trata de reglas jurídicas que complementan de modo indispensable a las del derecho constitucional primario (...) son también de derecho formal (elaboradas y promulgadas según el derecho positivo en vigor) o de derecho informal (derecho consuetudinario y repentino). El derecho constitucional secundario no tiene <supremacía>, como sí la tiene el primario...*”.⁶⁸

Por su parte, Miguel Pérez López indica, en cuanto a la estructura de las normas constitucionales, que las mismas son: “... *norma constitucional básica y norma constitucional complementaria...*”.⁶⁹ Indicando para el efecto que, en la norma constitucional básica se encuentra la regulación jurídica de la creación de las leyes y la regulación de los órganos del poder. Por el contrario, por norma constitucional complementaria debe entenderse aquella contenida en el documento jurídico fundamental, pero no regulan propiamente a un órgano estatal, ni otorga derecho subjetivo alguno. Son aquellas disposiciones que el constituyente procuró poner a salvo de las inconsistencias derivadas del ejercicio del poder y pueden o no ser consideradas como conquistas políticas.

Una vez establecidas diversas divisiones por parte de la doctrina, en cuanto a la estructura de las normas constitucionales, para la presente investigación indicamos que, entre éstas y las normas ordinarias, existen ciertas diferencias que las caracterizan; siendo estas:

⁶⁸ N. P. Sagües. *Manual de derecho constitucional*. Pág. 26.

⁶⁹ M. Pérez López. *Clasificación de las normas constitucionales y tipología constitucional*. Pág. 5.



- a) Las normas constitucionales son creadas por el poder constituyente;
- b) Las normas constitucionales solo pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales; y,
- c) Las normas constitucionales son el fundamento de validez de todo el orden jurídico.

En palabras de Alfonso Da Silva, “... *Todas las disposiciones constitucionales tienen la estructura lógica y el sentido de las normas jurídicas. Son imperativos que enlazan dos o más sujetos de una relación, atribuyendo derechos y obligaciones recíprocos, cuando menos, atribuyendo situaciones de ventaja y de vínculo o desventaja...*”.⁷⁰

No todas las normas constitucionales tienen la misma estructura, existen normas constitucionales que requieren un desarrollo posterior para lograr su eficaz cumplimiento y aplicación.

2.2 Naturaleza jurídica de las normas constitucionales

Normas constitucionales, son todas aquellas que se encuentran contenidas en el texto constitucional, sean o no materialmente constitucionales, creadas por un poder constituyente.

Las normas constitucionales se caracterizan por tener el rasgo de la supremacía y que, a su vez es el elemento de distinción de mayor trascendencia respecto de las normas ordinarias.

A efecto de realizar una distinción entre las normas de carácter constitucional y las de carácter ordinario, de acuerdo con Fix-Zamudio, existen tres elementos fundamentales que las separan: su fuente, su estructura lógica jurídica y su contenido.⁷¹

⁷⁰ Ob. Cit. Pág. 37.

⁷¹ Cf. H. Fix-Zamudio. *Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional*. Pág. 99.



Continúa manifestando el autor que, las normas constitucionales al ser creadas por el órgano especial llamado poder constituyente difieren de las normas ordinarias. La supremacía constitucional está determinada por la conjunción de estos tres aspectos. La función del poder constituyente, es diferente y superior a la del órgano del poder legislativo productor de las leyes ordinarias, este último cobra vida solo en virtud de la Constitución.⁷²

Aunado a lo anterior, cabe agregar que la supremacía del poder constituyente es uno de los rasgos característicos en comparación con los poderes constituidos; es decir que, una vez el poder constituyente ha creado la Constitución, se desintegra y es sustituido por los órganos por él creados (poderes constituidos). Estos poderes se encargan de realizar las funciones que la misma norma suprema, emanada del poder constituyente, les ha encomendado.

Una vez establecido lo anterior, cabe señalar que las normas constitucionales son todas las reglas que integran una Constitución; sin embargo, esto no excluye el reconocimiento de disposiciones de contenido constitucional fuera de ese documento solemne creado por el poder constituyente, que es nuestra Constitución Política; ejemplo de estas tenemos: la Ley Electoral y de Partidos Políticos, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, entre otras.

La noción de hegemonía o supremacía de la Constitución surge en Estados Unidos, con el conocido caso del juez John Marshall, Marbury contra Madison, por medio del cual en sentencia se plasmó su interpretación, dándole una aplicación práctica a la idea de supremacía; en ese sentido, Rolando Tamayo, señala que: “... *dicha sentencia consagra 3 principios fundamentales:*

- a) *La Constitución es superior a cualquier ley ordinaria y prevalece sobre cualquier ley que la contradiga;*
- b) *Los jueces tienen el poder y el deber de no aplicar las leyes que sean contrarias*

⁷² Cf.Ob. Cit.



a la Constitución; y,

- c) *La única garantía de los derechos humanos la constituyen el control judicial de los actos del poder legislativo y de la administración...*⁷³

A partir de este momento, considera el autor citado que empieza a evidenciarse la naturaleza suprema de las normas constitucionales.

En atención a lo previamente considerado, es necesario indicar que, las normas constitucionales son creadas por un órgano especial denominado poder constituyente, esto tiene su fundamento en el preámbulo de nuestra Constitución Política, al consagrar: “... *Nosotros los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente...*”; solo pueden ser modificadas a través de un procedimiento específico, el cual exige de ciertos requisitos formales más complejos que los demandados para reformar una norma de carácter ordinario; lo anterior, encuentra su asidero legal, en los Artículos constitucionales 278 (Asamblea Nacional Constituyente), 280 (Reformas por el Congreso y consulta popular) y 281 (Artículos no reformables).

Como podemos ver, las normas constitucionales gozan de cierta hegemonía frente al ordenamiento jurídico de un Estado, pues son creadas por un poder constituyente (no constituido) a través de un procedimiento específico y de ellas se derivan las normas ordinarias que rigen un Estado.

Para concluir, podemos indicar que la naturaleza de las normas constitucionales radica en ser creadas por un órgano extraordinario y temporal, denominado comúnmente como Asamblea Nacional Constituyente, cuya máxima expresión es la Constitución Política; que, por medio de esta agrupa normas que contienen los principios fundamentales que rigen el resto del ordenamiento jurídico de un Estado.

⁷³ R. Tamayo y Salmorán. *Introducción al estudio de la Constitución*. Pág. 250.



2.3 Clasificación de las normas constitucionales

En palabras de Jorge Ulises Carmona Tinoco, las normas constitucionales contienen la creación de los órganos supremos del Estado, su organización y la distribución de sus competencias (parte orgánica); también, los derechos fundamentales de la persona humana y de los grupos sociales, que los gobernados pueden oponer a los órganos del poder público (parte dogmática); y, los procedimientos de creación y derogación de las leyes.⁷⁴

No obstante que, la totalidad de las normas contenidas en la Constitución comparten la misma jerarquía y autoridad suprema en relación con las normas ordinarias, existen diversas categorías de las mismas; las cuales dependen del tipo de norma constitucional de que se trate.

Héctor Fix-Zamudio realiza una clasificación de las normas constitucionales, atendiendo a su contenido, distinguiendo tres categorías básicas de normas constitucionales, que son: capitales, estrictamente fundamentales, y secundarias, estas originan, a su vez, otras especies.⁷⁵

Según Fix-Zamudio las normas constitucionales consideradas como capitales son aquellas que establecen la forma y naturaleza del Estado, su reforma ocasionaría una mutación en el ser propio del Estado alterando su esencia. Esto ha provocado que en ocasiones su modificación se encuentre vedada para el poder revisor de la Constitución.

En cuanto a las normas estrictamente fundamentales, indica: “... se identifican con la Constitución en sentido material, que comprende aquellas que regulan la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, llamada parte orgánica, los derechos fundamentales de la persona humana y de los grupos sociales, que integran la parte dogmática; y las normas que establecen los procedimientos de creación y derogación

⁷⁴ Cf. J. U. Carmona Tinoco. *La interpretación judicial constitucional*. Pág. 59.

⁷⁵ Cf. H. Fix-Zamudio. *El juez ante la norma constitucional*. Pág. 25.



de las leyes...”.⁷⁶

En cuanto a las normas de contenido secundario, el autor citado consideró: “... son aquellas que se insertan en el documento constitucional por así considerarlo conveniente el poder constituyente, primario o permanente...”.⁷⁷

Ahora bien, Alfonso Da Silva divide las normas constitucionales, atendiendo a su eficacia, y aplicabilidad en: normas de eficacia plena, de eficacia contenida y de eficacia limitada.

En cuanto a las normas de eficacia plena, el autor citado consideró: “... son aquellas que a partir de que entran en vigor producen o tienen posibilidad de producir sus efectos, sin necesitar de ningún acto legislativo posterior a ese fin...”.⁷⁸

Continúa manifestando el autor que son normas de aplicación directa, inmediata e integral ya que están dotadas de todos los medios y elementos necesarios para su ejecutoriedad; exigiendo como condición general para su aplicabilidad la existencia de un aparato jurisdiccional.⁷⁹

De lo anteriormente indicado, podemos concluir que las normas plenas no se encuentran condicionadas a una actuación posterior del legislador; puesto que su contenido es claro y tajante.

En segundo término, señala Da Silva, en cuanto a las normas de eficacia contenida o atenuada, que las mismas: “... son aquellas en las que el poder constituyente reguló suficientemente los aspectos relativos a determinada materia, pero restringió su alcance en virtud de las situaciones que la ley establece, los conceptos generales en ellas

⁷⁶ Idem. Pág. 59.

⁷⁷ Idem. Pág. 62.

⁷⁸ J. A. Da Silva. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. Pág. 110.

⁷⁹ Cf. Ob. Cit.



enunciados o las incidencias de otras normas constitucionales...”.⁸⁰

Continúa manifestando el autor que las normas constitucionales de eficacia atenuada, son normas de aplicación directa e inmediata, pero no integral, por estar sujetas a determinadas restricciones; es decir, que estén previstas en la propia norma y se establezcan mediante ley posterior o estén determinadas por otras normas constitucionales.⁸¹

Concluye el autor citado que las normas de eficacia atenuada pueden necesitar la intervención del legislador ordinario, haciendo expresa remisión a una legislación futura; sin embargo, la función del legislador en este sentido es únicamente la de restringir la plenitud de su eficacia, establecer fronteras al alcance de los derechos establecidos en favor de los individuos y los grupos sociales; pertenecen a este tipo de normas aquellas que consagran los derechos fundamentales de la persona humana y de los grupos sociales.⁸²

Por último, el autor cita las normas de eficacia limitada, indicando al respecto que: “... *son aquéllas que requieren de posteriores actos legislativos para que puedan surtir los efectos esenciales trazados por el poder constituyente...”.⁸³*

Continúa manifestando Da Silva, que este tipo de normas pueden adoptar dos modalidades, según definan principios institutivos o principios programáticos; además, son de aplicación indirecta, mediata y reducida porque únicamente inciden en los intereses que pretenden regular a propósito de una normatividad posterior que les dé eficacia y surten efectos no esenciales para los fines de la norma.⁸⁴

En cuanto a las normas de principio institutivo, consideró el autor que: “... *son aquellas a través de las cuales el poder constituyente traza esquemas generales de*

⁸⁰ Idem. Pág. 105.

⁸¹ Cf. Ob. Cit.

⁸² Cf. Ob. Cit.

⁸³ Idem. Pág. 70.

⁸⁴ Cf. Ob. Cit. Pág. 70.



estructuración y atribuciones de órganos, entidades o instituciones, para que el legislador ordinario los estructure en definitiva mediante una ley, por eso también se las denomina normas de principio orgánico u organizativo...”.⁸⁵ Este tipo de normas son de eficacia limitada, porque el legislador ordinario les va a conferir obligatoriedad plena, mediante leyes ordinarias complementarias o integrativas.

Ahora bien, las normas de principio programático, Da Silvia considera que: “... son aquellas a través de las cuales el poder constituyente, en vez de regular directa e inmediatamente determinados intereses, se limita únicamente a trazar los principios para ser cumplidos por sus órganos (legislativos, administrativos y judiciales), como programas de sus respectivas actividades, con el propósito de realizar los fines sociales del Estado...”.⁸⁶

El autor señala entre las principales características de las normas programáticas las siguientes:

“... I. Tienen por objeto la disciplina de los intereses económicos-sociales del estado (...). II. No tienen fuerza suficiente para desenvolverse integralmente, de esta forma se estructuran inicialmente como programas a ser realizados por el Estado, por medio de leyes ordinarias y de otras providencias (...). III. Funcionan como principios generales informadores del régimen político y del orden jurídico, lo cual les da importancia fundamental como orientación axiológica para la comprensión del sistema jurídico nacional...”.⁸⁷

Continúa manifestando el autor que no es tan fácil predicar la directa aplicabilidad para cuando se trata de ciertos tipos de normas constitucionales que reconocen derechos y que presentan algunas particularidades, que matizan la vigencia de la regla general de aplicación inmediata.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid. Pág. 107.

⁸⁷ Ibid.



En cuanto a este punto, en el capítulo I se indicó que, en cuanto a la existencia de normas programáticas y operativas, ha surgido una teoría, la neo constitucionalista, que ha dotado de aplicabilidad directa y, por ende, de eficacia plena a todas las normas constitucionales.

Por último, queremos indicar la clasificación de las normas constitucionales que realiza Escobar Fornos, atendiendo a un criterio finalista:

- a) *“Normas permisivas, son aquellas que permiten una acción o una omisión. Permiten un proceder u omisión lícitos. Son de carácter positivo.*
- b) *Normas prohibitivas, son aquellas que permiten una acción (un hacer) o una omisión (un no hacer). Tratan de impedir conductas ilícitas. Son de carácter negativo.*
- c) *Normas preceptivas (imperativas) y discrecionales, son normas preceptivas (imperativas) que imponen un proceder. Tienen carácter positivo, y es jurídicamente permitida la conducta que prescriben o imponen. Los órganos y particulares no pueden disponer discrecionalmente de ellas...”.⁸⁸ Como podemos observar, estas normas tienen como efectos la derogación de las normas constitucionales o leyes anteriores que se le oponen; las posteriores que se dicten tendrán el vicio de inconstitucionalidad; confirman a las leyes anteriores que fueren concordantes con ellas.*
- d) *“Normas sancionadoras y perfectas, y de gradual eficacia, la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico; y para lograr tal superioridad establece que toda normativa que la contravenga es nula.”⁸⁹*

En ese sentido, es conveniente advertir que la omisión, como forma de violar la Constitución cuando ordena un comportamiento o proceder, tiene escaso control

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Idem. Pág. 46.



constitucional.

La función de la jurisdicción constitucional es aplicar la Constitución y anular el acto legislativo que se le oponga. Su actuación, en relación con la ley, es la de un legislador negativo, mediante la anulación del Derecho inconstitucional; pero, no crea la ley o el derecho función atribuida al Poder Legislativo como legislador positivo.

Como podemos observar, varios son los autores que han realizado una clasificación de las normas constitucionales; ya sea, atendiendo a su contenido, a su eficacia o una clasificación que enmarque varios aspectos; en ese sentido, para los efectos de la presente investigación, nos parece acertada la clasificación realizada por Fix-Zamudio. Partimos de que nuestra Constitución Política de la República, para sus efectos, se divide en una parte dogmática, que consagra los Artículos del 1 al 139, que regula los derechos individuales y sociales de los miembros de la sociedad; una parte orgánica, que consagra los Artículos del 140 al 262, que regula la estructura básica del Estado; y por último, una parte procesal o pragmática, que consagra los Artículos del 263 al 281, que preceptúa las garantías constitucionales. Es decir, que a partir de las partes en que se divide la Constitución, surgen las diversas normas constitucionales. En tal sentido, como apunta Fix-Zamudio, existen normas capitales, estrictamente fundamentales y secundarias.

En Guatemala, existen cuatro normas de carácter constitucional: la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que desarrolla las garantías constitucionales; la Ley Electoral y de Partidos Políticos, que regula lo pertinente al proceso electoral; la Ley de Orden Público, la cual se aplicará en los casos de invasión del territorio nacional, de perturbación grave de la paz, de calamidad pública o de actividades contra la seguridad del Estado; y, la Ley de Libre Emisión del Pensamiento, que establece que es libre la emisión del pensamiento en cualesquiera formas, y no podrá exigirse, en ningún caso, fianza o caución para el ejercicio de este derecho ni sujetarse a previa censura.



2.4 Eficacia de las normas constitucionales

Según Guillermo Cabanellas, en su *Diccionario Jurídico Elemental*, en cuanto a la eficacia, consideró: “... *eficacia del orden jurídico en relación con la efectiva aplicación de las sanciones por los órganos encargados de aplicarlas, en los casos en que se transgrede el orden vigente. La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico sólo es válido cuando es eficaz; el orden jurídico que no se aplica deja de ser tal...*”.⁹⁰

Así también, Kelsen considera que “eficacia del derecho” se toma en dos sentidos: la eficacia social, que designa una efectiva conducta acorde con la prevista por la norma y se refiere al hecho de que la norma es realmente obedecida y aplicada;⁹¹ en ese sentido, la eficacia de la norma da respeto, como dice Kelsen, al “... *hecho real de que ella es efectivamente aplicada y seguida, de una conducta humana conforme se verifica la norma en el orden de los hechos...*”.⁹²

Lo anterior, es lo que técnicamente se denomina como efectividad de la norma.

Eficacia es la capacidad de alcanzar los objetivos previamente fijados como metas. Tratándose de normas jurídicas, la eficacia consiste en la capacidad de alcanzar los sujetos en ella introducidos, que vienen a ser, en última instancia, realizar los dictámenes jurídicos apuntados por el legislador. Por eso, se dice que la eficacia jurídica de la norma designa la cualidad de producir, en mayor o menor grado, efectos jurídicos, al regular, desde luego, las situaciones, relaciones y comportamientos de que conoce;⁹³ en ese sentido, la eficacia da lugar a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutoriedad de la norma, como posibilidad de su aplicación jurídica.

En ese orden de ideas, Alfonso Da Silva, considera que: “... *no hay norma*

⁹⁰ G. Cabanellas. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición 2006.

⁹¹ Cf. H. Kelsen. *Teoria pura do direito*. Pág. 18.

⁹² Ibid.

