



**LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS EMITIDAS POR LA CORTE DE
CONSTITUCIONALIDAD EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
GENERAL. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS EXHORTACIONES
POR PARTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.**

JOSÉ RICARDO LÓPEZ TURCIOS

Guatemala, abril de 2018



**LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS EMITIDAS POR LA CORTE DE
CONSTITUCIONALIDAD EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
GENERAL. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS EXHORTACIONES
POR PARTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.**

TESIS

Presentada al Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo
por

JOSÉ RICARDO LÓPEZ TURCIOS

Para optar al grado académico de:

LICENCIADO EN DERECHO

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Asesor

M.A. Set Geovani Salguero Salvador

Guatemala, abril de 2018

Set Geovani Salguero Salvador
Abogado y Notario
Magister en Relaciones Internacionales
Máster en Sociedad Democrática, Estado y Derecho

Guatemala, 6 de febrero de 2018

Señores
Consejo Directivo
Facultad de Derecho
Universidad del Istmo

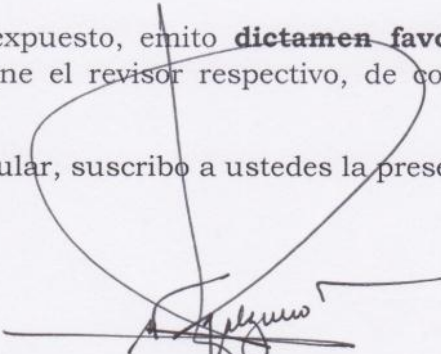
Por la presente me dirijo a ustedes, saludándolos afectuosamente y aprovechando la oportunidad para agradecer la designación que se me hiciera para dirigir el trabajo de la tesis de licenciatura del estudiante **José Ricardo López Turcios**, carné **1892-06**, el cual se intitula: *Las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en acciones de inconstitucionalidad general. Análisis del cumplimiento de las exhortaciones por parte del Congreso de la República.*

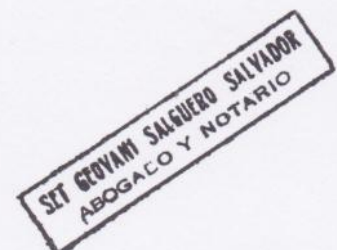
He brindado la asesoría encomendada desde la elaboración del anteproyecto de investigación, el cual ha sido respetado a cabalidad por el estudiante, quien, de forma periódica, me hacía llegar los avances respectivos, los cuales fueron objeto de análisis, discusión y, si era preciso, de observaciones o sugerencias para que se realizaran cambios o se agregaran contenidos.

De forma panorámica refiero que la tesis desarrolla, con suficiente profundidad y concisión, lo relativo a una modalidad de sentencias atípicas que se emiten dentro del marco del control de constitucionalidad de las disposiciones normativas internas –los fallos exhortativas–, enfatizando cómo han significado adecuadas respuestas ante planteamientos de inconstitucionalidades en los que se llega advertir la necesidad de actuación de los órganos públicos productores de enunciados normativos. Destaco de manera especial el aporte del tesista en cuanto a plasmar en el trabajo definiciones y puntos de vista propios, así también el hecho de formular sugerencias para lograr que esas sentencias adquieran más eficacia.

Por lo antes expuesto, emito **dictamen favorable** y, de manera atenta, solicito que se designe el revisor respectivo, de conformidad con la normativa universitaria.

Sin otro particular, suscribo a ustedes la presente. Cordialmente,


M.A. Set Geovani Salguero Salvador
Abogado y Notario, Colegiado 4576



CARMEN MARIA GUTIERREZ DE COLMENARES
Abogada y Notaria

Guatemala, 14 de marzo de 2018

Licenciada
Carolina Chacón
Coordinadora de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad del Istmo

Estimada Licenciada Chacón:

Con muestras de especial estima le comunico que procedí a revisar el trabajo de tesis **"Las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en acciones de inconstitucionalidad general. Análisis del cumplimiento de las exhortaciones por parte del Congreso de la República"** elaborada por el estudiante José Ricardo López Turcios, carné 2006-1862.

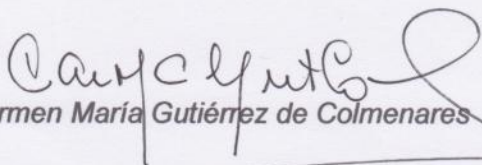
Al respecto me permito manifestarle que la investigación versa sobre un tema de gran actualidad debido a que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, como otros tribunales constitucionales en América Latina, se han visto en la necesidad de emitir este tipo de sentencias atípicas en las que exhorta al Congreso de la República para que emita una ley que ha omitido y que por mandato constitucional lo debería haber hecho.

El tema fue abordado con mucha seriedad por el estudiante López Turcios en especial el capítulo quinto en el que analiza precisamente algunas de las sentencias exhortativas en la experiencia constitucional guatemalteca, así como la eficacia de las mismas en atención a su cumplimiento, a la vez expone una serie de propuestas que requieren cambios legislativos, entre las que destaca, una reforma al artículo 32 a la Ley Orgánica del Congreso para crear una comisión específica que le de seguimiento a este tipo de sentencias y proponga al Pleno la necesidad de legislar sobre lo planteado por la Corte de Constitucionalidad, debido a que en la actualidad se carece de ese mecanismo.

Felicito al estudiante José Ricardo López Turcios por la excelente investigación realizada y propongo, si lo tiene a bien el Consejo de la Facultad, otorgarle una mención honorífica.

Sin otro particular me suscribo de usted

Muy atentamente,


Carmen María Gutiérrez de Colmenares



UNIVERSIDAD
DEL ISTMO

FACULTAD DE
DERECHO

FDER 96-18

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS

En el municipio de Fraijanes del Departamento de Guatemala, el veinte de marzo de dos mil dieciocho, la infrascrita Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo,

CERTIFICA:

PUNTO ÚNICO: Haber tenido a la vista el libro de actas del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo correspondiente al año dos mil dieciocho, en el que se contiene el acta número seis diagonal dieciocho (6/18), correspondiente a la sesión celebrada por el Consejo de Facultad el jueves 15 de marzo de dos mil dieciocho.

Consta en el punto cuarto de dicha acta la resolución que, en su parte conducente, dice textualmente:

“El Consejo de Facultad conoció la propuesta de autorización de impresión del trabajo de tesis del alumno José Ricardo López Turcios, con el título **“Las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en acciones de inconstitucionalidad general. Análisis del cumplimiento de las exhortaciones por parte del Congreso de la República”**. Estudiado el punto, y considerando que se ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Tesis respectivo, el Consejo de Facultad resolvió:

- a. Autorizar la impresión del trabajo de tesis del alumno José Ricardo López Turcios, con el título **“Las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en acciones de inconstitucionalidad general. Análisis del cumplimiento de las exhortaciones por parte del Congreso de la República”**.
- b. Otorgarle al alumno la mención honorífica por su aporte a la investigación, tal como lo solicita la revisora de fondo, licenciada Carmen María Gutiérrez de Colmenares”.

No habiendo más que hacer constar, se finaliza la presente, firmando la misma la Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, quien da fe.

Km 19.2 Carr. a Fraijanes
Finca Santa Isabel, Fraijanes
PBX (502) 6665-3700 Ext. 3821
(502) 6665-3735
fder@unis.edu.gt
www.unis.edu.gt
Guatemala, Centroamérica

Lcda. Leticia Andrea Morales Díaz
Secretaria de Consejo de Facultad



DEDICATORIA

A DIOS

A MIS PADRES: César Augusto y Ketty Albertina

A MIS HERMANOS: César Augusto, Sofía Carolina, Víctor Manuel y Ketty Sofía

A MIS COMPAÑEROS

A LA UNIVERSIDAD DEL ISTMO Y A LA FACULTAD DE DERECHO

RESUMEN

La presente investigación de tesis tiene como objetivo desarrollar el tema de las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en las acciones de inconstitucionalidad de carácter general. Para alcanzar tal objetivo se indagó en variada documentación doctrinal, tanto local como del derecho comparado, partiendo en primer lugar de los temas de la justicia constitucional y control de constitucionalidad de las leyes, por el hecho de que es en el ejercicio de la justicia constitucional y en su función como contralor constitucional de las leyes, que la Corte de Constitucionalidad ha emitido los fallos calificados como exhortativos. Posteriormente, se efectúa un análisis de la acción de inconstitucionalidad de carácter general, por ser éste el instrumento procesal en el que el tribunal constitucional se ha visto en la necesidad de apartarse del modelo clásico de resolución emitiendo los fallos atípicos en aras de brindar un correcto control de constitucionalidad de las leyes. Asimismo, se hace una concisa aproximación a las sentencias atípicas para dar lugar al tema central de la tesis correspondiente a las sentencias exhortativas. Se realiza un examen de los aspectos jurídicos de esta modalidad atípica de resolución, para luego tratar el inconveniente que en la doctrina ha surgido respecto a las exhortativas y su correspondiente legitimidad. Por último, se desarrolla la problemática existente en nuestra práctica jurisdiccional constitucional, la cual se refiere a la falta de cumplimiento de las exhortativas por parte del Congreso de la República, formulando propuestas que tienen como objetivo lograr la eficacia de las sentencias exhortativas.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I: La justicia constitucional	
1. Definición	4
2. Notas características	9
3. Presupuestos jurídicos de la justicia constitucional	12
Capítulo II: El control de constitucionalidad de las leyes	
1. Definición	16
2. Sistemas de control de constitucionalidad normativo	19
2.1. Sistema difuso o americano	19
2.2. Sistema concentrado o europeo	25
2.3. Control de constitucionalidad normativo de Guatemala	31
2.3.1. Sistema mixto	31
2.3.2. Mecanismos locales de control constitucional normativo	35
2.3.2.1. Controles reparadores de constitucionalidad normativa	35
2.3.2.1.1. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos	35
2.3.2.1.2. Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general	39
2.3.2.2. Controles preventivos de constitucionalidad normativa	40
2.3.2.2.1. Opinión consultiva	40
2.3.2.2.2. Dictamen	44
2.3.2.3. Variante atípica de control de constitucionalidad normativa	46
2.3.2.3.1. Inconstitucionalidad por omisión	46

Capítulo III: La acción de inconstitucionalidad de carácter general y sus fallos

1. La acción de inconstitucionalidad de carácter general	49
1.1. Definición	49
1.2. Procedencia	51
1.3. Legitimación	53
1.4. Trámite de la acción de inconstitucionalidad de carácter general	55
1.4.1. Planteamiento de la acción	56
1.4.2. Admisión para su trámite e integración del tribunal	56
1.4.3. Suspensión provisional	57
1.4.4. Audiencia	57
1.4.5. Vista	58
1.4.6. Sentencia	58
2. Las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en las acciones de inconstitucionalidad de carácter general	59
2.1. Contenido de las sentencias	59
2.2. Principios interpretativos en la emisión de sentencias	60
2.2.1. Unidad de la Constitución	60
2.2.2. Concordancia práctica	61
2.2.3. Corrección funcional	61
2.2.4. Eficacia integradora	61
2.2.5. Fuerza normativa de la Constitución	61
2.2.6. Interpretación conforme a la Constitución	62
2.3. Modelo clásico de las sentencias: estimatorias y desestimatorias	62
2.4. Sentencias atípicas	64
2.4.1. Aproximación	64
2.4.2. Definición	66
2.4.3. Variedades	68

Capítulo IV: Las sentencias exhortativas

1. Definición	75
2. Clasificación	78
3. Tipos de llamamientos que contienen las sentencias exhortativas	79
4. Legitimidad	80

Capítulo V: Cumplimiento de las sentencias exhortativas por el Congreso de la República

1. Las sentencias exhortativas en la experiencia constitucional guatemalteca	97
2. La eficacia de las sentencias exhortativas en atención a su cumplimiento	119
3. Propuestas para lograr la eficacia de los fallos exhortativos	122
Conclusiones	126
Bibliografía	130

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis tiene por propósito determinar si las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en los procesos de acciones de inconstitucionalidad de carácter general son fallos legítimos y, por lo tanto, sujetos a estricto cumplimiento por parte del Congreso de la República.

En las últimas décadas, el derecho procesal constitucional ha llegado a desarrollar una categoría de fallos que escapan de la doble categorización tradicional (estimatorios y desestimatorios), dando lugar a lo que la doctrina ha nombrado como “sentencias atípicas”, dentro de las cuales se encuentran las denominadas “exhortativas”, las cuales contienen recomendaciones dirigidas a órganos específicos, generalmente al Poder Legislativo, solicitando su actuación ya sea para formular nuevas disposiciones normativas como para modificar el contenido de las ya existentes para que estas sean acordes a los parámetros constitucionales.

En ocasiones, estas sentencias exhortativas pueden llegar a contener directrices terminantes y contundentes que pueden llegar a condicionar la competencia del Congreso de la República, situación que dentro de la doctrina ha ocasionado la problemática sobre la legitimidad de dichos fallos. Asimismo, queda en entredicho la eficacia de esta modalidad atípica de resolución como la herramienta ideal para otorgar solución a los valladares que presentan las omisiones legislativas y los vacíos legales, convirtiéndose en un problema que requiere una respuesta de particular relevancia. Es por las razones descritas que el tema a tratar es de singular importancia y de relevancia jurídica, ya que se hace necesario efectuar un análisis de las sentencias exhortativas que son dictadas por la Corte de Constitucionalidad en todos aquellos procesos de acciones de inconstitucionalidad de carácter general, con el objetivo de

determinar si las mismas son fallos legítimos del tribunal constitucional y, por lo tanto, sujetos a estricto cumplimiento por parte del Congreso de la República, llegando a determinar si las mismas son una herramienta por la cual se puede garantizar la supremacía constitucional.

La principal problemática que existe en la experiencia constitucional guatemalteca respecto a las sentencias exhortativas no se refiere a su atipicidad, sino más bien, a la falta de cumplimiento de las exhortativas por los órganos estatales hacia los cuales van dirigidas estas. Lo anterior ha ocasionado quebrantamientos en el orden constitucional, lo cual exige una respuesta de gran necesidad. Ante tal situación, es que se hizo necesario efectuar un examen con el objeto de determinar cuáles han sido las razones por las cuales el no cumplimiento de las exhortativas ha sido reiterado y así poder brindar una serie de propuestas que tuvieran como finalidad otorgar eficacia a las sentencias exhortativas.

En base a lo anterior, la presente investigación de tesis fue desarrollada en cinco capítulos. El primero aborda la justicia constitucional. El segundo capítulo esboza el tema del control de constitucionalidad de las leyes. Luego, el tercer capítulo desarrolla el instrumento procesal constitucional de la acción de inconstitucionalidad de carácter general y sus fallos. Asimismo, se hace una breve aproximación a las sentencias atípicas. El cuarto capítulo se encuentra dedicado al tema central, siendo este las sentencias exhortativas; se abordan los aspectos jurídicos de estas y se valida la hipótesis sobre su legitimidad. El último capítulo analiza el cumplimiento de las sentencias exhortativas por parte del Congreso de la República y contiene las propuestas necesarias para la eficacia de esta modalidad de pronunciamientos constitucionales.

En ese orden de ideas y siguiendo la estructura otorgada al presente trabajo de tesis, se pudo llegar a establecer que las sentencias exhortativas son fallos legítimos emitidos por la Corte de Constitucionalidad en los procesos de las acciones de inconstitucionalidad de carácter general por el hecho de constituir la herramienta ideal para solucionar la problemática que conllevan las omisiones legislativas como también los vacíos legales y por el hecho de contener requerimientos a los órganos estatales encargados de la creación de disposiciones normativas, con el objeto de ajustar su contenido a los preceptos constitucionales.

Igualmente, también fue posible arribar a la conclusión de que por la naturaleza de este tipo de sentencias atípicas de no ser vinculantes por el hecho de ser simples recomendaciones o consejos, el organismo legislativo ha hecho caso omiso de las exhortativas que la Corte de Constitucionalidad le ha requerido solicitando su actividad legislativa, circunstancia que ha provocado transgresiones al orden constitucional y razón por la cual fue necesario elaborar una serie de propuestas en las que se hace necesario promover reformas a las normas constitucionales, ordinarias y reglamentarias, con el afán de brindar una respuesta a la problemática del incumplimiento de las exhortativas por parte del Congreso de la República y otorgar eficacia a esta modalidad de pronunciamientos atípicos.

CAPÍTULO I

La justicia constitucional

1. Definición

Brindar una definición de justicia constitucional resulta una tarea compleja, su conceptualización ha variado a lo largo de los años. Asimismo, la justicia constitucional ha sido equívocamente utilizada como sinónimo de jurisdicción constitucional y Derecho Procesal Constitucional¹, términos que son totalmente distintos. En efecto, Julio César Cordón Aguilar, alude que Hans Kelsen hablaba de justicia constitucional y jurisdicción constitucional de manera indistinta, haciendo relación a la función de control de constitucionalidad de las leyes ejercida por un órgano *ad hoc* ajeno al Poder Judicial². Kelsen conceptualizaba a la justicia constitucional bajo los parámetros del modelo concentrado ideado por él, en donde un tribunal constitucional especializado es el que ejerce con exclusividad la justicia constitucional.

Luego, con el surgimiento del sistema difuso, consagrado en Estados Unidos con el caso *Marbury v. Madison*, la justicia constitucional paso a ser considerada como una justicia constitucional difusa. El fallo emitido por el juez Marshall otorgó la posibilidad a los órganos jurisdiccionales ordinarios de practicar justicia constitucional. Aquí, la justicia constitucional ya no era ejercida con exclusividad por un solo órgano especializado, sino más bien, por todos los órganos del poder judicial.

¹ CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Estudiantil Fénix; Cuarta Edición; Guatemala, 2012; Pág. 41.

² Cfr. CORDÓN AGUILAR, Julio César. *El Tribunal Constitucional de Guatemala*. Corte de Constitucionalidad; Guatemala, 2009; Pág. 43.

Como muy bien lo hace saber Pablo Pérez Tremps, la justicia constitucional era concebida tradicionalmente como un concepto formal³. Sigue haciendo alusión mencionado jurista que la dicotomía de justicia constitucional concentrada y justicia constitucional difusa se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos, en el que conviven técnicas de ambos sistemas, circunstancia que ha dado como consecuencia conceptual respecto a la justicia constitucional, que esta deba de entenderse como un concepto material y sustantivo, definiendo a la misma como *“el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean”*⁴.

Oswaldo Gozaíni, en su afán de brindar una definición de justicia constitucional, asemeja el término al de jurisdicción constitucional, estableciendo que la misma puede ser contemplada desde dos posiciones a saber: *“la jurisdicción constitucional se razona a partir del órgano actuante, y será actividad de tal característica la que realizan, por ejemplo, los tribunales constitucionales; o bien, la interpretación se basa en la materia que desenvuelven los jueces –cualquier magistrado–, en cuyo caso se concretará efectiva jurisdicción constitucional cuando se estén aplicando principios de supremacía y control constitucional”*⁵.

Al analizar las dos posiciones a las que hace alusión Gozaíni, se puede concluir que las mismas atienden a los sistemas de control de constitucionalidad. Será una justicia constitucional concentrada la primera de las posiciones, por el hecho de que supone como tal únicamente a la actividad

³ PÉREZ TREMP, Pablo. *La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial Referencia a América Latina*. [en línea] <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11440/FCI-2003-2-perez.pdf?sequence=1> [consulta: 21 de febrero de 2017]

⁴ *Ibíd.*

⁵ GOZAÍN, Oswaldo Alfredo. *La Justicia Constitucional: Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*. Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1994; pág. 7.

realizada por los tribunales constitucionales. Y será una justicia constitucional difusa la segunda de las posiciones, ya que se refiere a la actividad realizada por todos y cada uno de los jueces en su función como contralores de las normas constitucionales.

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez es otro jurista que identifica la justicia constitucional con jurisdicción constitucional, no obstante que entre ambos términos existe diferencia. El concepto desarrollado por el autor guatemalteco es el siguiente: *“La jurisdicción constitucional es una investidura jurídica que se le otorga a ciertos tribunales, sean de jurisdicción ordinaria o especializada, para que con base a criterios jurídicos y métodos de interpretación e integración de las normas, satisfagan pretensiones que tengan origen en normas de derecho constitucional”*⁶.

El concepto de Cáceres Rodríguez respecto a la justicia constitucional claramente reconoce al sistema de control de constitucionalidad mixto adoptado por el ordenamiento jurídico constitucional de Guatemala. En tal definición, la justicia constitucional no es sólo potestad de un órgano especializado, sino que también puede ser ejercida por los tribunales ordinarios.

Gastón Federico Blasi establece que por justicia constitucional debe entenderse *“la predisposición, al interno de un determinado ordenamiento jurídico de un órgano que tiene la competencia de controlar la legitimidad constitucional de las normas jurídicas que crean los diversos órganos estatales”*⁷.

⁶ CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. *Ob. Cit.*; Pág. 41.

⁷ BLASI, Gastón Federico citando a Stefano Congiu. *Justicia Constitucional y Control de Constitucionalidad de las Leyes en la República Italiana.* [en línea] <http://www.circulodoxa.org/documentos/JusticiaConstitucionalControldeConstitucionalidaddeLasLeyesenlaRepublicaItaliana.pdf> [consulta: 3 de octubre de 2016]

Otra definición es la que otorga Manuel Mejicanos Jiménez, quien la define como *“toda actividad de aplicación directa de la Constitución, tanto por parte de un tribunal constitucional como de un órgano jurisdiccional ordinario, al asumir dichos órganos que la norma suprema es una norma jurídica de aplicación prevalente y, como tal, decisoria litis para la solución de un conflicto constitucional en el que se hubiesen puesto en entredicho derechos y obligaciones jurídicamente exigibles”*⁸.

Conforme el concepto y las opiniones de los autores anteriormente citados, la justicia constitucional se refiere a la potestad que concede el Estado a los órganos ordinarios y al tribunal constitucional especializado, para que estos conozcan y resuelvan todas aquellas pretensiones que han tenido origen en la violación o amenaza de los preceptos constitucionales, ejerciendo como contralores del orden constitucional.

De las definiciones anteriores se puede llegar a concluir que la literatura jurídica utiliza de manera indistinta como sinónimos los términos de justicia constitucional y jurisdicción constitucional, sin detenerse a especificar cual es el contenido de cada una de estas figuras jurídicas, circunstancia que se hace necesario resolver, con el objeto de brindar una correcta definición de justicia constitucional.

Los autores Álvaro Gallegos Díaz y Carlos Meneses Ulloa son dos juristas chilenos que se han tomado la tarea de diferenciar a la justicia constitucional y jurisdicción constitucional. Comienzan por explicar que el término de justicia constitucional es más filosófico por el hecho de englobar los valores de supremacía y defensa constitucional, mientras que el término de jurisdicción

⁸ MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *La Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco (Análisis sobre la Acción, el Proceso y la Decisión de Inconstitucionalidad Abstracta)*. Guatemala, 2005; Pág. 12.

constitucional es más técnico y se refiere al ejercicio de una de las funciones en torno a la cual se ejerce el poder del Estado, la cual tiene como objetivo satisfacer los conflictos de relevancia jurídica constitucional⁹.

Para estos dos juristas, la justicia constitucional debe ser comprendida como *“toda la actividad estatal encaminada a la solución de conflictos constitucionales mediante la tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional, ejercida por órganos independientes, dotados de jurisdicción, cuyas decisiones son vinculantes para todos los órganos, grupos y personas en un Estado y cuyo soporte ético es la reafirmación de los fundamentos del Estado de Derecho, el régimen Democrático y la defensa de los Derechos Fundamentales de las personas”*¹⁰.

A diferencia de las definiciones anteriores, existen otras que no atienden a los sistemas de control de constitucionalidad y que no hacen alusión a la justicia constitucional como una actividad realizada por los órganos jurisdiccionales competentes. Un claro ejemplo de ello es la definición propuesta por el Diccionario Jurídico Espasa, el cual define a la justicia constitucional como el *“Sistema de control judicial de las leyes propio del Estado de derecho, que tiene su fundamento en la concepción de la constitución como norma jurídica fundamental, mediante el cual se verifica el respeto de las leyes a la constitución”*¹¹.

La definición anterior concede un elemento muy importante, siendo este el del principio de supremacía constitucional, es decir, aquel que *“consiste en la*

⁹ GALLEGOS DÍAZ, Álvaro y MENESES ULLOA, Carlos. *Justicia Constitucional. De la Defensa Formal de la Constitución a la Defensa de los Derechos Humanos*. [en línea] http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114424/de-gallegos_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consulta: 23 de febrero de 2017]

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Diccionario Jurídico Espasa*; Editorial Espasa Calpe, S. A.; Madrid, 2005; Pág. 883.

*particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado*¹². Aquí, la justicia constitucional no se ve como una potestad, sino más bien, como un sistema de control judicial que tiene como propósito lograr el estricto cumplimiento de la Constitución.

En el afán de brindar una definición de justicia constitucional propia, se propone el siguiente concepto: la justicia constitucional es aquel ideal o valor supremo alcanzado por los tribunales constitucionales y los tribunales ordinarios dotados de potestad constitucional al lograr la satisfacción conforme a derecho de las controversias que surjan con ocasión de la aplicación de las leyes constitucionales.

2. Notas características

Pablo Bonilla Hernández ha establecido rasgos distintivos de la justicia constitucional: Véase¹³:

- *La justicia constitucional se encuentra constituida por un conjunto de instrumentos jurídicos procesales.*

La primera de estas notas características hace referencia a las garantías constitucionales, es decir, a *“los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional*

¹² PEREIRA-OROZCO, Alberto y RICHTER, Marcelo Pablo. *Derecho Constitucional*. Ediciones De Pereira; Séptima Edición; Guatemala, 2012; Pág. 8.

¹³ BONILLA HERNÁNDEZ, Pablo Andrés. *Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado*. Tesis de Licenciatura; Universidad de San Carlos de Guatemala; Guatemala, 2007; Págs. 59-61.

*cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder*¹⁴.