⁹³ Cf. J. H. Meirelles Teixeira. Ob. Cit. Pág. 289.



constitucional destituida de eficacia...”,⁹⁴ puesto que, todas las normas irradian efectos jurídicos, importando siempre en una innovación del orden jurídico preexistente desde la entrada en vigor de la Constitución a la que se adhieren, y en una nueva ordenación instaurada. Lo que se puede admitir es que la eficacia de ciertas normas constitucionales no se manifiesta en plenitud de los efectos jurídicos pretendidos por el constituyente, en cuanto no se emite una normativa jurídica ordinaria o complementaria ejecutoria, prevista o requerida.⁹⁵

Al respecto de lo anterior, sigue indicando el autor que si bien todas las normas tienen eficacia, su distinción debe resaltar dicha característica; en ese sentido, Da Silva clasifica las normas constitucionales atendiendo a su eficacia (como vimos anteriormente) en: normas constitucionales de eficacia plena, normas constitucionales de eficacia contenida y normas constitucionales de eficacia limitada o reducida (figuras que fueron desarrolladas previamente).

Robert Alexy considera que las normas constitucionales que consagran principios, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y materiales existentes.⁹⁶ Es decir, que gocen de plena eficacia y aplicabilidad.

Juan N. Silva Meza, en el voto particular emitido en la contradicción de tesis 37/2008-PL, consideró que existen normas constitucionales que ostentan diverso grado de eficacia:

- a) *“De eficacia directa, cuando la estructura de las normas constitucionales es suficiente para servir de cartabón a casos concretos, éstas deben ser utilizadas de manera directa por todos los sujetos del ordenamiento jurídico.”⁹⁷*

⁹⁴ A. Da Silva. Ob. Cit. Pág. 67.

⁹⁵ Cf. Ibid.

⁹⁶ Cf. R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Pág. 81.

⁹⁷ J. N. Silva Meza. voto particular en la contradicción de tesis 37/2008-PL. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tribunal en Pleno. Sesión pública ordinaria, celebrada el 3 de noviembre de 2008. Juicios de amparo en revisión números 2067/2006 y 2029/2006. México. Pág. 6.



b) *“De eficacia diferida, cuando la estructura de las normas constitucionales es suficiente, de manera que pueda ser la hoja de ruta para casos concretos, su operatividad requiere una posterior intervención normativa por parte de las fuentes de derecho subordinadas.”*⁹⁸

c) *Normas programáticas, se refieren a aspectos político-sociales y su pretensión es dotar de libertades o derechos para, con los cuales se busca constituir una sociedad materialmente justa y favorecer a los grupos sociales más desaventajados.”*⁹⁹

Iván Escobar Fornos consideró: *“Recientemente se le reconoció a la Constitución el valor de norma jurídica aplicable directamente. Antes se le consideraba con valor meramente programático. No tenía el carácter de norma jurídica y sus disposiciones no se aplicaban mientras no se desarrollaban por leyes ordinarias...”*¹⁰⁰

Con base en lo anterior, Escobar Fornos consideró que los efectos jurídicos constitucionales se manifiestan en varias formas: eficacia directa, eficacia derogativa, eficacia invalidatoria, eficacia interpretativa y eficacia informadora o directiva.

a) *“Eficacia directa, la Constitución es un cuerpo normativo de carácter jurídico superior, al cual están sometidos los ciudadanos y los poderes públicos. Sus normas son en su generalidad aplicables en forma directa o en forma indirecta a través de sus principios, asimismo tienen carácter informador del ordenamiento jurídico. Es más, aquellas normas que con contenido o sin contenido material remiten a la ley pueden ser aplicadas directamente, si por la omisión del legislador peligra la violación de un derecho o libertad.”*¹⁰¹

⁹⁸ Idem. Pág. 7.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ I. Escobar Fornos. *Manual de derecho constitucional*. Pág. 39.

¹⁰¹ Idem. Pág. 40.



- b) *“Eficacia derogatoria, es una eficacia directa, aunque negativa.”*¹⁰²
- c) *“Eficacia invalidatoria, la ley posterior que se oponga a la Constitución es nula. La inconstitucionalidad puede referirse a toda la ley o una parte de la misma.*
- d) *Eficacia interpretativa, la Constitución tiene normas y reglas de interpretación que le son propias.*
- e) *Eficacia informadora, las normas, principios y declaraciones tienen eficacia informadora para el legislador y todo el ordenamiento jurídico. Su valor se expresa al constituir un límite al legislador ordinario, quien no las puede desconocer. Muchas veces la función directiva llega a constituir un mandato al legislador, lo que puede dar lugar al funcionamiento de la inconstitucionalidad por omisión”.*¹⁰³

Como podemos observar, cuando alguna norma constitucional no goza de plena eficacia, es por medio de la legislación ordinaria que se tendría que dotar de la misma a dichas normas.

Aquellas normas que no gozan de plena eficacia, contienen un mandato para el legislador, para que, por medio de la legislación ordinaria correspondiente, los desarrolle para que sean aplicables al ciudadano. Solo el legislador es quien está vinculado directamente a las normas constitucionales.

El órgano encargado de velar por la plena eficacia de la norma constitucional es la Corte de Constitucionalidad (como órgano supremo) y los órganos jurisdiccionales; los cuales, por medio del control de constitucionalidad, deben asegurar su eficaz aplicación y cumplimiento. Dicho control debe ejercerse para los actos que vulneran la norma suprema, como para las omisiones que, de igual manera, la violen; en el entendido que ningún órgano del poder público puede contradecir lo que en ella está

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.



consagrado.

Por último, cabe mencionar que la eficacia de las normas jurídicas consiste en la capacidad de alcanzar los objetivos previamente fijados como metas, en última instancia, es la realización de los mandatos constitucionales ordenados por el poder constituyente a los poderes constituidos. “... la eficacia jurídica de la norma designa la disposición de producir, en mayor o menor grado, efectos jurídicos, al regular, desde luego, las situaciones, relaciones y comportamientos de que conoce...”,¹⁰⁴ en ese sentido, la eficacia proporciona rendimiento a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutoriedad de la norma, como posibilidad de su aplicación directa.

2.5 Aplicabilidad directa de las normas constitucionales

La aplicabilidad directa de las normas constitucionales consiste en que esta como norma suprema puede ser directamente aplicable; y, como vimos anteriormente, una norma solo es aplicable en la medida en que se cumplen los presupuestos para que sea eficaz; es decir, que produzca los efectos jurídicos que se esperan.

La aplicabilidad directa de las normas constitucionales es consecuencia de un nuevo paradigma jurídico que, retomando una categoría teórica vieja, y que en los últimos años ha asumido un significado distinto, es denominado “Estado constitucional”; y, para efecto de esta tesis, se extenderá su denominación a constitucionalismo.¹⁰⁵

Quizá los rasgos más sobresalientes de este nuevo constitucionalismo sea la consideración en conjunto de las características constitucionales de supremacía y rigidez constitucional, control de la constitucionalidad y la separación de poderes, pero, sin lugar a dudas, el rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de la constitucionalidad de las leyes. Incluso, más ampliamente, cabe decir que la limitación y el control del poder representan el elemento

¹⁰⁴ E. Bulygin. *El concepto de eficacia*. Pág. 43.

¹⁰⁵ Cf. A. E. Pérez Luño. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Pág. 57.



definidor del constitucionalismo.¹⁰⁶

Desde el campo teórico, el positivismo con respecto a la concepción de la norma jurídica es bien sabido que considera que eran aplicables solamente aquellas normas que dentro de su estructura interna registraban un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (teoría de la norma). En este sentido, la ley, por ser propia de este tipo de estructura, fue considerada la fuente primordial del Derecho, reduciéndose la tarea de los jueces a una automática aplicación de las normas mediante la subsunción, con apenas la mínima posibilidad de interpretar una definición del supuesto de hecho ya contenido en la norma (teoría de la interpretación).¹⁰⁷

En palabras de Gustavo Medinaceli, la aplicación directa de las normas constitucionales puede ejercerse por tres procedimientos:

- a) *“Aplicación indirecta de la Constitución, esto significa que la Constitución encuentra aplicabilidad no sólo en su directa aplicación sino también por medio de la aplicación de normas infraconstitucionales expresadas en leyes y reglamentos, entre otros.”*¹⁰⁸

- b) *“Aplicación directa de la Constitución ante vacío normativo infraconstitucional, este se configura en aquellas controversias jurídicas en las que no haya posibilidad de encontrar normas infraconstitucionales sobre las que se pueda fundamentar la resolución de un determinado conflicto, presentándose vacíos normativos en el ordenamiento jurídico infraconstitucional.*

- c) *Aplicación directa de la Constitución ante conflicto o colisión de normas”.*¹⁰⁹

En conclusión, Gustavo Medinaceli, indicó que: *“... puede colegirse que la aplicación*

¹⁰⁶ Cf. M. Aragón Reyes. *El control como elemento inseparable del concepto de constitución*. Pág. 52.

¹⁰⁷ Cf. G. Medinaceli. *La aplicación directa de la constitución*. Pág. 39.

¹⁰⁸ Idem. Pág. 47.

¹⁰⁹ Idem. Pág. 48.



directa de las normas constitucionales sólo puede ejercerse ante vacío normativo o conflicto o colisión de normas, pues de no ser así, se estaría frente a una aplicación indirecta de la Constitución donde las normas y actos que deben estar subordinados a las normas constitucionales no encuentran conflicto con éstas últimas, derivando ello a que la ejecución de un acto jurídico está sustentado en una norma infraconstitucional que respeta los contenidos formales y materiales de las normas constitucionales...”¹¹⁰

De lo previamente indicado, podemos señalar que la Constitución como norma suprema puede aplicarse de manera indirecta como de manera directa; en el primero de los casos, la ley suprema se aplica a través de otras normas que en su conjunto dotaran de plena eficacia los preceptos en ella contenidos; en cuanto al segundo caso, la aplicación de la Constitución es de manera directa ante los conflictos que surgieren entre normas, manteniendo en todo momento su hegemonía; pues toda norma que contravenga lo en ella contenido es califica como inconstitucional.

“La aplicación directa de la Constitución es por supuesto la consideración de que ésta como norma jurídica tiene la disposición de ser directamente aplicada, y una norma sólo es aplicable en la medida en que se cumplan los supuestos para que sea eficaz”,¹¹¹ es decir, para que tengan plena capacidad de producir efectos jurídicos. Nos referimos a la eficacia de la norma en un sentido político o sociológico, sino en un sentido jurídico o dogmático, ya que según este último sentido, cuando se habla de “la eficacia de los actos o de las normas” se quiere aludir a los efectos o consecuencias que los mismos presentan, de acuerdo con las previsiones establecidas por el propio ordenamiento para ese tipo de actos o normas.

Efectivamente, la eficacia es la fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos (como vimos anteriormente) siempre que se produzcan las circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico. Por ello, si la norma no dispone de aplicabilidad, pero, ese razonamiento no culmina en ese punto, sino que es posible que esa misma norma encuentre su eficacia, es decir, todos sus presupuestos de aplicabilidad en el propio

¹¹⁰ Idem. Pág. 49.

¹¹¹ A. Da Silva. Ob. Cit. Pág. 47.



ordenamiento jurídico, considerando que este se caracteriza con rasgos esenciales como la *“unidad, coherencia y compleción”*.¹¹²

Por todo ello, la afirmación de la directa aplicabilidad de las normas constitucionales expresa una posibilidad de aplicación y esta *“... consiste en la actuación concreta de la norma, no en encuadrar un caso concreto en la norma jurídica adecuada. Sino en someter las prescripciones de la ley a una relación de vida real; esta actuación concreta, procura e indica la disposición adaptable a un hecho determinado...”*.¹¹³ En otras palabras, tiene por objeto describir el modo y los medios para amparar jurídicamente un interés humano.

La función de eficacia como instituto jurídico, no la de predecir las aplicaciones de una norma cuando esta sea calificada de eficaz, tal calificación denota una proposición predicativa de que la norma tiene la disposición de ser aplicada en ciertas circunstancias. Entonces, cuando se califica a la norma de eficaz significa que si se producen determinadas circunstancias.¹¹⁴

En atención a lo anterior, algunas normas constitucionales son plenamente eficaces y de aplicabilidad inmediata; otras son de eficacia reducida, que dependen de una legislación que las integre en sentido y actúen en su incidencia; en atención a lo anterior, Da Silva considera que: *“... eso no significa que haya, en su texto, normas no jurídicas, ya que todas las disposiciones constitucionales gozan de eficacia jurídica en mayor o menor medida, incluyendo aquellas normas programáticas...”*.¹¹⁵

Lo anterior resulta más aplicable a aquellas normas jurídicas que no cuentan con una estructura completa; en ese sentido, Da Silva, considera que: *“... todas las disposiciones constitucionales tienen estructura lógica y el sentido de las normas jurídicas, son imperativos que interrelacionan a dos o más sujetos, atribuyendo*

¹¹² F. Balaguer Callejón. *Fuentes del derecho*. Pág. 86.

¹¹³ Carlos Maximiliano. *Hermeneutica e applicacao do direito*. Río de Janeiro-Sao Paulo. Livraria Freitas Bastos, 1951. Pág. 19. Citado por Alfonso Da Silva.

¹¹⁴ Cf. E. Bulygin. Ob. Cit. Pág. 42.

¹¹⁵ A. Da Silva. Ob. Cit. Pág. 34.



derechos y obligaciones recíprocos, cuando menos, atribuyendo situaciones de ventaja y de vínculo o desventaja...”.¹¹⁶

Con base en las anteriores anotaciones cabe resaltar que, la condición de aplicabilidad de las normas constitucionales depende esencialmente de su vigencia, legitimidad y eficacia.

Apunta Da Silva que: “... todas las normas contenidas en una Constitución son normas constitucionales...”.¹¹⁷

Miguel Carbonell, citando a J.A. Santamaría Pastor, realiza una clasificación de las normas constitucionales, según su aplicabilidad, indicando:

- a) *“Normas completas o self-executing, este tipo de normas no requieren concreción alguna posterior. Son normas completas cuya observancia o mandato puede ser directamente demandado por vía jurisdiccional. Los derechos fundamentales y la parte organizativa de la Constitución, son normas de este tipo.”¹¹⁸*

- b) *“Normas que requieren ser concretizadas posteriormente, son normas cuya aplicabilidad depende de un acto posterior de concreción, ya sea mediante la emisión de otras normas o a través de la realización de políticas públicas tendentes a conseguir los fines constitucionalmente previstos”.¹¹⁹* Para esta categoría normativa, apunta Carbonell, el mal mayor se llama “omisión legislativa”, la cual, dicho aquí en términos generales, consiste en el desapego por parte del órgano legislativo de concretizar un mandamiento constitucional.

- c) *“Normas de principios de aplicación inmediata pero indirecta, estas normas,*

¹¹⁶ Idem. Pág. 37.

¹¹⁷ Ob. Cit. Pág. 31.

¹¹⁸ M. Carbonell. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. Pág. 56.

¹¹⁹ Ibid.



apunta Carbonell, son de aplicación inmediata pues no requieren, a diferencia de las anteriores, de una posterior concreción normativa. Empero, son de aplicación indirecta porque su valor es vertebral e informador y se aplican, sobre todo, condicionando el proceso de interpretación constitucional”.

- d) *“Normas de habilitación o mandatos al legislador, son normas que exigen al legislador una actuación concreta ya para regular determinada materia, ya para estructurar un órgano constitucionalmente previsto. Por tanto, para ser aplicables exigen, como hemos dicho, un acto posterior de concreción de un determinado sujeto: el legislador”.¹²⁰ Junto a la imposibilidad de actuar de forma ostensiblemente contraria a estos preceptos, tales normas imponen una determinada forma normativa, y precisan deberes a órganos concretos del Estado; tales son los casos en que se dice que “la ley” o “el legislador podrá o deberá regular”.¹²¹*

Varias son las clasificaciones que se han realizado por parte de los estudiosos del derecho, para determinar la aplicabilidad de las normas constitucionales; sin embargo, como vimos anteriormente, algunas normas constitucionales son plenamente eficaces y aplicables; no obstante, existen otras que van a depender de un desarrollo posterior para ser efectivamente aplicables, es acá donde debe exigirse el actuar del órgano encargado constitucionalmente de legislar (el poder legislativo), para que a través de la emisión de la norma correspondiente cumpla con un mandato que el poder constituyente le ha encomendado y de esta manera dotar de plena eficacia a la norma suprema.

Es así como, el carácter normativo de la Constitución implica que esta no debe ser apreciada como una norma programática, sino todo lo contrario; los preceptos en ella contenidos deben ser directamente aplicables.

Como ejemplo de lo anterior, el poder constituyente en el Artículo 70 de nuestra

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.



Constitución Política regula en cuanto a las comunidades indígenas: *“Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección”*; como podemos observar inmerso se encuentra un mandato constitucional dirigido al órgano legislativo, a efecto de emitir la norma que desarrolle dicho precepto y de esta manera sea plenamente eficaz y de aplicación inmediata y directa dicha norma.

Para concluir, indicamos lo expuesto por Ferdinand Lasalle, en cuanto a que, cuando las normas de la Constitución no tienen aplicación práctica, carecen de eficacia normativa; y como consecuencia, estamos frente a una *“... simple hoja de papel, subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno...”*¹²²

Lo anteriormente expuesto indica que la aplicación directa de la Constitución debe ser ejercida bajo 3 supuestos: vacío normativo, conflicto de leyes y colisión de principios. Que las consecuencias de la aplicación directa residen en la posibilidad de: extraer normas a partir de disposiciones constitucionales para llenar los vacíos normativos; de transformar el conflicto de leyes en una relación de regla de excepción vía proceso hermenéutico; y, de inaplicar o invalidar una norma que vulnere la Constitución.

¹²² Castro Patiño, Iván. Tesis doctoral: “La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana”. Pág. 17.





CAPÍTULO III

3 LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

3.1 Generalidades

Como se ha señalado en los capítulos anteriores, el Tribunal Constitucional es el órgano encargado de ejercer el control de la Constitución, esto se encuentra regulado en nuestra Constitución Política, que en su Artículo 268 preceptúa que la Corte de Constitucionalidad “*es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; que actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia*”.

En atención a sus funciones atinentes al control de constitucionalidad de las normas jurídicas, las resoluciones dictadas pueden producir dos efectos diferentes, dependiendo de si se plantea la inconstitucionalidad general de la ley, o bien, en caso concreto, en todo caso, lo que se persigue es declarar la inconstitucionalidad de una norma inferior contra una superior. Como lo señala la Corte de Constitucionalidad, en sentencia del 31 de enero de 1990: “... *La diferencia objetiva que resulta entre la inconstitucionalidad en caso concreto y la inconstitucionalidad de carácter general, reside en que aquella resuelve la inaplicabilidad al caso específico de la ley declarada inconstitucional, en tanto que en la segunda quedará sin vigencia con efectos <erga omnes>...*”.¹²³

En virtud de lo anterior, se evidencia que no aparece ninguna atribución del Tribunal Constitucional para legislar positivamente, pues los efectos de su actuación, en cualesquiera de los dos supuestos, son negativos.

El control de constitucionalidad, según Rivera Santiváñez “... *es aquella acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la cual*

¹²³ Gaceta No. 15, expediente No. 244-89, Pág. No. 20. Corte de Constitucionalidad.



*debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, por los gobernantes y gobernados, así como también debe ser aplicada con preferencia a las leyes, decretos o resoluciones...*¹²⁴ Continúa manifestando el autor que, se trata de una acción encaminada a verificar el cumplimiento de las condiciones de validez constitucional del ejercicio del poder político en una triple dimensión: a) la normativa, a partir de la verificación de las condiciones de validez formal y material de las disposiciones legales; b) resguardar y proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales contra los actos o resoluciones ilegales o indebidos que los vulneren; y, c) verificar que los diferentes órganos del poder constituido ejerzan sus funciones en el marco de las competencias asignadas por la Constitución.¹²⁵

Continúa manifestando el autor citado que *"... el control de constitucionalidad inicialmente se estructuró como un sistema de control de la compatibilidad de las leyes con la Constitución; tuvo su configuración en la tendencia racionalizadora del poder, como una reacción frente a la primacía para tener validez legal, no solamente cumplan con la formalidad de ser emitidas por el órgano Legislativo, sino se encuadren en las normas de la Constitución y sean compatibles con el sistema de valores y principios fundamentales sobre los que se estructura el Estado de Derecho..."*¹²⁶

Según la doctrina del Derecho procesal constitucional, un presupuesto jurídico esencial para la existencia del control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales es que la Constitución sea rígida total o parcialmente;¹²⁷ es decir, que esté ubicada en la cima de la jerarquía normativa del Estado y pueda ser reformada mediante mecanismos y procedimientos extraordinarios y especiales, distintos a los que se emplean para reformar una ley ordinaria; lo que supone que deberá ser reformada o por el poder constituyente derivado (Asamblea Constituyente o Referéndum Popular), o por el poder constitucional reformador (Congreso de la República), ello significa que les está

¹²⁴ J. A. Rivera Santiviáñez. *El tribunal constitucional defensor de la constitución*. Pág. 21.

¹²⁵ Cf. *Ibid.* Pág.22.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Cf. F. Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI*. Pág. 203.



prohibido a los órganos del poder constituido el modificar la Constitución, a través de sus actos o decisiones.

En cuanto a este argumento, nuestra Constitución Política de la República, en su Artículo 278, preceptúa: “... *Para reformar éste o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución, es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente...*”; de igual manera, el artículo 281 de la norma suprema, regula: “... *En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido...*”. Como podemos observar, nuestra Constitución Política es semi-rígida pues contiene una parte que no puede reformarse.

Por su parte, Elena Highton considera que: “*El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional...*”.¹²⁸

En palabras de Rivera Santiváñez, según la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, a partir del criterio del órgano encargado del control, se pueden identificar dos sistemas de control de constitucionalidad: el sistema de control político de constitucionalidad y el sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad.¹²⁹

Continúa manifestando el autor que “... *En el sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, a su vez la doctrina reconoce dos modelos, los que clásicamente se denominaron como: a) modelo de control jurisdiccional difuso o de la judicial review*

¹²⁸ E. I. Highton. *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. Pág. 107.

¹²⁹ Cf. Ob. Cit. Pág. 33.



(revisión judicial); y b) modelo de control jurisdiccional concentrado...”¹³⁰

Como podemos observar, existen dos formas de control de la constitucionalidad de las leyes, siendo estas: el control difuso o norteamericano y el control concentrado o austríaco. Estos han constituido la fuente del desarrollo de la justicia constitucional, pues han dado origen a una nueva rama del derecho denominado Derecho Procesal Constitucional, siendo su gran impulsor Hans Kelsen con sus publicaciones, principalmente en su libro denominado *Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, publicado en el año de 1928.

La materia que comprende la justicia constitucional es amplia, siendo: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes (nuestro recurso de inconstitucionalidad), los recursos y procedimientos específicos para la defensa judicial de los derechos fundamentales contra los actos del poder público, ya sean legislativos, judiciales o ejecutivos.

Manifiesta Rivera Santiváñez que en relación con la clasificación de los modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad, se puede decir que en la actualidad solo se justifica por razones metodológicas de estudio, toda vez que la bipolaridad entre el modelo americano y el modelo europeo tiende a desaparecer, por cuanto no existen modelos puros.¹³¹

En atención a lo anteriormente expuesto, brevemente analizaremos cada uno de estos dos grandes sistemas:

El sistema difuso o americano

Se caracteriza porque todos los jueces tienen la potestad y obligación legal de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a los decretos o resoluciones; pues como señala, Fernández Segado, “... todos los jueces están

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ob. Cit. Pág. 33.



habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución”.

Cabe señalar que este modelo de control de constitucionalidad tiene sus antecedentes en la doctrina desarrollada por el juez inglés Edward Coke en la resolución del “Bonham’s case”, en el año 1610, en defensa del common law y de su tradicional supremacía frente a los posibles excesos o arbitrios de la Corona y el Parlamento, doctrina que tuvo marcada influencia en los Estados Unidos de Norte América, donde, por la vía del Derecho Judicial o Derecho Jurisprudencial, los jueces y tribunales asumieron la función de velar por la primacía de la Constitución, concretamente a partir de la célebre sentencia emitida por el juez John Marshall al resolver el caso “Marbury vs. Madison”; de manera que, los jueces y tribunales desarrollan la labor del control de constitucionalidad con la firme convicción de que velar por la Constitución es tanto como proteger la libertad misma, así como el sistema de valores sobre los que se asienta la convivencia social y, por lo mismo el gobierno de la colectividad, que en el marco de esa doctrina constituye un gobierno limitado por la Constitución.¹³³

Por su parte, Xochitl Garmendia, considera que, “... *un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de <tribunal constitucional>, <corte constitucional> u otra similar. Es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico...*”.¹³⁴

El control de constitucionalidad difuso, presenta ciertas características, entre estas:

- 1 Todos los órganos jurisdiccionales están autorizados para emplear en su función de administrar justicia las reglas de interpretación del derecho; debiendo velar porque ninguna disposición normativa inferior contravenga lo normado en la Constitución.

¹³² F. Fernández Segado. *El sistema constitucional español*. Pág. 1036.

¹³³ J. A. Rivera Santiváñez. *Ob. Cit.* Pág. 37.

¹³⁴ X. Garmendia Cedillo. *Control difuso y control convencional de constitucionalidad*. Pág. 7.



- 2 Cualquier juez está investido del poder de no aplicar la ley que sea contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte (vía incidental).

- 3 La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley tiene efectos sólo en relación con el caso concreto (inaplicabilidad del caso concreto), pero por el *staredecisis*¹³⁵ (precedente judicial), produce efectos generales. En los Estados Unidos, los efectos generales de la sentencia provienen del *staredecisis*, figura necesaria dentro de la concepción del derecho en ese país, en donde no existe un sistema de normas cerradas que el juez debe interpretar e integrar, sino un conjunto de reglas concretas derivadas de los casos definidos.

Sistema concentrado

Según Fernández Segado, en su citada obra “El sistema constitucional español”, se caracteriza por otorgar a un organismo jurisdiccional especializado, llámese Tribunal Constitucional, el monopolio de las competencias para conocer de la constitucionalidad de las leyes, además de otras referidas a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.¹³⁶

Es importante señalar que este modelo de control de constitucionalidad, diseñado sobre la obra maestra del jurista austríaco Hans Kelsen, se sustentó principalmente en el peligro que conllevaba para la seguridad jurídica el conceder a cada juez o tribunal el poder de apreciar la constitucionalidad de las leyes, pues ello generó en la práctica la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales, fenómeno que cada vez fue más

¹³⁵ Stare decisis. Es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones; se entiende como, las decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante, constituye la doctrina del precedente judicial. Santiago Legarre y Julio Cesar Rivera. Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”. Revista Chilena de derecho. Recuperado en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007 (30 de julio de 2014).

¹³⁶ Cf. Ob. Cit. Pág. 1046.



grande, así lo constató Kelsen en Austria; pues, como afirma Fernández Segado, en su trabajo *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, "... el control de constitucionalidad encomendado a una jurisdicción especializada, el Tribunal Constitucional, como el órgano especializado de control de constitucionalidad, nace como un acto de desconfianza en los jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico a favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho...".¹³⁷

Como podemos observar, existen ciertas características en cuanto a este modelo de control de constitucionalidad, pudiendo señalar las siguientes:

- 1 Los jueces ordinarios no pueden conocer de la constitucionalidad de las leyes como manifestación de su poder de interpretación, ni bajo ninguna otra razón, sino una Corte Constitucional que, dentro del sistema de frenos y contrapesos, controla a los órganos públicos a efecto se respete la supremacía de la Constitución.
- 2 La sentencia que dicta la Corte Constitucional, tiene efectos generales; es decir, que elimina del derecho vigente la ley declarada inconstitucional.

3.2 El caso de Guatemala

Una vez establecido lo anterior, es necesario aplicar lo expuesto a nuestro caso, en Guatemala, el control de constitucionalidad se inició durante la vigencia de la Constitución promulgada en el año de 1879, como consecuencia de las reformas realizadas el 11 de marzo de 1921, que introdujeron este sistema con carácter difuso o descentralizado, facultando al Poder Judicial para ejercerlo.¹³⁸

¹³⁷ Ob. Cit. Pág. 212-213.

¹³⁸ Cf. S. Dighero Herrera. *El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala*. Pág. 243.



Esta Constitución fue reformada nuevamente en 1927; en lo referente al tema se estableció en el Artículo 85, que era potestad de la Corte Suprema de Justicia declarar al dictar sentencia, que una ley, cualquiera fuera su forma, no era aplicable por ser contraria a la Constitución. Sin embargo, se reguló algo novedoso: al conferir esta atribución a los tribunales de segunda instancia y jueces letrados de primera, la Carta señala que éstos podían declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes cuando fueren contrarias a la Constitución, inaplicación que sólo podrían hacer en los casos concretos y en las resoluciones que dictaran.¹³⁹

Esta norma se mantuvo hasta que la referida Constitución perdió vigencia, al consagrarse la de 1945, en la que se reguló esta facultad, limitándola a su consideración únicamente en sentencia. La Constitución de 1956, mantuvo el control difuso de la constitucionalidad, pero introdujo dos variantes: la primera, es la facultad que se confiere a las partes interesadas de pedir, en casos concretos, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, y la segunda es la inexistencia del límite de los tribunales a declarar la inconstitucionalidad únicamente en sentencia.¹⁴⁰

En 1965 se emitió una nueva Constitución, que estableció un tribunal concentrado para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. De esta manera, se creó la Corte de Constitucionalidad, pero con facultades diferentes de las actuales y con carácter de tribunal no permanente, llamado a integrarse cuando un caso fuera sometido a su conocimiento.¹⁴¹

En la actual Constitución (1985) opera un sistema mixto de control de constitucionalidad, pues pretende establecer una posición ecléctica de los dos sistemas previamente indicados. El sistema concentrado está en manos de un órgano especializado que ejerce el control de constitucionalidad con carácter general y cuyas sentencias poseen carácter *erga omnes*. Actúa como un legislador negativo, expulsando del ordenamiento jurídico la norma que considera lesiva a la norma

¹³⁹ Cf. Idem.

¹⁴⁰ Cf. Idem.

¹⁴¹ Cf. Idem.



suprema.

En cuanto al sistema difuso, se atribuye la facultad a todos los órganos jurisdiccionales, para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución, surtiendo efectos entre las partes que han intervenido en la controversia.

En nuestro caso, contamos con un tribunal supremo, denominado Corte de Constitucionalidad, que se encarga de conocer de la inconstitucionalidad en caso general; y, para el caso de la inconstitucionalidad en caso concreto, conocen los órganos jurisdiccionales ordinarios, aunque dichas resoluciones son viables de ser impugnadas por medio del recurso de apelación, del cual conoce en todos los casos la Corte de Constitucionalidad.

Este sistema se consagra de la siguiente manera: según el Artículo 266 constitucional, 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, debiéndose pronunciar el tribunal al respecto. El efecto que produce es la inaplicación de esta al caso concreto. Artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. (Sistema difuso).

En cuanto al sistema concentrado, la Corte de Constitucionalidad, posee la facultad de declarar la inconstitucionalidad general de cualquier norma, por lo que, en caso de que la pretensión sea acogida, el efecto será la exclusión de la norma del ordenamiento jurídico con carácter *erga omnes*. Artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

3.3 Antecedentes e importancia

La figura de la inconstitucionalidad por omisión, puntualizado por Luz Bulnes Adulnate, aparece en el derecho positivo en la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia promulgada en el año 1974, que estableció la atribución de oficio al Tribunal



Constitucional de constatar la falta de desarrollo de los preceptos constitucionales cuya aplicación lo requerían.¹⁴²

Además, como señala Luis Bernardo Díaz Gamboa, la figura de la inconstitucionalidad por omisión existió “... ya en la Constitución de Portugal de 1976 y en la Carta brasileña de 1988; en nuestro hermano país brasileño hay una figura muy importante, el mandado de injuncao que se parece a nuestra acción de cumplimiento, pero que se diferencia de la inconstitucionalidad por omisión, cuya declaratoria debe estar en cabeza del máximo guardián de la Carta...”¹⁴³

Ahora bien, según Luz Bulnes Adulnate, en la Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, consideró que los antecedentes de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, aparece en el derecho positivo “... en la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia promulgada en el año 1974 (...). En la actualidad, la acción de inconstitucionalidad por omisión la encontramos en el derecho constitucional de Portugal; así también, en los países de Brasil, Venezuela y Costa Rica...”¹⁴⁴

Continúa manifestando la autora citada, que el Derecho constitucional de Portugal contempla la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión solamente en el caso del silencio del legislador, cuando se requieren normas para dar eficacia a preceptos constitucionales que sin el desarrollo legislativo no pueden ser aplicados. Dicho país considera que la sentencia proferida por el Tribunal Constitucional será una recomendación al legislador a efecto corrija la omisión causada; la sentencia emitida tendrá un carácter coercitivo, en el sentido que obligaría al órgano correspondiente a

¹⁴² Cf. L. Bulnes Adulnate. *La inconstitucionalidad por omisión*. Revista semestral del centro de estudios constitucionales. Recuperado de: http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_14.pdf. (15 de julio de 2014).

¹⁴³ L. B. Díaz Gamboa. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 168. Recuperado de: http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista1/11luisdiaz.pdf. (15 de julio de 2014).

¹⁴⁴ L. Bulnes Adulnate. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 225.



legislar.¹⁴⁵

Ahora bien, Víctor Bazán considera que la figura de la inconstitucionalidad por omisión nace doctrinaria y jurisprudencialmente “... en Alemania. Es a partir de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dictada el 29 de enero de 1969 que se institucionaliza la efectivización del artículo 6 inciso 5 de la Ley Fundamental de Bonn, y desde ese entonces el Tribunal Constitucional ha entendido que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto al promulgar leyes que no están de acuerdo con ella como en los casos en que no cumpla, dentro de un término prudente, con un mandato contenido en ella...”¹⁴⁶

La institución de la inconstitucionalidad por omisión, según María Sofía Sagües, se justifica y se hace obligatoria, “... para la consolidación de un genuino Estado constitucional de derecho, donde las normas constitucionales no puedan ser manipuladas y ultrajadas por negligencia u omisión justificada del gobernante de turno (porque precisamente dicha justificación carece de toda validez o arreglo a un marco legal que supone lo contrario). De ahí que la inconstitucionalidad por omisión equivalga, desde el punto de vista del gobernado frente a su gobernante, al término de inconstitucionalidad por justificación...”¹⁴⁷

En atención a lo previamente señalado, podemos indicar que la figura de la inconstitucionalidad por omisión se justifica su existencia con el objetivo de garantizar la efectividad, exigibilidad, obligatoriedad y aplicabilidad de la norma suprema; exigiendo además la existencia de un Tribunal Constitucional encargado de velar porque la Constitución sea aplicable de manera eficaz, dotándola de plena validez.

En ese sentido, Néstor Pedro Sagües, considera: “... Suponiendo que el legislador no

¹⁴⁵ Cf. Ibid.

¹⁴⁶ V. Bazán. *Posibles vías de corrección de las omisiones inconstitucionales en los ámbitos del derecho público de la ciudad autónoma de Buenos Aires y provincial argentino*. En Ferrer-Macgregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*. Pág. 3652.

¹⁴⁷ M. S. Sagües. *Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión*. En Eduardo Ferrer-Macgregor (coord.) *Ob. Cit.* Pág. 3091.



dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (siempre que ese encargo no esté supeditado por la propia constitución a la libre decisión discrecional del legislador, vale decir, siempre que se trate de una norma constitucional programática de cumplimiento obligatorio, y no meramente optativo para el legislador), está violando a la Constitución, de manera análoga a cuando dicta una ley opuesta la Constitución...".¹⁴⁸

Como podemos observar, de lo anteriormente considerado, la inconstitucionalidad por omisión es una figura del derecho cuya necesidad se justifica en el momento de dotar de plena eficacia a la Constitución Política; puesto que en esta encontramos preceptos consagrados por el constituyente en los cuales se deja un mandato al legislador para que haga plenamente efectiva una norma; es así, como para lograr una completa aplicabilidad de la norma suprema se debe contar con una garantía constitucional que pueda hacer frente a esas omisiones en las que incurre el poder legislativo ante un mandato constitucional.

3.4 Concepto

En nuestro país, la Corte de Constitucionalidad, como garante de la supremacía constitucional, ha establecido en la sentencia dictada el 01 de junio de 1995, dentro del expediente número 531-94, que la Constitución Política de la República reconoce a sus habitantes el derecho y el deber de velar por el cumplimiento de su normativa máxima, permitiéndole ejercer libremente la acción popular de su defensa por medio de la acción de inconstitucionalidad, siendo competencia de ésta resolver en relación a su planteamiento.