- *Según nuestro ordenamiento jurídico, se contemplan tres: el amparo, la exhibición personal y la constitucionalidad de las leyes.*

Las garantías constitucionales se encuentran recogidas en el texto de la Constitución Política de la República de 1985, en su Título VI, Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional, artículos 263 al 267. Asimismo, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad desarrolla todo lo relativo a estos instrumentos de defensa del orden constitucional.

- *Estos instrumentos tienen por objeto la efectividad de las normas fundamentales, en caso de incertidumbre, conflicto o violación.*

El amparo, conocido como garantía contra la arbitrariedad, tiene por finalidad brindar protección a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos por parte de actos arbitrarios de los órganos del poder público o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. La exhibición personal o *habeas corpus* tiene por propósito la restauración de la libertad individual de las personas que han sido ilegalmente presas, detenidas o cohibidas de cualquier otro modo de su libertad o, en su caso, el brindar protección cuando han sido amenazados en la pérdida de ella, por lo que se le conoce como garantía de la libertad individual. Y, por último, la constitucionalidad de las leyes, garantía de la supremacía constitucional, tiene por objetivo el control de constitucionalidad de las leyes.

¹⁴ PEREIRA-OROZCO, Alberto y RICHTER, Marcelo Pablo. *Ob. Cit.*; Pág. 155.

- *Las pretensiones en la justicia constitucional se encuentran apoyadas o fundamentadas en normas de derecho constitucional alcanzando su materialización objetiva a través de los instrumentos procesales denominados garantías constitucionales.*

Para que una pretensión en materia constitucional sea conocida y resuelta por los órganos competentes, se debe de accionar conforme al procedimiento establecido por la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, para cada una de las garantías constitucionales y atendiendo a los principios del Derecho Procesal Constitucional.

- *La justicia constitucional tiene como causa u origen el incumplimiento o amenaza de incumplimiento de la normativa constitucional.*

Los tribunales ordinarios y la Corte de Constitucionalidad aplicarán y administrarán justicia constitucional cuando haya tenido lugar una violación o amenaza a los derechos fundamentales que la norma fundamental establece.

- *Al ser la justicia constitucional, una natural consecuencia del principio de supremacía constitucional, esta es pues, únicamente admisible en los países que cuentan con una Constitución rígida.*

La justicia constitucional es una consecuencia del principio de supremacía constitucional por el hecho de que *“deriva precisamente de esa idea de la Constitución como norma fundamental y suprema, que debe prevalecer sobre toda otra norma o acto estatal”*¹⁵. En concordancia con dicho principio, la Constitución se encuentran colocada en un grado superior a las leyes

¹⁵ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Derecho Procesal Constitucional: Instrumentos para la Justicia Constitucional*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.; Segunda Edición; Bogotá, 2013; Pág. 20.

ordinarias. Esto supone que una ley no puede derogar o reformar a la Constitución, porque para ello se requiere el cumplimiento de las condiciones especiales establecidas por la propia ley fundamental, asegurando de esta manera la vigencia y respeto de los preceptos constitucionales de ésta última.

- *La justicia constitucional genera la consolidación del Estado de Derecho.*

En la administración de justicia constitucional por parte del Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, estos actúan como contralores del orden constitucional, función que tiene como objetivo que los actos estatales atiendan a los preceptos constitucionales, logrando no solo la consolidación de un Estado de Derecho, sino más bien la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, en dónde rige la Constitución como norma suprema.

3. Presupuestos jurídicos de la justicia constitucional

Desde el punto de vista de Víctor García Toma¹⁶ los elementos esenciales para el establecimiento de la justicia constitucional serían los siguientes:

- a) *La existencia de una Constitución morfológicamente rígida;*

En cuanto a su posibilidad de reforma, las constituciones se clasifican en flexibles, rígidas y mixtas. Serán flexibles “*si las normas constitucionales pueden ser modificadas por el legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes*”¹⁷. La constitución rígida es la que no se puede reformar mediante

¹⁶ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. *La Jurisdicción Constitucional: El Tribunal Constitucional del Perú.* [en línea] https://www.law.ufl.edu/pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/LA_JURISDICCION_CONTI_TUCIONA1-aumentado.pdf [consulta: 28 de julio de 2016]

¹⁷ PEREIRA-OROZCO, Alberto y RICHTER, Marcelo Pablo. *Ob. Cit.*; Pág. 141.

el procedimiento común, sino siguiendo un procedimiento especial establecido en la misma ley fundamental.

La actual Constitución Política de la República es de tipo mixta y, esto es así, ya que una parte de la misma puede ser reformada por el Congreso de la República y otra de sus partes ofrece dificultad para su reforma porque tiene que ser realizada por una Asamblea Nacional Constituyente, y además contiene normas pétreas¹⁸.

De lo anterior se concluye que en Guatemala existen dos formas de reformar la Constitución. La primera forma se encuentra en el artículo 278 constitucional. En dicho artículo se establece que 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. La segunda forma se encuentra en el artículo 280 de la ley fundamental. Este artículo regula que, para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados, entrando en vigencia dichas reformas hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. En el caso de que el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, ésta entrará en vigencia sesenta días después de que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta.

La primera de las formas es la que resulta de interés para el establecimiento de la justicia constitucional, ya que esta otorga la rigidez que toda Constitución

¹⁸ Cfr. *Ibíd.*; Pág. 174.

debe de poseer y que debe ser objeto de control y resguardo por los órganos jurisdiccionales en su función de administradores de justicia constitucional.

b) La existencia de un órgano de control de la constitucionalidad dotado de competencias resolutivas; y

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala surgió con la Constitución de 1965. Este fue el primer intento de un tribunal constitucional especializado en Guatemala. Sus funciones se reducían exclusivamente a conocer del recurso de inconstitucionalidad y a declarar la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

La Constitución vigente, en su Título VI, Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional, vino a configurar un nuevo sistema de justicia constitucional, cuya novedad significativa fue la creación de la Corte de Constitucionalidad ¹⁹ como un tribunal independiente y permanente de jurisdicción privativa.

De conformidad con los artículos 268 de la Constitución Política de la República y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Así, corresponde al tribunal constitucional el ser guardián de los principios y valores contenidos en la Constitución al impartir y administrar la justicia constitucional.

¹⁹ Cfr. GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. *La Justicia Constitucional en Guatemala*. [en línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976258.pdf> [consulta: 13 de septiembre de 2016]

Las competencias de la Corte de Constitucionalidad se encuentran constituidas en los artículos 272 de la Constitución Política de la República y 163 y 164 del Decreto Número 1-86. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer y resolver: las acciones de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas de carácter general cuestionadas de inconstitucionalidad total o parcial y la acción de amparo, ejerciendo de esta manera como contralor del orden constitucional y como garante de los derechos y libertades fundamentales.

c) La existencia de un conjunto de procesos y procedimientos que permitan orientar las demandas o solicitudes relativas a la defensa del control de la constitucionalidad.

La Constitución Política de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Persona y de Constitucionalidad han previsto mecanismos de control constitucional normativo. Estos son los siguientes: la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos; la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general; la opinión consultiva; y el dictamen. Cabe mencionar también a la acción de inconstitucionalidad por omisión.

CAPÍTULO II

El control de constitucionalidad de las leyes

1. Definición

El jurista Rubén Hernández define al control de constitucionalidad de las leyes como *“aquellos mecanismos y técnicas de control de naturaleza jurídica que se manifiestan en el ámbito de las relaciones constitucionales. ...funciona como un control constitucional sucesivo de carácter auxiliar, que tiene por objeto velar porque las diversas funciones estatales, salvo la Jurisdiccional, sean ejercidas de conformidad con las normas y principios constitucionales. La función del ‘control constitucional de las leyes’ consiste en tutelar el principio de la supremacía constitucional. ...se ejerce sobre actos normativos de rango inferior a la Constitución y sus principios estructurales, con el fin de determinar si son o no legítimos de acuerdo con el ordenamiento constitucional vigente”*²⁰.

Rubén Hernández comienza su definición diciendo que el control de constitucionalidad de las leyes son aquellos mecanismos o técnicas de control, razón por la cual, a juicio del autor de la tesis, esta definición hace mejor alusión a los instrumentos utilizados por los tribunales constitucionales como por los tribunales ordinarios, dotados de jurisdicción constitucional, para velar porque la actividad legislativa sea acorde a la Constitución, es decir, a los mecanismos de control de constitucionalidad normativa. No obstante lo anterior, cabe destacar que la definición de Hernández establece de manera correcta la finalidad hacia la cual va dirigido el control de constitucionalidad de las leyes, la cual se refiere a tutelar la supremacía constitucional mediante la adecuación de la actividad legislativa a los preceptos constitucionales.

²⁰ HERNÁNDEZ, Rubén. *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes*. Ediciones Juricentro S. A.; San José, 1978; Págs. 21-23.

Manuel Aragón contempla al control de constitucionalidad de las leyes desde dos sentidos, siendo estos los siguientes: *“En sentido lato, el control de constitucionalidad es el procedimiento a través del cual determinados órganos del Estado comprueban si ciertos actos ilícitos de los poderes públicos están conformes con la Constitución, decidiendo su anulación o inaplicación en caso contrario. En sentido estricto, el control de constitucionalidad no es más que la consecuencia jurídica de una cualidad también jurídica de la Constitución: su carácter de norma suprallegal”*²¹.

Respecto al sentido lato que le otorga al control de constitucionalidad normativa, se difiere de la consideración que se le concede de ser un procedimiento. La disensión obedece a que procedimiento es un sustantivo que se refiere al conjunto de acciones u operaciones encaminadas a obtener un resultado concreto y, adecuándose a la materia jurídica, podría decirse que constituye una serie coordinada de etapas o fases orientadas a la satisfacción de una pretensión jurídica. El procedimiento en materia jurídica implica el ejercicio de una acción procesal, la existencia de una pretensión, la obtención de una resolución que satisfaga dicha pretensión y otros aspectos a saber y, ante tal circunstancia, el control de constitucionalidad normativa no puede apreciarse como un procedimiento.

En lo que atañe al sentido estricto del control de constitucionalidad normativa a que hace mención Manuel Aragón, cabe señalar, que si bien, aquel encuentra su fundamento en la primacía de la Constitución y surge como resultado de este principio, no puede ser considerado como una simple consecuencia de este último, haciéndose necesario destacar que el concepto

²¹ ARAGÓN, Manuel. *El Control de Constitucionalidad en la Constitución Española de 1978*. [en línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427325.pdf> [consulta: 29 de julio de 2016]

de control de constitucionalidad de las leyes tiene una dimensión más amplia, pues implica la existencia de procesos constitucionales, una jurisdicción constitucional y la posibilidad de accionar.

La definición propuesta Mauro Chacón Corado es la siguiente: *“El control de constitucionalidad de las leyes... es una elaboración del derecho constitucional..., de hacer efectiva la supremacía de la Constitución mediante la revisión de las leyes y de los actos de gobierno, con el objeto de mantenerlos en el marco de sus competencias y de invalidarlos cuando exceden de las limitaciones que les ha impuesto el poder constituyente”*²².

La explicación que realiza el jurista guatemalteco resulta acertada y aporta un elemento importante a tomar en cuenta. Este elemento es el de la invalidación de las leyes que no cumplan con la observación de los preceptos constitucionales, implicación primordial del control de constitucionalidad de las leyes.

Por su parte, Alejandro Morales conceptualiza el control de constitucionalidad normativa como *“el sistema de instituciones y procedimientos destinados a verificar que los preceptos mediante los cuales las autoridades regulan los hechos y actos que emanan de una determinada comunidad judicial constituyan desarrollo coherente de los postulados constitucionales, en observancia del carácter supremo que revisten estos últimos”*²³.

²² CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. *El Control de Constitucionalidad de la Leyes en Guatemala*. [en línea] <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/EL%20CONTROL%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20DE%20LAS%20LEYES%20EN%20GUATEMALA-.pdf> [consulta: 29 de julio de 2016]

²³ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Control de Constitucionalidad Normativa*. En PEREIRA-OROZCO, Alberto (Coordinador) (et al.). *Derecho Procesal Constitucional*. Ediciones De Pereira; Tercera Edición; Guatemala, 2015; Pág. 246.

Como puede observarse, Morales inicia por definir al control de constitucionalidad de las leyes estableciendo que es un sistema de instituciones y procedimientos, circunstancia por la cual, a criterio del tesista, la ilustración que el constitucionalista hace respecto al control de constitucionalidad normativa es la mejor referencia a los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Ante tal situación, cabe señalar que efectivamente es a través de estos procedimientos o mecanismos que se ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, pero estos no conforman únicamente a este último. El concepto de control de constitucionalidad de las leyes, como se mencionó anteriormente, posee una dimensión más amplia.

A manera de conclusión, se afirma que el control de constitucionalidad de las leyes es aquella función por medio de la cual, el tribunal constitucional y los tribunales ordinarios dotados de jurisdicción constitucional, a través de los mecanismos de control, tienen el deber de orientar los actos de gobierno y la actividad legislativa al estricto cumplimiento de la supremacía constitucional y, en caso de que estos sean contrarios a los mandatos constitucionales, proceder a su invalidación.

2. Sistemas de control constitucional normativo

2.1. Sistema difuso o americano

La característica fundamental de este sistema se refiere a que la función de administración de justicia constitucional corresponde a todos los órganos jurisdiccionales, encontrándose cada uno con la facultad de interpretación y aplicación directa de la Constitución²⁴.

²⁴ Cfr. MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Pág. 14.

En este tipo de sistema, el ejercicio de la administración de la justicia constitucional se encuentra descentralizada en el tribunal constitucional y en los tribunales ordinarios del sistema jurisdiccional y, por lo tanto, cada uno de estos se encuentra facultado para conocer y resolver aquellos casos en que se busque satisfacer una pretensión que tuvo su origen en la aplicación de las normas constitucionales.

Este sistema fue establecido en los Estados Unidos de América, desde el caso *Marbury vs. Madison*, en el cual la Corte Suprema de ese país, consideró el control de constitucionalidad de las leyes como una función-deber de los tribunales de justicia²⁵, circunstancia por la cual se le otorgó la denominación de sistema americano.

Se le conoce también con la denominación de sistema difuso y, esto es así, debido a la pluralidad de órganos jurisdiccionales que lo ejercen; se le otorga a todos y cada uno de los jueces, la potestad de revisar la adecuación normativa a la carta fundamental²⁶. Su carácter difuso *“radica en el hecho que la función contralora de la constitucionalidad de las normas jurídicas puede ser ejercida por cualquier juez o tribunal, siempre que estos conozcan del caso concreto donde sería aplicada la norma objetada”*²⁷. Dicho en otras palabras, el carácter de difuso se refiere a que el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes no se otorga únicamente al tribunal constitucional, sino más bien, este se extiende a los demás órganos jurisdiccionales.

El constitucionalista Geovani Salguero, expone que el sistema jurisdiccional difuso también es conocido como incidental, siendo la razón para ello porque

²⁵ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.*; Pág. 51.

²⁶ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Ob. Cit.*; Pág.17.

²⁷ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *El Control de Constitucionalidad de las Normas Jurídicas*. Impresos; Guatemala, 2010; Pág. 35.

*“hace referencia a la necesidad de existencia de un caso concreto previo, en el que previamente debe decidirse la aplicabilidad de la norma jurídica con la cual ha de resolverse el fondo del asunto”*²⁸. El carácter incidental de este sistema se refiere a que en el supuesto de que un juez tenga la incertidumbre sobre la inconstitucionalidad de una ley, la cual debe de aplicar en un caso concreto, éste efectúa un juicio previo de constitucionalidad para pronunciarse a favor o en contra de la constitucionalidad de la ley en cuestión, y una vez lo haya efectuado, proceder a la resolución en definitiva del caso concreto.

El sistema difuso posee la característica de ser “jurisdiccional”²⁹, debido a que, en este, todos los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para funcionar como contralores del orden constitucional en la práctica de la justicia constitucional.

Un elemento esencial de este sistema es el de la supremacía constitucional, la Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y en el caso de que alguna disposición normativa contraríe los preceptos establecidos en la misma, los jueces podrán declarar la inaplicabilidad de la misma³⁰. En otras palabras, *“este método de control deriva del principio de la supremacía constitucional y del consecuente poder de todo juez de controlar la constitucionalidad de las leyes”*³¹. Lo anterior en virtud del *judicial review*, el cual implica la potestad de todos los órganos jurisdiccionales de examinar que los actos legislativos no contraríen los principios constitucionales y, en caso de hacerlo, proceder a la invalidación de los mismos.

²⁸ *Ibíd.*; Págs. 34 y 35.

²⁹ GOZAÍN, Osvaldo Alfredo. *Ob. Cit.*; Pág. 12.

³⁰ *Cfr. Loc. Cit.*

³¹ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.*; Pág. 57

En este tipo de sistema, los órganos jurisdiccionales se encuentran obligados a interpretar la ley con la finalidad de adecuarla a los preceptos constitucionales³², siendo esta potestad interpretativa *“la que otorga al sistema un verdadero “poder”, que algunos autores consideran que es político,... en virtud del cual proceden a la descalificación de las leyes y demás disposiciones que aparezcan en contradicción con la supremacía constitucional”*³³.

Conforme a los efectos jurídicos, en el sistema difuso, *“la decisión del juez en materia de inconstitucionalidad sólo tiene efectos inter partes...”*³⁴, lo que quiere decir que al momento en el que los órganos jurisdiccionales emiten sentencia, resuelven declarar la inaplicabilidad de la ley únicamente al caso concreto, sin que se declare la anulabilidad de esta del ordenamiento jurídico.

Lo anterior conlleva que la decisión sea, en principio, retroactiva *“en el sentido de que tiene consecuencias ex tunc o pro petraerito, es decir, la ley declarada inconstitucional se considera como si nunca hubiere existido o nunca hubiere sido válida”*³⁵.

De lo relacionado en párrafos anteriores, se puede decir que el sistema difuso puede definirse como aquel que *“...confiere a cualquier juez de cualquier nivel en jerarquía judicial, el poder necesario para actuar como juez constitucional, estando autorizado para juzgar la constitucionalidad de la ley que debe aplicar en la resolución del caso concreto y, en consecuencia, decidir su inaplicabilidad al mismo cuando la consideren inconstitucional, dando aplicación preferente a la Constitución”*³⁶.

³² Cfr. GOZAÍN, Osvaldo Alfredo *Ob. Cit.*; Pág. 17.

³³ *Ibíd.*; pág. 18.

³⁴ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.*; Pág. 52.

³⁵ *Loc. Cit.*

³⁶ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.*; Pág. 57.

En palabras del profesor Juan Francisco Flores Juárez, el sistema difuso “es el control de constitucionalidad de las leyes que se confía a todos los tribunales de un estado, dotándolos de la facultad y obligación de inaplicación en un caso concreto, de las leyes que se consideran contrarias a la Ley Fundamental”³⁷.

Manuel Mejicanos Jiménez³⁸ ha establecido que son dos las características principales del sistema americano, siendo estas las siguientes:

- a) que la ley declarada inconstitucional, lo es únicamente para un caso en particular, de ahí que la decisión judicial vincula únicamente a quienes figuran como parte –inter partes- en un proceso determinado; y
- b) la normativa tachada de inconstitucionalidad no pierde su vigencia en el ordenamiento jurídico, sino únicamente es excluida como “aplicable” a un caso concreto.

Eduardo Andrés Velandia Canosa ha establecido que el sistema difuso “se caracteriza por no estar positivizado, ser de origen jurisprudencial, imponer a los jueces la obligación de efectuar una suerte de control de constitucionalidad sobre la ley aplicable al caso sometido a su competencia, defender el principio de supremacía constitucional de oficio o a petición de parte y el principio de la revisión judicial de constitucionalidad, cuya decisión produce efectos inter partes”³⁹.

Por su parte, Alejandro Morales⁴⁰, cita a Rafael Jiménez Asensio, quien aporta una caracterización más completa del sistema difuso o americano:

³⁷ FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos*. Impresos; Segunda Edición Ampliada; Guatemala, 2009; Pág. 193.

³⁸ MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Pág. 14.

³⁹ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Sistema y Modelos de Justicia Constitucional*. En MEZETTI, Luca y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinadores). *Justicia Constitucional: Sistemas y Modelos Comparados*. Ediciones Nueva Jurídica; Bogotá, 2017; Pág. 22.

⁴⁰ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 248.

a. Lo llevan a cabo todos los jueces y tribunales;

Es por esta razón que se dice que el sistema difuso tiene la característica de ser jurisdiccional, todos los órganos del poder jurisdiccional se encuentran facultados para actuar como contralores de la constitucionalidad de las leyes.

b. Es, por tanto, un control descentralizado;

La potestad de interpretación y aplicación de la Constitución respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico no se encuentra sujeta a un solo tribunal especializado, sino más bien, se extiende a los demás tribunales ordinarios del sistema jurisdiccional.

c. Se suscita al hilo de un proceso judicial, por lo que es incidental;

Es necesaria la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad en cuerda separada. Una vez se haya resuelto la misma, se debe proceder a la resolución del caso concreto que le dio origen.

d. Se suscita con ocasión de aplicar la ley para resolver un caso, por lo que es concreto;

Se dice que es concreto porque surge como consecuencia de la aplicación de una ley por parte de las partes o del juez que conoce del caso, la cual es necesaria para la resolución del mismo.

e. La declaración de inconstitucionalidad no produce nulidad de la norma, sino sólo su inaplicación al caso concreto;

La ley declarada inconstitucional tiene efectos *inter partes*.

f. Son las partes del proceso las que pueden denunciar la inconstitucionalidad de una ley y, por ende, su inaplicación al caso.

Deben de ser las partes, al momento de percatarse de que una ley utilizada por la parte contraria o, en su caso, por el juez, resulta ser inconstitucional respecto a sus derechos y pretensiones, las que deben de instaurar la acción de inconstitucionalidad con el objeto de que la ley en cuestión no sea aplicada al caso concreto.

2.2. Sistema concentrado o europeo

La principal característica del sistema jurisdiccional concentrado *“radica en la atribución de facultades para revisar las cuestiones relativas a la constitucionalidad de leyes, a un órgano especial o tribunal constitucional”*⁴¹. Este órgano especializado, nos indica Manuel Mejicanos Jiménez, se denomina Corte o Tribunal Constitucional, y es el encargado de resolver, con absoluta exclusividad, todos los conflictos constitucionales o cuestiones de inconstitucionalidad de normas⁴².

El sistema concentrado se caracteriza por la existencia de un único tribunal especializado como contralor del orden constitucional, lo que implica que *“este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar a las leyes”*⁴³. A diferencia del

⁴¹ SALGUERO SALVADOR. Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 38.

⁴² Cfr. MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Pág. 15.

⁴³ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.*; Pág. 73.

sistema difuso, en el que la potestad de contralor constitucional de las normas, se encuentra descentralizado en todos los tribunales ordinarios como en un tribunal constitucional, el sistema concentrado otorga esta potestad únicamente a un tribunal específico, el cual debe ser especializado en materia constitucional con el objeto de ser el encargado en la interpretación constitucional de las normas.

La esencia propia de este modelo se refiere a que el poder para actuar como juez constitucional se encuentra otorgado a un tribunal especializado en materia constitucional, potestad que implica el deber de actuar como órgano jurisdiccional con facultades anulatorias⁴⁴. Esta facultad anulatoria se refiere la expulsión del ordenamiento jurídico de la ley que ha sido declarada inconstitucional por parte del tribunal constitucional una vez haya realizado el examen correspondiente que le llevó a tomar esa decisión.

Es por tal circunstancia, que esta modalidad de control jurisdiccional de constitucionalidad halla su fundamento en la existencia de un tribunal *ad hoc*, cuya función primordial es la de enjuiciar con carácter exclusivo la regularidad constitucional de las leyes, sin que exista la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales ordinarios realicen esta función⁴⁵. En el caso en que los juzgadores ordinarios se percaten de la existencia de una ley que no cumple con los preceptos constitucionales, estos deben abstenerse de conocer al respecto, poniendo en conocimiento del tribunal constitucional dicha circunstancia, para que sea éste quien con toda exclusividad se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma que haya sido cuestionada de la misma.

⁴⁴ Cfr. *Loc. Cit.*

⁴⁵ Cfr. FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. *Ob. Cit.*; Pág. 194

La razón de ser del sistema concentrado encuentra su fundamentación en el principio de supremacía constitucional⁴⁶ por el hecho de que conlleva la existencia de un tribunal cuya función primordial sea la defensa de este principio mediante la actuación como contralor constitucional de las normas, circunstancia por la cual, *“siendo la Constitución la ley suprema del país, es evidente que en caso de conflicto entre un acto estatal y la Constitución, ésta última debe prevalecer”*⁴⁷. En el supuesto de que una ley no sea acorde a los mandatos constitucionales, el tribunal constitucional deberá conocer y pronunciarse al respecto, expulsando del ordenamiento jurídico la ley en caso de considerarla como inconstitucional, haciendo prevalecer de esta manera la supremacía de la Constitución.

Una de las notas características de este sistema es que debe ser expresamente establecido en la Constitución y, esto es así, debido a que la constitución del Tribunal Constitucional especial, así como sus funciones requieren de texto expreso⁴⁸. Debe ser la Constitución la que fije los lineamientos y parámetros sobre los cuales debe de actuar el tribunal constitucional, de donde se concluye que *“la Constitución confiere el poder para anular algunos actos del Estado cuando se juzgan inconstitucionales, a un solo órgano constitucional, con funciones jurisdiccionales que le permiten actuar como juez constitucional con poderes anulatorios”*⁴⁹. Será la Constitución la encargada de dotar al tribunal constitucional con el poder de expulsar del ordenamiento jurídico a toda aquella ley que no cumpla con los mandatos constitucionales.

⁴⁶ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Ob. Cit.*; Pág. 74.

⁴⁷ *Loc. Cit.*

⁴⁸ Cfr. *Loc. Cit.*

⁴⁹ *Ibíd.*; Pág. 78.

En lo que respecta a los efectos jurídicos de este sistema, la normativa cuestionada de constitucionalidad es excluida del ordenamiento jurídico, en otras palabras, *“queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general, con efectos erga omnes”*⁵⁰.