Como afirma el doctor Castro Patiño, *“Las disposiciones constitucionales, no sólo que son normas supremas, sino que además son normas jurídicas con eficacia normativa directa. El carácter normativo de la Ley Fundamental opera como complemento y contrapunto del principio de la supremacía constitucional. Si la Constitución es ley suprema, <fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico>, debe ser*

¹⁴⁸ N. P. Sagües. *Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión*. En Ferrer-Macgregor. Ob. Cit. Pág. 3138.



exigible normativamente...”¹⁴⁹

Es así como, “... todo país que se precie de vivir un estado de derecho debe comenzar por asegurar que en su territorio se cumpla realmente la Constitución, no sólo por parte de los ciudadanos sino también por parte de los poderes constituidos...”¹⁵⁰

“Justamente en razón del carácter de norma jurídica suprema, con eficacia normativa, que tiene la Constitución y del nuevo perfil del constitucionalismo social, es preciso considerar que, tanto por razones de orden técnico, relativas a la función y metodología de la Ley Suprema, como por razones de orden fáctico o de conveniencia política, el texto de las constituciones no agota las materias que regula. La obra del constituyente queda, en algunos aspectos, incompleta...”¹⁵¹

Como consecuencia de lo anterior, la misma Constitución establece mandatos dirigidos al órgano legislativo, para que complemente la voluntad del poder constituyente; sin embargo, estos mandatos en algunas ocasiones no se cumplen, perjudicando de esta manera la fuerza normativa de la Constitución.

Siendo así como, esta inacción u omisión en relación a determinados mandatos emitidos por el poder constituyente a los poderes constituidos, en este caso el órgano legislativo, produce efectos contrarios a lo que dispone la norma suprema, encontrándonos frente a una inconstitucionalidad por omisión, puesto que, como vimos anteriormente la Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella ordena que se haga.

En ese orden de ideas, en cuanto al término omisión, Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Jurídico Elemental, lo conceptualiza como: “... *Abstención de hacer; inactividad. Falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario*

¹⁴⁹ I. Castro Patiño. Tesis doctoral: “*La inconstitucionalidad por omisión: Una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana*”. Pág. 16.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ I. Castro Patiño. Ob. Cit. Pág. 19.



*en relación con alguna cosa... ”*¹⁵²

Por su parte, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, define la palabra omisión, como: “... *la abstención de una actuación que constituye un deber legal...*”¹⁵³ Es decir, que la omisión consiste en dejar de hacer algo que constituye un deber.

La figura de la inconstitucionalidad por omisión ha generado diversos criterios en relación con su concepción, citando en la presente investigación algunos de ellos. Es así como, según la doctrina, el concepto de omisión puede ser dividido en dos grandes grupos: el primero que la concibe con un carácter extenso y el otro que lo entiende bajo una perspectiva más reducida. En el primer caso, la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, con lo que incluyen la no emisión de determinados actos políticos, administrativos, entre otros. En el segundo grupo, la inconstitucionalidad por omisión se configura en la inacción por parte del Poder Legislativo, ante un mandato del poder constituyente, que consiste en hacer.

Para efectos de la presente investigación, citaremos varios tratadistas que han definido la figura de la inconstitucionalidad por omisión, a efecto de ilustrarnos:

Jesús Casal, en la Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, citado por Alfredo Quispe, cuando define la inconstitucionalidad por omisión, la restringe a la cometida por el poder legislativo, indicando para el efecto: “... *la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando en cumplimiento, de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde*

¹⁵² G. Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. Pág. 348.

¹⁵³ *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado en: www.rae.es (17 de julio de 2014).



con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía...

Para el catedrático español José Julio Fernández Rodríguez, la inconstitucionalidad por omisión es “... la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación...”.¹⁵⁵

Bonilla Hernández ha indicado también que la inconstitucionalidad por omisión, “... se verifica en los casos que no sean practicados actos legislativos o ejecutivos requeridos para volver plenamente aplicables normas constitucionales que postulan una ley o providencia administrativa ulterior para que los derechos o situaciones en ellas previstos se hagan efectivos en la práctica...”.¹⁵⁶

El autor Víctor Bazán señala, en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, que “... se está frente a su presencia, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros...”.¹⁵⁷

Así también, encontramos la opinión de Francisco Fernández Segado, quien indica: “... la estructura de determinadas normas constitucionales, que requieren para su cumplimiento de una intervención reguladora ulterior, normalmente del legislador, si bien, aunque de modo excepcional, dicha intervención puede provenir asimismo de un órgano administrativo, con lo que la omisión -no cualquier omisión- del legislador genera la inconstitucionalidad por omisión...”.¹⁵⁸

La inconstitucionalidad por omisión, como podemos observar, es uno de los

¹⁵⁴ Ob. Cit. Revista semestral del centro de estudios constitucionales. Pág. 244.

¹⁵⁵ J. J. Fernández Rodríguez. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 89.

¹⁵⁶ P. A. Bonilla Hernández. *La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización*. Pág. 280.

¹⁵⁷ Anuario de derecho constitucional latinoamericano. La inconstitucionalidad por omisión. Pág. 47.

¹⁵⁸ F. E. Barrios López. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 65.



mecanismos más utilizados en los ordenamientos jurídicos en donde se encuentra regulado, con el objetivo de activar la inactividad de los poderes públicos en su deber de crear normas jurídicas, como bien lo señala el juez Domitilio Ferreras, "... es la *garantía procesal por excelencia, no desde el punto de vista tradicional como mecanismo de control de las leyes contrarias a la Constitución, sino en tanto será utilizada como forma de ataque de la inactividad de los poderes públicos en su dimensión absoluta y relativa...*"¹⁵⁹

Por último, cabe mencionar que Bonilla Hernández considera que la institución procesal de la inconstitucionalidad por omisión se justifica y hasta se hace obligatoria, para la consolidación de un genuino Estado Constitucional de Derecho, donde las normas constitucionales no puedan ser manipuladas y ultrajadas por negligencia u omisión justificada del gobernante de turno (porque precisamente dicha justificación carece de toda validez o arreglo a un marco legal que supone lo contrario). De ahí que la inconstitucionalidad por omisión equivalga, desde el punto de vista del gobernado frente a su gobernante, al término de inconstitucionalidad por justificación.

Por su parte, Luis Aldunate, por medio de una publicación realizada en la Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, emitida en el mes de julio de 2006, consideró: "... *Este control de inconstitucionalidad por omisión se refiere solamente a intervenciones legislativas específicas, no es un control de la omisión del legislador en general, lo que se dice es que el Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad cuando hace falta una norma jurídica para tornar efectivo un precepto de la Constitución; cuando son necesarias algunas medidas legislativas para tornar efectivas, accesibles, las normas constitucionales. Es solamente un control cuando hace falta una ley específica para dar cumplimiento a una exigencia constitucional...*"¹⁶⁰ El autor acá citado, podemos observar que al desarrollar el tema de la inconstitucionalidad por omisión, se circunscribe a la omisión por parte del legislador, considerando que el mismo se configura como un control de la constitucionalidad, en cuanto a dotar de

¹⁵⁹ D. Ferreras. Inconstitucionalidad por omisión. <http://eng.org./blog/?p=641> (2 de mayo de 2014).

¹⁶⁰ Revista semestral del centro de estudios constitucionales. Universidad de TALCA. Pág. 75.



fuerza normativa a la norma suprema.

El doctor Iván Castro Patiño define la inconstitucionalidad por omisión, como: “... *la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución...*”.¹⁶¹

Como hemos observado, hay autores que conceptualizan la inconstitucionalidad por omisión como la falta total de desarrollo de un mandato constitucional por todos los funcionarios públicos y otros solamente en cuanto al Poder Legislativo, en cuanto a su función primordial de legislar; en la presente investigación nos referiremos, en cuanto a la falta de cumplimiento por parte del Organismo Legislativo, de la función que constitucionalmente le ha sido encomendada por el poder constituyente.

Por último, es importante hacer mención que la inconstitucionalidad se da no solamente por acción, cuando el sujeto de derecho viola la norma constitucional, sino también ocurre por omisión, cuando el sujeto encargado de desarrollar un precepto de la Constitución no lo realiza durante un tiempo prolongado, ocasionando con esta omisión, el incumplimiento de dicho precepto o en su caso, la negación de derechos fundamentales consagrados en la norma suprema.

En ese sentido, el caso particular de Guatemala, el poder constituyente dejó determinados mandatos en nuestra Constitución Política, en cuanto a que debían crearse leyes específicas, que desarrollaran y reglamentaran temas puntuales de beneficio para la ciudadanía.

Como conclusión, se cita lo señalado por Ferreras al indicar que la inconstitucionalidad por omisión puede definirse como “... *el mecanismo procesal idóneo para acceder al control de constitucionalidad sobre aquellas omisiones normativas que violenten los*

¹⁶¹ I. Castro Patiño. *Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 74.



mandatos contenidos en la Constitución... ”¹⁶²

Cabe recordar que, la diferencia entre una omisión de cualquier órgano de poder y la omisión del poder legislativo, radica en que si el legislador no realiza el encargo de dictar la norma que desarrolla a la Constitución, lo contenido en ella puede verse postergado al momento de invocarse ante el órgano encargado de darle efectividad, alegando su inaplicabilidad por falta de norma que lo desarrolle.

Una vez establecidas las diversas conceptualizaciones del término inconstitucionalidad por omisión, y para los efectos de la presente investigación nos referimos a la omisión realizada por el órgano legislativo; nosotros proponemos una definición de dicha figura jurídica; coincidiendo en su mayoría con la propuesta por Fernández Rodríguez. En ese sentido, se señala que: la obligación de legislar se deriva del mandato establecido por el poder constituyente en la Constitución, como un deber encomendado al órgano legislativo con la finalidad de desarrollar los preceptos en ella contenidos; es así, como la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se conceptualiza como un medio o instrumento de carácter procesal, a través del cual se pretende dotar de efectividad a aquellos mandatos constitucionales que el poder constituyente ha encomendado al órgano legislativo para que sean desarrollados y de esta manera poder gozar de plena aplicabilidad la Constitución Política.

Es decir, que la inconstitucionalidad por omisión consiste en aquella inactividad por parte del poder constituido (órgano legislativo) en cuanto al cumplimiento de un mandato ordenado por el poder constituyente, en la misma norma suprema, para que desarrolle determinado precepto constitucional, a efecto de cumplir y establecer la fuerza normativa de la Constitución. Esta inactividad, por parte del legislador, debe ser por un período largo de tiempo y vulnerar con su inacción los derechos que la misma norma constitucional le otorga a los ciudadanos.

Esta inconstitucionalidad por omisión constituye la inobservancia de los mandatos concretos contenidos en la Constitución, cuyo cumplimiento es obligatorio; como

¹⁶² D. Ferreras. Ob. Cit.



consecuencia de la inacción por parte de los poderes constituidos, dentro del plazo que la misma norma establezca o bien un plazo razonable, lo que genera la pérdida de eficacia normativa de la Constitución Política.

3.5 Naturaleza

A efecto de establecer la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad por omisión, Patricia Estévez Huebra, Laura Gallego Herraéz y varios autores, en su publicación denominada: *Cien años de soledad: la inconstitucionalidad por omisión*, señalan que: “... la Constitución, por su propias funciones y características, no puede agotar todas las instituciones que recoge, por lo que hace necesaria la actuación ulterior del legislador. Siendo esta necesidad, la que da origen a la figura jurídica de la inconstitucionalidad por omisión...”.¹⁶³ Señalan los autores indicados que, en cuanto al sentido amplio de la inconstitucionalidad por omisión (señalado anteriormente), dicha tesis es defendida por autores como Víctor Bazán (la inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano), German Bidart Campos (la justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión), Néstor Pedro Sagües (instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión), Fernando Fernández Segado (el control de las omisiones legislativas), etc.; ahora bien, en cuanto al sentido restrictivo de dicha figura jurídica, dicha tesis es defendida por José Julio Fernández Rodríguez (la inconstitucionalidad por omisión), Ignacio Villaverde (la inconstitucionalidad por omisión), entre otros.

Ahora bien, al abordar el tema específico de la omisión legislativa; citamos, para el efecto, a Saray Hernández Pérez, que en su tesis para obtener el grado de Maestra en Derecho de la Universidad Veracruzana, del Estado de México, al desarrollar el tema de la omisión legislativa, consideró: “... La omisión legislativa es una especie del género omisión normativa, es decir, la falta o ausencia de creación de normas jurídicas en la que puede incurrir el legislador incluso otros órganos del Estado, como el ejecutivo al

¹⁶³ P. Estévez Huebra, Gallego Herraéz, González Herrera, Reifarth Muñoz, Martí, Sánchez Carrero, Sánchez González, Sastre García, Torres Díaz. Recuperado en: www.bivicce.corteconstitucional.gob.ec (2 de mayo de 2014).



no emitir un reglamento que torne plenamente eficaz una ley, por lo que dicha omisión se traduce en inconstitucional cuando el legislador ha recibido un encargo específico del Constituyente para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada o directa que precisa de su intervención posterior, esto atendiendo al sistema de fuentes que la propia Constitución establezca para alcanzar plena vigencia, pues sin dicha injerencia estaríamos en presencia de normas incompletas para poder ser interpretadas o empleadas en forma directa por los encargados de la administración pública, particulares o jueces, ya que no podemos dejar de señalar que no todos los artículos de la Carta Magna sea federal o estatal poseen igual significación y protagonismo, al margen de exigir intensidad en su desarrollo...”¹⁶⁴

Como podemos observar, la Constitución no sólo le otorga atribuciones al legislador para regular una materia en concreto, también le confiere normas imperativas, por medio de las cuales le prohíbe la realización de una determinada conducta (prohibición) o le ordena que la efectúe (mandato), lo cual resulta necesario para distinguir entre lo que la norma suprema obliga hacer al legislador y lo que está prohibido por la misma.

En relación a lo anterior, Saray Hernández Pérez, considera: “... si a la Constitución puede ultrajarse su condición de norma jurídica por la ausencia de normas de desarrollo, también se afectará su principio de ser norma suprema. Por esto, en todo Estado Constitucional es deber del órgano encargado de la defensa de la Constitución solicitar al legislador adoptar las leyes apropiadas para que garantice los valores contenidos en dicha Carta Magna...”¹⁶⁵

Jesús Casal, en la Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, citado por Alfredo Quispe Correa, indicó: “... la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando en

¹⁶⁴ S. Hernández Pérez. Tesis titulada “Análisis de la acción por omisión legislativa en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave y el Proyecto de Ley Reglamentaria”.

¹⁶⁵ Ob. Cit. Pág. 9.



cumplimiento, de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde a la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía...”.¹⁶⁶

El propio Alfredo Quispe, nos proporciona una definición del término inconstitucionalidad por omisión, señalando para el efecto: “... *partimos de la definición de lo que significa el término inconstitucionalidad: incompatibilidad de la ley con la Constitución, por lo que resulta inapropiado emplear la denominación de <incompatibilidad por omisión>. La incompatibilidad se refiere comparando normas de diferentes jerarquías, lo que no es posible entre un texto de la Constitución, que existe, con lo que no existe, porque la <omisión> es un no hacer. Y, lo que no se ha ‘hecho’, no existe...”.¹⁶⁷ Continúa manifestando el autor, que si la idea de la inconstitucionalidad por omisión va en el sentido de que la falta de una norma reglamentaria o de desarrollo constitucional, impide a una persona satisfacer un derecho, se incurre en error porque no se trata de una “inconstitucionalidad”, sino de un incumplimiento a un mandato constitucional: “hacer una ley”. De la definición anterior, podemos observar que el autor considera que dicha figura jurídica no debería concebirse como inconstitucionalidad por omisión; puesto que, no se trata de que una norma inferior contradiga la norma superior; sino, consiste en un incumplimiento a un mandato que la misma norma suprema contempla. En ese sentido, nosotros no compartimos el criterio sustentado por Alfredo Quispe; en virtud que, la norma suprema puede vulnerarse por acción o por omisión (como vimos anteriormente); por acción, cuando se hace lo que la norma prohíbe; y por omisión, cuando se deja de hacer lo que ella manda; por lo tanto, al dejar de cumplir con un mandato constitucional, se convierte en una inconstitucionalidad por omisión.*

Con base en las anteriores anotaciones, podemos indicar que, las normas constitucionales no todas se cumplen en plenitud; afectando de esta manera la plena vigencia de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. En ese sentido, la inconstitucionalidad por omisión; se justifica en virtud que ante el incumplimiento de

¹⁶⁶ Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales. Pág. 224.

¹⁶⁷ Idem. Pág. 248.



los deberes del órgano legislador, se pueda vulnerar alguno de los derechos expresamente consagrados por el poder constituyente en la Constitución; se debe regular el mecanismo idóneo en la normativa constitucional, como una garantía constitucional, a través de la cual se pueda dotar, a la persona que se considere vulnerada ante tal omisión, para que accione ante el Tribunal Constitucional, solicitando la plena eficacia de sus derechos constitucionales; es decir, que la figura de la inconstitucionalidad por omisión constituye una garantía constitucional cuyo objetivo es velar por la supremacía y defensa del orden constitucional; debiendo garantizar que los mandatos contenidos en la Constitución por el poder constituyente sean debidamente cumplidos por los poderes constituidos.

Como podemos observar, la inconstitucionalidad por omisión es una figura jurídica cuyo fin primordial consiste en hacer que se cumplan los mandatos establecidos en la Constitución por el poder constituyente; es decir que, la misma constituye una garantía constitucional de carácter procesal a través de la cual se posibilita el ejercicio y la defensa de los derechos tutelados en la norma suprema.

En ese sentido, la misma se configura como un mecanismo o instrumento de carácter procesal, que la Constitución Política le otorga a los habitantes de un Estado, con el fin primordial de que los poderes constituidos cumplan con los mandatos que el poder constituyente les ha encomendado, ya sea de manera implícita o explícita; para que la Constitución sea plenamente aplicable y eficaz.

3.6 Legislación comparada

No obstante de la importancia que tiene la figura jurídica de la inconstitucionalidad por omisión, son pocos los ordenamientos jurídicos que la han regulado; para los efectos de la presente investigación, nos referiremos a los países de América Latina que tienen regulada dicha institución; por ejemplo: los estados de Río Grande do Sul, Sao Paulo, Santa Catarina y Río de Janeiro, en Brasil; la Provincia de Río Negro, en Argentina; Venezuela; Costa Rica; y, el Estado de Veracruz, en México.

a) Brasil. En la República Federativa de Brasil rige en la actualidad un sistema de



control constitucional que podríamos calificar de ecléctico, “... pues presenta elementos propios del método difuso, incidental o norteamericano en tanto que el control de la constitucionalidad puede ser realizado por todos los órganos judiciales en el ámbito de sus correspondientes competencias; y del sistema concentrado, europeo o kelseniano, en tanto que el control directo y abstracto, con efecto erga homines, está otorgado al Supremo Tribunal Federal y al Superior de Justicia, en el ámbito de la Federación y de los estados miembros de la Federación, respectivamente...”¹⁶⁸

En Brasil, según Gerardo Eto Cruz, “... prevé en su texto del 5 de octubre de 1988 prácticamente dos grandes procesos constitucionales para conjurar las omisiones inconstitucionales: a) por un lado a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión; y, b) por otro, la figura del <mandado injuncao> (art. 5 inc. LXXI y art. 102 inc. II a) y art. 105 inc. I, h)...”¹⁶⁹

Esta figura jurídica se encuentra regulada en algunos de sus Estados, por ejemplo: Río Grande do Sul (artículo 95), Río de Janeiro (artículo 162), Sao Paulo (artículos 74 al 90); y, Santa Catarina (artículo 85).

La Constitución de la República Federativa de Brasil le otorga la facultad al Supremo Tribunal Federal, quien emite una declaración de inconstitucionalidad por omisión y en un aviso al órgano renuente (si se trata de un ente administrativo, fijándole un plazo para la realización de la tarea faltante), como también un mandato de ejecución a favor del perjudicado, siempre que la falta de normativa torne invariable el ejercicio de derecho y libertades constitucionales, que puede incluir una orden judicial para que se satisfaga el derecho faltante, paralizado por la falta de ley reglamentaria.¹⁷⁰

En ese sentido, **la Constitución Política de Brasil**, regula en su artículo 103, quienes pueden interponer la acción de inconstitucionalidad: el Presidente de la República, la

¹⁶⁸ I. Castro Patiño. Ob. Cit. Página 89

¹⁶⁹ G. Eto Cruz. *Una defensa constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión*. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2222/7.pdf> (23 de julio de 2014).

¹⁷⁰ Cf. V. Bazán. *Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva*. En Víctor Bazán (coord.) “Desafíos del control de constitucionalidad”. Página 182.



Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de los Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional y las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.¹⁷¹

El Procurador General de la República deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal.

Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo para que se haga en 30 días.

b) Costa Rica. La figura de la inconstitucionalidad por omisión y su aplicación se asemeja a la establecida en el derecho brasileño. En el caso de Costa Rica, a través de la reforma constitucional 7128 del 18 de agosto de 1989, se creó la jurisdicción constitucional, incluyendo en el artículo 10: “... *corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público...*”.¹⁷²

En ese sentido, Víctor Orozco Solano y Silvia Patiño Cruz, letrados de la Corte de Constitucionalidad de Costa Rica, hicieron un análisis en cuanto a esta figura, considerando: “... *en Costa Rica es casi nulo el tratamiento doctrinal y la Sala Constitucional ha sido cautelosa en tratándose del control sobre las omisiones legislativas inconstitucionales, incursionando únicamente y en algunos casos en el*

¹⁷¹ Constitución Política de 1988. Recuperado en:

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>. (24 de julio de 2014).

¹⁷² E. Jinesta L. *Sistema de control constitucional en Costa Rica*. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.) “Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamerica”. Pág. 1.



*control de las omisiones reglamentarias, a pesar que en el ordenamiento costarricense existen las previsiones constitucionales y legales suficientes para instaurar el control de constitucionalidad por omisión en toda su extensión... ”*¹⁷³

En tal virtud, en Costa Rica no puede hablarse que únicamente la acción de inconstitucionalidad por omisión sea el mecanismo idóneo para realizar el control de las omisiones inconstitucionales, pues las particularidades del sistema costarricense permiten en el ámbito normativo la implementación del control de constitucionalidad mediante la vía de consulta legislativa de constitucionalidad en virtud de los cuales la Sala formula una opinión consultiva previa en cuanto a la conformidad con el derecho de la Constitución de los proyectos legislativos y la consulta judicial de constitucionalidad aplicable cuando el juez tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento; asimismo, está previsto el recurso de amparo, tratándose de las omisiones reglamentarias.

En el caso de Costa Rica, la institución de la inconstitucionalidad por omisión no está protegida constitucionalmente, sino por una ley, tenemos así que la Ley de la Jurisdicción Constitucional o Ley número 7135 del 11 de octubre de 1989, en su título IV (de las cuestiones de constitucionalidad, capítulo I) de la acción de inconstitucionalidad, consagra en el Artículo 73: *“Cabrá la acción de inconstitucionalidad: (...) f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas...”*¹⁷⁴ Como podemos observar, no regula un trámite específico para la misma. Sin embargo, se evidencia que la omisión a la que hace referencia la legislación costarricense, pareciera más una omisión de resolver por parte de la administración pública y no así una omisión por parte del órgano legislativo, en su función de legislar.

c) Venezuela. Su Constitución del año de 1999, establece la figura de la inconstitucionalidad por omisión, indicando que es aquella en la cual incurre el órgano

¹⁷³ S. Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano. *La inconstitucionalidad por omisión*. Página 183.

¹⁷⁴ Recuperado en: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leydejurisdiccion.pdf> (28 de julio de 2014).



legislativo cuando no ha emitido las normas que garanticen el cumplimiento de la Constitución, o ya bien, las haya dictado en forma incompleta. En este caso, la sentencia determina la inconstitucionalidad de la conducta negativa del legislador y le otorga un plazo a efecto corrija la inconstitucionalidad declarada. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela entró en vigencia el 30 de diciembre de 1999, su título VIII, trata de la protección de la Constitución, y en el mismo, su capítulo I, de las garantías de la Constitución.

El artículo 336 determina las atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuyo numeral 7, señala: “... *Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección...*”¹⁷⁵

En cuanto a los efectos que causa la resolución o sentencia, queda claro que además de la declaración de existencia de la omisión, debe fijar un plazo para que el respectivo órgano legislativo dicte la norma pertinente. Así también, se le ha otorgado a la Sala Constitucional la facultad de incluir en su resolución los lineamientos sobre los cuales debe basarse la corrección.

Según Luz Bulnes Aldunate, “... *En la Constitución de Venezuela de 1999 se establece la institución de la inconstitucionalidad por omisión en que incurre el poder legislativo cuando no ha dictado las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, y de ser necesario la sentencia determina la inconstitucionalidad de la conducta negativa o inercia del legislador y le señala un plazo para corregir la inconstitucionalidad declarada...*”¹⁷⁶

d) Chile. En Chile no se encuentra regulada esta figura constitucional; sin embargo,

¹⁷⁵ Recuperado en: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>.

¹⁷⁶ L. Bulnes Aldunate. *La inconstitucionalidad por omisión*. Página 256.



en algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, se han realizado recomendaciones al legislador y se han declarado inconstitucionalidades por falta de desarrollo legislativo de preceptos constitucionales.

Luz Bulnes Aldunate, considera: “... Nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de requerir al órgano jurisdiccional frente a la omisión o inercia del legislador, sin embargo en varias de sus sentencias el Tribunal Constitucional ha seguido el criterio de formular advertencias al legislador, siendo la primera de ella el Rol 53 sobre *Votaciones Populares y Escrutinios*, en la que el Tribunal <hace presente a la H. Junta de Gobierno, la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia...”.¹⁷⁷

e) México. Ahora bien, en cuanto al Estado de México, se vislumbran ciertos antecedentes en las Constituciones de los Estados de: Veracruz, que en su Constitución regula en su artículo 64: “... el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, que tendrá competencia para: (...) III. Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia...”;¹⁷⁸ así también, el artículo 65 preceptúa: “... III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades,

¹⁷⁷ Ob. Cit. Página 258.

¹⁷⁸ Recuperado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Veracruz/wo21745.pdf> (28 de julio de 2014).



*en tanto se expide dicha ley o decreto...”*¹⁷⁹

De igual manera, el Estado de Tlaxcala, en su Constitución, regula en el artículo 81: “...
*VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad...”*¹⁸⁰

La Constitución del Estado de Chiapas, en su artículo 56, dispone: “... III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; b) cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso; o, c) cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La resolución que emita el pleno de la Sala Superior que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado; en dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para que esta

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Recuperado en:

<http://contraloria.tlaxcala.gob.mx/pdf/normateca/constitucion%20politica%20del%20estado%20libre%20y%20soberano%20de%20tlaxcala.pdf> (28 de julio de 2014).



resuelva...”¹⁸¹

Por último, la Constitución del Estado de Quintana Roo, consagra en su artículo 103: “... VIII. Resolver las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad local y las acciones por omisión legislativa, en términos de los Artículos 104 y 105 de esta Constitución y conforme al procedimiento que establezca la Ley Respectiva...”.¹⁸²

Los artículos 104 y 105 mencionados en el párrafo anterior, regulan, el primero de ellos sobre el control constitucional y el segundo sobre la integración del Tribunal Superior de Justicia.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento a seguir, el artículo 105 constitucional, señala: “... III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por: a) El Gobernador del Estado; o b) un Ayuntamiento del Estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado...”;¹⁸³ al párrafo anterior, según reforma del 2 de julio de 2008, se consignó: “... En dicha resolución se determinará un plazo que se expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el período ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite...”.¹⁸⁴

Según lo expuesto por el tratadista César Astudillo, “... ha sido hace poco tiempo cuando la problemática de la inconstitucionalidad por omisión fue abordada tanto por la

¹⁸¹ Recuperado en: <http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM07chiapas/constitucion.pdf> (28 de julio de 2014).

¹⁸² Recuperado en:

<https://www.scjn.gob.mx/normativa/Legislacin%20Recursos/33%20CONST%20QUINTANA%20ROO%2021%20FEB%202013.pdf> (28 de julio de 2014).

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.



*Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en su calidad de órgano de gobierno como por diversas entidades federativas, entre las que se cuentan Veracruz, Tlaxcala, Chiapas y Quintana Roo, donde de forma por demás innovadora se instrumentó un específico y autónomo proceso constitucional para el conocimiento de las omisiones legislativas...”*¹⁸⁵

f) Argentina. Por último, citamos el caso de Argentina, en el cual la figura de la inconstitucionalidad por omisión se encuentra conceptualizada en las provincias de: Río Negro, cuya Constitución regula en su artículo 207: *“El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: (...) 2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: (...) d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite...”*¹⁸⁶

Ahora bien, en la provincia de Tucumán, la figura de la inconstitucionalidad por omisión se encuentra restrictivamente desarrollada, en su Constitución, el artículo 134, establece: *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 2. Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquéllos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, venciendo el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o*

¹⁸⁵ C. Astudillo. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Página 298.

¹⁸⁶ Recuperado en: http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/file/contituciones/cp_rionegro.pdf (28 de julio de 2014).



parcial, de la norma de que se tratare...”.¹⁸⁷

De lo anterior podemos observar que, el Tribunal Constitucional al constatar la omisión en que ha incurrido el órgano legislativo, fijará un plazo prudencial, a efecto emita la ley que determinado precepto constitucional le ordena; ante el incumplimiento del mismo, el órgano supremo, establecerá las bases para que dicha normativa sea aplicable.

En ese sentido, la figura de la inconstitucionalidad por omisión, constituye una verdadera garantía constitucional, a través de la cual se puede accionar ante la inactividad del poder legislativo, al cumplimiento de un mandato instituido por el poder constituyente en la Constitución.

Además, que la regulación de la inconstitucionalidad por omisión en algunos Estados se encuentra prevista, ya sea en la Constitución o en alguna ley, mientras que en otros su desarrollo ha sido vía jurisprudencial.

g) Guatemala. Como hemos podido observar, el derecho comparado muestra una gran variedad de legislaciones que han desarrollado y regulado la figura de la inconstitucionalidad por omisión. En palabras de Pablo Luis Manili: “... *La mayoría de los países no las han regulado constitucional o legalmente, de manera que la magistratura constitucional (sea un tribunal, corte o sala constitucional, o incluso una corte suprema), han tenido que afrontarlas, caso a caso, construyendo una doctrina judicial sobre la materia; digamos de forma genérica, que estas jurisdicciones constitucionales han acudido a una variedad de sentencias atípicas para ello...”.*¹⁸⁸

En el caso de Guatemala, esta figura no se encuentra regulada dentro de nuestro ordenamiento jurídico; razón por la cual, se deben establecer los presupuestos válidos para la creación de la misma, a través de un procedimiento que haga viable su

¹⁸⁷ Recuperado en: http://www.intertournet.com.ar/argentina/constitucion_tucuman.htm (28 de julio de 2014).

¹⁸⁸ P. L. Manili. *Inconstitucionalidad por omisión. Implicaciones contemporáneas a la luz del caso Marbury vs. Madison*. En: Ferrer Mac-gregor, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Pág. 578.



planteamiento.

En la legislación guatemalteca el órgano competente para conocer en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, es la Corte de Constitucionalidad, en su calidad de órgano supremo contralor de la supremacía constitucional; el Artículo 268 de nuestra Constitución Política, instituyó a la Corte de Constitucionalidad como un tribunal de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Ello es porque la Constitución como fuente unitaria del derecho de una nación es la génesis del ordenamiento jurídico, ya que algunas veces regula en forma directa ciertas materias y, en otras oportunidades, al establecer los órganos y procedimientos que determinan la creación de la norma jurídica, se constituye como norma reguladora de las demás fuentes del derecho. De lo anterior, deviene que formalmente la razón de validez del orden jurídico se deriva de una sola norma fundamental, esta es, la Constitución Política, cuya supremacía ha sido reconocida en la misma norma en sus Artículos 175 y 204, y como corolario de esto, cabe indicar que ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades superiores a las que le otorga la carta fundamental.

En nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran reguladas dos clases de inconstitucionalidad de las leyes, en el Artículo 266 constitucional, se encuentra regulada la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos; y, en el Artículo 267 la inconstitucionalidad de las leyes de carácter general; la diferencia entre ambas radica en que, la primera de estas resuelve la inaplicabilidad al caso específico de la ley declarada inconstitucional, en tanto que en la segunda, quedará sin vigencia con efectos “erga omnes”; es decir, que en ambos casos se obtendrían efectos negativos, pues en el primero se inaplicaría un precepto normativo con efectos inter partes a un caso concreto; y, en el segundo se inaplica una ley con efectos para todos los ciudadanos, en ambos por contradecir alguna norma constitucional. Ahora bien, en el caso de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, los efectos que produce serían positivos, pues al promover dicha figura ante la Corte de Constitucionalidad, y esta resolver, su efecto sería la de emitir e incorporar una norma dentro de nuestra legislación. En las inconstitucionalidades previamente señaladas, existe una confrontación entre la norma de rango ordinario o infra constitucional con la



constitucional; en la inconstitucionalidad por omisión, la inconstitucionalidad se produce no por lo que se dice en la norma impugnada, sino porque existe una carencia de una norma legal que impide el desarrollo de un precepto constitucional.

En ese orden de ideas, Pablo Andrés Bonilla, indica: “... *De no adoptarse la inconstitucionalidad por omisión en el orden jurídico guatemalteco, se perdería la fuerza normativa del precepto constitucional, y el gobernado no encontrará antídoto alguno frente a la retórica y la demagogia, pero sobre todo frente al contenido agigantado de normas desprovistas de desarrollo y positividad jurídica...*”.¹⁸⁹

Es así como se hace evidente la necesidad de incorporar dentro de nuestra legislación la figura de la inconstitucionalidad por omisión, puesto que el poder constituyente al emitir la Constitución, le otorgó al Organismo Legislativo ciertas facultades, entre ellas la potestad legislativa, de la cual, ante la inobservancia por parte de este ante ciertos mandatos constitucionales para la creación de leyes de carácter específico, mandatos incorporados de manera explícita o implícita en la norma suprema, violente el orden jurídico constitucional al no garantizarle a los habitantes de la República el cumplimiento de sus derechos.

¹⁸⁹Ob. Cit. Pág. 63.





CAPÍTULO IV

4 LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y SU INCORPORACIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO. PRESUPUESTOS VÁLIDOS PARA SU INCORPORACIÓN

4.1 Fuerza normativa de la Constitución

Como lo manifiesta Cecilia Mora-Donatto, “... reconocer a la Constitución como la norma fundamental del ordenamiento, nos inserta en la problemática de su eficacia o, mejor dicho, en la cuestión de la fuerza normativa de la Constitución...”.¹⁹⁰

Continúa manifestando la autora, que la fuerza normativa de la Constitución descansa, más que en las demás normas, en el consentimiento de la sociedad, en la aceptación por parte de ésta de la Constitución como el mejor instrumento para ordenar jurídicamente los conflictos políticos que en aquella se producen.¹⁹¹

Sin embargo, el reconocimiento de la Constitución como norma plenamente exigible a la actuación de los poderes del Estado, no se dio de manera espontánea, como manifiesta García de Enterría: “... sino que constituye un aporte sustancial del Constitucionalismo Norteamericano y de un desarrollo histórico que culminó con la capital sentencia en 1803 dictada por el Juez Marshall, en el asunto *Marburyvrs. Madison...*”.¹⁹²

A partir de la referida sentencia, se admitió la competencia de los órganos ordinarios de inaplicar, cuando resolvieran determinado asunto, todas aquellas disposiciones que contravinieran los preceptos que la Constitución estableciera.