Brewer-Carías establece que dicho sistema posee una particularidad doble: en primer lugar, el poder para anular ciertos actos inconstitucionales está conferido a un solo órgano constitucional con funciones jurisdiccionales, y en segundo lugar, el poder de dichos órganos constitucionales para juzgar la inconstitucionalidad y declarar la nulidad de ciertos actos del Estado no concierne a todo los actos del Estado, sino a un número limitado de ellos, normalmente las leyes y otros actos de la Asamblea o Congreso o del Gobierno, de rango legal o dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución y únicamente sometidos a sus regulaciones⁵¹.

No se comparte la segunda de las particularidades a que hace mención Brewer-Carías, la cual hace alusión a que el órgano constitucional únicamente pueda juzgar la constitucionalidad de las normas que poseen el rango de constitucionales. Se es del criterio de que el órgano constitucional también puede calificar la constitucionalidad de todas aquellas leyes que no poseen el rango de constitucionales.

Las características del sistema concentrado, nos hace saber Manuel Mejicanos Jiménez⁵², son dos:

⁵⁰ *Ibíd.*; Pág. 79.

⁵¹ *Cfr. Ibíd.*; Pág. 80.

⁵² MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Pág. 15.

- a) que si la decisión es la de declarar la inexecutable de la norma impugnada, ésta será expulsada del ordenamiento jurídico, quedando así sin vigencia; y
- b) que los efectos de la decisión de acogimiento de la inconstitucionalidad son *erga omnes*, es decir, vinculantes tanto para los gobernados como para los gobernados.

Alejandro Morales⁵³, citando a Rafael Jiménez Asensio, aporta la siguiente caracterización pormenorizada del sistema concentrado o europeo:

a. Lo ejerce un Tribunal Constitucional, cuya función principal es precisamente la de controlar la adecuación de las leyes a la Constitución;

La función esencial del tribunal constitucional debe ser la defensa del orden constitucional y, como se mencionó anteriormente, debe ser la Constitución la que establezca la instauración de este tribunal y sus funciones respecto a su actuar como contralor de constitucionalidad de las leyes.

b. Normalmente, el Tribunal Constitucional no forma parte del poder judicial, por lo que los asuntos constitucionales se sustraen del conocimiento de los jueces ordinarios;

El tribunal constitucional goza de jurisdicción privativa, es independiente a los demás órganos que conforman el sistema jurisdiccional. Su actuar tiene lugar en los supuestos en los que los tribunales ordinarios pongan en su conocimiento alguna ley cuestionada de constitucionalidad con ocasión de su función jurisdiccional.

⁵³ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Págs. 248-249.

- c. La competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes se concentra en un solo órgano, de ahí que reciba ese nombre;*

Recibe el nombre de sistema concentrado ya que su principal particularidad se refiere a que este concentra la función de administración de justicia constitucional a un solo órgano jurisdiccional con total exclusividad, el cual recibe la denominación de corte o tribunal constitucional.

- d. Se trata de un control abstracto, no de la aplicación de la ley a un caso concreto;*

No es necesario que el control de constitucionalidad tenga lugar en un determinado caso en el que una ley sea cuestionada de constitucionalidad. El control también se da en los proyectos de ley que generen duda de constitucionalidad, en los proyectos de reforma de leyes de rango constitucional, en la entrada en vigencia de tratados o convenios internacionales que generen duda de constitucionalidad, en las violaciones al orden constitucional producidas por las omisiones legislativas, etc., razón por la cual se trata de un control abstracto.

- e. Para impugnar las leyes de inconstitucionalidad están legitimados ciertos órganos políticos;*

Se difiere de esta característica por ser de la opinión de que toda persona se encuentra legitimada para instaurar la acción de inconstitucionalidad (de carácter general) con la finalidad de preservar la supremacía constitucional.

- f. Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad son erga omnes y suponen la expulsión de la ley.*

A diferencia del sistema difuso en el que la ley declarada inconstitucional únicamente tiene efectos *inter partes*, en el sistema concentrado los efectos son para toda la generalidad y también deviene la expulsión de aquella del ordenamiento jurídico.

2.3. Control de constitucionalidad normativo de Guatemala

2.3.1. Sistema mixto

Este sistema también es denominado dual, paralelo o simbiótico⁵⁴.

Se le llama dual por el hecho de que contiene dos aspectos distintos, siendo estos el control difuso y el control concentrado. El control difuso que es ejercido por los tribunales ordinarios del sistema jurisdiccional por medio de la inaplicación, en el caso concreto, de toda ley que resulte inconstitucional. Y el control concentrado que es ejecutado por la Corte de Constitucionalidad al expulsar del ordenamiento jurídico las normas que violen los preceptos constitucionales.

Se le denomina paralelo ya que el control de constitucionalidad de las leyes es ejercido de manera paralela por la Corte de Constitucionalidad como por los tribunales ordinarios que conforman el sistema jurisdiccional, es decir, *“por un lado se otorgó competencia al juez ordinario de aplicar en cada caso concreto los principios de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad... Paralelamente se otorgó competencia a un juez especializado...”*⁵⁵.

⁵⁴ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 43.

⁵⁵ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Ob. Cit.*; Pág. 25.

Por último, también recibe el nombre de simbiótico por que se da una relación de simbiosis entre la Corte de Constitucionalidad y los tribunales ordinarios del sistema jurisdiccional en lo que respecta al control de constitucionalidad de las leyes.

Manuel Mejicanos Jiménez indica que este sistema pretende establecer una posición ecléctica de los dos sistemas que preceden y que se le conoce como mixto *“pues en él interactúan órganos que forman parte del denominado Poder Judicial y también un Tribunal Constitucional autónomo e independiente de dicho poder, los cuales, la propia Constitución Política les ha asignado competencias y atribuciones separadas, que pueden ejercer simultáneamente en el ámbito de acción de una jurisdicción constitucional”*⁵⁶.

El sistema mixto posee rasgos de los dos sistemas analizados previamente y, esto es así, debido a que en él coexisten un órgano con funciones de un control concentrado de constitucionalidad, llamado tribunal constitucional, y los demás tribunales ordinarios del sistema jurisdiccional, los cuales ejercen un control difuso de constitucionalidad.

El constitucionalista guatemalteco Alejandro Morales indica que *“En Guatemala el control de constitucionalidad normativa adoptó su fisonomía actual como parte del proceso de refundación que en general experimentó el orden constitucional del país con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de 1985”*⁵⁷.

Fue nuestra actual Constitución la que vino a instituir a la Corte de Constitucionalidad como un tribunal permanente de jurisdicción privativa,

⁵⁶ MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Págs. 15 y 16.

⁵⁷ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 253.

dotándola de un control concentrado mediante el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad directa, por medio de la cual puede llegar a expulsar del ordenamiento jurídico toda aquella ley que resulte ajena a las disposiciones constitucionales.

A su vez, la Constitución otorgó a los tribunales ordinarios del sistema jurisdiccional, mediante el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad indirecta, un control difuso por medio del cual pueden inaplicar al caso concreto, determinada ley que atente contra el orden constitucional.

Sigue relacionando Alejandro Morales que *“De tal suerte, en el Capítulo VI de la Carta Magna, Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional, y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto 2-85 de la Asamblea Nacional Constituyente), cuerpo legal de rango constitucional destinado a regular lo atinente a tales garantías, quedó fijado un sistema mixto de control jurisdiccional de constitucionalidad normativa, en el cual, por ende, de forma concomitante conviven rasgos de los modelos puros – concentrado y difuso-“⁵⁸. La Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad fueron muy oportunas al tomar los rasgos esenciales del sistema difuso y concentrado, fusionándolos en un sistema mixto, en el que el control de constitucionalidad es ejercido de manera paralela por un tribunal constitucional como por el resto de tribunales ordinarios.*

De lo anterior se concluye que en Guatemala, el control de constitucionalidad de las leyes, se ejerce conservando un sistema mixto, en el cual coexisten el concentrado y el difuso, *“ya que, al tiempo que existe un órgano que desarrolla funciones de control abstracto y concentrado, por el que se puede expulsar del ordenamiento jurídico una norma inconstitucional, también se otorgan*

⁵⁸ *Ibíd.*; Pág. 254.

*competencias al resto de tribunales para realizar un examen incidental y difuso, por el cual pueden inaplicar una norma jurídica que colisiona con la Constitución*⁵⁹.

Para Saúl Dighero Herrera⁶⁰, exmagistrado de la Corte de Constitucionalidad, el sistema mixto de control de constitucionalidad normativa se presenta en Guatemala de la siguiente manera:

- a. Según lo establecido en el artículo 266 de la Constitución Política de la República, en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia 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 será la inaplicación de ésta al caso concreto (sistema difuso).
- b. La Corte de Constitucionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la Constitución de 1985, se crea como un tribunal colegiado, autónomo y con jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. 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 su exclusión del ordenamiento jurídico, la pérdida de vigencia de la norma con carácter *erga omnes* (sistema concentrado).

⁵⁹ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 43.

⁶⁰ DIGHERO HERRERA, Saúl. *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes en Guatemala*. IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002. Págs. 245 y 246.

2.3.2. Mecanismos locales de control constitucional normativo

2.3.2.1. Controles reparadores de constitucionalidad normativo

2.3.2.1.1. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos

El profesor Raúl Chicas Hernández otorga una definición sencilla de esta figura jurídica: *“La constitucionalidad en caso concreto, es un instrumento jurídico destinado a la defensa de la Constitución, por el que se persigue la inaplicación de una norma que se estima inconstitucional a un caso particular”*⁶¹.

Dighero Herrera la define de la siguiente manera: *“es una garantía constitucional, ampliamente regulada, que permite al afectado por la inconstitucionalidad de una ley plantear la denuncia, en todo proceso, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, a efecto de lograr la inaplicación de la norma viciada”*⁶².

Por su parte, Geovani Salguero, al referirse a esta, establece que la misma puede definirse como un *“mecanismo procesal de control constitucional de naturaleza prejudicial por el cual las partes de un proceso jurisdiccional pueden hacer efectivo su derecho –por vía de la acción, excepción o incidente- de que una norma jurídica que se estima inconstitucional no sea aplicada en un caso concreto”*⁶³.

⁶¹ CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl Antonio. *El Control Jurisdiccional de la Constitución*. Revista No. 47 del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; Guatemala, 2003; Pág. 10.

⁶² DIGHERO HERRERA, Saúl. *Ob. Cit.*; Pág. 249.

⁶³ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 50.

Esta institución procesal constitucional es conocida doctrinariamente como “inconstitucionalidad indirecta”, ya que las personas naturales o jurídicas realizan la impugnación de la normativa que consideran inconstitucional ante el juez o tribunal a cargo del procedimiento al cual se encuentran sujetos⁶⁴.

La base normativa de esta garantía constitucional se encuentra en los artículos 266 de la Constitución Política de la República y 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Los mencionados artículos prescriben lo siguiente:

“Artículo 266.- Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. *En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.”*

“Artículo 116.- Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. *En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.”*

De lo dispuesto por ambos artículos citados puede llegarse a establecer que la inconstitucionalidad indirecta es una clara “*expresión de la vertiente difusa del sistema mixto en el que se halla dispuesto el control de constitucionalidad normativa de Guatemala*”⁶⁵, por el hecho de que la misma puede ser conocida

⁶⁴ Cfr. MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 284.

⁶⁵ *Loc. Cit.*

por cualquier órgano del sistema jurisdiccional ordinario, desde la primera instancia hasta casación.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, regula cuatro casos de inconstitucionalidad en asuntos concretos:

- 1) El artículo 116, se refiere a los casos que se dan en procesos que conocen los tribunales de cualquier competencia o jurisdicción, ya sea en cualquier instancia y hasta en casación hasta antes de dictarse sentencia, pudiendo las partes hacer uso de la misma planteándola como acción, excepción o como incidente, y el mismo tribunal que conozca del caso en cuestión deberá de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad parcial o total de la ley.
- 2) El artículo 117, establece que podrá plantearse la inconstitucionalidad de una ley en casación hasta antes de dictarse la sentencia. En este caso, la Corte Suprema de Justicia, una vez se haya agotado el trámite de la inconstitucionalidad y previamente a resolver la casación, deberá pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley en auto razonado, mismo que podrá ser objeto de apelación y, en dicho caso, la Corte deberá remitir los autos a la Corte de Constitucionalidad.
- 3) El artículo 118, establece la inconstitucionalidad en el ámbito administrativo, en cuyo caso el afectado se limitará a señalarlo durante el proceso administrativo correspondiente.
- 4) El artículo 119, regula el caso de inconstitucionalidad en el ramo laboral durante un proceso con motivo de un conflicto colectivo de trabajo, debiéndose resolver la misma por el tribunal de trabajo correspondiente.

Los anteriores son los casos en los que los tribunales ordinarios deberán asumir el carácter de tribunales constitucionales en todos aquellos procesos que han sido puestos a su conocimiento por la circunstancia de que alguna de

las partes se considere afectada por una ley que crea total o parcialmente inconstitucional, debiendo el tribunal correspondiente resolver sobre la inaplicabilidad o no de la ley en cuestión.

El objeto que persigue la inconstitucionalidad indirecta es el de lograr la inaplicabilidad de la ley cuestionada de constitucionalidad en el caso específico, así lo ha hecho saber la Corte de Constitucionalidad al advertir que “...*la acción de inconstitucionalidad en caso concreto tiene como efecto exclusivo el de determinar que la norma o normas impugnadas deben dejar de aplicarse a un caso concreto...*”⁶⁶.

En todo caso particular existe la posibilidad de que la aplicación de una ley, ya sea por cualquiera de las partes en conflicto o por el órgano jurisdiccional competente, resulte violatoria a los preceptos constitucionales, razón por la cual, la Constitución Política de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad hayan previsto a la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos como el instrumento de control reparador de constitucionalidad normativo ha utilizar ante tal circunstancia. En caso contrario, la tramitación del proceso se hará con la aplicación de una norma o normas que no resulten en armonía con las normas constitucionales y, es por esta razón, que la inconstitucionalidad indirecta resulta ser un control cuya pretensión principal es evitar la aplicación de la disposición legal atacada de constitucionalidad se persigue “*proteger el derecho de los sujetos procesales a que su controversia sea dilucidada en definitiva a partir de la aplicación de normas jurídicas que se encuentren en plena armonía con la Carta Magna*”⁶⁷.

⁶⁶ Gaceta No. 93, Expediente 1199-2009. Fecha de sentencia: 17/07/2009.

⁶⁷ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 284.

2.3.2.1.2. Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general

La inconstitucionalidad de carácter general encuentra su base legal en los artículos 267 de la Constitución Política de la República y 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, los cuales regulan lo siguiente:

“Artículo 267.- 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.”

“Artículo 133.- Planteamiento de la inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad.”

A diferencia de la inconstitucionalidad en casos concretos, a este instrumento procesal se le conoce en la doctrina como “inconstitucionalidad directa”, debido a que la misma es planteada directamente ante la Corte de Constitucionalidad, tribunal especializado cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, resultando ser una clara expresión de la vertiente concentrada del sistema mixto adoptado por el ordenamiento jurídico guatemalteco.

La inconstitucionalidad directa tiene por finalidad principal la anulación de todas aquellas leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que sean inconstitucionales, así lo ha hecho saber la Corte de Constitucionalidad al pronunciarse de la siguiente manera: *“La acción directa de*

*inconstitucionalidad... persigue que la legislación se mantenga dentro de los límites que la propia Constitución ha fijado, excluyendo del ordenamiento jurídico las normas que no se conforman con la misma, anulándolas con efectos erga omnes*⁶⁸.

El Congreso de la República en su función como ente legislador puede llegar a aprobar una ley que sea total o parcialmente inconstitucional. En la misma situación pueden caer el Organismo Ejecutivo y las entidades con potestad reglamentaria al momento de emitir un reglamento o alguna disposición de carácter general. Es por esta razón, que la Constitución Política de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, hayan regulado a la inconstitucionalidad de carácter general como la garantía procesal idónea para salvaguardar esta situación.

2.3.2.2. Controles preventivos de constitucionalidad normativa

2.3.2.2.1. Opinión consultiva

Alejandro Morales la define como *“la figura que tiene por propósito viabilizar el control directo, abstracto y preventivo de constitucionalidad sobre tratados, convenios y proyectos de leyes ordinarias, a instancia de cualquiera de los organismos del Estado”*⁶⁹.

Otra definición es la otorgada por Geovani Salguero, quien la conceptualiza de la siguiente manera: *“la opinión consultiva constituye un mecanismo facultativo y preventivo de control de constitucionalidad, por medio de la cual la Corte de Constitucionalidad emite pronunciamiento en torno a*

⁶⁸ Gaceta No. 40, Expediente 669-94. Fecha de sentencia: 3/08/1995.

⁶⁹ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 306.

*constitucionalidad de determinados asuntos, sean de naturaleza normativa o fáctica, planteados por los órganos estatales específicamente facultados –el Congreso de la República, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia–*⁷⁰.

Juan Francisco Flores Juárez indica que la opinión consultiva es un control preventivo a no dudarlo, pero que no es de naturaleza política, ni tampoco jurisdiccional, sino más bien un control de constitucionalidad sui generis y apriorístico por el hecho de que el tribunal constitucional no ejerce jurisdicción para solucionar ningún conflicto de existencia real⁷¹.

La opinión consultiva posee su fundamento legal en los artículos 272 de la Constitución Política de la República y 163 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, los cuales preceptúan lo siguiente:

“Artículo 272.- Funciones de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: ...e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado... h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; e i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución Política de la República.”

Asimismo, el artículo 164 del Decreto Número 1-86, establece lo siguiente respecto a la opinión consultiva:

⁷⁰ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 224.

⁷¹ Cfr. FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. *Ob. Cit.*; Págs. 357 y 358.

“Artículo 164.- Otras funciones de la Corte de Constitucionalidad: *Corresponde también a la Corte de Constitucionalidad: ...b) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley a solicitud del Congreso de la República...*”

En cuanto a las literales e) de los artículos 272 de la Constitución Política de la República y 163 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, cabe señalar algunas consideraciones. Poseen legitimación activa para solicitar opiniones a la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia. En la solicitud se deberán de indicar las razones que dieron origen a la misma y contener las preguntas específicas sometidas a la consideración del Tribunal Constitucional. La Corte de Constitucionalidad tendrá sesenta días para emitir su opinión, fundamentando en forma clara y precisa las conclusiones a las que haya llegado. Las opiniones serán pronunciadas en audiencia pública solemne, con citación del órgano solicitante, pudiendo la Corte de Constitucionalidad citar a las personas que estime pertinente. Todas las opiniones deberán de publicarse en el Diario Oficial dentro de tercero día de haber sido pronunciadas en audiencia pública. El fallo que emita la Corte de Constitucionalidad no puede ser objeto de impugnación y no es vinculante.

Respecto a la literales h) de los artículos 272 de la Constitución Política de la República y 163 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se puntualiza que, dentro del trámite de formación y sanción de la ley, se encuentra regulada la facultad del ejecutivo de vetar las leyes dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros. Si el fundamento del veto por parte del Ejecutivo se basara en que a criterio de éste adolece de inconstitucionalidad la ley, puede solicitarse a la Corte de Constitucionalidad que emita su opinión al respecto,

utilizándose la opinión consultiva como un medio preventivo de constitucionalidad normativo, ya que este se realiza antes de la entrada en vigencia de la ley, incluso previo a la conclusión de los trámites para su aprobación y sanción.

Por último, en lo que se refiere a las literales i) de los artículos 272 de la Constitución Política de la República y 163 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se concluye que la Corte de Constitucionalidad se encuentra facultada para actuar en todas aquellas situaciones en las que el orden constitucional se halle amenazado, pudiendo emitir opiniones al respecto, en aras de mantener la preeminencia de la Constitución.

La opinión consultiva consiste en *“un control preventivo que realiza la Corte de Constitucionalidad a petición de cualquiera de los tres organismos del Estado, sobre tratados, convenios internacionales, proyectos de ley y otras situaciones que generen duda de constitucionalidad, para revisar su constitucionalidad antes de su entrada en vigencia y que, aunque no tiene carácter vinculante, la publicidad de la opinión y la posible declaratoria de inconstitucionalidad, en el caso de que dicha ley o situación se impugne como tal, ha logrado que esta sea, generalmente respetada”*⁷².

De las consideraciones anteriores se puede concluir que la opinión consultiva resulta ser un control preventivo de constitucionalidad normativo porque busca *“evitar que en los tratados, convenios, proyectos de ley, o bien en las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad, se lesionen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, o bien, se provoque un daño a la*

72

[en línea] <http://www.cc.gob.gt/congreso/23%20de%20septiembre/Ponencia%20Lic.%20Flores%20Juárez.pdf> [consulta: 3 de octubre de 2016]

*estructura orgánica del Estado, derivados de la aplicación de una ley inconstitucional,...*⁷³.

2.3.2.2.2. Dictamen

Alejandro Morales define al dictamen como *“la figura que tiene por propósito viabilizar el control directo, abstracto, preventivo y obligatorio de constitucionalidad, sobre los proyectos de reforma de leyes de rango constitucional”*⁷⁴.

Geovani Salguero, al referirse al dictamen, establece la definición siguiente: *“un dictamen constituye un mecanismo directo, abstracto, preventivo y vinculante de control de constitucionalidad, por medio del cual la Corte de Constitucionalidad se pronuncia sobre la constitucionalidad de proyectos de reforma de leyes de rango constitucional, a instancia del Congreso de la República”*⁷⁵.

Juan Francisco Flores Juárez ha expuesto lo siguiente respecto al dictamen: *“Su índole no es política, ni tampoco jurisdiccional... es un control de constitucionalidad sui generis”*⁷⁶.

La base legal del dictamen se encuentra en los artículos 175 de la Constitución Política de la República y 164 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Dichos artículos establecen lo siguiente:

⁷³ JIMÉNEZ AQUINO, Bayron René. *Las Opiniones Consultivas de la Corte de Constitucionalidad como Control de la Constitucionalidad de Leyes, Análisis y Propuesta de Implementación en el Pensum del Curso de Derecho Constitucional*. Tesis de Licenciatura; Universidad de San Carlos de Guatemala; Guatemala, 1998; Pág. 34.

⁷⁴ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 312.

⁷⁵ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 234.

⁷⁶ FLORES JUÁRES, JUAN FRANCISCO. *Ob. Cit.* Pág. 389.

“Artículo 175.- Jerarquía constitucional. ...Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.”

“Artículo 164.- Otras funciones de la Corte de Constitucionalidad. Corresponde también a la Corte de Constitucionalidad: a) Dictaminar sobre la reforma a las leyes constitucionales previamente a su aprobación por parte del Congreso...”

A diferencia de la opinión consultiva, únicamente posee legitimación activa para formular el dictamen, el Congreso de la República, y solamente en lo que respecta a las leyes de carácter constitucional.

La oportunidad para que el Congreso formule el dictamen a la Corte de Constitucionalidad debe de entenderse de acuerdo a lo establecido por el artículo 123 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, es decir, después de que la reforma a la ley constitucional haya sido discutida en su tercer debate.

El dictamen deberá publicarse en el Diario Oficial y el mismo será inimpugnable y vinculante.

Los proyectos de reforma a las leyes de carácter constitucional pueden llegar a atentar contra la rigidez de estas últimas, por el hecho de que dichas reformas pueden no ser compatibles con los preceptos que estas hayan establecido. Ante tal situación, la Constitución Política de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad previeron el dictamen como el medio de control preventivo de constitucionalidad para que todo proyecto de reforma a las leyes de rango constitucional no sea violatorio o contradictorio a

los preceptos constitucionales que estas han instituido y que por el principio de supremacía constitucional y la rigidez de las leyes constitucionales, deben ser objeto de observancia por gobernados y gobernantes.

2.3.2.3. Variante atípica de control de constitucionalidad normativo

2.3.2.3.1. Inconstitucionalidad por omisión

Iván Castro Patiño⁷⁷ establece que la inconstitucionalidad por omisión puede ser conceptualizada desde dos puntos distintos:

- 1) Quienes la conciben de una forma amplia; y
- 2) Quienes la conceptúan de una forma restringida.

En el primero de los enfoques, se considera que la inconstitucionalidad por omisión no sólo se produce por el no actuar del ente legislativo, sino también por la inactividad de los poderes y funcionarios públicos en general.

En el segundo enfoque, se considera que la inconstitucionalidad por omisión únicamente se refiere a la inacción de la función legislativa en la emisión de las normas que la Constitución impone.

Castro Patiño propone la siguiente definición: *“Inconstitucionalidad por omisión es 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*

⁷⁷ CASTRO PATIÑO, Iván. *Definición y Elementos de la Inconstitucionalidad por Omisión*. [en línea]
http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_definicion_y_elementos.pdf [consulta: 8 de agosto de 2016]

establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia de la Constitución”⁷⁸.

Existen dos tipos de inconstitucionalidad por omisión, la absoluta y la relativa.

Siguiendo a Francisco Díaz Revorio⁷⁹, la inconstitucionalidad por omisión absoluta tiene lugar cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento al precepto constitucional, creando así una situación contraria a la Constitución.

Para Humberto Nogueira Alcalá⁸⁰, la inconstitucionalidad por omisión relativa existe cuando el órgano estatal encargado no efectiviza el mandato constitucional, en el sentido que el legislador emita una ley, pero lo hace incorrectamente, no regulando algunas hipótesis que debió considerar o dejando lagunas, excluyendo a algún grupo del ejercicio de un derecho o negándole arbitrariamente la protección de sus intereses.

De las posturas anteriores puede inferirse que las inconstitucionalidades por omisión surgen como consecuencia de las omisiones legislativas, que de acuerdo a José Julio Fernández Rodríguez⁸¹ citado por Rubén Hernández Valle se pueden definir 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”*.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro citando a Francisco Díaz Revorio. *Ob. Cit.*; Pág. 319.

⁸⁰ *Ibíd.*; Pág. 320.