De igual manera, es necesario citar el criterio sostenido en 1958 por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el asunto “Cooper vrs. Aaron”, en el cual señaló

¹⁹⁰ C.Mora-Donatto. *El valor de la Constitución normativa*. Pág. 10

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² E.García de Enterría. *Ob. Cit.* Pág. 61



que la interpretación que se realiza sobre la Constitución es “... *la ley suprema de la tierra*”, y vincula lógicamente las actuaciones de los demás órganos jurisdiccionales, como del Poder Ejecutivo y del Legislativo.¹⁹³

Cabe indicar que las ideas relativas al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, y el establecimiento de garantías para asegurar la observancia oportuna de la Norma Fundamental, frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos, no fueron bien recibidas en Europa durante el siglo XIX. En este sentido, en esta época más bien imperó el principio de primacía de la ley como criterio para solventar los problemas de la división de poderes, lo que corresponde al período histórico que dio origen al Estado Liberal en Francia.¹⁹⁴

Sobre el tema, Acosta Sánchez indica que las constituciones alemanas y francesas del siglo XIX son expresiones de un Constitucionalismo sin Constitución,¹⁹⁵ justamente porque estaban desprovistas de garantías jurisdiccionales. Por su parte, Gustavo Zagrebelsky, advierte que “... *así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el XX ha sido el de la justicia constitucional...*”.¹⁹⁶

En ese orden de ideas, Fernández Rodríguez explica que si bien el concepto revolucionario de las constituciones europeas es similar al norteamericano, en esta época fueron desestimados de manera anticipada todos los intentos de realizar un control de constitucionalidad. De ahí que la propuesta del “*jurieconstitutionnaire*” de Siéyes de 1795, más bien fue una de control político y no jurisdiccional, aunque se preveía la declaratoria de nulidad de los actos que se consideren inconstitucionales.¹⁹⁷

De lo anterior se evidencia que, las ideas aludidas no fueron recibidas por el Constitucionalismo Europeo sino hasta principios del siglo XX, aunque con notables

¹⁹³ Cf. N. Sagúes. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*. Fundación Konrad-Adenauer.Stiftung. Pág. 266 y 267

¹⁹⁴ Cf. J. Jurado Fernández. *Jueces y constitución en Costa Rica*. Pág. 34

¹⁹⁵ J. Acosta Sánchez. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*. Pág. 149

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ J. Fernández Rodríguez. Ob. Cit. Pág. 28



diferencias de los postulados desarrollados en Norteamérica, por dos vías: una que responde a la articulación del Imperio Alemán y la Monarquía Austro-húngara; y la otra que responde a la Constitución austriaca de 1920, que recoge los aportes del jurista más importante del siglo XX, Hans Kelsen.¹⁹⁸

En síntesis, y de acuerdo con Favoreu, mientras en el *“... sistema americano, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional, y no se distingue de hecho de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, cualquiera que sea su naturaleza, los juzgan los mismos tribunales y, en líneas generales, en idénticas condiciones. La dimensión constitucional puede hallarse presente en todos los litigios, y no precisa de un tratamiento específico: a decir verdad, no existe un verdadero contencioso constitucional (...) el modelo europeo es enteramente distinto. Lo contencioso constitucional, que se distingue de lo contencioso ordinario, es competencia exclusiva de un tribunal especialmente creado con ese fin, el cual puede resolver, sin que pueda hablarse con propiedad de litigios, por recurso directo de las autoridades públicas o jurisdiccionales, o incluso, de particulares y sus fallos tienen efecto de cosa juzgada...”*¹⁹⁹

En ese sentido, podemos indicar que todo Estado cuenta con una Constitución, la cual debe ser protegida, por todos y cada uno de los órganos del poder público; en virtud que a través de la misma se regula la creación de las normas, debiendo estas someterse a los preceptos contenidos en la propia Constitución, debiendo guardar congruencia con el contenido constitucional; buscando como objetivo resguardar la supremacía de la Constitución.

Lo anterior en virtud que la Constitución es la norma superior de la cual se desprende la validez de todo el ordenamiento jurídico que rige un Estado así como la legalidad de los mismos. Al respecto, Hans Kelsen, señala: *“... La norma que determina la creación de otra es superior a esta; la creada de acuerdo con tal regulación, es inferior a la primera.*

¹⁹⁸ Patiño Cruz, S. Ob. Cit. Pág. 34

¹⁹⁹ Favoreu, L. Los tribunales constitucionales. Pág. 15. Citado por Bidart Campos, J. y Carnota, W. Derecho constitucional comparado. Pág. 123



El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, uno al lado de la otra, en mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas...”²⁰⁰

Al establecer que la Constitución es la norma superior dentro de un ordenamiento jurídico, cabe preguntarnos si la misma goza de plena eficacia y aplicabilidad; resultando como respuesta el establecer su fuerza normativa.

Ahora bien, tal como señala Luz Bulnes Aldunate, *“La idea de ella como Ley Fundamental surge en Inglaterra (doctrina del juez Coke y de Locke), pero la verdad es que la técnica de atribuir a la Constitución un valor normativo superior, que determine la validez de las leyes ordinarias y que esta validez sea judicialmente tutelada, es la más importante creación del constitucionalismo norteamericano...”²⁰¹*

Como dice Eduardo García de Enterría *“... una vez que la fuerza vinculante de la high law o ley fundamental, se ha trasladado a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo ordinario desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano de un cuerpo creador de Derecho el que está subordinado a otro cuerpo creador de Derecho...”²⁰²*

En ese sentido, como podemos observar, la Constitución es directamente vinculante y aplicable, la cual obliga por sí misma a todos los órganos del Estado.

Esto quiere decir que, los preceptos contenidos en la Constitución no son simples programas, proyectos o planes, estos son obligatorios y poseen energía normativa propia.

En ese sentido podríamos indicar que los preceptos constitucionales no requerirían un desarrollo normativo posterior para aplicarse a situaciones concretas regidas por ellos,

²⁰⁰ H. Kelsen. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Pág. 125

²⁰¹ L. Bulnes Aldunate. *La fuerza normativa de la constitución*. Pág. 137

²⁰² Ob. Cit. Pág. 200



a menos que el propio poder constituyente lo haya establecido con el rasgo de obligatoriedad. Acá, como podemos observar cuando el precepto contenido en la Constitución no requiere de desarrollo posterior, la fuerza normativa se expresa en la obligatoriedad para todos los órganos estatales en su cumplimiento; con el objetivo de garantizar esa hegemonía constitucional.

Ahora bien, cuando se trata de preceptos que el propio poder constituyente ha impuesto la obligación de un desarrollo posterior, la fuerza normativa de la Constitución se concreta en requerir al órgano competente el estricto cumplimiento de ese mandato constitucional.

En concreto podemos indicar que, la fuerza normativa de la Constitución no implica que los preceptos constitucionales no requieran un desarrollo posterior; sino que dicho presupuesto consiste en que se puede requerir al órgano competente la aplicación directa e inmediata de toda disposición de carácter constitucional.

En conclusión, citamos lo expuesto por el doctor Iván Castro Patiño, con quien compartimos su criterio, a través del cual manifestó que: *“El instituto de la fuerza normativa de la Constitución superó la antigua concepción de que la carta fundamental era un mero conjunto de principios y de formulación de estructuras políticas, que dio lugar a que se la califique como Constitución <Política>. La vigente concepción doctrinal, recogida en los textos constitucionales, subraya su categoría de norma jurídica, con fuerza vinculante y no de mero recetario de principios programáticos...”*²⁰³

Así también señala el autor citado que, *“Cuando las normas de la Constitución no tienen aplicación práctica, cuando carecen de fuerza normativa, estamos frente al tipo de Constitución que reprochaba Ferdinand Lasalle, calificándolas como <simple hoja de papel>...”*²⁰⁴

²⁰³ | .Castro Patiño. La inconstitucionalidad por omisión. Recuperado en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=134&Itemid=29 (18 de septiembre de 2014).

²⁰⁴ Ibid.



Es decir, que con el objeto de resguardar esa supremacía que goza la Constitución, la misma debe ser plenamente aplicable y efectiva, así como con carácter de obligatoriedad cada uno de los preceptos en ella contenidos.

En ese sentido, nuestra Constitución Política, en los artículos 44, 175 y 204 consagra la supremacía constitucional, estableciendo que toda norma que contradiga lo consagrado en ella será nulo ipso jure. Es así como podemos entender que, una Constitución al ser la norma suprema, es creada para ser cumplida, a la vez, debe estar dotada de plena eficacia y aplicabilidad.

Siendo que, la emisión de una Constitución no es suficiente para garantizar a todos los ciudadanos el debido cumplimiento de los derechos en ella contenidos; la misma debe dotar los mecanismos necesarios que la hagan plenamente aplicable ante las vulneraciones que sufra.

Siendo entonces, que tanto los órganos constitucionales como los ordinarios, deben velar por mantener esa hegemonía que goza la Constitución y dotarla de plena eficacia, a efecto de garantizar su obligado cumplimiento, en resguardo de los preceptos en ella contenidos.

Por otro lado, cabe mencionar que la fuerza normativa también surge cuando un órgano jurisdiccional debe realizar una interpretación de la ley; en ese sentido, debe optar por aquella interpretación que vaya conforme con el contenido de la Constitución. Al respecto, Eduardo Aldunate Lizana considera: “... *Que la llamada interpretación conciliadora de la Constitución deriva de su fuerza normativa, así como de su vinculación y cumplimiento inmediatos...*”²⁰⁵

Así también, Bidart Campos asevera que si es cierto que la fuerza normativa sirve para descalificar transgresiones, su rol fundamental radica en procurar que no haya transgresiones; en que la Constitución se acate, se cumpla y alimente afirmativa y

²⁰⁵ E. Aldunate Lizana. *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes de derecho.*



positivamente a todo el mundo jurídico-político.²⁰⁶

En atención a lo anterior, se evidencia que una Constitución debe ser plenamente eficaz, ya sea en el cumplimiento de los preceptos en ella contenidos; así como, en la interpretación que de la misma se realiza, a efecto de ser válidamente aplicable, garantizando a los ciudadanos el pleno goce de los derechos en ella contenidos; debiendo para lograr su cometido estar revestida de energía normativa.

Ocasionalmente, la fuerza normativa es mencionada como elemento de la construcción teórica destinada a sostener la existencia de inconstitucionalidades por omisión.²⁰⁷ Esta construcción se relaciona con la aplicación de la Constitución ante la ausencia de los preceptos legales que desarrollen sus instituciones cuando es necesario.

Por último, indicamos que en un Estado Derecho, donde todo el ordenamiento jurídico guarda relación con el contenido de la Constitución, esta última debe estar revestida de fuerza para lograr el efectivo cumplimiento de la misma. Puesto que la afirmación de la eficacia directa de la Constitución no implica que ella no requiera de la intervención legislativa posterior para desarrollar sus efectos. Es así como Fernández González reconoce que, si bien la Constitución contempla preceptos que no requieren de mediación normativa alguna, existen otros, usualmente vinculados con la parte orgánica de la Constitución, que sí precisan de esta mediación.²⁰⁸

En ese orden de ideas, cuando la Constitución requiere de intervención normativa posterior, su fuerza normativa requiere que los órganos competentes, deben constatar el incumplimiento del deber por parte del órgano que tenía que complementar determinado precepto constitucional.

²⁰⁶ Cf. Bidart Campos, Germán. El derecho de la constitución y su fuerza normativa. Pág. 389

²⁰⁷ Cf. Aldunate Lizana, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 451

²⁰⁸ Cf. Fernández González, Miguel Angel. La fuerza normativa de la Constitución. Pág. 79 Recuperado en: http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?autorID=433 (18 de septiembre de 2014).



4.2 La violación a la Constitución Política, derivado de la inactividad legislativa

Como ya hemos apuntado, la Constitución es la norma suprema en un Estado de Derecho; la misma fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de estos con sus ciudadanos, estableciendo además las bases para su forma de gobierno y para la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan.

Es así, como la Constitución es la única ley suprema de un Estado; por lo tanto, todas las normas que integran el ordenamiento jurídico deben estar sujetas a ella, cobrando relevancia el principio de supremacía constitucional, de donde deviene la aplicación del mismo, al advertir que alguna autoridad vulneró dicho principio.

Sin embargo, la Constitución contiene determinados preceptos constitucionales que el poder constituyente encomendó a los poderes constituidos (en este caso el órgano legislativo) desarrollaran posteriormente, con el único objetivo de garantizar el eficaz cumplimiento y aplicación de los derechos en ella contenidos. Como corolario a lo anterior, cabe señalar que al evidenciarse una violación a la norma suprema, se origina el control de constitucionalidad, el cual se configura como el conjunto de actos y procedimientos encaminados a asegurar por parte de un determinado órgano, que el principio de supremacía constitucional, previamente citado, sea respetado por cada uno de los organismos que integran el Estado.

Ahora bien, nuestra Constitución Política entre los diversos organismos de Estado, le encomendó al Organismo Legislativo la función de legislar; es decir, crear, reformar o modificar leyes; sin embargo, dicha facultad en algunas ocasiones no se cumple de manera eficaz. De lo anterior, cabe preguntarnos si esas disposiciones constitucionales que facultan al órgano legislativo para crear leyes son “simples autorizaciones”; y, por lo tanto, lo dejan en libertad de ejercerlas o no; en este tipo de situaciones, cabe cuestionarnos ¿el legislador está obligado a legislar?

Para responder el anterior cuestionamiento, es necesario indicar que, en países como el nuestro que cuenta con una Constitución escrita y semi-rígida, donde, en cumplimiento de los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa de la



Constitución, se considera que el legislador ha recibido por parte del poder constituyente determinados mandatos, contenidos de manera implícita o explícita en el texto constitucional; es decir, que el órgano legislativo está facultado u obligado para crear leyes y debe crearlas.

En ese orden de ideas, se determina que no puede hablarse de omisión legislativa ante la mera falta de desarrollo por parte del órgano legislativo de normas constitucionales, ya que no todos los silencios del legislador son constitutivos de una omisión a sus facultades; la omisión legislativa deviene inconstitucional únicamente cuando el órgano legislativo con su inactividad altera el contenido normativo de la Constitución.²⁰⁹ Lo anterior, podemos denominarlo como “mandatos al órgano legislativo por parte del constituyente”; pues los mismos constituyen una obligación impuesta para que dicho órgano desarrolle un precepto constitucional o lo dote de eficacia plena.

De conformidad con lo ya expuesto, en palabras de Carlos Baez Silva, “... se estima que las consecuencias normativas que pudieran derivarse de la inactividad legislativa, deben ser objeto de control constitucional por parte del órgano encargado para el efecto...”.²¹⁰ En ese sentido, el control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas tendrá por objeto velar por el cumplimiento, por parte del órgano legislativo, con los mandatos encomendados por el poder constituyente, a efecto de garantizar los derechos y obligaciones consagrados en la norma fundamental.

Es así, como el silencio legislativo no es una omisión inconstitucional desde el momento en que existe, se configura la inactividad legislativa en una omisión inconstitucional en el momento en que se demuestra una lesión a la Constitución Política, y vencido un plazo extremadamente prolongado.

La inactividad legislativa se trata de un presupuesto objetivo para configurarse la inconstitucionalidad por omisión; además que debe transcurrir un período de tiempo

²⁰⁹ Cf. I. Villaverde Menendez. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 35

²¹⁰ C. Baez Silva. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Recuperado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art1.htm#P34> (27 de agosto de 2014)



excesivo, y que la norma constitucional contenga un precepto de obligatorio y concreto desarrollo, no nos referimos a cualquiera, sino aquéllas que requieren una actividad posterior del legislador para ser plenamente eficaces y aplicables. Es por ello, que la inconstitucionalidad por omisión se consagra como una garantía constitucional, dirigida a la reintegración del orden constitucional.

Con base en las anotaciones realizadas, la inconstitucionalidad por omisión legislativa vincularía la obligación constitucional del legislador de preservar el Estado de Derecho y garantizar el principio de hegemonía constitucional.

Para concluir, señalaremos que, constitucionalmente existe un derecho ciudadano a obtener una legislación pronta y oportuna, de donde se origina la necesidad de actuación de los poderes constituidos; por consiguiente, al existir una inaplicación de la Constitución, se justifica la creación de un instrumento procesal que garantice el exacto cumplimiento de los derechos constitucionales.

Por tanto, ante la inactividad del órgano legislativo se configura una violación constitucional que va a incidir en la pérdida de eficacia de la propia Constitución; puesto que en ella se encuentran contenidos determinados preceptos que requieren un desarrollo posterior; los cuales hacen nacer una obligación que pesa sobre el órgano legislativo y que va a consistir en la emisión o desarrollo de dicho precepto. De esta manera, junto al deber de legislar, existe un deber concreto que consiste en un mandato, por parte del poder constituyente dirigido al poder constituido de legislar, en resguardo de esa hegemonía constitucional y fuerza normativa de la Constitución.

No debemos olvidar que la supremacía constitucional es un principio universalmente reconocido y aceptado, cuya protección y resguardo, constituye un elemento esencial para garantizar la plena eficacia de la Constitución.²¹¹

²¹¹ Cf. J. Colombo Campbell. *Funciones del derecho procesal constitucional*. Recuperado en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002#1 (27 de agosto de 2014).



En palabras de Castro Patiño: “... Siempre que se atente por omisión o inacción ^{contra} la fuerza normativa de la Constitución, dejando de hacer lo que ella dispone, se está cometiendo una inconstitucionalidad por omisión...”²¹²

“La regulación de la inconstitucionalidad por omisión, debe buscar remedio a todos los casos en que los poderes constituidos, por su inacción, vulneren las normas constitucionales, ocasionándoles la pérdida de su eficacia normativa...”²¹³

“Por fin, quiero resaltar que este elemento final de la definición de inconstitucionalidad por omisión, que es la pérdida de eficacia normativa de la Constitución, es el que me ha llevado a afirmar, (...) la necesidad de regular esta institución, ya que su existencia produce verdaderos fraudes constitucionales, al impedir que se realice la voluntad del constituyente, por la inacción, quiescencia o desidia de los poderes constituidos...”²¹⁴

4.3 La inclusión, en una posible reforma de una norma que extienda las garantías constitucionales ante la omisión del legislador, sin que se viole el principio de división de poderes, ni se altere el espíritu del poder constituyente por el poder constituido

Como vimos en líneas anteriores, las normas constitucionales pueden ser infringidas por acción y por omisión. Frente a lo novedoso del tema de la inconstitucionalidad por omisión, en nuestra legislación no se encuentra debidamente regulado. En ese sentido, es necesario hacer mención que existen tratadistas que argumentan a favor de su inclusión en el ordenamiento jurídico, como otros que arguyen en su contra; para el efecto, citaremos algunos.

Dentro de los argumentos a favor, ya Hans Kelsen adelantaba que es el carácter coercitivo de los mandatos normativos el que diferencia al Derecho de otras reglas vigentes en el seno de una sociedad;²¹⁵ es decir, que la naturaleza jurídica de una

²¹² Ob. Cit. Pág. 75

²¹³ Idem. Pág. 80

²¹⁴ Idem. Pág. 83

²¹⁵ H. Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Pág. 46.



norma solo es evidenciada cuando ante su incumplimiento, se responde con una sanción.

En ese sentido, Patricia Estévez Huebra, Laura Gallego Herráez, Daniel González Herrera, Walter Reifarth Muñoz, José Román Martín, Elena Sánchez Carrero, Álvaro Sánchez González, Diego Sastre García y Ángel Luis Torres Díaz, consideraron: “... sería difícilmente justificable la inexistencia del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, en tanto la finalidad del mismo no es otra que sancionar la vulneración de un mandato constitucional. Negar la necesidad de esta figura sería tanto como negar la eficacia normativa de la Carta Magna, otorgando a sus preceptos el carácter de meros principios programáticos, carentes de fuerza vinculante...”²¹⁶

Así también, Bidart Campos señala cuatro puntos de partida para darle eficacia a la figura en estudio, señalando: “... 1) que cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento; 2) que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido; 3) que cuando la abstención del órgano de poder implica o involucra un daño o un gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe; 4) que el mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control...”²¹⁷

Como podemos observar, los diversos autores centran su criterio en los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución.