⁸¹ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén citando a José Julio Fernández Rodríguez. *Las Omisiones Legislativas y los Derechos Prestacionales*. [en línea] <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82010109> [consulta: 26 de septiembre de 2016]

Las omisiones legislativas se caracterizan por el incumplimiento de los preceptos constitucionales, transgrediendo de esta manera el orden constitucional. En ese sentido, y partiendo del principio de supremacía constitucional, que supone el control de todos aquellos actos y/u omisiones que contravengan los preceptos consagrados en la Constitución, la misma ha establecido la garantía de la constitucionalidad de las leyes.

El problema estriba en que al realizar un examen del Título VI de la Constitución Política de la República, que regula lo referente a las garantías constitucionales, y a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se concluye que la inconstitucionalidad por omisión no se encuentra tipificada dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, dentro del expediente número 1822-2011, resolvió como viable el conocimiento y resolución por su parte de los planteamientos que denuncian la inconstitucionalidad producida por las omisiones legislativas cuando éstas resulten violatorias al texto constitucional y supremacía de la Constitución, al regular de forma incompleta una norma o la ausencia de ésta.

De lo anterior debe concluirse que el medio de control de constitucionalidad idóneo para salvaguardar las posibles violaciones al orden constitucional producidas por las omisiones legislativas, es la acción de inconstitucionalidad general.

CAPÍTULO III

La acción de inconstitucionalidad de carácter general y sus fallos

1. La acción de inconstitucionalidad de carácter general

1.1. Definición

La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general puede ser definida en palabras de Alejandro Morales como *“el instrumento procesal que tiene por propósito instar el control directo, abstracto y reparador de constitucionalidad, sobre las normas infra-constitucionales que conforman el ordenamiento jurídico”*⁸².

La definición otorgada por el constitucionalista guatemalteco claramente parte de comprender a esta figura jurídica como un control de constitucionalidad de las leyes que tiene por finalidad salvaguardar la situación de inconstitucionalidad que pudieran ocasionar las normas que posean preceptos contrarios a los de la ley fundamental.

Otra definición es la que brinda Geovani Salguero, quien la define de la siguiente manera: *“es un mecanismo procesal de control constitucional, por el cual las personas legitimadas pueden hacer efectivo su derecho –por vía de la acción- a que un tribunal constitucional declare la existencia de inconstitucionalidad en preceptos normativos de alcance general y, en consecuencia, que los expulse del ordenamiento jurídico, restableciendo la supremacía constitucional”*⁸³.

⁸² MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 257.

⁸³ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 133.

La definición que antecede otorga dos elementos esenciales a existir en la conceptualización de la acción de inconstitucionalidad directa, siendo el primero de ellos el que esta garantía constitucional únicamente pueda ser instaurada como acción, no así como excepción o incidente como sí ocurre con la acción de inconstitucionalidad indirecta. El segundo elemento hace alusión al efecto propio del acogimiento del planteamiento que consiste en la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que supone la inconstitucionalidad, siendo ésta la intención primordial que busca la acción de inconstitucionalidad de carácter general.

Con el propósito de otorgar una definición de la inconstitucionalidad directa, Manuel Mejicanos Jiménez, ha expuesto lo siguiente respecto a la misma: *“por medio de ésta se materializa el derecho que le asiste a toda persona legitimada por la ley, de pretender que un tribunal constitucional declare la existencia de inconstitucionalidad de preceptos normativos de alcance general, una vez advertido que en éstos concurre, de manera total o parcial, vicio de inconstitucionalidad, acaecido, bien en el procedimiento de formación de la normativa impugnada, o bien, en el contenido de la regulación que se pretende en esta última; y se proceda a la expulsión de la normativa inexecutable del ordenamiento jurídico nacional, en resguardo del principio de supremacía constitucional”*⁸⁴.

Mejicanos Jiménez aporta una definición muy completa de la acción de inconstitucionalidad directa, y de la misma cabe resaltar la relación que se hace de esta figura jurídica con el principio de supremacía constitucional, principio que va muy de la mano con cada uno de los controles de constitucionalidad normativa.

⁸⁴ MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Pág. 21.

Juan Francisco Flores Juárez, al referirse a la inconstitucionalidad general, ha expuesto que *“a través de este control directo se establece la función de la Corte de Constitucionalidad como intérprete máximo y definitivo de la Constitución, ya que mediante su aplicación se pretende declarar que una ley, reglamento o disposición de carácter general es total o parcialmente inconstitucional”*⁸⁵.

De la definición anterior sobresale la función de intérprete máximo y definitivo de la Constitución del tribunal constitucional al conocer los procesos de acciones de inconstitucionalidad directa. Siendo la Corte de Constitucionalidad el órgano especializado en materia constitucional, la misma debe realizar un examen interpretativo de constitucionalidad antes de anular la ley, reglamento o disposición de carácter general que ha sido impugnada de inconstitucionalidad.

Tomando elementos de las definiciones anteriores, se propone la siguiente definición de la inconstitucionalidad de carácter general: es aquella garantía constitucional consistente en una acción instaurada por las personas legalmente facultadas para ello, por medio de la cual se insta al tribunal constitucional a realizar un examen interpretativo sobre la constitucionalidad de una ley, reglamento o disposición de carácter general y, en caso de estimarla, proceder a la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico.

1.2. Procedencia

De conformidad con los artículos 267 de la Constitución Política de la República y el 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la acción de inconstitucionalidad de carácter general

⁸⁵ FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. *Ob. Cit.*; Pág. 237.

procede en contra de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

Para un mejor entendimiento sobre lo que debe concebirse por leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general se acude a la preceptuado por la Corte de Constitucionalidad, la cual las define de la siguiente manera: *“Las leyes son normas jurídicas generales emitidas por el organismo específico y que han sufrido las etapas constitucionales en su formación. Los reglamentos son reglas dotadas de generalidad, emitidas por el Organismo Ejecutivo o entidades con potestad reglamentaria y las disposiciones generales son normas que sin corresponder a las categorías anteriores, contienen mandatos dirigidos a un número indeterminado de personas...”*⁸⁶.

Por lo tanto, cuando se hace referencia al término leyes, se debe entender como tal a todas aquellas disposiciones que emanan de la actividad legislativa del Congreso de la República cumpliendo con el procedimiento de formación y sanción de las normas establecido constitucionalmente.

Por reglamento debe comprenderse todas aquellas disposiciones que provienen del Organismo Ejecutivo cuya finalidad es desarrollar a mayor profundidad el contenido de las leyes emitidas por el órgano legislativo. Manuel Mejicanos Jiménez hace saber que, dentro de estos reglamentos, susceptibles de ser impugnados por medio de la acción de inconstitucionalidad directa, se encuentran comprendidos aquellos que en la doctrina se les denomina como *praeter legem*, es decir, *“aquellos que no desarrollan o ejecutan una ley habida cuenta que su existencia no depende de la existencia previa de aquélla”*⁸⁷.

⁸⁶ Gaceta No. 59, Expediente 625-00. Fecha de sentencia: 24/01/2001.

⁸⁷ MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Pág. 30.

Por último, las disposiciones de carácter general se refieren a todas aquellas normas que van encaminadas a regular situaciones jurídicas de un determinado grupo de personas y, por lo tanto, poseen un alcance general.

1.3. Legitimación

El artículo 134 de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que tienen legitimación activa para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general:

- a. La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente;*

Cabe mencionar que anteriormente era el Colegio, por decisión de su Asamblea General, el que se encontraba facultado para el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad. Esto resultaba complicado al momento de la práctica, ya que era necesario la reunión de mencionada asamblea para que los colegiados del Colegio, mediante un sufragio, tomarán la decisión respecto al planteamiento de la acción de inconstitucionalidad. La actual ley vino a su superar esta complejidad otorgando legitimidad activa a la Junta Directiva del Colegio actuando a través de su Presidente, circunstancia que resulta menos compleja por el hecho de que ahora únicamente es necesario una sesión de dicho cuerpo colegiado en la que por una decisión mayoritaria o unánime se faculte a su Presidente para instar la acción de inconstitucionalidad.

La legitimidad que se otorga a la Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente resulta ser muy acertada y, es que, por ser una organización gremial conformada por juristas, tiene el deber de velar por la observancia y respeto de la Constitución, y en caso de que se percate de la

existencia de que alguna ley, reglamento o disposición de carácter general posee vicio total o parcial de inconstitucionalidad, instar la acción de inconstitucionalidad directa para salvaguardar los preceptos constitucionales en concordancia con el principio de supremacía constitucional.

b. El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación;

Al momento en que la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad entró en vigencia, el Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación conformaban una sola institución. Esto llegó a cambiar con el Acuerdo Legislativo 18-93, el cual dotó de autonomía al Ministerio Público y determinó que su Jefe sería el Fiscal General de la República. Ante tal contexto, la legitimación que otorga esta literal debe ser ejercida por el Fiscal General de la República.

El artículo 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público otorga como obligación al Ministerio Público la de velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, lo que implica que este órgano extrapoder deba ejercer como contralor de constitucionalidad de las leyes y velar que toda ley del país se encuentre acorde a los preceptos constitucionales y, en caso de no ser así, poder instar la acción de constitucionalidad a través del Fiscal General de la República, con el propósito de que la constitucionalidad de las leyes no se vea quebrantada. Y es por esta razón, que la legitimación activa que otorga esta literal fue muy atinada por parte de la Asamblea Nacional Constituyente.

c. El Procurador de Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia; y

El Procurador de Derechos Humanos es aquel funcionario cuya principal función es la de velar por el respeto de los derechos fundamentales de las personas y de la población en general. En ese contexto, la legitimidad que le otorga esta literal resulta de gran importancia ya que lo faculta para promover el examen de constitucionalidad de alguna ley, reglamento o disposición de carácter general que considere pueda llegar a vulnerar los derechos fundamentales que la Constitución le confiere a las personas.

d. Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

La literal b) del artículo 135 de la Constitución Política de la República otorga el deber a los guatemaltecos de cumplir y velar porque se cumpla la Constitución. En afinidad con este deber, es que la legitimación activa que brinda esta literal resulta de gran trascendencia, y por medio de la cual toda persona –individual o jurídica-, haciendo uso de la acción popular de inconstitucionalidad, pueda ejercer como contralor de constitucionalidad de las normas en aras de la defensa de la supremacía constitucional.

1.4. Trámite de la acción de inconstitucionalidad de carácter general

La acción de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general debe sustanciarse de conformidad con lo preceptuado por los artículos 133 al 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. De acuerdo a estos artículos, su tramitación debe comprender las siguientes etapas:

1.4.1. Planteamiento de la acción

En el caso de que exista alguna ley, reglamento o disposición de carácter general que contenga vicio parcial o total de inconstitucionalidad, las personas que posean legitimación activa, podrán plantear la acción de inconstitucionalidad de carácter general directamente ante la Corte de Constitucionalidad.

1.4.2. Admisión para su trámite e integración del tribunal

Una vez la Corte de Constitucionalidad haya recibido una solicitud para la tramitación de una acción de inconstitucionalidad directa, esta deberá proceder a verificar que dicha solicitud cumpla con los requisitos correspondientes y, de ser así, admitirá para su trámite la solicitud. En caso contrario, el tribunal constitucional ordenará al interponente suplirlos dentro de tercero día. En el caso de que transcurra el plazo señalado y los requisitos omitidos sean de imprescindible cumplimiento e incidan en la prosecución del procedimiento, dicho tribunal podrá decidir la suspensión definitiva del trámite de la acción; y si los requisitos omitidos no son de imprescindible cumplimiento, se proseguirá el trámite, pero estos deberán ser subsanados hasta antes de dictarse el auto definitivo o la sentencia, según el caso.

Cumplidos todos los requisitos de la solicitud, se procederá a la integración del tribunal con siete miembros, de los cuales cinco serán magistrados titulares, y los otros dos serán escogidos de manera aleatoria entre los magistrados suplentes.

1.4.3. Suspensión provisional

Si a juicio de la Corte de Constitucionalidad, la inconstitucionalidad de ley, reglamento o disposición de carácter general fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, esta deberá decretar de oficio y sin formar artículo, su suspensión provisional.

Al respecto de esta etapa de la tramitación de la acción de inconstitucionalidad directa, Alejandro Morales ha hecho saber que la Corte de Constitucionalidad *“debe ser sumamente prudente en su decisión sobre el particular, pues si decide disponer la referida suspensión y luego emitir una sentencia desestimatoria, provoca una laguna en el ámbito temporal de validez de la norma afectada, con el consiguiente detrimento de la seguridad jurídica de la legislación”*⁸⁸.

1.4.4. Audiencia

En el caso de que el tribunal constitucional no hubiera dispuesto la suspensión provisional o, en su caso, decretada ésta, se dará audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que la Corte estime pertinente.

La participación que otorga la ley a aquellas autoridades o entidades que la Corte de Constitucionalidad considere oportuno, resulta de gran importancia, ya que de esta manera aquellas, las cuales poseen conocimiento especializado en la materia puesta en cuestión, pueden aportar consideraciones valiosas a tomar en cuenta por parte del tribunal para la emisión de la resolución.

⁸⁸ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 274.

Igualmente, esta participación conferida por la ley permite la intervención de la figura *amicus curiae*, es decir, “...un tercero... cuya participación se basa en un justificado interés sobre la manera como se resolverá en definitiva la cuestión sometida a decisión del tribunal”⁸⁹. La intervención que se les otorga a los *amicus curiae* deriva significativa por el hecho de que estos pueden llegar a aportar cuestiones relevantes que no han sido señaladas por las partes e inclusive proponer información adecuada para una mejor resolución por parte del tribunal constitucional.

1.4.5. Vista

Una vez transcurre el plazo señalado para la audiencia, habiéndose o no evacuado, la Corte de Constitucionalidad procederá a señalar de oficio día y hora para la vista, la cual deberá efectuarse dentro del término de los veinte días siguientes, y podrá ser pública si así lo pidiere el interponente o el Ministerio Público.

1.4.6. Sentencia

La sentencia deberá pronunciarse dentro de los veinte días siguientes al de la vista, la cual, a su vez, debe encontrarse dentro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad.

⁸⁹ MEJICANOS JIMÉNES, Manuel de Jesús. *Ob. Cit.*; Pág. 48.

2. Las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en las acciones de inconstitucionalidad de carácter general

2.1. Contenido de las sentencias

Las sentencias que la Corte de Constitucionalidad emite en ocasión de las acciones de inconstitucionalidad de carácter general comprenden el siguiente contenido: los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la impugnación, el trámite, las alegaciones, la parte considerativa y la parte resolutive del fallo.

En lo que respecta a los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la impugnación, la Corte de Constitucionalidad deberá señalar de forma breve cuales son los preceptos constitucionales que el interponente de la acción de inconstitucionalidad estima quebrantados.

La segunda parte del contenido de las sentencias se refiere al trámite. En ella, la Corte de Constitucionalidad expresa que se ha cumplido con cada una de las fases que comprenden el proceso de la acción de inconstitucionalidad directa establecido normativamente.

En la parte de las alegaciones, la Corte de Constitucionalidad establece los puntos trascendentales de las tesis argumentativas del accionante como de los demás sujetos a quienes se les dio intervención en el proceso.

La parte considerativa es la más importante de la sentencia. Ello se debe a que en ella, la Corte de Constitucionalidad deberá realizar un examen exhaustivo sobre la constitucionalidad de la ley atacada de inconstitucionalidad. Dicho examen deberá atender a los argumentos del impugnante y demás

sujetos a los que se les haya dado intervención, debiéndose resolver la inconstitucionalidad como un punto de derecho.

Por último, la parte resolutive de la sentencia se refiere a la declaración que efectúa la Corte de Constitucionalidad pronunciándose sobre la constitucionalidad de la ley en cuestión, ordenando, en su caso, la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico.

2.2. Principios interpretativos en la emisión de sentencias

Estos deben entenderse, en palabras de Konrad Hesse, como aquellos a los cuales *“les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema”*⁹⁰.

Varias han sido las propuestas acerca de los principios que el tribunal constitucional debe observar al momento en que resuelve la acción de constitucionalidad general de alguna ley, reglamento o disposición de carácter general que ha sido cuestionada de constitucionalidad. A continuación⁹¹ se evocan los propuestos por el jurista alemán citado por su buena recepción dentro de la doctrina.

2.2.1. Unidad de la Constitución

De conformidad con este principio, existe una relación e interdependencia entre los distintos elementos de la Constitución, circunstancia por la cual sus

⁹⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2011; Pág. 67.

⁹¹ *Ibíd.* Págs. 67-71.

preceptos no deben observarse aisladamente, sino siempre en su conjunto, de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

2.2.2. Concordancia práctica

Este principio supone que los bienes jurídicos que se encuentran protegidos constitucionalmente deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad.

2.2.3. Corrección funcional

Según el cual, el tribunal constitucional, como órgano encargado de la interpretación constitucional, debe mantenerse en el marco de las funciones que le fueron encomendadas constitucionalmente, no debiendo modificar sus atribuciones por medio de la interpretación.

2.2.4. Eficacia integradora

Principio que establece que si la Constitución tiene como objetivo la creación y mantenimiento de la unidad política, debe otorgarse preferencia a aquellos criterios que promuevan y mantengan dicha unidad en la solución de conflictos constitucionales.

2.2.5. Fuerza normativa de la Constitución

Este principio establece que en la solución de los conflictos jurídico-constitucionales existe la necesidad de otorgar preferencia a los puntos de vista que tiendan a que la Constitución obtenga la máxima eficacia.

2.2.6. Interpretación conforme a la Constitución

De conformidad con este principio, no debe declararse la nulidad de una disposición normativa cuando la inconstitucionalidad no sea evidente y esta pueda ser interpretada de forma compatible con la Constitución.

2.3. Modelo clásico de las sentencias: estimatorias y desestimatorias

Néstor Pedro Sagüés, ha establecido que, en materia de control de constitucionalidad de normas, las sentencias que podrían denominarse “clásicas”, son las estimatorias; es decir, las que aceptan la postulación que impugna la constitucionalidad de un precepto, y las desestimatorias, que son las que rechazan el acuse de inconstitucionalidad⁹².

Hernán Olano García, al realizar un estudio de la tipología de las sentencias constitucionales, ha determinado que la modulación tradicional se clasifica en estimatorias y desestimatorias, siendo las primeras las que acogen la demanda, mientras que las segundas serían las que no les dan razón⁹³.

Por su parte, María Cristina Chen Stanziola, ha establecido que *“Las sentencias serán estimatorias, cuando concede la pretensión de inconstitucionalidad de la norma o del acto acusado de inconstitucionalidad y serán desestimatorias, cuando no se concede la pretensión del accionante, puesto que se ha confrontado la norma o el acto acusado de*

⁹² Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Centro de Estudios Constitucionales; Lima, 2008; Pág. 75.

⁹³ Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*. [en línea] <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14750/11899> [consulta: 9 de agosto de 2016]

inconstitucionalidad con la Constitución y no tiene vicios de inconstitucionalidad”⁹⁴.

Víctor Bazán ha llegado a establecer que las sentencias clásicas o típicas que un tribunal constitucional emite ante una acción o cuestión de inconstitucionalidad pueden asumir dos formas: “i) *de desestimación pura y simple, en la que se rechaza el planteo de inconstitucionalidad y, consecuentemente, se mantiene la ley acusada dentro del sistema normativo en cuestión; y ii) de admisión pura y simple, por la que se declara la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada y se produce su expulsión del ordenamiento jurídico*”⁹⁵.

De lo anterior, puede concluirse que las sentencias estimatorias son aquel tipo de fallos en los que el tribunal constitucional acoge la pretensión de inconstitucionalidad del accionante por considerar que la norma jurídica impugnada contiene vicios que contradicen a las reglas y principios constitucionales. Mientras que las sentencias desestimatorias son aquellos fallos en los que el tribunal constitucional determina que la norma jurídica refutada no tiene vicios de inconstitucionalidad.

⁹⁴ CHEN STANZIOLA, María Cristina. *Las Sentencias Constitucionales, Contenidos, Límites y Alcances en Materia de Protección de los Derechos Fundamentales*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2016; Pág. 134.

⁹⁵ BAZÁN, Víctor. *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia Americanos y Europeos*. Ediciones Nueva Jurídica; Nueva edición, aumentada y actualizada; Bogotá, 2017; Pág. 243.

2.4. Sentencias atípicas

2.4.1. Aproximación

Néstor Pedro Sagüés, ha señalado *“que ya sea en aras de conservar en lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, sea por aplicación del principio de ‘cortesía constitucional’ o de ‘deferencia razonada’, sea por razones pragmáticas de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídicos y socialmente muy costosos, el derecho procesal constitucional ha imaginado en las últimas décadas ciertas categorías de fallos que escapan de aquella doble estratificación tradicional (de fallos estimatorios y desestimatorios), dando lugar a las sentencias atípicas”*⁹⁶.

De lo relacionado por Sagüés, puede decirse que las sentencias atípicas surgieron como consecuencia del deber que poseen los tribunales constitucionales de dar cumplimiento a los principios constitucionales que tienen por objeto velar por la conservación del orden constitucional, y de la función de contralores de constitucionalidad, de la cual han sido investidos, con tal de evitar los atropellos que pueden tener lugar contra los preceptos constitucionales y, de esta manera, satisfacer la supremacía constitucional.

En la misma línea se ha pronunciado el iusconstitucionalista chileno Nogueira Alcalá, respecto a la emisión de los fallos atípicos, diciendo que su desarrollo se debe al deber que poseen los tribunales constitucionales de defender y asegurar la fuerza normativa de la Constitución⁹⁷. Es con ocasión de la satisfacción de este principio, que los tribunales constitucionales se han

⁹⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Ob. Cit.*; Págs. 75 y 76.

⁹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur.* [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005 [consulta: 22 de febrero de 2017]

visto en la necesidad de escapar del modelo tradicional de resoluciones, ingeniando nuevas variedades de fallos, las cuales han brindado una correcta solución a los distintos conflictos que surgen con ocasión de aplicación de las normas constitucionales.

En la actualidad, los tribunales constitucionales se ven envueltos en una compleja tarea al momento de emitir sentencias que resuelvan los procesos de inconstitucionalidad de carácter general, debido a que *“el juez constitucional, al identificar un vicio sobre la constitucionalidad de una norma legal, se le presenta un abanico de opciones entre la declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad de la norma impugnada, a partir de lo cual puede construir diferentes tipos de sentencias atípicas, con diversos alcances, límites y efectos jurídicos en su fallo”*⁹⁸.

Es por las circunstancias previas, que la práctica constitucional ha demostrado que el modelo tradicional de sentencias estimatorias y desestimatorias no ha sido suficiente para otorgar fallos que cumplan con brindar un adecuada solución a los procesos abstractos y complejos que se les presentan a los tribunales constitucionales, razón por la cual la *“experiencia constitucional ha demostrado que el molde original ha resultado un tanto insuficiente para dar solución a los complejos conflictos constitucionales, ... Por ello, los propios tribunales, ... han ingeniado fórmulas intermedias de solución, las cuales no se han limitado al acogimiento o a la desestimación de las denuncias de inconstitucionalidad, sino que ha resuelto los conflictos, de forma creativa, otorgando verdadera fuerza normativa a la Constitución”*⁹⁹.

⁹⁸ LANDA, César. *Las Sentencias Atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana*. [en línea] <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/24.pdf> [consulta: 9 de agosto de 2016]

⁹⁹ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Las Sentencias Atípicas de la Corte de Constitucionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Landívar; Guatemala, 2015; Pág. 5.

El modelo clásico de las sentencias únicamente se limita a aceptar o rechazar la estimación que se hace sobre la constitucionalidad de una ley, pero existen casos en que esto resulta insuficiente, requiriéndose que el tribunal constitucional se aparte de este modelo y se vea en la necesidad de recurrir a la emisión de los fallos atípicos con tal de resolver el caso que se le ha presentado.

De los párrafos que anteceden, puede llegarse a concluir que las sentencias atípicas han surgido como un mecanismo idóneo por parte de los tribunales constitucionales para ofrecer soluciones creativas que cumplan con resolver los complejos conflictos que se les presentan con ocasión de la aplicación de las leyes constitucionales, brindando de esta manera un estricto cumplimiento a su función primordial que es la defensa del orden constitucional.

2.4.2. Definición

Ronald de Jesús Chacín Fuenmayor define a las sentencias atípicas como *“aquellas dictadas por los Tribunales Constitucionales o quienes hacen sus veces, cuyo contenido va más allá de la dicotomía inconstitucionalidad-nulidad, generando o modificando normas, ya que alteran, modifican, o establecen una regla nueva con efectos generales”*¹⁰⁰.

Un primer elemento a considerar de la conceptualización de Chacín es el que se refiere a los efectos de las sentencias atípicas. Estos pronunciamientos no se limitan a la consideración sobre la cuestión de constitucionalidad de la ley,

¹⁰⁰ CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesús. *La Legitimidad de las Sentencias Atípicas de los Tribunales Constitucionales: Remedios para el Horror Vacui*. [en línea] <http://200.35.84.134/ojs-2.4.2/index.php/cj/article/viewFile/116/109> [consulta: 9 de agosto de 2016]

sino que establecen distintos efectos generales, circunstancia en la cual encuentran su atipicidad.

Francisco Díaz Revorio¹⁰¹ las define de la siguiente manera: *“Se trata de fallos que no son propiamente ni de estimación pura ni de desestimación plena, sino que, sin anular totalmente el precepto impugnado, condicionan su constitucionalidad a que sea interpretado en un sentido determinado, o de alguna otra manera restringen su ámbito de aplicación, limitan su sentido o matizan su eficacia jurídica.”*

La conceptualización del jurista español otorga el elemento esencial a tomar en cuenta en toda noción de las sentencias atípicas. Este elemento se refiere a que las sentencias atípicas van más allá de la estimación o desestimación de la cuestión de constitucionalidad de la ley impugnada, sus efectos y alcances son distintos a aquellos de las sentencias estimatorias y desestimatorias.