En ese orden de ideas, el poder constituyente es el pueblo, puesto que es este quien ejerce su soberanía, nuestra Constitución Política en su Artículo 152 preceptúa que el poder proviene del pueblo y su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por ella

²¹⁶ Ob. Cit. Pág. 6

²¹⁷ G. J. Bidart Campos. *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 351



misma y la ley; agregando que, ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio. Así también, el Artículo 44 constitucional en su segundo párrafo regula que serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza; para el efecto, la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 1 de febrero de 1994, dictada dentro del expediente número 330-92, consideró: “... *Uno de los principios fundamentales que informa al Derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. La superlegalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión, en tres artículos de la Constitución Política de la República: el 44 (...) el 175 (...) y el 204...*”. Por lo tanto, se determina que el simple hecho de no acatar sus disposiciones genera una violación que debe ser controlada obligando la generación de la respectiva acción que le pone fin.

Ahora bien, existen tratadistas que argumentan en contra de la regulación de la inconstitucionalidad por omisión; en ese sentido, José Julio Fernández Segado manifiesta que incorporar o reconocer esta omisión constitucional afecta la división de poderes, pues el equilibrio de los órganos del Estado se fracturaría con esta figura; además, señala que el legislador no tiene por qué estar obligado a un programa de actuaciones de un régimen anterior, si este tiene una nueva construcción en la futura realidad.²¹⁸

Como antítesis de lo expuesto, Gerardo Eto Cruz manifestó: “... *Las consecuencias de las tesis que niegan la existencia del fenómeno omisivo de inconstitucionalidad, a la larga, afecta la defensa de la Constitución...*”,²¹⁹ para el efecto, cita lo expuesto por Héctor Fix Zamudio cuando expresa que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto

²¹⁸ J. J. Fernández Rodríguez. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 164

²¹⁹ Eto Cruz, Gerardo. *Una defensa constitucional*. Pág. 177



para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de sus propias decisiones constitucionales en un doble sentido, desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia Carta Fundamental.²²⁰

Ahora bien, la inconstitucionalidad por omisión puede denotar una posible intromisión del tribunal constitucional dentro de las funciones y atribuciones del poder legislativo; extremo que María Sofía Sagües desvirtúa, al considerar que: *“... Aun cuando dentro de los lineamientos del <Estado de Derecho>, la función de creación normativa es propia del Poder Legislativo, pudiendo este desenvolverse de manera activa y omisiva, dentro del campo de su discrecionalidad (...) el reconocimiento de facultades propias del Poder Ejecutivo o legislativo no implica otorgarle poderes absolutos <como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo>. Al contrario, esta posibilidad de control sobre el accionar de los órganos del Estado se desprende de la misma forma republicana de gobierno, y es reclamada por ella...”*²²¹

La autora citada coincide en lo expuesto con Néstor P. Sagües, quien considera: *“... No basta la mera lectura de las normas de la Constitución, ni sirve la ilusión kelseniana de que la Constitución siempre triunfa (...). Para inquirir sobre la auténtica <fuerza normativa> de una constitución es necesario zambullirse en la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad, y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución. En ciertos casos, ese actuar demandará, además de lucidez y prudencia, coraje...”*²²²

Con base en los argumentos previamente expuestos, cabe citar lo regulado por nuestra

²²⁰ Ibid.

²²¹ María Sofía Sagües. Ob. Cit. Pág. 3097

²²² Néstor P. Sagües. Ob. Cit. Pág. 171



Constitución Política en su Artículo 268: *“Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, **cuya función esencial es la defensa del orden constitucional**; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la misma ley de la materia...”*; (resaltado no se encuentra en texto original), lo anterior se concatena con lo normado en el Artículo 272 constitucional, que preceptúa en la literal i): *“... i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República...”*; lo cual nos lleva a considerar que, la Corte de Constitucionalidad como primer punto se encuentra obligada a defender el orden constitucional y que la misma Constitución habilita para conocer de todos aquellos asuntos que sean de su competencia, siempre dirigidos a la defensa de la Constitución, como norma suprema.

En ese sentido, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (ley de carácter constitucional) en su Artículo 2 regula: *“Interpretación extensiva de la Ley. Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional”*.

En atención a la normativa expuesta, se denota la viabilidad de poder implementar nuevos mecanismos que permitan siempre resguardar la supremacía de la Constitución y, por ende, la justicia y jurisdicción constitucional, a efecto de lograr la solución de los conflictos que surjan de carácter constitucional; todo lo anterior, con el objetivo de garantizar el cumplimiento del principio *pro actione*. De esta manera, puede incorporarse la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, sin vulnerar el principio de división de poderes y en cumplimiento de los mandatos otorgados por el poder constituyente.

En conclusión, podemos indicar que el Tribunal Constitucional puede y debe ejercer los controles de constitucionalidad, a efecto de resguardar el principio de supremacía constitucional; ajustando a la presente investigación, indicamos que dicho control no se



ejerce sobre el legislador directamente, si no por el contrario sobre su inactividad, en virtud que la misma vulnera la Constitución. Por lo tanto, no se trata de que la Corte de Constitucionalidad le ordene al órgano legislativo que cumpla con la función que le ha sido encomendada, por el contrario, se trata que el Tribunal Constitucional vele porque la supremacía de la Constitución no se vea amenazada, como consecuencia de la pérdida de fuerza normativa de la Constitución, al ser vulnerada por la inacción del legislador. Así también, es necesario puntualizar que todos los órganos que conforman el Estado se encuentran sometidos a lo preceptuado en la Constitución, por lo que sus actuaciones y omisiones deben estar sujetas a lo que la misma norma constitucional establece.

4.4 Competencia en la inconstitucionalidad por omisión

Según lo anotado previamente, en Guatemala no se encuentra contemplada la figura de la inconstitucionalidad por omisión dentro de nuestro ordenamiento jurídico; razón por la cual la presente investigación ha venido desarrollando los presupuestos válidos para la creación de la misma, a través de un procedimiento que haga viable su planteamiento.

Como vimos en el capítulo anterior, al citar diversos países que contemplan la figura de la inconstitucionalidad por omisión, el competente para conocer en cuanto a esta figura jurídica, sería el Tribunal Supremo Constitucional, en su calidad de órgano supremo contralor de la supremacía de la Constitución, en nuestro caso, la Constitución Política de la República, en su Artículo 268 instituyó la Corte de Constitucionalidad, cuya función primordial es velar por la defensa del orden constitucional. De lo anterior deviene que la razón de validez del orden jurídico se deriva de una sola norma fundamental, esto es, la Constitución, cuya supremacía ha sido reconocida por la misma norma en sus Artículos 175 y 204; de los cuales se desprende que ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades superiores a las que les otorga la propia Constitución. Asimismo, la creación de las normas jurídicas se encuentra supeditada a lo regulado en la referida norma constitucional; y de conformidad con la Constitución vigente, la potestad legislativa le corresponde al Congreso de la República (Artículo 157 constitucional).



Ahora bien, para la eventualidad de que alguna ley, reglamento o disposición de carácter general contenga vicio parcial o total de inconstitucionalidad, la misma Constitución prevé que las acciones respectivas se planteen directamente ante la Corte de Constitucionalidad, la que en ejercicio de las competencias que le han sido encomendadas, dilucidará si acoge o no la pretensión actuada. Como apuntamos previamente, la Corte de Constitucionalidad como órgano supervisor de mantener la hegemonía de la Constitución y como contralor de la constitucionalidad, sería el ente autorizado para conocer de una inconstitucionalidad por omisión, puesto que acá, el Organismo Legislativo, estaría vulnerando la norma suprema, al no cumplir con el mandato que el poder constituyente le ha encomendado.

En nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran reguladas dos clases de inconstitucionalidad de las leyes, en el Artículo 266 constitucional, se encuentra regulada la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos; y, en el artículo 267 la inconstitucionalidad de las leyes de carácter general; la diferencia entre ambas radica en que la primera de estas resuelve la inaplicabilidad al caso específico de la ley declarada inconstitucional, en tanto que en la segunda, quedará sin vigencia con efectos *erga omnes*; es decir, que en ambos casos se obtendrían efectos negativos, pues en el primero se inaplicaría un precepto normativo con efectos inter partes a un caso concreto; y, en el segundo se inaplica una ley con efectos para todos los ciudadanos, en ambos por contradecir alguna norma constitucional. Ahora bien, en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, los efectos que produce serían positivos, pues al promover dicha figura ante la Corte de Constitucionalidad, y esta resolver, su efecto resultaría en emitir e incorporar una norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En las ya mencionadas inconstitucionalidades (general y en caso concreto) existe una confrontación entre la norma de rango ordinario o infra constitucional con la Constitución; en la inconstitucionalidad por omisión, la inconstitucionalidad se produce no por lo que se dice en la norma impugnada, sino porque existe una carencia de una norma legal que impide el desarrollo de un precepto constitucional.

En ese sentido, podemos concluir que el órgano facultado constitucionalmente para conocer de una inconstitucionalidad por omisión, sería la Corte de Constitucionalidad,



en su función de resguardar la supremacía de la Constitución.

En relación con la legitimación activa, primero citaremos la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 13 de junio de 2000,²²³ a través de la cual determinó que la Constitución Política de la República reconoce a sus habitantes el derecho y el deber de velar por el cumplimiento de su normativa suprema.

Esto permite ejercer libremente la acción popular de su defensa por medio de las garantías constitucionales y de defensa del orden constitucional; es por ello, que cualquier persona podría ejercer la acción de inconstitucionalidad por omisión, siempre con el auxilio de un profesional del derecho; así también, se considera que la Constitución en su Artículo 274 le otorga facultades al Procurador de los Derechos Humanos, indicando que el mismo puede accionar para la defensa de los derechos que la Constitución le otorga a los ciudadanos; por ende, frente a infracciones, violaciones o vulneraciones a los derechos humanos (puesto que el Congreso de la República al dejar de ejercer la potestad legislativa que el poder constituyente le ha otorgado, vulnera derechos de los ciudadanos, pues los mismos no cuentan con una normativa que desarrolle un precepto constitucional y les conceda eficacia a los derechos allí consagrados) posee la facultad de instar, de oficio o a petición de parte, los mecanismos institucionales que tutelan tales derechos y que deben actuar en vía jurisdiccional con fallos, eso sí, de carácter vinculatorio, que pueden ser ejecutados inclusive bajo la amenaza coercitiva de la efectividad del derecho.

Lo anterior encuentra su fundamento en el Artículo 275 constitucional que regula las atribuciones del Procurador de los Derechos Humanos, que en su inciso g) indica: “... *las otras funciones y atribuciones que le asigne la ley...*”; en cuanto a este mandato, la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 26 de mayo de 1988,²²⁴ consideró que respecto de la posibilidad de obtener una tutela jurisdiccional para el cumplimiento de los fines de protección de los derechos humanos, cuando procediere, el Procurador puede pedir la exhibición personal de cualquier persona; patrocinar, en determinados

²²³ Expediente número 1094-99

²²⁴ Expediente 87-88



casos, la solicitud de amparo; interponer la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia.

Como vemos, también el Procurador de los Derechos Humanos podría accionar a efecto de obtener un pronunciamiento en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión. En concordancia con lo ya expuesto, también se considera que poseerían legitimación activa los órganos a quienes la Constitución Política de la República les concede prerrogativa de iniciativa de ley, según el Artículo 174, que estipula: *“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...”*; siendo estos quienes ostentarían de legitimación activa para promover la inconstitucionalidad por omisión.

4.5 Procedimiento y sentencia en la inconstitucionalidad por omisión

Ahora bien, en cuanto a su procedimiento, se propone que la solicitud de inconstitucionalidad por omisión se deberá realizar por escrito, cumpliendo con los requisitos exigidos en toda primera solicitud, indicando en forma razonada, argumentada y de manera clara los fundamentos sobre los cuales erige su impugnación, como ejemplo se cita un requerimiento de inconstitucionalidad por omisión en el Estado de Costa Rica: *“... solicita que se declare la inconstitucionalidad de la omisión que considera existe en los artículos 33 y 34 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, por el hecho de no prever y sancionar los rompimientos indefinidos del quórum en las sesiones parlamentarias. Los mencionados rompimientos, a su juicio, propician una práctica antidemocrática, contraria a los artículos 1 y 105 de la Constitución Política, que establecen que la Asamblea Legislativa tiene la potestad de legislar <y no potestad de no legislar>...”*²²⁵

Una vez promovida la inconstitucionalidad por omisión, ante la Corte de Constitucionalidad, esta debe proceder a calificar la misma, si en determinado caso no

²²⁵ Sentencia dictada por la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 18 de febrero de 2009, dentro del expediente 08-002943-0007-CO. Res. No. 2009-02624.



cumpliera con los requisitos exigidos, le otorgará un plazo de 3 días a efecto de subsanar los mismos.

Posteriormente, si el previo fuere subsanado o se hubieren cumplido con los requisitos de ley, la Corte de Constitucionalidad otorgará audiencia por 10 días al Presidente del Congreso de la República, a efecto se manifestare sobre lo impugnado o a cualquier otra entidad que estime pertinente.

Una vez concluida la fase anterior, se señalará día y hora para la vista, en el término de 15 días; debiendo ser la misma pública si así lo pidiere, en la misma las partes involucradas presentaran sus alegatos finales.

Por último, la Corte de Constitucionalidad deberá dictar sentencia; ahora bien, acá es donde verdaderamente surgiría el problema, puesto que debemos esclarecer los efectos que la sentencia produciría. Para establecer el anterior supuesto, Carlos Báez Silva, señaló: *"... Si un órgano de la justicia constitucional declara que una omisión legislativa es inconstitucional, al efecto de esa declaración no tiene sentido asignarle vinculatoriedad general, porque con decir que la omisión es contraria a la Constitución todo queda igual que antes: nada puede quedar derogado, puesto que nada ha creado el legislador. ¿Qué efectos tendría la declaración de la inconstitucionalidad por omisión? Básicamente la doctrina reconoce que el juez constitucional, al conocer la inconstitucionalidad por omisión, puede asumir una de las siguientes conductas:*

- a) *Reglamentar o desarrollar directamente la norma constitucional ineficaz, o al menos dictar bases generales de operación o aplicación directa de la misma (...)*
- b) *Conminar al órgano legislativo para que en un plazo razonable emita la legislación necesaria (...)*
- c) *Seguir los siguientes pasos: Declarar que la omisión es inconstitucional (...) reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo (...) integrar el orden normativo lagunoso (...) echando mano de la autointegración o de*



la heterointegración...”²²⁶

Continúa manifestando el autor, que el tipo de solución que adopte el juzgador dependerá, necesariamente, del instrumento procesal por medio del cual se le presente a examen la inconstitucionalidad por omisión.

Previo a realizar el análisis en cuanto a la sentencia que emite el órgano competente, es necesario puntualizar y esclarecer dos términos “acto y hecho”. Preliminarmente, indicamos que el acto se materializa en virtud que la norma ya está emitida (caso de las inconstitucionalidades que regula la Constitución Política de la República de Guatemala); y el hecho, vendría a constituir esa omisión en la cual incurre el órgano legislativo en virtud de su incumplimiento a la potestad legislativa que le fue otorgada por el poder constituyente.

Para los efectos anteriores, Santiago López Aguilar, define el acto jurídico como: *“el hecho de este orden realizado por el hombre con el propósito primordial de producir efectos de derecho...”²²⁷*

Existe una diferencia entre estos dos conceptos, y la misma radica en que ambos producen consecuencias en el ámbito del Derecho, uno por acción y el otro por la omisión.

Una vez establecido lo anterior, Victor Orozco Solano y Silvia Patiño Cruz consideraron que en cuanto a la sentencia que resuelve una inconstitucionalidad por omisión, se puede resolver de dos maneras: a) la interpretación de la norma con efectos inter partes; y, b) la recomendación al órgano encargado de dictar la norma. En el primero de los supuestos consideran que el Tribunal Constitucional realiza una interpretación de la omisión que deja sin contenido a un precepto constitucional; en este caso, el Tribunal Constitucional realiza una solución a la situación en concreto, sin que se llene el vacío normativo, el cual desaparecerá, hasta que el órgano encargado emita la norma que lo haga. En el segundo de los supuestos, la recomendación es la solución más viable a la

²²⁶ C. Báez Silva. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Revista jurídica número 15.

²²⁷ S. López Aguilar. *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 20



inconstitucionalidad por omisión, porque se dice que es una clara manifestación de falta de respeto al principio de división de poderes. Concluyendo, los autores mencionados, esta solución permite al órgano contralor emitir recomendaciones al órgano omitente para que dicte la norma; de esta manera, no se entromete dentro de las competencias de este.²²⁸

Así también, como apuntamos previamente, hay quienes podrían indicar que al conocer y resolver la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional vulneraría el principio de división de poderes, pues este estaría involucrándose dentro de la esfera de funciones del Poder Legislativo; para el efecto, se considera que, la separación de poderes se consagra como un instrumento mediante el cual el Estado auto limita su poder; esta autolimitación genera la posibilidad, para los individuos que se someten a dicho poder, de obtener cierto grado de libertades y garantías. Es así, como se ubica el surgimiento de este principio con el nacimiento del Estado Constitucional, puesto que, es por medio de esta forma política con la que se produce por vez primera la concentración y la monopolización del poder político en un territorio amplio y con una población considerable. Como corolario a lo anterior, es necesario indicar que esta limitación que se da, funge como un sistema de frenos y contrapesos, a través del cual se otorga una serie de funciones exclusivas a cada uno de los órganos que conforman el Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de separación de poderes se encuentra consagrado en el Artículo 141 de la Constitución Política de la República, que regula: *“Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida”*. Se puede observar, como el poder constituyente adopta la teoría tripartita de la separación de poderes, con esta separación se delega a cada uno de esos órganos, ciertas funciones, de las cuales cada uno debe cumplir a cabalidad; este cumplimiento lo deben realizar de acuerdo a lo establecido en la Constitución y las demás leyes.

En ese sentido, cabe mencionar que el poder es único, por ende lo que existe es una

²²⁸ Ob. Cit. Pág. 125



división de funciones entre varios órganos del Estado. Por lo tanto, se considera que al conocer y resolver la inconstitucionalidad por omisión, la Corte de Constitucionalidad (en nuestro caso) no vulneraría el principio de separación de funciones; puesto que, ella, como protectora de la Constitución y del cumplimiento de supremacía constitucional, debe velar por la efectividad de la misma, y el no actuar de un organismo del Estado; es decir, el no cumplir con un mandato constitucional, vulnera el principio ya mencionado; razón por la cual se ampara el actuar del Tribunal Constitucional; pues su objetivo sería el recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado marginado por la agresión negativa del órgano respectivo; puesto que, como ya vimos, la inconstitucionalidad por omisión se origina por un precepto impuesto por el poder constituyente en la Constitución, sea de manera expresa o implícita, que no es tutelado por el legislador.

Lo anterior, por considerar que se le debe dotar al Tribunal Constitucional de facultades amplias en la aplicación del derecho de la Constitución y su interpretación; siempre y cuando el contralor de constitucionalidad actúe dentro de los parámetros del Derecho.

Si se reconoce la posibilidad de control por medio de una acción de inconstitucionalidad por omisión, concebida como garantía constitucional, se estaría garantizando la tutela judicial efectiva del ciudadano, frente a las acciones u omisiones de los poderes públicos.

En la presente investigación, para proponer un medio de solución de la inconstitucionalidad por omisión, citaremos dos tipos de sentencias: la primera, por medio de la cual la Corte de Constitucionalidad, al resolver la sentencia emitida, tendría efectos para todos los ciudadanos, sin sustituir la atribución del Organismo Legislativo, quien deberá emitir la norma respectiva; en cuanto a la segunda posibilidad, que es la potestad de ordenar al órgano respectivo cuya inactividad genera la inconstitucionalidad por omisión; por medio de esta, se robustece la función encomendada al Tribunal Constitucional, a efecto de lograr una tutela judicial efectiva, garantizando, en todo momento, el principio de supremacía de la Constitución y, por ende dotando de fuerza normativa a la misma.



Nosotros proponemos que al resolver la inconstitucionalidad por omisión, la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad, en un primer plano emite una sentencia, por medio de la cual, le ordena al Organismo Legislativo que se ha vulnerado la Constitución Política de la República por una inactividad de su parte, al incumplir con un precepto constitucional (a él encomendado) ordenado por el poder constituyente, fijándole, para el efecto, un plazo prudencial con el propósito que cumpla con su función de legislar; en caso el Congreso de la República incumpliera con dicha recomendación, la Corte de Constitucionalidad, como órgano encargado de velar por los controles de constitucionalidad y resguardar el principio de supremacía de la Constitución, emitirá una sentencia final, a través de la cual realizará una interpretación del precepto constitucional vulnerado, corrigiendo la omisión y otorgándole facultades al postulante de la inconstitucionalidad para que presente a través de los medios idóneos la propuesta de ley, a efecto se promueva ante el Congreso de la República y se lleve el trámite respectivo para la creación de la norma.

En nuestro caso, la Corte de Constitucionalidad, a pesar que la figura de la inconstitucionalidad por omisión no se encuentra regulada, con fecha 17 de julio de 2012 emitió sentencia, dictada dentro del expediente número 1822-2011, a través de la cual declaró la inconstitucionalidad por omisión, aplicando de manera innovadora el bloque de constitucionalidad, los estándares internacionales como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes y la inconstitucionalidad por omisión parcial, citando, para el efecto, doctrina y jurisprudencia internacional.

Como ha quedado apuntado en el desarrollo de la presente investigación, existen autores que argumentan a favor y otros en contra de la institucionalización de la inconstitucionalidad por omisión, la cual, según nuestro criterio, vendría a constituirse como una garantía constitucional genuina, defensora del ordenamiento jurídico constitucional. En nuestra opinión, de no regular la figura de la inconstitucionalidad por omisión dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente, probablemente, a simple vista no afectaría la legislación actual; sin embargo, nuestra Constitución Política iría perdiendo fuerza normativa (como ha quedado señalado), puesto que no cobra eficacia plena, ante la falta de desarrollo de ciertos preceptos constitucionales, sumado a que



los ciudadanos no cuentan con una figura jurídica para hacer frente al contenido de normas desprovistas de desarrollo y positividad jurídica.

A pesar que nuestra Constitución Política y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad no regulan al respecto, dicha ausencia debe ser interpretada (como vimos anteriormente) como una necesidad; puesto que se justifica sobre el supuesto de que la violación de la Constitución Política se genera tanto: cuando se hace algo contra ella, como cuando no se hace lo que ella manda; esto, con el objetivo de hacer efectivo el principio de supremacía de la Constitución; así como el principio de división de poderes y de legalidad; razón por la cual se aboga por la inclusión dentro de nuestro ordenamiento jurídico de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, con carácter de garantía constitucional.

Es así como se hace evidente la necesidad de incorporar, dentro de nuestra legislación, la figura de la inconstitucionalidad por omisión, puesto que el poder constituyente al emitir la Constitución le otorgó al Organismo Legislativo ciertas facultades, entre ellas la potestad legislativa, de la cual, ante la inobservancia por parte de este ante ciertos mandatos constitucionales para la creación de leyes de carácter específico, mandatos incorporados de manera explícita o implícita en la Constitución, violenta el orden jurídico constitucional al no garantizarle a los habitantes de la República el cumplimiento de sus derechos.

Para concluir, citamos a Pablo Andrés Bonilla Hernández, quien manifiesta que la inconstitucionalidad por omisión se justifica, y se hace obligatoria, a efecto de lograr: “... *la consolidación de un genuino Estado constitucional de derecho, donde las normas constitucionales no puedan ser manipuladas y ultrajadas por negligencia u omisión justificada del gobernante de turno (porque precisamente dicha justificación carece de toda validez o arreglo a un marco legal que supone lo contrario). De ahí que la inconstitucionalidad por omisión legislativa, desde el punto de vista del gobernado frente a su gobernante, al término de inconstitucionalidad por justificación...*”²²⁹

²²⁹ Ob. Cit. Pág. 49





CONCLUSIONES

1. Las normas constitucionales pueden ser infringidas por acción y por omisión; razón por la cual, al plantear como hipótesis la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico guatemalteco la figura de la inconstitucionalidad por omisión, la misma se justifica al evidenciarse que una Constitución debe ser plenamente eficaz, ya sea en el cumplimiento de los preceptos en ella contenidos; así como en la interpretación que de la misma se realiza, a efecto de ser válidamente aplicable, con el objetivo de garantizar a los ciudadanos el pleno goce de los derechos en ella consagrados; debiendo, para lograr su cometido, estar revestida de fuerza normativa; razón por la cual se confirmó la hipótesis y objetivos planteados al inicio de la presente investigación; pues se evidencia la necesidad de que se incorpore a la normativa guatemalteca la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

2. La acción de inconstitucionalidad por omisión se concibe como un instrumento procesal necesario para alcanzar el desarrollo de determinados planes preconcebidos y objetivos establecidos por el poder constituyente, a la luz del resguardo de los derechos que la Constitución Política de la República le otorga a los ciudadanos; razón por la cual dicha figura jurídica se define como: aquella inactividad por parte del poder constituido (órgano legislativo) en cuanto al cumplimiento de un mandato ordenado por el poder constituyente en la misma norma suprema, para que desarrolle determinado precepto constitucional. Con el objetivo de dotar de fuerza normativa a la Constitución Política, dicha inactividad, por parte del órgano legislativo, debe ser por un período de tiempo largo y con su inacción haber vulnerado los derechos que la norma constitucional le otorga a los ciudadanos.



3. La necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico guatemalteco la figura de la inconstitucionalidad por omisión, está en relación directa con la inobservancia, por parte del Órgano Legislativo, de las obligaciones encomendadas por parte del poder constituyente, para la creación de leyes de carácter específico, expresadas de forma implícita o explícita en la Constitución Política, vulnerando con su inactividad el orden jurídico constitucional derivado del incumplimiento de garantizarle a los habitantes de la República los derechos contenidos en ella.



BIBLIOGRAFIA

Acosta Sánchez, J. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, S.A. 1998.

Alcalá-Zamora, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa* (Contribución al estudio de los fines del proceso) 1era. Re-impresión. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2000.

Aldunate Lizana, Eduardo. *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes de derecho*. Revista de derecho (Valparaíso) número XXXII, Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2009.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2002.

Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Revista española de derecho constitucional. Año 2011, Número 31.

Aragón Reyes. Manuel. *El control como elemento inseparable del concepto de constitución*. Revista española de derecho constitucional. Año 7. Número 19. Enero-abril, 1987.

Astudillo, César. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2000.

Baez Silva, Carlos. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Revista Jurídica número 15. Boletín Mexicano de derecho comparado.

Balaguer Callejón, Francisco. *Fuentes del derecho. Principios del ordenamiento constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001.

Bazán, Víctor. *Posibles vías de corrección de las omisiones inconstitucionales en los*



ámbitos del derecho público de la ciudad autónoma de Buenos Aires y provincias argentinas. En Ferrer Mac-gregor (coord.); Derecho procesal constitucional. Título 4. México, Porrúa, 2003.

Bazán, Víctor. *Un sendero que merece ser transitado: El control de la inconstitucionalidad omisiva.* En Víctor Bazán (coord.) Desafíos del control de constitucionalidad. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1996.

Bidart Campos, German. *Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de constitucionalidad.* Derecho comparado, revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, No. 2. 1978.

Bidart Campos, German. *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión.* Anuario jurídico número VI. México: 1979.

Bonilla Hernández, Pablo Andrés. *La inconstitucionalidad por omisión: Un proceso que clama por su institucionalización.* Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XV, Montevideo. 2009.

Brewer Carías, Allan. *Instituciones políticas y constitucionales.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Jurídica Venezolana, 1982.

Bulygin, Eugenio. *El concepto de eficacia.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005.

Bulnes Aldunate, Luz. *La inconstitucionalidad por omisión.* Revista semestral del centro de estudios constitucionales. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Librotecnica. Julio, 2006.

Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. *Derecho procesal constitucional.* Editorial Fénix. 2007.

Carballosa Batista, Dagnerys y José Augusto Ochoa del Río. *Las garantías legales en Cuba.* Bases para su perfeccionamiento. Biblioteca virtual de derecho, economía y



ciencias sociales. Universidad de Holguín "Oscar Lucero Moya". Holguín, 2009.

Carbonell, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. 5ta. Edición. Editorial Porrúa. México. 2004.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La interpretación judicial constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión nacional de derechos humanos. 1era. edición. Abril. 1996.

Castillo Córdova, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores. 2da. Edición. Lima. 2005.

Castro Patiño, Iván. *Clasificación de las normas constitucionales*. Revista jurídica on line. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Castro Patiño, Iván. *Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión*. Revista jurídica on line. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Colombo Campbell, Juan. *Funciones del derecho procesal constitucional*. Revista-praxis. Universidad de Talca, Chile. Volumen 8. Número 2. Ponencia en el encuentro de tribunales constitucionales y salas de tribunales supremos de América del Sur. Brasil, junio 2002.

Da Silva, José Alfonso. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. 1era. edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2003.

Díaz Gamboa, Luis Bernardo. *La inconstitucionalidad por omisión*. Universidad Complutense de Madrid. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos.

Dighero Herrera, Saul. *El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala*. Trabajo presentado en el IX encuentro de presidentes y magistrados de los tribunales constitucionales y de las salas constitucionales de América Latina. Fundación Konrad



Adenauer. Universidad federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.

Escobar Fornos, Iván. *Manual de derecho constitucional*. Editorial Hispamer. Colección textos jurídicos. 2da. Edición. Nicaragua, Managua. 1998.

Estevéz Huebra, Patricia. Laura Gallego Herráez, Daniel González Herrera, Walter Reifarth Muñoz, José Román Martí, Elena Sánchez Carrero, Álvaro Sánchez González, Diego Sastre García, Ángel Luis Torres Díaz. *Cien años de soledad: La inconstitucionalidad por omisión*.

Eto Curz, Gerardo. *Una defensa constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión*. Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Citado por Bidart Campos, G. y Carnota, W. Derecho constitucional comparado. Tomo I, Ediar ediciones. 1era. edición. Buenos Aires. 2001.

Fernández González, Miguel Angel. *La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho*. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Número 32, Valparaíso, junio, 2009. Valparaíso, Chile.

Fernández Rodríguez, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Teoría general. Editorial civitas. Madrid. 1998.

Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Editorial Kipus. Bolivia. 2003.

Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Editorial Dykinson. Madrid, España. 1997.



Ferrajoli, Luigi. Perfecto Andrés Ibáñez (trad.) Juan Carlos Bayón Mohíno (trad.) Felicia Gascón Abellán (trad.) Luis Prieto Sanchís (trad.) Alfonso Ruiz Miguel (trad.) *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1era. edición. Editorial Trotta. España. 2011.

Ferrer Mac-gregor, Eduardo. *Derecho procesal constitucional*. 1era. edición, editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 2008.

Ferreras, Domitilio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Escuela Nacional de la Judicatura. República Dominicana.

Fix Zamudio, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición. México. 1974.

Fix Zamudio, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Editorial Querétaro, FUNDAP. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 2002.

Fix Zamudio, Héctor. *Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional. La jurisdicción constitucional*. San José. Juricentro.

Fix Zamudio, Héctor. *El juez ante la norma constitucional*. Justicia, constitución, ombudsman y derechos humanos. Comisión nacional de derechos humanos. México. 1998.

García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*. Thomson-civitas, 3era. edición. Madrid. 1985.

García Laguardia, Jorge Mario. *La defensa de la constitución*. México: 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Garmendia Cedillo, Xochitl. *Control difuso y control convencional de constitucionalidad*. Centro de estudios de derecho e investigación parlamentaria de la Cámara de



Diputados.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Guzmán Hernández, Martín Ramón. *El amparo fallido*. 2ª. Edición. Guatemala: Corte de Constitucionalidad. 2004.

Highton, Elena I. *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2002.

Jinesta L., Ernesto. *Sistema de control constitucional en Costa Rica*. en "Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamerica". Eduardo Ferrer Mac-gregor (coord.). Argentina: Edición, 2009. Editorial Marcial Pons.

Jurado Fernández, J. *Jueces y constitución en Costa Rica*. San José: Editorial Juriscentro. 2003.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: 1982. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G: Estudios doctrinales 20. Traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo. 2da. Reimpresión.

Kestler Farnés, Maximiliano. *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*. Guatemala: Centro editorial "José de Pineda Ibarra". Ministerio de Educación Pública. 1964.

Manili, José Pablo. *Inconstitucionalidad por omisión*. Implicaciones contemporáneas a la luz del Caso Marbury vs. Madison. En: Ferrer Mac-gregor. Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Madrid, España: Editorial Marcial Pons. 2013.

Maximiliano, Carlos. *Hermeneutica e aplicacao do direito*. Río de Janeiro-Sao Paolo. Livraria Freitas Bastos. 1951. Citado por Alfonso Da Silva.



Medinaceli, Gustavo. *La aplicación directa de la constitución*. Corporación Editora Nacional. Universidad Andina Simón Bolívar. Diciembre. 2010.

Mora-Donatto, Cecilia. *El valor de la constitución normativa*. México: 2002. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1era. edición. Serie ensayos jurídicos. Número 8.

Meirelles Teixeira, José Horacio. *Curso de direito constitucional*. Río de Janeiro: Forense universitaria. 1991.

Orozco Henríquez, José de Jesús. *Derecho constitucional consuetudinario*. México: 1993. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie g, estudios doctrinales, número 76. 1era. re-impresión.

Patiño Cruz, Silvia y Víctor Orozco Solano. *La inconstitucionalidad por omisión*. San José de Costa Rica: Investigaciones Jurídicas. 2004.

Pérez López, Miguel. *Clasificación de las normas constitucionales y tipología constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1998.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional universal externado de Colombia*. Bogotá: Editorial: Universidad Externado de Colombia. 2002.

Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta. 2003.

Reyes, Rodolfo. *La defensa constitucional, recursos de inconstitucionalidad y amparo*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1934.



Rivera Santibañéz, José Antonio. *El tribunal constitucional defensor de la constitución*. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional. 2006.

Sagües, María Sofía. *Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión*. En Eduardo Ferrer Mac-gregor (coord.)

Sagües, Nestor Pedro. *Manual de derecho constitucional*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Ciudad de Buenos Aires: 2007.

Sagües, Nestor Pedro. *Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión*. En Ferrer Mac-gregor (coord.)

Sagües, Nestor Pedro. *Derecho procesal constitucional, logros y obstáculos*. Buenos Aires: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung. 2006.

Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al estudio de la constitución*. México: 3era. edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1989.

Valadés, Diego. *El orden constitucional: Reformas y rupturas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007.

Villaverde Méndez, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Editorial Macgraw-Hill. 1997.

DICCIONARIOS:

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.rae.es

Diccionario Jurídico Elemental. Guillermo Cabanellas Torres. Editorial Heliasta. Edición, 2006



TESIS:

Barrios López, Félix Eduardo. *La inconstitucionalidad por omisión*. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2009.

Castro Patiño, Iván. *La inconstitucionalidad por omisión: Una reforma necesaria en la constitución ecuatoriana*. Guayaquil, Diciembre del 2003. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Hernández Pérez, Saray. *Análisis de la acción por omisión legislativa en el estado de Veracruz de Ignacio de la Llave y el proyecto de ley reglamentaria*. Universidad Veracruzana.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad. Corte de Constitucionalidad. Guatemala: Magna Terra. Edición, 2008.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, acuerdos y autos acordados de la Corte de Constitucionalidad. Corte de Constitucionalidad. Guatemala: Editorial Serviprensa, S.A. 2004.

Constitución Política de 1988. Recuperado en:

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>.

SENTENCIAS:

Sentencia del 11 de mayo de 2005, dictada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dictada dentro del expediente número 04-008653-007-CO.



Voto particular de Juan N. Silva Meza en la contradicción de tesis 37/2008-PL de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tribunal en pleno. 3 de noviembre de 2008.

Gaceta número 15, expediente 244-89, sentencia del 31 de enero de 1990 de la Corte de Constitucionalidad.

Sentencia del 13 de junio de 2000 emitida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1094-99.

Sentencia del 26 de mayo de 1988, emitida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 87-88.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 18 de febrero de 2009, dictada dentro del expediente 08-002943-0007-CO.

DIARIO:

Diario "El Periódico". Cartas al lector (2 de marzo de 2013).