La definición otorgada por Geovani Salguero Salvador es la siguiente: *“las sentencias atípicas son las resoluciones emanadas de los tribunales constitucionales, las cuales difieren de los fallos puramente estimatorios o desestimatorios propios de los órganos jurisdiccionales con funciones de legislador negativo; la atipicidad obedece al hecho de modular los contenidos de los enunciados normativos examinados, o bien, a contener adiciones, sustituciones o exhortaciones, así como por resolver asuntos no previstos en el diseño original del control constitucional normativo –como en el caso de las omisiones legislativas- o por ser emitidas en condiciones que están fuera del contexto de normalidad –como cuando se resuelve oficiosamente-“¹⁰².*

¹⁰¹ SALGUERO SALVADOR, Geovani citando a Francisco Díaz Revorio. *Ob. Cit.*; Pág. 7.

¹⁰² SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 8.

La noción de las sentencias atípicas del constitucionalista guatemalteco también cumple con el elemento esencial de las mismas de diferir de los fallos estimatorios y desestimatorios, y de ella puede señalarse que establece de manera acertada todos los efectos que hacen de una resolución del tribunal constitucional una sentencia atípica.

Respecto a las sentencias atípicas, María Chen Stanziola, ha establecido que *“Este tipo de sentencias constitucionales tiene lugar, cuando el tribunal pondera los valores y principios constitucionales en juego, fijando su contenido y análisis, evitando los vacíos normativos y defendiendo los derechos fundamentales”*¹⁰³.

Habiendo desarrollado algunos conceptos de las sentencias atípicas, se propone la siguiente definición propia: son todas aquellas resoluciones emitidas por los tribunales constitucionales en ocasión de su función como contralores de constitucionalidad de las leyes, las cuales ofrecen soluciones creativas a las controversias que surgen por la aplicación de las leyes constitucionales y que escapan del modelo tradicional de estimación o desestimación.

2.4.3. Variedades

La doctrina no ha encontrado unanimidad respecto a la clasificación de las sentencias atípicas.

De las diferentes tipologías de sentencias atípicas que fueron objeto de estudio¹⁰⁴, se ha seleccionado la brindada por Néstor Pedro Sagüés¹⁰⁵ por considerarla como la menos compleja para ser objeto de análisis:

¹⁰³ CHEN STANZIOLA, María Cristina. Ob. Cit.; Pág. 135.

¹⁰⁴ Cfr. LANDA, César. *Las Sentencias Atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana*. [en línea] <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/24.pdf>

- a) **Sentencia manipulativa admisorio:** condena a una determinada interpretación de la ley bajo examen, pero no al texto normativo mismo, que persiste vigente y aplicable, siempre que se le interprete del modo conforme a la Constitución, y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional.

Esta variante de fallo atípico encuentra su atipicidad en el hecho de que admite la inconstitucionalidad de la ley por haber sido interpretada de manera contraria a los preceptos constitucionales, pero no ordena la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico sino que fija la forma adecuada en que dicha ley debe de ser interpretada.

Es de conformidad con la función primordial de los tribunales constitucionales, de defensa del orden constitucional, que debe de tomarse como atribución de estos la de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten los mandatos constitucionales. Ante tal circunstancia, es

[consulta: 9 de agosto de 2016]; CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesús. *La Legitimidad de las Sentencias Atípicas de los Tribunales Constitucionales: Remedios para el Horror Vacui*. [en línea] <http://200.35.84.134/ojs-2.4.2/index.php/cj/article/viewFile/116/109> [consulta: 9 de agosto de 2016]; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*. [en línea] <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14750/11899> [consulta: 9 de agosto de 2016]; COLOMA BAEZ, Mauricio Alfonso. *Sentencias Atípicas del Tribunal Constitucional Chileno en el Marco del Control de Constitucionalidad de las Leyes*. [en línea] <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fjc718s/doc/fjc718s.pdf> [consulta: 9 de agosto de 2016]; MEDINA SALAS, Juan Carlos. *Tipología de las Sentencias Constitucionales*. Instituto de Justicia Constitucional; Corte de Constitucionalidad; InfoCC, Año 3, No.4; Guatemala, 2003; FIGUEROA MEJÍA, Juan Carlos. *Las Sentencias Constitucionales Atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana*. Editorial Porrúa S. A.; México, 2011; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*. Editorial Porrúa S. A.; México, 2011; y BAZÁN, Víctor. *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia Americanos y Europeos*. Ediciones Nueva Jurídica; Nueva edición, aumentada y actualizada; Bogotá, 2017.

¹⁰⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Las Sentencias Constitucionales Exhortativas*. [en línea] <http://www.cels.org.ar/common/documentos/sagues.pdf> [consulta: 10 de agosto de 2016].

que estos tipos de pronunciamientos atípicos resultan los medios idóneos para dar cumplimiento a esta atribución de control de constitucionalidad.

- b) **Sentencia manipulativa desestimatoria:** reputa constitucional cierta exégesis concreta de una norma, rechazando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, con lo que deja abierta la posibilidad de reputar inconstitucional otra inteligencia diferente que se haga del mismo precepto legal.

La atipicidad de las sentencias manipulativas desestimatorias se refiere a la declaración que emiten los tribunales constitucionales rechazando la estimación que se hace de una ley que ha sido interpretada como contradictoria a la Constitución, reputándola como constitucional.

En estos casos, el tribunal constitucional, actuando como máximo interpretador de la Constitución, realiza un examen exhaustivo en el que llega a determinar que la ley que ha sido debatida de constitucionalidad sí resulta ser constitucional y establece la interpretación que se le deberá dar a la misma.

- c) **Sentencia manipulativa aditiva:** es la que añade un nuevo elemento a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución.

La atipicidad de esta modalidad resulta muy clara y se refiere a la declaración que hacen los tribunales constitucionales disponiendo la adición de contenido a la ley en los casos de las lagunas jurídicas.

Las lagunas jurídicas conllevan la omisión de la regulación de determinada situación en los textos legales, situación que puede ocasionar transgresiones a los mandatos constitucionales. Ante tal situación, es que las sentencias

manipulativas aditivas resultan ser las herramientas idóneas para salvaguardar las transgresiones producidas por las lagunas jurídicas.

- d) **Sentencia manipulativa sustitutiva:** entendida como la manifestación más dura del poder legisferante positivo de un Tribunal Constitucional, en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución.

El carácter atípico de las sentencias manipulativas sustitutivas se encuentra en la declaración que realiza el tribunal constitucional ordenando la expulsión del ordenamiento jurídico de la ley considerada como inconstitucional, reemplazándola por otra que sí sea acorde a la Constitución.

Sagüés explica que este tipo de sentencias atípicas implican una actividad legislativa del tribunal constitucional, idea de la cual se difiere por ser de la consideración de que el tribunal constitucional en ningún momento se apropia de la potestad legislativa y lleva a cabo el procedimiento para la formación y sanción de las leyes. El tribunal constitucional, al emitir una sentencia manipulativa sustitutiva, lo que está haciendo es dar estricto cumplimiento a su función como contralor de constitucionalidad de las leyes, y bajo ningún parámetro puede ser entendido este actuar como una actividad legislativa por parte de este.

- e) **Sentencia exhortativa:** también llamada “apelativa” o “con aviso”. Esta modalidad de las sentencias atípicas será desarrollada con mayor profundidad en el Capítulo IV.

Dentro de la doctrina constitucional guatemalteca, Geovani Salguero Salvador ha propuesto una sistematización de las sentencias atípicas tomando en cuenta la experiencia local: Véase¹⁰⁶:

a) **Sentencias interpretativas:** serían aquella modalidad en las que los tribunales constitucionales emiten un pronunciamiento sobre el sentido que se le debe atribuir a una norma que ha sido cuestionada de inconstitucionalidad, el cual debe ser acorde a los preceptos constitucionales. Se subdividen así:

a.1) **en razón de la acogida de la interpretación del accionante:**

a.1.a) **sentencias interpretativas de acogimiento:** son aquellas en donde se estima la interpretación dada a la disposición normativa, expulsando del ordenamiento jurídico la interpretación inconstitucional, no así, la disposición normativa.

a.1.b) **sentencias interpretativas de rechazo:** son aquellas en que se rechaza la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la interpretación que es atribuida a la disposición cuestionada.

a.2) **en razón de la modulación del sentido interpretativo de la disposición normativa:**

a.2.a) **sentencias aditivas:** son aquellos fallos en los que los tribunales constitucionales señalan le sea agregado contenido interpretativo a la disposición normativa impugnada, ajustándola a la Constitución.

a.2.b) **sentencias sustitutivas:** fallos en los que el tribunal constitucional sustituye un vacío normativo por una regulación específica, a manera de ajustar el sentido del enunciado normativo a la Constitución.

¹⁰⁶ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 12.

a.2.c) **sentencias reductoras:** son aquella modalidad en la que los tribunales constitucionales establecen una restricción al significado de una disposición normativa por poseer un exceso de contenido que no es acorde a los parámetros constitucionales.

b) **Sentencias exhortativas**

c) **Sentencias de inconstitucionalidad por omisión,** que se subdividen por el tipo de silencio del legislador:

c.1) **sentencias de inconstitucionalidad por omisión absoluta:** son aquellas que surgen como consecuencia de una total inactividad por parte del ente legislativo, motivándolo al cumplimiento del mandato constitucional no ejecutado.

c.2) **sentencias de inconstitucionalidad por omisión relativa:** son aquellas en las que los tribunales constitucionales solicitan al ente legislativo a dar cumplimiento a una disposición normativa cuyo contenido es incompleto, ajustándolo a las exigencias constitucionales.

c.3) **sentencias de inconvencionalidad por omisión:** son aquellas en las que los tribunales constitucionales requieren se de cumplimiento a la omisión de un compromiso internacional en materia de derechos humanos.

d) **Sentencias dictadas de oficio:** aquellas que emiten los tribunales constitucionales en las cuales, sin mediar solicitud de parte interesada, declaran la inconstitucionalidad de una disposición normativa y, como consecuencia, la invalidan con efecto erga omnes o la inaplican al caso concreto, según fuere el caso.

- e) **Otras modalidades de sentencias** –las cuales no se encuadran en los tipos antes enunciados-.

La sistematización de las sentencias atípicas propuesta por el autor guatemalteco resulta acertada, a juicio del tesista; además, es la que mejor se adapta a la experiencia jurisdiccional local. Al momento de analizar ambas tipologías puede observarse que la brindada por Sagüés es limitada y no contempla aquellas sentencias que pudieran surgir con ocasión de las inconstitucionalidades por omisión o en los supuestos en que los tribunales actúan de oficio, circunstancia que sí contempla la clasificación de Geovani Salguero.

Otra particularidad que cabe señalar entre ambas categorizaciones, es que la del autor argentino es *numerus clausus*, es decir, establece un número limitado de modalidades para las sentencias atípicas, sin que exista la posibilidad de que pueda darse otra variedad. Esto no ocurre en la tipología del constitucionalista guatemalteco, la cual es *numerus apertus*, dejando abierta la posibilidad para el surgimiento de nuevas sentencias atípicas, hecho que resulto muy oportuno por parte de Geovani Salguero, tomando en consideración que por el carácter evolutivo del Derecho, se está ante la eventualidad de que surjan distintos y complejos casos por aplicación de las leyes constitucionales, los cuales tendrán que ser resueltos por los tribunales constitucionales mediante la emisión de una gran variedad creativa de sentencias atípicas.

CAPÍTULO IV

Las sentencias exhortativas

1. Definición

Una primera definición de estos fallos es la brindada por María Chen Stanziola, quien las define como aquellas que *“establecen directrices a los órganos del Estado, principalmente al órgano legislativo... mediante ellas, el órgano jurisdiccional, emite consejos o directrices, que invitan a tomar medidas o a legislar, para evitar futuras declaratorias de inconstitucionalidad, por el propio Tribunal Constitucional”*¹⁰⁷.

La definición anterior fija una línea a seguir para la noción de las sentencias exhortativas al mencionar que estas establecen directrices dirigidas a los órganos estatales. Esta es la principal característica de este tipo de pronunciamientos, es decir, la de contener exhortaciones o pautas que requieren una conducta de actuación.

Geovani Salguero las define como *“las emitidas por los tribunales constitucionales en ocasión de realizar el examen de legitimidad constitucional de disposiciones normativas, en las cuales quedan plasmadas exhortaciones o directrices de actuación, las cuales son dirigidas a órganos específicos, ya sea para sugerir la emisión de un nuevo enunciado o modificar el existente, o bien para apelar el desarrollo de acciones que permitan ajustar la observancia del texto normativo examinado a los preceptos constitucionales”*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CHEN STANZIOLA, María Cristina. *Ob. Cit.*; Pág. 140.

¹⁰⁸ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 35.

La definición del autor guatemalteco establece los elementos a considerar para una completa conceptualización de las sentencias exhortativas. Estos elementos son los siguientes: i) Son emitidas por los tribunales o cortes constitucionales, ii) Surgen en ocasión de la función del control de constitucionalidad de las leyes, iii) Contienen exhortaciones o directrices de actuación dirigidas a órganos específicos, generalmente al legislativo, iv) Sugieren la emisión de un nuevo enunciado, la modificación del existente o, en su caso, requieren actuaciones que ajusten la disposición normativa a los mandatos constitucionales.

Néstor Sagüés establece que son aquellas en el que *“el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional, encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución”*¹⁰⁹.

Otra definición es la otorgada por Iván Escobar Fornos, quien las conceptualiza como aquellas que *“tienen como finalidad estimular la actuación legislativa de la Asamblea Nacional cuando existan dudas sobre la constitucionalidad de la ley, surgidas dentro del proceso ordinario o constitucional. Son sentencias desestimatorias de la impugnación de la inconstitucionalidad, pero el juez constitucional, frente a las dudas de la constitucionalidad de la ley, formula, en calidad de recomendación, directrices y orientaciones para mejorar o corregir la ley, con el objeto de que logre la constitucionalidad”*¹¹⁰.

¹⁰⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Ob. Cit.*

¹¹⁰ ESCOBAR FORNOS, Iván. *Las Sentencias Constitucionales y sus Efectos en Nicaragua*. [en línea]
<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjcyMjYmaWRIPTEwMzc mdXJsPTU0Jm5hbWU9SXbDoW4uRXNjb2Jhci5Gb3Jub3MuQUIKQzEyLnBkZiZmaWxIPTkzNj U5NTcyNTkyNzUucGRmJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbnRlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vcGRm>
[consulta: 12 de octubre de 2016]

De la definición del constitucionalista nicaragüense cabe resaltar que las sentencias exhortativas son una variedad de los fallos desestimatorios. Esto es así ya que, ante la eventualidad de que una disposición normativa resulte ser inconstitucional, las sentencias exhortativas desestimarán la cuestión de inconstitucionalidad requiriendo que la misma se ajuste a las reglas constitucionales.

Víctor Bazán define a las sentencias exhortativas como aquellas *“portadoras de una persuasión, no de una orden, al legislador para que dicte la ley reglamentaria de alguna materia contenida en la Constitución, o bien adapte a ésta la normativa ya existente”*¹¹¹.

Bazán establece una nota muy importante a tomar en cuenta respecto a las sentencias exhortativas. Refiere a que estas no contienen una orden hacia el órgano legislativo, lo que implica que no poseen fuerza coactiva, es decir, no buscan imponer la actuación que recomiendan al legislador, dependiendo de éste el darles o no cumplimiento.

Para concluir, se propone la siguiente definición de las sentencias exhortativas: son aquella variedad de sentencias atípicas que emite el tribunal constitucional, en ocasión de su función de contralor de constitucionalidad de las leyes, las cuales contienen directrices dirigidas a órganos específicos, generalmente al Poder Legislativo, solicitando la actuación para que formulen nuevas disposiciones normativas o modifiquen el contenido de las ya existentes, con el objeto de que se ajusten a la Constitución.

¹¹¹ BAZÁN, Víctor. *Ob. Cit.*; Pág. 271.

2. Clasificación

Néstor Sagüés ha propuesto una clasificación de las sentencias exhortativas. Véase¹¹²:

- a) **Sentencias exhortativas “de delegación”**: Declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución.

Las sentencias exhortativas de delegación resultan ser una variable de las sentencias estimatorias por el hecho de declarar como inconstitucional a la ley que ha sido objeto de impugnación, ordenando que la misma sea expulsada del ordenamiento jurídico. Su atipicidad radica en la advertencia que se hace al legislativo indicándole las pautas que deberá cumplir una ley con la finalidad de que la misma sea acorde a la Constitución.

- b) **Sentencias exhortativas de “inconstitucionalidad simple”**: En esta variable, el Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida, pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución.

La atipicidad de esta variable de las sentencias exhortativas se encuentra en la circunstancia de no invalidar la ley que ha sido declarada inconstitucional, alentando al ente legislativo a corregir la disposición que resulta inconstitucional, haciéndola compatible a los mandatos constitucionales. Esta

¹¹² SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. Cit.

modalidad presenta una problemática por el hecho de no expulsar del ordenamiento jurídico la ley declarada inconstitucional. La continuidad en la aplicación de la misma puede llegar a ocasionar otras violaciones a los preceptos constitucionales por su carácter de inconstitucional. También cabe señalar que se estaría ante la posibilidad de que el órgano legislativo no de cumplimiento al deber de corregir la disposición que resulta inconstitucional, lo que a su vez ocasionaría más transgresiones a la Constitución.

- c) **Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria:** Aquí la jurisdicción constitucional estima que una norma es todavía constitucional, pero puede pronto dejar de serlo; o bien que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido. Se trataría de situaciones que se denominan de constitucionalidad endeble o precaria.

Esta modalidad de las sentencias exhortativas adquiere su carácter atípico por el hecho de que el tribunal constitucional exhorta al legislador a sustituir una ley que aparentemente es inconstitucional o se encuentra en la vía de llegar a serlo. Sagüés hace mención de que esta variable presenta debilidad jurídica dado que el tribunal constitucional parte de simples presunciones para exigir del ente legislativo el cambio de una ley que parece inconstitucional o, en su caso, puede llegar a ser inconstitucional.

3. Tipos de llamamientos que contienen las sentencias exhortativas

Las apelaciones a actuar que contienen los fallos exhortativos pueden presentar variadas formas; empero, el constitucionalista Geovani Salguero,

haciendo un esfuerzo de síntesis y atendiendo a la experiencia jurisprudencial local, afirma que suelen apelar¹¹³:

- a) La sustitución de algún enunciado normativo cuya expulsión ocasiona un vacío legal en el ordenamiento jurídico;
- b) La modificación de alguna disposición para ajustar su contenido al texto constitucional;
- c) La emisión de alguna disposición normativa para hacer efectivos los derechos fundamentales, así como los principios y valores constitucionales; y
- d) La observancia de alguna conducta, porque, de no proceder, podría acaecer una situación inconstitucional.

4. Legitimidad

El inconveniente de las sentencias exhortativas estriba cabalmente en su atipicidad, es decir, en el hecho de contener recomendaciones, directrices, orientaciones o exhortaciones dirigidas al ente legislativo para la sanción de un nuevo texto acorde a los preceptos constitucionales, lo que ha producido que en la doctrina exista una discrepancia en cuanto a la legitimidad o no de dichos fallos.

A continuación, se desarrollan las posiciones de determinados autores que han tratado el tema de la legitimidad de las sentencias atípicas¹¹⁴:

- *Posición de Chacín*: Para este autor, estos pronunciamientos constituyen casos en los cuales los tribunales constitucionales actúan como

¹¹³ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 35.

¹¹⁴ Cfr. CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesús. *Ob. Cit.*

legislador positivo, afirmando que los señalados órganos jurisdiccionales no se limitan a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma en cuestión, sino que dictan fallos que implican nuevas normas de efectos generales.

- *Posición de Betegón, Gascón, Páramo y Prieto:* Estos autores critican la situación de que el Tribunal Constitucional se convierta en legislador positivo. Cuestionan la capacidad que tendrían los tribunales constitucionales para legislar positivamente, afirmando que nunca podrían hacerlo con la precisión que lo haría el ente legislativo.
- *Posición de Aja y González:* Consideran que estas sentencias fuerzan los preceptos constitucionales y legales y se apartan de la teoría del legislador negativo.
- *Posición de Rubio Llorente:* Para este autor, estas sentencias atentan el principio de división de poderes.
- *Posición de Casal:* Para este autor, el Tribunal Constitucional carece de iniciativa para la configuración política y es por ello que ejerce una revisión ulterior del acto legislativo, bajo parámetros jurídicos y sin poder sustituir la ley por sus criterios o inclinaciones subjetivas. Casal se encuentra en contra de la sustitución normativa realizada por el Tribunal Constitucional por motivos subjetivos.
- *Posición de Escudero:* La autora venezolana le confiere legitimidad a estas sentencias al justificar que el Tribunal Constitucional está obligado a asegurar la efectiva aplicación del texto constitucional, aunque ello implique la regulación en el caso concreto de alguna materia no

desarrollada por el legislador. Para la autora, estas sentencias se ejercen precisamente para proteger normas constitucionales de especial importancia y para respetar el texto constitucional.

- *Posición de Nogueira:* Para el jurista chileno, estas sentencias otorgan soluciones compatibles con la fuerza normativa de la Constitución, evitando el vacío normativo y sus posibles e injustas consecuencias. Para Nogueira, estas sentencias no constituyen en modo alguno actividad legislativa, sino simple interpretación o integración constitucional.
- *Posición de Olano García:* El autor colombiano indica que estas sentencias limitan la libertad de configuración del orden jurídico que desarrolla el legislador.
- *Posición de Escobar Forno:* El autor nicaragüense considera que estas sentencias no son vinculantes para el legislador, indicando que las mismas son muy importantes y útiles, pudiendo llevar a la reflexión al legislador. Establece que este tipo de sentencia podría ser aceptable en el sistema jurídico de Nicaragua¹¹⁵.
- *Posición de Sagüés:* Cabe recordar que el autor argentino ha clasificado a las sentencias exhortativas en tres modelos: sentencias exhortativas de delegación, sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple y sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria. Sagüés observa una problemática en las sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple y por constitucionalidad precaria. En lo que respecta a las sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple, ha establecido

¹¹⁵ Cfr. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Ob. Cit.*

que las mismas consienten la aplicación de leyes inconstitucionales, o que lindan con inconstitucional, hasta que se pronuncie la nueva norma rotundamente constitucional¹¹⁶. Por otro lado, en lo que se refiere a las sentencias por constitucionalidad precaria ha llegado a determinar que padecen de *“debilidad jurídica dado que el Tribunal Constitucional del caso exhorta al legislador al cambio de una norma partiendo – básicamente- de conjeturas, como que esa norma (a la que el tribunal formalmente no declara inconstitucional) parece inconstitucional, o puede llegar a ser inconstitucional”*¹¹⁷.

- *Posición de Peña Freire:* Este autor justifica a esta modalidad de fallos por el hecho de que es misión del tribunal constitucional restaurar la supremacía constitucional en aquellos casos en que una norma legal entre en conflicto con un principio iusfundamental o en los casos de desviaciones de la actividad legislativa¹¹⁸.

De las posiciones anteriores puede llegarse a determinar que el tema sobre la legitimidad de las sentencias exhortativas resulta polémico. Existen partidarios en ambas caras de la moneda, están aquellos autores que consideran que estos fallos no son legítimos y se encuentran aquellos otros que sí los consideran como genuinos pronunciamientos del tribunal constitucional. Al respecto, se hace necesario referir que la diversidad de posiciones, en parte, depende de cómo sean concebidas las sentencias exhortativas, los tipos de sentencias exhortativas que sean aceptados y las variedades de recomendaciones que contengan estos fallos que se admitan dentro del ordenamiento jurídico de que se trate. Ha de destacarse que la mayor parte de

¹¹⁶ Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Ob. Cit.*

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Editorial Trotta; Madrid, 1997; Pág. 216.

los juristas evocados apoya sus comentarios en tipos de sentencias exhortativas que son reflejo de su realidad jurisdiccional y las cuales no se han estilado en Guatemala.

Frente a lo anterior, cabe señalar que en el sistema jurisdiccional guatemalteco únicamente son dables las sentencias exhortativas que apelan a la actividad legislativa, no así, aquellas en las que los jueces constitucionales asumen la función de legislar o las que detectan la inconstitucionalidad, pero no expulsan del ordenamiento jurídico a la disposición normativa. A juicio del autor del presente trabajo, estas últimas modalidades no tendrían cabida según la regulación local.

Dentro de los partidarios de no conceder legitimad a estos tipos de pronunciamientos, la postura predominante es la que establece que los tribunales constitucionales se apartan de la noción del legislador negativo para actuar como verdaderos legisladores positivos al momento de emitir sentencias atípicas.

La idea de legislador negativo emergió de los postulados de Kelsen, y la misma implica que el tribunal constitucional, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa, procede a su anulación en caso de considerarla inconstitucional; es decir, procede a anular la norma de carácter general, realizando el acto contrario a la producción jurídica¹¹⁹.

¹¹⁹ Cfr. BOLUARTE PINTO, Gonzalo; CASTILLO FUERMAN, Aurora; CORANTE MORALES, Víctor; DÁVILA MARIN, Dina; y FLORES VALDERAS, Luis. *Las Atribuciones como Legislador Positivo o Negativo del Tribunal Constitucional*. Tesis para adquirir el Doctorado en Derecho; Universidad Particular de San Martín de Porres; Perú, 2006. [en línea] http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LAS%20ATRIBUCIONES%20COMO%200LEGISLADOR%20POSITIVO%20O%20NEGATIVO%20DEL%20TRIBUNA_2006/LAS_ATTRIBUCIONES_COMO_LEGISLADOR_POSITIVO_O_NEGATIVO_DEL_TR2.PDF [consulta: 28 de noviembre de 2016]

Por otro lado, la concepción de legislador positivo se refiere a que el tribunal constitucional “*asume el papel de ayudante o de auxiliar del Legislador, creando normas que normalmente derivan de la Constitución; y aún en algunos casos, sustituyendo al propio Legislador, asumiendo un papel abierto..., expidiendo reglas temporales y provisionales para ser aplicadas en asuntos específicos que aún no han sido objeto de regulación legislativa, pero que deducen de la propia Constitución*”¹²⁰.

Cabe señalar que por “legislador” debemos entender al ente encargado de la creación de las leyes, “*el que las aprueba, promulga y da fuerza a tales preceptos generales y obligatorios*”¹²¹. En ese orden de ideas, legislador positivo sería aquel órgano estatal dotado de potestad legislativa para la creación de las leyes, siendo este el Congreso de la República. Esto de conformidad con el artículo 157 de la Constitución Política de la República.

Para que la afirmación de los autores que defienden la noción del tribunal constitucional como legislador positivo fuese válida, se requeriría que la Corte de Constitucionalidad, en efecto, sustituyera al órgano que constitucionalmente tiene asignada dicha competencia, apropiándose de la potestad legislativa y creando por su propia cuenta normas de carácter general llevando a cabo el procedimiento de la formación y sanción de las leyes establecido constitucionalmente, circunstancia que evidentemente no ocurre al momento en

¹²⁰ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Los Jueces Constitucionales como Legisladores Positivos. Una Aproximación Comparativa*. Texto preparado para ser presentado en el II Congreso Internacional “Proceso y Constitución”, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México, 24 al 26 de noviembre de 2010. [en línea] [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/l,%201.%201017--%20LOS%20JUECES%20CONSTITUCIONALES%20COMO%20LEGISLADORES%20POSITIVOS.%20UNA%20APROXIMACIÓN%20COMPARATIVA.doc\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/l,%201.%201017--%20LOS%20JUECES%20CONSTITUCIONALES%20COMO%20LEGISLADORES%20POSITIVOS.%20UNA%20APROXIMACIÓN%20COMPARATIVA.doc).pdf) [consulta: 28 de noviembre de 2016]

¹²¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta; 19ª. Edición; Buenos Aires, 2008; Pág. 221.

que el mencionado órgano jurisdiccional emite las llamadas sentencias exhortativas.

Otro de los argumentos de los autores que se encuentran en desacuerdo con reconocer legitimidad a las sentencias exhortativas, es que estas atentan el principio de división de poderes. Sagüés se ha pronunciado al respecto indicando que con la actitud de encomendar al organismo legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución se respeta el principio de división de poderes por el hecho de que el tribunal constitucional no invade ni asume las competencias de dicho organismo¹²².

Por su parte, Antonio Peña Freire indica que es *“posible emitir un juicio, conforme a la constitución, que declare la invalidez de la norma jurídica por desviación respecto de los valores y principios iusfundamentales incorporados limitativamente en los planos superiores del ordenamiento sin que ello afecte al ámbito de competencia del poder legislativo”*¹²³.

En la misma línea se ha pronunciado Giovanni Figueroa Mejía al establecer que los tribunales constitucionales no pueden transgredir el principio de separación de poderes y, por ende, suplantar al legislador, por ser estos órganos los que tienen la misión de garantizar la observancia de la Constitución por parte de los demás órganos estatales¹²⁴.

Es cierto que la Corte de Constitucionalidad, al momento de emitir una sentencia exhortativa, motiva la actuación del ente legislativo, pero este acto no puede ser considerado, bajo ninguna circunstancia, como un caso en que el tribunal constitucional atenta contra el principio de división de poderes, ya que

¹²² Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Ob. Cit.*

¹²³ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Ob. Cit.*; Pág. 216.

¹²⁴ Cfr. FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael. *Ob. Cit.*; Pág. 48.

éste nunca llega a actuar como un legislador positivo apropiándose de la competencia legislativa, sino más bien, cumple con su función de brindar una defensa al ordenamiento constitucional. Asimismo, cabe señalar que los fallos exhortativos contienen simples recomendaciones o consejos, los cuales no poseen carácter coactivo que imponga su cumplimiento. Ante tal circunstancia, los mismos no pueden ser considerados como fallos ilegítimos en los que se atente contra las competencias del organismo legislativo.

Como se mencionó anteriormente, Sagüés es de la idea de no otorgar legitimidad a las sentencias exhortativas que él ha denominado de inconstitucionalidad simple. Se comparte el pensamiento del autor argentino por el hecho de que bajo ninguna circunstancia puede ser considerada como genuina una sentencia que no invalide una ley que ha sido constatada como inconstitucional, consintiendo la aplicación de la misma hasta que se pronuncie una nueva disposición que sí se ajuste a la Constitución, situación que puede o no llegarse a cumplir por parte del legislativo, y que puede llegar a ocasionar futuras transgresiones a los mandatos constitucionales. Geovani Salguero hace saber que el único supuesto que podría dar cabida a la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa sin que se opte por su expulsión del ordenamiento jurídico es el de la estimación de una denuncia de inconstitucionalidad por omisión relativa¹²⁵.

Por otra parte, se difiere de la problemática que Sagüés encuentra en las sentencias exhortativas que ha llamado de inconstitucionalidad precaria. Esto es así ya que se es del pensamiento que un tribunal constitucional, bajo ninguna circunstancia, exhortará al legislador al cambio de una ley que “parece ser” inconstitucional o que “puede llegar a serlo”, partiendo de simples conjeturas y presunciones. Frente a estos tipos de pronunciamientos, Geovani

¹²⁵ Cfr. SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 40.

Salguero hace la mención de que no pueden ser emitidos *“ya que ni el Magno Texto ni la ley procesal constitucional admiten la posibilidad de advertir gradaciones de inconstitucionalidad. De esa cuenta, no podría apelarse la actividad normativa para superar la cuasiinconstitucionalidad”*¹²⁶.

Por último, otro de los argumentos que no otorga legitimidad a estos tipos de pronunciamientos atípicos es aquel que establece que estos limitan la libertad de configuración del ordenamiento jurídico que desarrolla el legislador, aduciendo que resulta totalmente injustificado por el hecho de que la Corte de Constitucionalidad, al motivar la actuación del Congreso de la República para la emisión de nuevos enunciados o la modificación de los ya existentes, no fija límites para su cumplimiento –por lo menos no lo ha hecho hasta ahora–, sino más bien, requiere su adecuación a los preceptos del texto constitucional en virtud del principio de supremacía constitucional.

Bajo el argumento del párrafo anterior, resulta adecuada la mención de que la Constitución ya fija los parámetros a los cuales debe ajustarse toda ley, por lo que el tribunal constitucional, al momento de emitir una sentencia exhortativa en la que intime al legislativo a la emisión de un nuevo enunciado o la modificación del ya existente, lo hará requiriendo se dé cumplimiento a los mandatos ya preestablecidos por la ley fundamental, y no sujetando el actuar del legislador a distintos mandatos, circunstancia por la cual la configuración del ordenamiento jurídico que desarrolla el organismo legislativo no se ve afectada por las sentencias exhortativas.

A diferencia de las posiciones anteriores, se encuentran aquellas que sí brindan legitimidad a las sentencias exhortativas. Los autores que defienden estas posturas justifican estos tipos de fallos atípicos al considerarlos como la

¹²⁶ *Loc. Cit.*

solución adecuada para salvaguardar las consecuencias que pudieran ocasionar las omisiones legislativas, así como también, las producidas por las desviaciones legislativas respecto a los principios y preceptos constitucionales.

Las omisiones legislativas se caracterizan por el incumplimiento de los preceptos constitucionales, transgrediendo de esta manera el orden constitucional. En ese sentido, y partiendo del principio de supremacía constitucional que supone el control de todas aquellas omisiones que contravengan los preceptos consagrados en la Constitución, la Corte de Constitucionalidad ha reconocido su facultad para actuar en los casos de inconstitucionalidad por omisión. De la explicación anterior, se debe concluir que el tipo de sentencia para restablecer el orden constitucional quebrantado por las omisiones legislativas debe ser una sentencia exhortativa que encomiende al ente legislador a la emisión de una norma que omitió legislar.

El Congreso de la República también puede llegar a producir desviaciones legislativas que se apartan de los principios y preceptos constitucionales al momento de la creación de las leyes. La garantía frente a estas situaciones es el control de constitucionalidad de las leyes, el cual pretende asegurar el sometimiento del poder legislativo a la Constitución. Este control podrá ser llevado a cabo, únicamente, por la Corte de Constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad de carácter general, en la cual sea emitida una sentencia exhortativa que tenga por propósito impulsar al Congreso de la República a que adapte dichas desviaciones a los preceptos instituidos por la ley fundamental, garantizando de esta manera la supremacía constitucional.

El profesor constitucionalista Víctor Bazán ha tratado el tema de la legitimidad de las sentencias atípicas en general, señalando que las objeciones que normalmente se disparan contra estas pueden reconducirse a las

siguientes: i) no poseen base legal ni constitucional y son una creación del tribunal constitucional; ii) el tribunal constitucional excede las atribuciones que le fueron conferidas normativamente; y iii) se invade la competencia del legislador¹²⁷.

En lo que respecta a la primera de las objeciones, cabe señalar que en la práctica legal existe un gran número de figuras jurídicas que no poseen fundamento legal y, no por ello, son ilegítimas. Es más, las mismas han surgido como respuesta para brindar una solución a determinada situación que se presenta en la realidad jurídica. Lo mismo ocurre con las sentencias atípicas, estas han sido creadas por el tribunal constitucional como una nueva respuesta ante la insuficiencia que presentan las sentencias que conforman el modelo tradicional.

La segunda de las objeciones hace relación a que el tribunal constitucional excede a sus atribuciones que le fueron conferidas normativamente al momento de emitir una sentencia atípica. Este argumento carece de sostenibilidad por el hecho de que el tribunal constitucional, en su actuar como contralor de la constitucionalidad normativa, debe buscar alternativas que otorguen cumplimiento a cabalidad de su función primordial de defensa del orden constitucional.

Por último, la tercera de las objeciones ya ha sido tratada previamente y únicamente se limitará a indicar que el tribunal constitucional, bajo ninguna circunstancia, invade la competencia del legislador al momento de emitir una sentencia atípica.

¹²⁷ Cfr. BAZÁN, Víctor. *Ob. Cit.*; Pág. 251.

El constitucionalista mexicano Giovanni Figueroa Mejía ha desarrollado argumentos que justifican el uso de las sentencias atípicas en general. Para ello, ha dividido dichos argumentos en dos grupos a saber¹²⁸: a) Argumentos que se basan en razones constitucionales; y b) Argumentos que se basan en razones ordimentales.

En lo que respecta a los argumentos que se basan en razones constitucionales, Figueroa Mejía hace saber que son dos los principios que justifican a las sentencias atípicas en general, siendo estos el principio de interpretación conforme a la Constitución y el principio de conservación de las normas¹²⁹.

El principio de interpretación conforme a la Constitución se refiere, dicho en palabras del autor mexicano, al *“instrumento para el mantenimiento de una norma que, hablando propiamente, siendo parcialmente inconstitucional no se declara nula al poder ser interpretada en consonancia con la Constitución”*¹³⁰. Esto implica que una ley que ha sido refutada de constitucionalidad no podrá ser declarada como inconstitucional si puede ser interpretada de acuerdo a la Constitución y, únicamente podrá ser considerada como tal, en el caso de que no exista modo alguno de interpretarla que se ajuste a los principios constitucionales.

Ante tal circunstancia, y en el supuesto de que no se otorgara legitimidad a las sentencias atípicas, únicamente se estaría ante la posibilidad de los fallos tradicionales, los cuales no brindan una solución en el caso de que una disposición normativa no pueda ser interpretada conforme a la Constitución, acudiéndose a la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico.

¹²⁸ FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael. *Ob. Cit.*; Págs. 48 y 83.

¹²⁹ *Cfr. Loc. Cit.*

¹³⁰ *Ibíd.*; Pág. 49.

Lo anterior no ocurre al dar legitimidad a los fallos atípicos y, es por esto, que el principio de interpretación conforme a la Constitución resulta el respaldo idóneo para justificar a las sentencias atípicas en general. La razón para ello es que estos tipos de pronunciamientos tienen como objetivo principal fijar el sentido interpretativo que se le debe conceder al contenido de una norma que ha sido objetada de constitucionalidad, ya sea mediante la adición, sustitución o reducción del contenido de la disposición normativa, adecuándola a los requerimientos constitucionales.

Tratándose de las sentencias exhortativas, estas contienen directrices dirigidas al órgano legislativo en las que se sugiere la emisión de un nuevo enunciado o la modificación del existente con el objeto de que el contenido del mismo sea adecuado al sentido interpretativo de los principios constitucionales, cumpliendo con satisfacer el principio de interpretación conforme a la Constitución y asegurando de esta manera la fuerza normativa de la misma.

El segundo principio a que hace alusión Figueroa Mejía es el de conservación del Derecho. Indica dicho autor que este principio implica no solo la conservación de la propia Constitución, sino también la conservación del derecho infraconstitucional ¹³¹. Ante tal circunstancia, los tribunales constitucionales deben de actuar con especial cuidado al momento de tomar la decisión de declarar a una ley como inconstitucional. Este principio implica que se debe proceder a la invalidación de una disposición normativa como *última ratio*, con tal de conservar hasta donde sea posible la obra del legislador.

Dar cumplimiento al principio de conservación de la norma con el modelo tradicional de las sentencias constitucionales resulta una tarea complicada. Esto

¹³¹ Cfr. *Ibíd.*; Pág. 68.

es así, ya que en el supuesto de que una norma jurídica sea debatida de constitucionalidad y el tribunal constitucional, luego de realizar un examen exhaustivo sobre su contenido, llegare a estimarlo como contradictorio a los cánones constitucionales, se estaría ante la consecuencia de la expulsión de dicha norma del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no se daría cumplimiento al principio en cuestión. Esto no ocurría con las sentencias atípicas, las cuales tienen otros alcances y efectos que optan por conceder soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, haciendo lo posible por conservar la configuración legislativa.

Es por estas razones, que el constitucionalista mexicano establece que los tribunales constitucionales, con tal de observar este principio, se han inclinado en emitir sentencias atípicas que preserven las normas atacadas de constitucionalidad, llegando a argumentar que más que una posibilidad lícita, constituyen un auténtico deber para los tribunales constitucionales¹³².

En lo que respecta a los fallos exhortativos, si bien es cierto que los mismos pueden llegar a contener directrices en las que se solicite al ente legislativo la emisión de un nuevo enunciado, el cual conlleva que el ya existente sea invalidado dentro del ordenamiento jurídico, afectándose de esta manera la obra del legislador, esto no es suficiente para determinar que no poseen legitimidad. Las sentencias exhortativas también pueden contener pautas que requieran al legislador modificar el contenido de una norma jurídica con el objeto de que esta sea acorde a la Carta Magna. De esta manera se evita que la ley cuyo contenido resulta ser inconstitucional sea expulsada del ordenamiento jurídico y se logra conservar la configuración jurídica que ha desarrollado el legislador.

¹³² Cfr. *Ibíd.*; Págs. 70 y 72.

En el apartado que Figueroa Mejía le dedica a los argumentos que se basan en razones ordimentales, comienza por indicar que hay quienes han argumentado que las sentencias atípicas ocasionan inseguridad jurídica por la disociación que surge entre las leyes y los contenidos normativos efectivamente vigentes, al permanecer inalterado el texto de la disposición, mientras que su contenido normativo queda modificado, estableciendo que ello no es suficiente para deslegitimar su uso y mucho menos hacer desaparecer su fundamento, llegando a concluir que con la emisión de estos pronunciamientos, *“antes que transgredir la seguridad jurídica, se busca garantizar la pretensión de seguridad y estabilidad que debe existir en un sistema jurídico, cuya certidumbre se vería alterada si se produjeran derogaciones de normas legales que no fueran estrictamente necesarias por su incompatibilidad con la Constitución”*¹³³.

Se comparte la conclusión a la que llega Figueroa Mejía y la razón para ello es que las sentencias atípicas son la solución idónea para la disfuncionalidad que presenta la alternativa de constitucionalidad-inconstitucionalidad de los fallos tradicionales. En el supuesto de otorgar únicamente legitimidad a las sentencias estimatorias y desestimatorias, se estaría ante la potencial expulsión de la norma en cuestión, lo que supondría un *horror vacui*, es decir, un vacío o laguna legal ocasionado por una sentencia anulatoria, lo que a su vez podría dar como consecuencia una situación de mayor inconstitucionalidad, la cual implicaría una desestabilidad en la seguridad jurídica constitucional. Frente a lo anterior, las sentencias atípicas han brindado seguridad y estabilidad jurídica al otorgar *“un equilibrio entre necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico”*¹³⁴.

¹³³ *Ibíd.*; Pág. 87.

¹³⁴ BAZÁN, Víctor citando a Tania Groppi. *Ob. Cit.*; Pág. 245.

Continúa relacionando el constitucionalista mexicano, respecto a los argumentos que se basan en razones ordimentales, que las sentencias atípicas son los instrumentos idóneos para huir del vacío que surge cuando una disposición legal se declara nula, como también de los vacíos o lagunas legislativas¹³⁵.

Las sentencias exhortativas resultan un mecanismo idóneo para combatir la problemática detectada. En el caso de los vacíos que surgen en ocasión de las declaraciones de nulidad de las normas jurídicas por ser consideradas como inconstitucionales, las sentencias exhortativas son la solución al establecer recomendaciones hacia al legislador para que adecue el contenido de estas dentro del marco constitucional y así evitar el vacío legal que se ocasionaría si se declarara su inconstitucionalidad y su eventual expulsión del ordenamiento jurídico.

Asimismo, las sentencias exhortativas también son el remedio eficaz para las omisiones y lagunas legislativas. La razón para tal afirmación es que estas contienen directrices dirigidas al órgano legislativo para que legisle sobre determinada materia que ha omitido, así como también, orientaciones para que modifique el contenido de una norma por no satisfacer los preceptos constitucionales. Al respecto se ha pronunciado Alejandro Morales estableciendo que *“pueden ser utilizados también con el propósito de que sea subsanada una laguna legal provocada por la declaración de inconstitucionalidad de carácter general de alguna disposición legal, o bien, también para dar respuesta a un planteamiento de inconstitucionalidad por omisión absoluta”*¹³⁶.

¹³⁵ Cfr. FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael. *Ob. Cit.*; Pág. 88.

¹³⁶ MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Ob. Cit.*; Pág. 326.

Como resultado de lo expuesto en los párrafos que preceden, se debe concluir que los argumentos de los autores que no otorgan legitimidad a las sentencias exhortativas *“resultan infundados y conceptualmente insostenibles...”*¹³⁷, llegándose a afirmar que las sentencias exhortativas son fallos legítimos de la Corte de Constitucionalidad que *“cumplen una función relevante en la defensa del orden constitucional al motivar la actividad de los órganos estatales, en especial de los encargados de crear los enunciados normativos, a fin de que generen los necesarios o ajusten los existentes a los preceptos de la Carta Fundamental”*¹³⁸. Lo anterior con excepción de las sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple por las razones previamente descritas.

¹³⁷ BAZÁN, Víctor. *Ob. Cit.*; Pág. 251.

¹³⁸ SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Ob. Cit.*; Pág. 40.

CAPÍTULO V

Cumplimiento de las sentencias exhortativas por el Congreso de la República

1. Las sentencias exhortativas en la experiencia constitucional guatemalteca

A partir de la década pasada, la Corte de Constitucionalidad ha tenido una gran relevancia jurídica y es que, en el ejercicio de la justicia constitucional y en su función como contralor de la constitucionalidad de las leyes, se ha visto en la necesidad de apartarse del modelo tradicional de resolución (estimatorias y desestimatorias) de las acciones de inconstitucionalidad de carácter general, emitiendo lo que la doctrina ha denominado “sentencias atípicas”.

Dentro de estos pronunciamientos atípicos se encuentran aquellos denominados “exhortativos”, y la Corte de Constitucionalidad no ha sido ajena en su emisión. Con la finalidad de brindar una solución a una variedad de problemas jurídicos, principalmente aquellos producidos por las lagunas legales y las omisiones legislativas, el tribunal constitucional ha llegado a formular un gran número de sentencias exhortativas.

La principal modalidad de fallos exhortativos emitidos por el tribunal constitucional son aquellos que instan el actuar legislativo. Una primera forma de estos pronunciamientos atípicos son aquellos que exhortan al Congreso de la República a la emisión de una ley que ha omitido por mandato constitucional. Un ejemplo de estos fallos es la sentencia de fecha 5 de febrero de dos mil nueve, dictada por el tribunal constitucional, cuyos fragmentos de análisis y exhortación se transcriben:

Esta Corte al analizar las exposiciones de las autoridades y entidades a quienes se les confirió audiencia, así como los argumentos de los accionantes en su tesis de inconstitucionalidad procede a confrontar ambas normas, con el objeto de determinar la constitucionalidad de la norma impugnada. El artículo 124 Transitorio del Decreto Ley Número 218 establece: *“Mientras se promulga la nueva ley de aguas de dominio público quedan en vigor los capítulos II, III, IV y V del Título II y II y III del título VI del Código Civil, decreto Legislativo 1932...”* (el subrayado es propio). Por su parte el artículo 127 constitucional establece que *“... Todas las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce, se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará esta materia...”*.

Sin embargo al dar lectura y realizar un análisis a los artículos referidos en los capítulos y títulos de la norma impugnada, podemos inferir, como primer punto: a) que las contradicciones con el texto supremo denunciadas, no están contenidas específicamente en el artículo objetado per se, sino que podrían estar regulados en la normativa establecida en el Decreto Legislativo de mil novecientos treinta y dos; b) asimismo, este Tribunal Constitucional considera necesario enfatizar en la ausencia de labor del Congreso de la Republica, ya que no se ha cumplido con el mandato constitucional de crear una ley de aguas, siendo irreal que se siga regulando el régimen de aguas bajo la vigencia de un decreto que data del año de mil novecientos treinta y dos, es decir aproximadamente setenta y seis años atrás y que continua vigente mediante una reforma del Código Civil, que data también de hace más de treinta años, por lo que, lógicamente, son normas previas a la Constitución Política actual; c) por tal razón esta Corte considera que existe una omisión de un mandato constitucional por parte del Congreso de la República, al no emitir una ley que regule el régimen de aguas, pues tal circunstancia, ha propiciado que existan normas que no armonizan con la Ley suprema, por lo que se exhorta al Congreso de la República a crear y a emitir la respectiva ley.

En virtud de las razones expuestas en los párrafos precedentes, esta Corte estima que el artículo Transitorio del Decreto-Ley Número 106, Código Civil, adicionado por el artículo 124 del Decreto Ley, número 218, en la parte que establece que

“...quedan en vigor los capítulos II, III, IV y V del Título II y, II y III del título VI del Código Civil, decreto Legislativo de 1932...” no contradice, ni viola el artículo 127 de la Constitución Política de la República de Guatemala y estima que los argumentos de inconstitucionalidad del accionante van encaminados a atacar y denunciar de inconstitucionales las normas vigentes, preceptuadas en el decreto legislativo de mil novecientos treinta y dos, mas no el artículo transitorio que le continúa dando vida al mismo. Por consiguiente la acción de Inconstitucionalidad General Parcial debe declararse sin lugar, haciéndose la declaración correspondiente en el apartamiento resolutivo de esta sentencia. No se condenará al pago de las costas procesales, por no existir sujeto legitimado para cobrarlas.

...esta Corte considera que existe una **omisión de un mandato constitucional por parte del Congreso de la República**, al no emitir una ley que regule el régimen de aguas, pues tal circunstancia, ha propiciado que existan normas que no armonizan con la Ley suprema, por lo que se **exhorta al Congreso de la República a crear y emitir la respectiva ley**...¹³⁹ [el énfasis es añadido].

La situación respecto a la creación y emisión de una disposición normativa que regule el régimen de aguas por mandato constitucional continúa siendo omitida por parte del Congreso de la República lo que ha ocasionado una omisión absoluta respecto a este tema y el quebrantamiento en el orden constitucional. Sobre este último aspecto, el tesista tiene conocimiento que actualmente se ha presentado un nuevo proyecto de Ley de Aguas, no obstante, al mismo, no se la ha dado la prioridad que el caso demanda.

Siguiendo la línea de las sentencias exhortativas que requieren del Congreso de la República la emisión de una normativa que regule determinada materia, la Corte de Constitucionalidad, en su práctica jurisdiccional, ha llegado a pronunciarse en el sentido de intimar al órgano legislativo para la creación y emisión de leyes que tengan como objetivo, regular derechos constitucionales.

¹³⁹ Sentencia de 5 de febrero de 2009. Expediente 3722-2007.

Un claro ejemplo de esto es la sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil doce, de la cual se transcribe el análisis del tribunal constitucional y la exhortativa dirigida al organismo legislativo:

En el presente caso, la Asociación Sobrevivencia Cultural, por medio de su Mandatario Especial Administrativo con Representación, Anselmo Xunic Cabrera, promueve acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general en forma parcial contra los artículos 1, 2, 61 y 62 de la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República, por considerar que éstos infringen directamente los artículos 2o, 4o, 44, 58, 66 y 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por no contemplar el derecho de las comunidades indígenas a que puedan ser sujetos de derecho a obtener el beneficio de utilizar el espacio radioeléctrico para la difusión de la cultura y espiritualidad, sin tomar en cuenta su situación histórica, económica y mayoritaria.

Respecto del contenido de los artículos 1 y 2 de la Ley General de Telecomunicaciones impugnados y sin perjuicio que de la lectura de los fundamentos jurídicos sobre los que descansa su impugnación, se advierte carencia de confrontación clara y precisa de éstos con la totalidad de artículos constitucionales señalados por la accionante como vulnerados, siendo éstos el 2o, 4o, 44, 58, 66 y 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, esta Corte no advierte vulneración de artículo alguno del texto constitucional, siendo que el contenido de los artículos 1o y 2o del Decreto 94-96 del Congreso de la República, Ley General de Telecomunicaciones, se refiere, en el primero de los casos, en forma general al objeto y fines de la ley, así como a su esfera de aplicación; y, en el segundo, a los sujetos a quienes se dirige su aplicación, refiriéndose a todos los usuarios y usufructuarios del espectro radioeléctrico y a todas las personas que operan o comercializan servicios de telecomunicaciones, sin distinción alguna. De tal suerte que el contenido de las normas impugnadas antes citadas no adolece de inconstitucionalidad manifiesta que haga procedente la acción constitucional que se analiza, por lo que así deberá declararse en el apartado correspondiente.

...al examinar el contenido íntegro de los artículos antes citados, en contraposición de los artículos constitucionales señalados como vulnerados y que fueron efectivamente confrontados por la accionante, en cuanto al derecho de libertad e igualdad y a la protección a grupos étnicos, esta Corte no advierte vulneración alguna. Los artículos bajo análisis se refieren específicamente al procedimiento general a seguir para llevar a cabo el concurso y la subasta públicos, sin advertirse distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en raza, color, sexo, idioma, religión, posición, origen o de similar naturaleza, que obstruya, restrinja o impida el acceso de “cualquier persona interesada” a la participación en el procedimiento que se lleva a cabo para la adjudicación de títulos de usufructo de frecuencias del espectro radioeléctrico, ni que de alguna manera con tales regulaciones se vulnere el reconocimiento, respeto y promoción de las formas de vida, costumbres, tradiciones, idiomas y formas de organización social de los grupos étnicos en el país. En consecuencia, la inconstitucionalidad planteada debe declararse sin lugar, por los motivos mencionados.

Sin embargo y en atención a lo argumentado por la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público, y el efectivo cumplimiento del contenido del artículo 66 de la Constitución Política de la República, ya referido, cabe enfatizar el criterio vertido por esta Corte, en el sentido de que: *“(...) el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas cuyo fin es mantener los factores que tiendan a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse como tal. El Convenio 169 de la OIT versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno (...) existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a*

remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad (...)”. [Expediente ciento noventa y nueve – noventa y cinco (199-95), opinión consultiva del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco];

En ese orden de ideas, esta Corte, asimismo ha señalado con anterioridad la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico para garantizar una correcta protección de los derechos e identidad de las comunidades indígenas, siendo menester que también se haga partícipe a las referidas comunidades en este proceso, tal y como lo regula el Convenio 169 de la OIT, ya referido, así como los Acuerdos de Paz, que establecen la implementación de medidas y políticas para alcanzar el reconocimiento y pleno respeto de los pueblos indígenas. [Expediente dos mil doscientos veintinueve – dos mil diez (2229- 2010), sentencia de ocho de febrero de dos mil once].

De lo que se advierte que a efecto de garantizar el cumplimiento del contenido real del artículo 66 constitucional, deben emitirse dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco disposiciones normativas que garanticen la protección y goce de los derechos contenidos en éste. Tal es el caso que nos ocupa, relativo a que en la ley que regula la materia de las telecomunicaciones se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales, tal y como se dispone en los Acuerdos de Paz suscritos por el gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG-, específicamente en el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas.

En tal virtud, y siendo que este Tribunal ha reconocido ya que ante su función esencial de ser la suprema defensora de la Constitución y el orden constitucional de Guatemala, le corresponde asimismo velar por la eficacia normativa del Texto Supremo, **ante actitudes omisas del legislador que impiden el pleno goce de**

los derechos que la Constitución garantiza [expedientes dos mil doscientos veintinueve y dos mil doscientos cuarenta y dos, ambos de dos mil diez (2229-2010 y 2242-2010), sentencias de ocho y veintidós de febrero de dos mil once, respectivamente], tal y como ocurre en el caso bajo análisis; **y en aplicación de la técnica de la utilización de las sentencias de tipo exhortativo**, que ha sido utilizada en oportunidades pasadas por esta Corte [expedientes un mil ciento setenta y nueve – dos mil cinco (1170-2005), dos mil trescientos setenta y seis y tres mil ochocientos setenta y ocho, ambas de dos mil siete (2376-2007 y 3878-2007), sentencias de ocho de mayo y nueve de abril de dos mil ocho y de veintiuno de diciembre de dos mil nueve, respectivamente], se considera nuevamente pertinente, **exhortar al Congreso de la República** para que, de acuerdo a lo considerado en el presente fallo, **emita la normativa correspondiente** en virtud de la cual se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, **para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales**.¹⁴⁰ [el énfasis en añadido].

Una segunda modalidad de sentencias exhortativas pronunciadas por la Corte de Constitucionalidad que requieren el actuar legislativo, son aquellas que han tenido como objetivo la modificación de alguna disposición normativa para adecuarla a los parámetros constitucionales. Muestra de lo anterior es el fallo de fecha ocho de mayo de dos mil siete, en cuyo considerando cuarto (IV) se hace la siguiente intimación:

Al advertir que la normativa que regula lo relativo a las consultas populares referidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, es bastante amplia y poco precisa en cuanto al desarrollo de los procedimientos de consulta, esta Corte estima conveniente hacer uso de la modalidad de fallos que en la Doctrina, del Derecho Procesal Constitucional se conocen como "exhortativos" ... En tal sentido

¹⁴⁰ Sentencia de 14 de marzo de 2012. Expediente 4238-2011.

se exhorta al Congreso de la República de Guatemala a lo siguiente: a) **proceda a realizar la reforma legal correspondiente, a efecto de armonizar el contenido de los artículos 64 y 66 del Código Municipal, en el sentido de determinar con precisión cuando una consulta popular municipal tendría efectos vinculantes;** y b) para **efectivizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas**, referido en los artículos 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, se legisle sobre la forma cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos.¹⁴¹ [el énfasis es añadido].

Continuando en esta modalidad de sentencias exhortativas, se encuentran aquellas que solicitan la modificación de una disposición normativa para adecuarla a los parámetros de los convenios internacionales de derechos humanos. Así se puede observar en la sentencia de fecha diecisiete de julio de dos mil doce. En su literal b), numeral romano III de su parte resolutive, la misma establece:

Para determinar la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión aludida, esta Corte estima pertinente realizar un análisis comparativo o factorial entre la norma impugnada –artículo 201 Bis del Código Penal- con la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura:

A) El artículo 201 Bis del Código Penal, indica: “Comete el delito de tortura, quien por orden o con la autorización, el apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. Igualmente cometen delito de

¹⁴¹ Sentencia de 8 de mayo de 2007. Expediente 1179-2005.

tortura los miembros del grupo o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo. El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por delito de secuestro. No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en el resguardo del orden público. El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años.”.

B) La incorporación del delito de tortura a nuestro ordenamiento jurídico penal obedeció a la suscripción por el Estado de Guatemala de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la cual fue aprobada por el Decreto 58-95 del Congreso de la República, el diez de agosto de mil novecientos noventa y cinco y publicado en el Diario de Centro América el once de septiembre de ese mismo año, entrando en vigencia el diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

El artículo 1 del tratado internacional en mención indica: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”

C) Así, en cuanto a ese delito, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, refiere: “Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención

se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

La denuncia de inconstitucionalidad por omisión parcial radica en que, a juicio del accionante, la norma penal fue creada de forma incompleta, por lo que es necesario determinar si el tipo penal que describe la conducta de tortura a sancionar carece de los elementos básicos y necesarios para ser constitucionalmente válida, en congruencia con las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, e Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, las que, como quedó sentado, integran el contenido del bloque de constitucionalidad.

Atendiendo a la descripción anterior, se establece que en la tipificación del delito de tortura, contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal, no se incluyen todos los elementos descritos en los tratados internacionales que regulan esa conducta antijurídica, pues se omite: *“el castigo, la discriminación y cualquier otro fin”* como parte del tipo penal, así como *“la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”*, por lo que excluir de la protección del bien jurídico tutelado esos elementos objetivos, provocaría que en el precepto, cuya inconstitucionalidad se denuncia, se haya incurrido en omisión de tipificar actos altamente lesivos a la integridad moral y física de los individuos, necesarios para complementar el tipo delictivo previsto en el artículo 201 del Código Penal, contraviniéndose así el artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, disposición convencional que, por ser protectora de derechos

humanos fundamentales, prevalece sobre el derecho interno guatemalteco, conforme lo preceptúa el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Este Tribunal estima que para cumplir con la tipificación necesaria y en aplicación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, debe establecerse concretamente la descripción de las conductas que constituyen “tortura”, por lo que es necesario introducir por vía de reforma a la norma penal contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal las frases de: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y expresamente se regule que también constituye este delito “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Lo anterior permite concluir en la existencia de la inconstitucionalidad por omisión parcial del artículo 201 Bis del Código Penal, tomando en cuenta que su regulación incompleta trasgrede el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que recoge la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el artículo 149 del mismo cuerpo normativo supremo, en cuanto a que señala la obligación de que Guatemala norme sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos; por lo que debe declararse con lugar la acción instada, **exhortando al órgano correspondiente a que realice lo legalmente pertinente de conformidad con sus facultades**, a efecto de regular nuevamente la materia que el artículo cuestionado desarrolla. La nueva regulación deberá observar los criterios vertidos en el presente fallo. [el énfasis en añadido]

Lo que resulta es una inconstitucionalidad por omisión en el artículo citado, que deberá ser subsanada por el Congreso de la República adicionando en su redacción, las frases de: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y determinar expresamente que también constituye este delito “la aplicación sobre una persona de métodos

tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”;... [el énfasis es añadido]

...que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, **se exhorta** a los indicados **órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa** a asumir la responsabilidad institucional que corresponde **para suplir la omisión** señalada en la presente sentencia...¹⁴² [el énfasis es añadido].

La sentencia exhortativa anterior intimó al Congreso de la República y a los demás órganos dotados de iniciativa legislativa para la reforma del artículo 201 Bis del Código Penal, que contiene el delito de tortura, exhortando que el mismo sea adecuado a los parámetros establecidos en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, circunstancia que hasta la fecha ha sido omitida.

En lo que respecta a los pronunciamientos exhortativos que requieren el actuar legislativo, la práctica constitucional guatemalteca ha elaborado aquellos que tienen como objetivo la sustitución de determinado enunciado normativo cuya expulsión ocasiona un vacío legal en el ordenamiento jurídico. Ejemplo de lo anterior es la sentencia de veintiocho de marzo de dos mil seis, cuyo análisis que interesa se transcribe, al igual que la exhortativa contenida en el numeral romano III de su parte resolutive:

Las entidades solicitantes de la acción, afirmaron que el contenido de los artículos 220, 221 y 222 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos –reformados por el Decreto 10- 04 del Congreso de la República violan el artículo 35 constitucional pues los mismos regulan aspectos relativos a la emisión del pensamiento, no obstante que dicha materia debe ser regulada, con exclusividad, por la Ley de

¹⁴² Sentencia de 17 de julio de 2012. Expediente 1822-2011.

Emisión del Pensamiento; ello a tenor de lo que establece el artículo 35 citado.

Aducen también las entidades solicitantes que el artículo 222 impugnado en su párrafo tercero es violatorio pues conlleva una discriminación en perjuicio de los medios radioeléctricos pues dispone que la Superintendencia de Telecomunicaciones, previa resolución del Tribunal Supremo Electoral, “ordenará la suspensión de transmisión del Esta Corte al efectuar análisis del párrafo a que hacen alusión las entidades solicitantes encuentra que, en efecto, la sanción prevista para los medios de comunicación cuyo representante legal incurra en falsedad al declarar las tarifas aplicables a la propaganda electoral, únicamente es aplicable a los medios de comunicación radioeléctricos. Tal situación encuentra fundamento en el hecho de que la transmisión que éstos efectúan se realiza a través de las frecuencias radioeléctricas cuya propiedad corresponde al Estado, razón por la cual éste se reserva el derecho de ejercer control sobre el uso que de tales bienes se efectúe (artículos 50 y 51 de la Ley General de Telecomunicaciones). Tal actividad fiscalizadora la realiza a través de su órgano técnico especializado: la Superintendencia de Telecomunicaciones (Artículo 7 inciso b de la Ley citada). Ha decantado jurisprudencialmente esta Corte que el derecho de igualdad implica el trato igual a aquellos que se encuentren en situaciones iguales. Aspecto que no confluye en el caso que se analiza pues por la especial situación apuntada en líneas precedentes, los medios radioeléctricos se encuentran en distinta situación que aquella en la que se encuentran los medios de comunicación escrita, quienes para la ejecución de sus actividades no hacen uso de bienes propiedad del Estado. De ahí que la diferenciación efectuada por el artículo aludido resulte válida y legal, por tratarse de situaciones que no guardan identidad, por lo que, desde el punto de vista jurídico, no es dable hablar de discriminación.

Pese a que el trato desigual aludido no vicia de inconstitucional la norma impugnada, esta Corte, al analizar los alcances que el legislador imprimió a la sanción referida, esto es el cierre de las transmisiones del medio de comunicación cuyo representante incurra en falsedad al declarar las tarifas relacionadas, encuentra que los mismos provocan que tal medida sea atentatoria contra la libertad de expresión regulada en el artículo 35 constitucional, el cual, al consagrar dicho

derecho fundamental establece, entre otros aspectos, que las empresas, los talleres, equipo, maquinaria y enseres de los medios de comunicación social no podrán ser clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados, ni interrumpidos en su funcionamiento, ni siquiera aún en el caso de delito. Estima esta Corte que el cierre de transmisiones dispuesto en la norma impugnada es una sanción que no guarda proporcionalidad con la falta cometida. En otros términos, en todo caso la sanción debiera relacionarse estrictamente con la materia en la que se incurrió en falsedad; es decir, constreñirse a la circunstancia relacionada con la propaganda electoral, pero no extender sus efectos a las demás actividades informativas, comerciales o de entretenimiento que realice el medio de comunicación de que se trate, pues ello viola, evidentemente, el mandato contenido en el artículo 35 citado que, como ya se apuntó, impone la prohibición de interrumpir el funcionamiento de los medios de comunicación. Cabe hacer énfasis que, contrario a lo afirmado respecto de las disposiciones que provienen de la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente, la decisión que se analizó en el presente párrafo sí es susceptible de ser expulsada del ordenamiento jurídico pues la misma procede de la voluntad del legislador ordinario - distinta obviamente de la del ente que creó la Constitución Política de la República-.

Los anteriores razonamientos determinan la procedencia de la acción intentada, pero únicamente en cuanto al aspecto aludido, debiendo disponerse en la parte resolutive del presente fallo la expulsión del párrafo del artículo 222 impugnado, que prevé la imposición de la sanción a que se ha hecho referencia, del ordenamiento jurídico.

Dado que en virtud de lo resuelto en el presente fallo se provocará un vacío legal respecto de la sanción que generará la falsedad en la declaración de las tarifas aplicables a la propaganda electoral, esta Corte exhorta al Congreso de la República a legislar al respecto, tomando en cuenta lo considerado en la presente sentencia.¹⁴³ [el énfasis en añadido].

¹⁴³ Sentencia de 28 de marzo de 2006. Expediente 2394-2004.

Por último, en la experiencia constitucional guatemalteca, el tribunal constitucional ha emitido sentencias exhortativas que requieren la observancia de una conducta por parte del Congreso de la República, tal como lo hace la sentencia cuya parte exhortativa se transcribe a continuación:

En el presente caso, la Cámara del Agro, la Asociación Civil "MOVIMIENTO NACIONAL POR LA INTEGRIDAD", Joaquín Rafael Alvarado Porres y Francisco Chávez Bosque promueven acción de inconstitucionalidad general parcial en contra de los artículos 96, 102 y 103 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto 63-94 del Congreso de la República, porque tales normas permiten al Congreso de la República realizar votación por cédula en forma secreta en las elecciones a los funcionarios públicos que tiene encomendadas, lo cual estiman contrario al principio de publicidad de los actos administrativos, contenido en el artículo 30 de la Constitución Política de la República, desarrollado –para el caso específico– en la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008, y a la Ley de las Comisiones de Postulación, Decreto 19-2009, ambos del Congreso de la República y de vigencia reciente.

Respecto del contenido del artículo 30 de la Constitución Política de la República, esta Corte ha señalado que contiene el principio general de publicidad de los actos de la Administración Pública, el cual permite que los habitantes del país puedan obtener información de esas actuaciones, bien sea por medio de su examen directo, o en ejercicio de la facultad que poseen de obtener copias y certificaciones (sentencia dictada el diecisiete de octubre de dos mil seis, dentro del expediente 826-2006). El precepto normativo contenido en el artículo 30 constitucional impone una obligación a la autoridad frente a los particulares que acrediten algún interés, de extenderles informes, reproducciones y certificaciones, sobre documentos o actuaciones que se le soliciten, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia; o bien, de asuntos que no afecten el derecho a la intimidad y a la vida privada que, igualmente, privilegia la Constitución. El ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 30 citado no es absoluto y queda enmarcado

entre esas salvedades, con lo que deja bajo la responsabilidad de la autoridad respectiva la calificación de la solicitud y velar por el cumplimiento de los requisitos a exigir en respeto de aquellos que se le contraponen (sentencia dictada el diecinueve de junio de dos mil dos, en el expediente 566-2002). Vulnera el artículo 30 constitucional la negativa de la autoridad pública a entregar actuaciones, documentos o diligencias que no traten de asuntos militares, ni diplomáticos, ni hagan referencia a información suministrada por particulares en garantía de confidencialidad, pues el deber que impone esta disposición constitucional es proporcionar toda la documentación que sea requerida, sin reserva alguna (sentencia de veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, dictada dentro del expediente 553-93 y sentencia de veinticinco de abril de mil novecientos noventa y cinco, dictada dentro del expediente 556-94).

En las disposiciones de la Constitución Política de la República, correspondientes al Estado, su forma de gobierno, el ejercicio del poder público y los Organismos estatales, se encuentra definida la legitimidad de los funcionarios públicos de elección popular, tales como el Presidente y el Vicepresidente de la República, los diputados, los alcaldes y el resto de los miembros de los concejos municipales. Dentro de las atribuciones del Congreso de la República, está la de nombrar funcionarios y empleados públicos. El inciso b) del artículo 170 constitucional señala que una atribución específica del Congreso es nombrar y remover a su personal administrativo, y la relación con ese personal se rige por la Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo, la cual no precisó de sanción del Organismo Ejecutivo, de conformidad con el artículo 181 constitucional. Los actos del Congreso de la República con su personal constituyen meros actos administrativos, según los artículos constitucionales citados. Por otra parte, la elección de funcionarios públicos que, de conformidad con la Constitución y la ley, deben ser designados por el Congreso y que no pertenecen al Organismo Legislativo [inciso f) del artículo 165 constitucional], constituye un acto político en el que se manifiesta el contenido de la voluntad popular depositada en los diputados para realizar esos nombramientos.

Los actos políticos son aquellos actos realizados por los Organismos del Estado en ejecución directa de una norma constitucional, en ejercicio de una actividad

discrecional, indelegable, unilateral y con efectos generales, los cuales se vinculan a la propia organización del Estado, justificados por una finalidad política vital para la seguridad, la defensa y el orden del Estado, los cuales carecen de un elemental requisito del acto administrativo, que es el de afectar una situación subjetiva en forma directa. Los actos políticos pueden ser aquellos actos relativos a las relaciones internacionales (declaratoria de guerra, aprobación de tratados, relaciones diplomáticas...), actos concernientes a la seguridad interna (declaración de estados de excepción) o actos referentes a las relaciones entre los tres Organismos (nombramiento de magistrados de las Cortes). No son actos atinentes al desenvolvimiento normal de la Administración Pública, pues no inciden directamente en la esfera jurídica del administrado, dado que su status no se altera con la emisión del acto político, el cual es irreversible y no está sujeto al control jurisdiccional, salvo al control de constitucionalidad, eventualmente (según el artículo 161 constitucional, sólo el Congreso es competente para juzgar y calificar si ha habido arbitrariedad o exceso, e imponer las sanciones disciplinarias pertinentes a los diputados, cuando sus actos no constituyan delitos; no obstante, de conformidad con los incisos c) y d) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se tiene derecho a pedir amparo cuando un acto no meramente legislativo del Congreso de la República viole derechos constitucionales o haya sido dictado con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se cause o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa).

De esa cuenta, esta Corte considera que la materia regulada por el artículo 30 constitucional no resulta atinente a la que los artículos impugnados contienen, pues uno regula el principio de publicidad de los actos administrativos para que el administrado pueda tener acceso a él y oponer la esfera de sus derechos en caso necesitara hacerlos valer, y los otros se refieren a mecanismos para la deliberación unilateral que tiene encomendada un ente político para el ejercicio de designaciones eminentemente "políticas", las cuales no afectan la esfera de los derechos fundamentales de los administrados ni pueden ser objeto de impugnación

administrativa o jurisdiccional, como ya se señaló, ya que está prohibida la subordinación entre los tres Organismos del Estado, según el artículo 141 del Texto Fundamental.

El problema jurídico planteado por los accionantes constituye una cuestión de mera legalidad, de escogencia de normas, y no de constitucionalidad, el cual podría producirse y cuestionarse eventualmente al momento de ser aplicado, atendiendo a la derogatoria tácita que advierten; sin embargo, esta Corte ya se pronunció al respecto de dicho problema (en sentencia dictada dentro del expediente 187-2010), en la forma siguiente: *“...el artículo 8, inciso b), de la Ley del Organismo Judicial dispone: “Las leyes se derogan por leyes posteriores: [...] b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes. “Ante ello, colige el Tribunal que la aplicación de dicho precepto deviene viable sólo en el caso de que una ley posterior regule en forma distinta la materia objeto de regulación de una normativa anterior, de forma que la única que rige es la contenida en aquélla, pues la disparidad entre una y otra determina que, aún sin derogatoria expresa, el contenido de la ley precedente resulta ineficaz [...] en el caso de los artículos 96, 102 y 103 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, no es dable afirmar que el objeto de su regulación quede subsumido en las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información Pública como para entender que sus normas han quedado derogadas por su incompatibilidad con estas últimas. En efecto, los artículos citados de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo hacen referencia al sistema de votación por cédulas para la elección de funcionarios públicos a cargo del Congreso de la República; en cambio, el objeto de la Ley de Acceso a la Información Pública se contrae al derecho a solicitar y acceder a la información pública en posesión de las autoridades y demás sujetos obligados (artículos 1 y 2). Si bien el último cuerpo legal en mención reconoce y garantiza los principios de máxima publicidad y de transparencia en los actos de la administración pública (artículos 1, numeral 4, y 3, numerales 1 y 2), los procedimientos a que alude se dirigen a permitir el libre acceso a cualquier información contenida en „registros, archivos, fichas, bancos o cualquier otra forma de almacenamiento“ por parte de las autoridades públicas y demás sujetos obligados (artículos 2 y 4), no así*

a regular los mecanismos aplicables por el Congreso de la República para la elección de los funcionarios que de conformidad con la Constitución y el resto del ordenamiento le corresponde su designación. En tal virtud, entiende esta Corte que la regulación de las normas citadas de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo no ha quedado derogada por virtud de lo dispuesto en la Ley de Acceso a la Información Pública...”

En sentencias dictadas el once de febrero de dos mil diez y el veinticinco de marzo de dos mil diez, dentro de los expedientes tres mil seiscientos treinta y cinco – dos mil nueve (3635-2009) y tres mil seiscientos treinta y cuatro – dos mil nueve (3634-2009), las cuales resolvieron dos amparos en única instancia promovidos en contra de amenazas por parte del Congreso de la República para elegir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia para el período dos mil nueve a dos mil catorce, por medio de voto secreto o por planilla, esta Corte estableció –según se sintetiza a continuación lo atinente al presente caso–: ...Por último, esta Corte exhortó al Organismo Legislativo a que en eventos futuros de similar naturaleza, continuara adoptando el procedimiento de votación pública adoptado para esa oportunidad, para el efectivo cumplimiento de la Constitución Política de la República, las leyes ordinarias y lo considerado en tales sentencias, para que se votara de manera individual por cada uno de los candidatos que integraran las distintas nóminas remitidas en su oportunidad por la respectiva Comisión de Postulación y según el cargo que corresponda elegir, requiriéndose al Presidente del Organismo Legislativo que ordenara al Director Legislativo de dicho Organismo que procediera a registrar el precedente referido en el Libro de Registro de Precedentes del Congreso de la República, poniendo en conocimiento del honorable Pleno el contenido de ambos fallos.

Se exhorta al Organismo Legislativo a que, en los procedimientos para la elección de funcionarios públicos que se desarrollen de conformidad con las normas de la Ley de Comisiones de Postulación, **continúe adoptando el procedimiento de votación pública**, para el efectivo cumplimiento de la Constitución Política de la República, las leyes ordinarias y lo considerado por esta Corte, para que se vote de manera individual por cada uno de los candidatos que integran las distintas nóminas

remitidas en su oportunidad por la respectiva Comisión de Postulación y según el cargo que corresponde elegir.¹⁴⁴ [el énfasis en añadido].

De los fallos emitidos en la práctica jurisdiccional constitucional guatemalteca a los que se hizo alusión previamente, puede llegarse a determinar que los pronunciamientos exhortativos que ha emitido la Corte de Constitucionalidad en los que se apela al actuar legislativo, responden a cinco modalidades a saber:

- a) Sentencias exhortativas que requieren del Congreso de la República la emisión de una ley que ha omitido por mandato constitucional;
- b) Sentencias exhortativas al órgano legislativo para la emisión de una disposición normativa que tengan como objetivo regular derechos constitucionales;
- c) Sentencias exhortativas al Congreso de la República para la modificación de alguna disposición normativa con el objeto de adecuarla a los parámetros constitucionales o, en su caso, a los convenios internacionales en materia de derechos humanos;
- d) Sentencias exhortativas que tienen como objetivo la sustitución de determinado enunciado normativo cuya expulsión ocasiona un vacío legal en el ordenamiento jurídico; y
- e) Sentencias exhortativas que requieren la observancia de una conducta por parte del Congreso de la República.

De los pronunciamientos exhortativos que apelan el actuar legislativo, cabe destacar que los mismos son simples recomendaciones o consejos dirigidos al Congreso la República. Estos no poseen carácter coactivo y, por lo tanto, no imponen su cumplimiento. Lo anterior se debe a que disponer coactivamente la actuación del órgano legislativo, implicaría un atentado contra el principio de división de poderes por el hecho del que el tribunal constitucional estaría

¹⁴⁴ Sentencia de 10 de febrero de 2011. Expediente 3636-2009.

invadiendo las competencias que le corresponden por mandato constitucional al poder legislativo. Es por esta razón, que la Corte de Constitucionalidad ha sido prudente al momento de emitir una sentencia exhortativa dirigida al Congreso de la República, efectuándole simples exhortaciones solicitando su actuar.

Además de las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en los procesos de las acciones de inconstitucionalidad de carácter general, las cuales, mediante una simple recomendación o consejo, tienden a requerir el actuar del Congreso de la República, la experiencia constitucional guatemalteca ha dado lugar a que esta modalidad de fallo atípico también sea emitido en las acciones de amparo y que ante la omisión por parte del Congreso de la República de dar cumplimiento a las exhortativas que reiteradamente le ha propiciado la Corte de Constitucionalidad, ésta se haya visto exigida a compeler al organismo legislativo. Ejemplo de esta modalidad de sentencia exhortativa es la emitida con fecha veintiséis de mayo de dos mil diecisiete, de la cual se transcribe el análisis pertinente a la coacción elaborado por la Corte de Constitucionalidad y la imposición que la misma realizó al Congreso de la República:

...la Corte de Constitucionalidad, en varios fallos, ha exhortado al Organismo Legislativo que cumpla con la responsabilidad institucional que le corresponde con relación a la debida observancia por parte del Estado de Guatemala de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, situación que evidencia que conforme lo considerado por la Corte citada, **atañe a aquel Organismo determinar quién es el ente encargado de realizar las consultas a los pueblos indígenas**, ya que la Ley del Organismo Ejecutivo y la Ley General de Electricidad no facultan al Ministerio de Energía y Minas para ese cometido... [el énfasis es añadido].

Ante esta situación que acontece en la realidad, en la que figuran como afectados una gran cantidad de personas que reprochan violación al derecho de consulta previsto en

el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, **es indispensable que esta Corte adapte sus decisiones, para dar respuesta rápida y eficaz a la problemática suscitada, siempre dentro del marco de su competencia** y atendiendo a los principios de razonabilidad y autocontención de los que deben estar revestidas las resoluciones que emita para proteger los derechos humanos. [el énfasis es añadido].

Cabe mencionar que desde que fue realizada la primera exhortación contenida en la sentencia inicial del tema, ha transcurrido un período de casi diez años, lo que a juicio de este Tribunal constituye el tiempo suficiente y razonable en el cual pudo haberse superado la omisión legislativa advertida en aquellos fallos; ello ha propiciado la escasa efectivización local del derecho a la consulta previa e informada. Esa actitud pasiva del poder estatal mencionado dificulta el cumplimiento, por parte del Estado de Guatemala, de una obligación nacida de un instrumento internacional ratificado desde mil novecientos noventa y seis – Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes–; en tal virtud, en esta ocasión, esta Corte, ante su función esencial de ser la suprema defensora de la Constitución y el orden constitucional de Guatemala, le corresponde velar por la eficacia normativa del Texto Supremo derivado de actitudes omisas del legislador que impiden o hacen nugatorio el pleno goce de derechos humanos, por lo que estima ocioso limitarse a reiterar las exhortaciones que, en los términos indicados, ha venido haciendo desde hace aproximadamente una década, ya que, en este tópico, estas han resultado insuficientes, por lo que **en aras de evitar que continúe la omisión de desarrollar una legislación que garantice el derecho en mención, se opta por compeler a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, se produzca el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta.** Para ese cometido deberá tomarse en cuenta lo apuntado por este Tribunal en cuanto a la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los pueblos indígenas en ese proceso legislativo [sentencias dictadas dentro de los expedientes un mil setenta y dos-dos mil once (1072-2011), acumulados cuatro mil novecientos cincuenta y siete y cuatro mil

novecientos cincuenta y ocho/dos mil doce (4957 y 4958/2012), acumulados ciento cincuenta y seis y ciento cincuenta y nueve/dos mil trece (156 y 159/2013), cuatrocientos once-dos mil catorce (411-2014), y tres mil setecientos cincuenta y tres-dos mil catorce (3753- 2014), respectivamente].¹⁴⁵ [el énfasis es añadido].

La nota característica ha destacar de la sentencia anterior es que, si bien en la misma se hace acopio de varias exhortaciones hechas con anterioridad, en este nuevo fallo se optó por compeler al Congreso de la República a atender las exhortaciones pasadas. Por tal circunstancia, esta sentencia ha sido de gran relevancia jurídica dentro la experiencia constitucional guatemalteca ya que la misma contiene una imposición dirigida al Congreso de la República, la cual lo condiciona de manera contundente para que este, en el plazo de un año, proceda a emitir la disposición normativa que regule lo respectivo al derecho de consulta, situación que resulta controvertida por el hecho de que se pudiera considerar que el tribunal constitucional está condicionando la competencia del organismo legislativo. A criterio del tesista, esta sentencia no puede ser considerada como una invasión a la potestad legislativa confiada con exclusividad por mandato constitucional al Congreso de la República y, la razón para ello es que la Corte de Constitucionalidad, como muy bien lo señala en dicha sentencia, se ha visto en la necesidad de adaptar sus decisiones para brindar una eficaz solución a la problemática que deviene la reiterada omisión legislativa respecto a las exhortativas.

2. La eficacia de las sentencias exhortativas en atención a su cumplimiento

Dentro de la presente investigación de tesis, se planteó como objetivo general de la misma determinar si las sentencias exhortativas, emitidas en los procesos de acciones de inconstitucionalidad de carácter general, son fallos

¹⁴⁵ Sentencia de 26 de mayo de 2017. Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017.

legítimos de la Corte de Constitucionalidad y, por lo tanto, sujetos a estricto cumplimiento por parte del Congreso de la República.

Como se demostró en párrafos anteriores, las sentencias exhortativas sí son fallos legítimos de la Corte de Constitucionalidad, circunstancia por la cual los mismos deben de ser acatados de manera precisa por parte del organismo legislativo.

En lo que respecta al cumplimiento de este tipo de sentencias atípicas, el constitucionalista Geovani Salguero se ha pronunciado manifestando que *“El gran problema que los fallos exhortativos presentan... radica... en la escasa respuesta por parte de los órganos a los que se apela determinada actuación, los cuales, ante la ausencia de responsabilidad por el incumplimiento, llanamente no atienden las exhortaciones que se les realiza”*¹⁴⁶. Ante ese escenario, se formuló el objetivo específico de determinar si el Congreso de la República ha dado cumplimiento a las sentencias exhortativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad en los procesos de acciones de inconstitucionalidad de carácter general y, de esa manera, determinar la eficacia de las sentencias exhortativas en atención a su acatamiento.

Para satisfacer el objetivo trazado, se tuvo la oportunidad de realizar una entrevista al Licenciado Luis López¹⁴⁷, Encargado del Despacho de la Dirección Legislativa del Congreso de la República. Esta entrevista tuvo como resultado determinar que el Congreso de la República no ha dado cumplimiento a las sentencias exhortativas que la Corte de Constitucionalidad ha emitido requiriendo su actuación legislativa, situación que ha dado como consecuencia

¹⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 41.

¹⁴⁷ LÓPEZ RAMOS, Luis Eduardo. Encargado del Despacho de Dirección Legislativa, Congreso de la República Guatemala. Fecha de entrevista: 04/08/2017.

que la eficacia del acatamiento de los pronunciamientos exhortativos por parte del ente legislativo sea completamente nulo.

El Licenciado Luis López explica que son dos las razones por las que el Congreso de la República no ha dado cumplimiento a los fallos exhortativos. La primera de ellas, se refiere a que dentro del organismo legislativo no existe ninguna unidad o dirección que sea la encargada de recibir y conocer a esta modalidad de sentencias. Una vez que la Corte de Constitucionalidad emite una sentencia exhortativa que contiene una recomendación hacia el legislador solicitando su actuar, la misma pasa a ser archivada sin que se llegue a conocer cual ha sido su contenido y menos que pase a conocimiento de los legisladores, para que estos cumplan con su responsabilidad de promover proyectos de ley.

La segunda razón a la que hace alusión el Licenciado Luis López para que el organismo legislativo no haya dado cumplimiento a las exhortaciones del tribunal constitucional, es que éste no cuenta con un mecanismo jurisdiccional de seguimiento que fije los lineamientos a observar para una correcta satisfacción de las exhortaciones por parte del tribunal constitucional.

Por último, se considera necesario indicar una tercera razón por la cual el Congreso de la República no ha reparado en cumplir con los fallos exhortativos. Esta se refiere a la falta de responsabilidad ante su incumplimiento. Por el hecho de que las sentencias exhortativas son de naturaleza no vinculante, es que resulta la inobservancia por parte de los órganos a los cuales se le hace la exhortación.

3. Propuestas para lograr la eficacia de los fallos exhortativos

1. Que la Corte de Constitucionalidad, en aplicación de lo prescrito en el artículo 277, literal c) de la Constitución Política de la República, proponga la reforma del artículo 174 de la norma constitucional, en el sentido de que se le conceda iniciativa de ley. La base de esta propuesta se fundamenta en que siendo la Corte de Constitucionalidad *“un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional... y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia”*., resulta indispensable que en esa labor constitucional, pueda proponer iniciativas de ley que tiendan a que el Congreso de la República, no continúe haciendo caso omiso de las múltiples exhortativas del tribunal constitucional, que pretenden que la Constitución Política de la República impere como norma suprema del Estado.
2. Que la Corte de Constitucionalidad, como máximo tribunal del control de constitucionalidad de las leyes, en los casos en los cuales emita sentencias exhortativas, o estimatorias, cuya consecuencia sea también la de exhortar al Congreso de la República a legislar sobre el tema analizado, ponga en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia lo resuelto, a efecto de que esta haciendo uso de la iniciativa de ley que le concede el artículo 174 de la Constitución Política de la República, proponga iniciativas de ley tendentes a legislar las exhortativas contenidas en las sentencias dictadas en las acciones de inconstitucionalidad.
3. Para el caso de disposiciones de carácter constitucional, como la regulada en el artículo 127 de la Constitución Política de la República, se

propone que el organismo legislativo, a través de la reforma de su ley orgánica, establezca plazos perentorios para proponer proyectos de ley, y posterior aprobación, sanción y promulgación. Se estima que esa modificación tiene sustento en el artículo 155 constitucional que copiado en su parte conducente dice: *“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”*. Esta consideración se hace porque es un hecho evidente que desde la promulgación de la actual Constitución Política de la República, han transcurrido aproximadamente treinta y dos años, y la Ley de Aguas, de ingente necesidad, dados los múltiples problemas que en el pasado reciente ha generado su no regulación, aún no ha sido sancionada y promulgada por el Congreso de la República.

4. Que en los casos en los cuales la Corte de Constitucionalidad dicte sentencias exhortativas, inste al Congreso de la República para que al tenor del artículo 32 de su ley orgánica, cree una comisión extraordinaria o específica, según el caso, a efecto de que la misma, dentro del plazo que se le fije, proponga al pleno la necesidad de legislar sobre el planteamiento del tribunal y proceda a aprobar la ley que corrija el asunto de carácter constitucional que le ha sido planteado. La razón de lo anterior deriva de que como se ha indicado previamente, dentro del Congreso de la República no existe ninguna dependencia que sea la encargada de darle seguimiento a las sentencias exhortativas. Mayor énfasis se hace, en los casos en los cuales se dictan sentencias estimatorias declarando la inconstitucionalidad general o parcial de un cuerpo normativo y adicionalmente el tribunal constitucional exhorta al legislativo a promulgar leyes de trascendencia nacional, como el

comentado en la sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, dictada dentro del expediente 2394-2004.

5. Que la Corte de Constitucionalidad, por el hecho de ser la garante de la defensa del orden constitucional, como lo establece el artículo 268 de la Constitución Política de la República, adicionalmente a la exhortativa que hace en las sentencias estimatorias o desestimatorias, señaladas de vicio de inconstitucionalidad, y como garante de la superlegalidad del cuerpo constitucional, haga aplicación del texto contenido en el artículo 175 constitucional y, por ende, conmine al Congreso de la República a entrar a considerar la exhortativa, puesto que la misma es vinculante. Esta propuesta se hace en razón de la estimación del tribunal constitucional contenida en la sentencia de fecha tres de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, dictada dentro del expediente número 205-94, cuya transcripción parcial dice: *“...Dentro de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía o superlegalidad constitucional, que significa 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. Esta superlegalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión en tres artículos de la Constitución Política de la República: el 44... el 75... y el 204...”*
6. Que en los casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia tenga conocimiento de que los jueces, al administrar justicia conforme el texto del artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, encuentran insuficiencia de disposiciones normativas para resolver los casos sometidos a su conocimiento, por vacío legal derivado de sentencias estimatorias que declaren inconstitucional las leyes, reglamentos o disposiciones de

carácter general, haga uso de su iniciativa de ley, formulando los proyectos.

7. El Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, *Disposiciones Reglamentarias y Complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, desarrolla normas que conforme el tercer (III) considerando de la misma pretende “*agilizar la impartición de justicia, reducir los tiempos de respuestas y mejorar las vías de comunicación, tomando en cuenta las experiencias adquiridas durante la vigencia de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad...*”. Dicho Acuerdo fue impugnado de inconstitucionalidad general parcial, dentro del expediente número 1706-2015, porque a criterio de los interponentes la Corte estaba legislando, circunstancia que no ocurre. Bajo ese supuesto, se estima que la Corte de Constitucionalidad, en los casos en los cuales dicte sentencias atípicas de carácter exhortativo, puede bajo las consideraciones del Acuerdo descrito, emitir nuevas disposiciones reglamentarias, intimando al Congreso de la República a que en un plazo perentorio proponga iniciativas de ley para resolver los casos en los cuales se hace evidente la necesidad de mantener el orden constitucional.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala, la Constitución Política de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, han adoptado el sistema mixto de jurisdicción constitucional; concede potestad a los órganos de jurisdicción ordinaria y a la Corte de Constitucionalidad, para conocer de los casos en los cuales se impugna de inconstitucionalidad una ley en casos concretos o leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general. Se hace hincapié en que la diferencia fundamental estriba en el hecho de que en los casos en los cuales la inconstitucionalidad se plantea como acción, excepción o incidente, sus efectos solo son aplicables al caso concreto y la norma impugnada no es expulsada del ordenamiento vigente. Caso contrario acontece en los casos de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, en los que, al declararse la inconstitucionalidad, la ley objetada es expulsada del ordenamiento legal.
2. El clásico esquema de la justicia constitucional, relativa a que los tribunales que conocen de las acciones de inconstitucionalidad solamente pueden dictar sentencias estimatorias o desestimatorias, ha sido superado por las nuevas corrientes, que imponen a los órganos jurisdiccionales la necesidad de hacer nuevas consideraciones que tengan como único y especial fin defender la Constitución Política de la República. Para este fin, utilizando su labor interpretativa y de superlegalidad, la Corte de Constitucionalidad ha adoptado una posición “*ecléctica*”, la cual tiene como sustentación en el hecho de que en aras de defender la ley superior del Estado, se hace del conocimiento del Congreso de la República, que debe legislar en todos aquellos casos en

los cuales, como consecuencia de la sentencia estimatoria, una ley, reglamento o disposición de carácter general ha sido expulsada del ordenamiento legal, se ha configurado un vacío o laguna legal, debe instarse la labor legislativa. Y, para los casos en los que la sentencia ha sido desestimatoria, pero se advierte la necesidad de legislar, también exhorta a que se legisle sobre el caso concreto.

3. Para que las sentencias atípicas exhortativas dictadas por la Corte de Constitucionalidad, realmente cumplan con la defensa del orden constitucional, se hace necesario que, como en el caso de las opiniones consultivas reguladas en los artículos del 171 al 177 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, las mismas sean vinculantes, de tal manera que el Congreso de la República se vea compelido a cumplir con la labor legislativa. Para el caso de las sentencias estimatorias exhortativas, esa necesidad de obligatoriedad es aún mayor, porque la norma expulsada del ordenamiento jurídico, merece ser reencausada conforme las estimaciones del fallo.
4. Las sentencias exhortativas dictadas por la Corte de Constitucionalidad son legítimas, porque surgen con ocasión de la función contralora de constitucionalidad de las leyes y contienen directrices dirigidas al organismo legislativo, solicitando la actuación de estos para que formulen nuevas disposiciones normativas o modifiquen el contenido de las ya existentes, con el objetivo de que se ajusten a la Constitución Política de la República. Partiendo de esa legitimidad, se hace necesario que el Congreso de la República las atienda porque, de no hacerlo, se corre el riesgo de que se sigan dando más infracciones a nuestra ley fundamental.

5. El Congreso de la República al ser notificado de las sentencias estimatorias o desestimatorias atípicas, no ha cumplido con el mandato constitucional de crear y emitir leyes, circunstancia que ha provocado que en el ordenamiento jurídico nacional hayan normas que quebrantan la jerarquía constitucional contenida en el artículo 175 constitucional que claramente preceptúa: *“Ninguna ley podrá contrarias las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure”*. Vale decir que en los casos en los cuales se demanda la inconstitucionalidad de la leyes, en las sentencias, la Corte de Constitucionalidad hace las consideraciones por las cuales la norma impugnada debe ser derogada o modificada, circunstancia que facilita la labor del organismo legislativo que ya cuenta con antecedentes para que se formulen los proyectos de ley.

6. Siendo la Corte de Constitucionalidad un Tribunal de jurisdicción privativa, cuya finalidad primaria es la defensa del orden constitucional, como ya ha sido reconocido en múltiples sentencias emitidas, se hace necesario que al proponerse modificaciones a la Ley Suprema del Estado, especialmente al artículo 174, se le conceda iniciativa de ley. Lo anterior porque, como se reitera, siendo la Corte la encargada de defender el régimen de legalidad, su jerarquía está por encima de la Corte Suprema de Justicia.

7. Para dar cumplimiento a la defensa del orden constitucional, la Corte de Constitucionalidad, fundamentada en los artículos 165 y 191 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, ha emitido disposiciones reglamentarias que tienden, en esencia, a impartir justicia. De esas disposiciones resaltan las contenidas en el Acuerdo 1-2013, *“Disposiciones Reglamentarias y Complementarias a la Ley de Amparo,*

Exhibición Personal y de Constitucionalidad". Del análisis de ese acuerdo, se establece que ha adecuado ciertas actuaciones jurisdiccionales a plazos perentorios, los cuales en su momento fueron impugnados de inconstitucionalidad, no obstante se dictó sentencia desestimatoria. Por lo anterior se infiere que, fundamentado en esa disposición reglamentaria y la sentencia emitida, la Corte regule que en los casos en los cuales se impugne la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, y la sentencia sea exhortativa, la Corte de Constitucionalidad fije plazos perentorios para que el Organismo Legislativo entre a conocer de los proyectos de ley. Esto con el objeto de cumplir con la finalidad primaria de defender el orden constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. BAZÁN, Víctor. *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia Americanos y Europeos*. Ediciones Nueva Jurídica; Nueva edición, aumentada y actualizada. Bogotá, 2017.
2. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Derecho Procesal Constitucional: Instrumentos para la Justicia Constitucional*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.; Segunda Edición; Bogotá, 2013.
3. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta; 19ª. Edición; Buenos Aires, 2008.
4. CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Estudiantil Fénix; Cuarta Edición; Guatemala, 2012.
5. CHEN STANZIOLA, María Cristina. *Las Sentencias Constitucionales, Contenidos, Límites y Alcances en Materia de Protección de los Derechos Fundamentales*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2016.
6. CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl Antonio. *El Control Jurisdiccional de la Constitución*. Revista No. 47 del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; Guatemala, 2003.
7. CORDÓN AGUILAR, Julio César. *El Tribunal Constitucional de Guatemala*. Corte de Constitucionalidad; Guatemala, 2009.
8. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*. Editorial Porrúa S. A.; México, 2011.
9. *Diccionario Jurídico Espasa*; Editorial Espasa Calpe, S. A.; Madrid, 2005.
10. FIGUEROA MEJÍA, Juan Carlos. *Las Sentencias Constitucionales Atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana*. Editorial Porrúa S. A.; México, 2011.

11. FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos*. Impresos; Segunda Edición Ampliada; Guatemala, 2009.
12. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La Justicia Constitucional: Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*. Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1994.
13. HERNÁNDEZ, Rubén. *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes*. Ediciones Juricentro S. A.; San José, 1978.
14. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2011.
15. MEDINA SALAS, Juan Carlos. *Tipología de las Sentencias Constitucionales*. Instituto de Justicia Constitucional; Corte de Constitucionalidad; InfoCC, Año 3, No.4; Guatemala, 2003.
16. MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús. *La Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco (Análisis sobre la Acción, el Proceso y la Decisión de Inconstitucionalidad Abstracta)*. Guatemala, 2005.
17. MORALES BUSTAMANTE, Alejandro. *Control de Constitucionalidad Normativa*. En PEREIRA-OROZCO, Alberto (Coordinador) (et al.). *Derecho Procesal Constitucional*. Ediciones De Pereira; Tercera Edición; Guatemala, 2015.
18. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Editorial Trotta; Madrid, 1997.
19. PEREIRA-OROZCO, Alberto y RICHTER, Marcelo Pablo. *Derecho Constitucional*. Ediciones De Pereira; Séptima Edición; Guatemala, 2012.
20. SALGUERO SALVADOR, Geovani. *El Control de Constitucionalidad de las Normas Jurídicas*. Impresos; Guatemala, 2010.
21. SALGUERO SALVADOR, Geovani. *Las Sentencias Atípicas de la Corte de Constitucionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Landívar; Guatemala, 2015.

22. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Centro de Estudios Constitucionales; Lima, 2008.
23. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Sistema y Modelos de Justicia Constitucional*. En MEZETTI, Luca y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinadores). *Justicia Constitucional: Sistemas y Modelos Comparados*. Ediciones Nueva Jurídica; Bogotá, 2017.

REFERENCIAS NORMATIVAS:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
3. Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, Disposiciones Reglamentarias y Complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
4. Decreto 63-94, Ley Orgánica del Organismo Legislativo.
5. Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

1. ARAGÓN, Manuel. *El Control de Constitucionalidad en la Constitución Española de 1978*. [en línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427325.pdf>
2. BLASI, Gastón Federico citando a Stefano Congiu. *Justicia Constitucional y Control de Constitucionalidad de las Leyes en la República Italiana*. [en línea] <http://www.circulodoxa.org/documentos/JusticiaConstitucionalyControldeConstitucionalidaddeLasLeyesenlaRepublicaItaliana.pdf>
3. CASTRO PATIÑO, Iván. *Definición y Elementos de la Inconstitucionalidad por Omisión*. [en línea]

http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_definicion_y_elementos.pdf

4. CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesús. *La Legitimidad de las Sentencias Atípicas de los Tribunales Constitucionales: Remedios para el Horror Vacui.* [en línea] <http://200.35.84.134/ojs-2.4.2/index.php/cj/article/viewFile/116/109>
5. CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. *El Control de Constitucionalidad de la Leyes en Guatemala.* [en línea] <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/EL%20CONTROL%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20DE%20LAS%20LEYES%20EN%20GUATEMALA-.pdf>
6. COLOMA BAEZ, Mauricio Alfonso. *Sentencias Atípicas del Tribunal Constitucional Chileno en el Marco del Control de Constitucionalidad de las Leyes.* [en línea] <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fjc718s/doc/fjc718s.pdf>
7. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Las Sentencias Constitucionales y sus Efectos en Nicaragua.* [en línea] <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjcyMjYmaWRIPTEwMzcmdXJsPTU0Jm5hbWU9SXbDoW4uRXNjb2Jhci5Gb3Jub3MuQUIKQzEyLnBkZiZmaWxIPTkzNjU5NTcyNTkyNzUucGRmJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbnRlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vcGRm>
8. GALLEGOS DÍAZ, Álvaro y MENESES ULLOA, Carlos. *Justicia Constitucional. De la Defensa Formal de la Constitución a la Defensa de los Derechos Humanos.* [en línea] http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114424/de-gallegos_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y
9. GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. *La Justicia Constitucional en Guatemala.* [en línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976258.pdf>

10. GARCÍA TOMA, Víctor. *La Jurisdicción Constitucional: El Tribunal Constitucional del Perú.* [en línea] https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/LA_JURISDICCION_CONTITUCIONA1-aumentado.pdf
11. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén citando a José Julio Fernández Rodríguez. *Las Omisiones Legislativas y los Derechos Prestacionales.* [en línea] <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82010109>
12. LANDA, César. *Las Sentencias Atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana.* [en línea] <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/24.pdf>
13. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur.* [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005
14. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales.* [en línea] <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14750/11899>
15. PÉREZ TREMPES, Pablo. *La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial Referencia a América Latina.* [en línea] <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11440/FCI-2003-2-perez.pdf?sequence=1>
16. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Las Sentencias Constitucionales Exhortativas.* [en línea] <http://www.cels.org.ar/common/documentos/sagues.pdf>
17. [en línea] <http://www.cc.gob.gt/congreso/23%20de%20septiembre/Ponencia%20Lic.%20Flores%20Juárez.pdf>

OTRAS REFERENCIAS:

1. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Los Jueces Constitucionales como Legisladores Positivos. Una Aproximación Comparativa*. Texto preparado para ser presentado en el II Congreso Internacional “Proceso y Constitución”, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México, 24 al 26 de noviembre de 2010.
2. BOLUARTE PINTO, Gonzalo; CASTILLO FUERMAN, Aurora; CORANTE MOLARES, Víctor; DÁVILA MARIN, Dina; y FLORES VALDERAS, Luis. *Las Atribuciones como Legislador Positivo o Negativo del Tribunal Constitucional*. Tesis para adquirir el Doctorado en Derecho; Universidad Particular de San Martín de Porres; Perú, 2006.
3. BONILLA HERNÁNDEZ, Pablo Andrés. *Justicia Constitucional y Sistemas de Control Constitucional Difuso y Concentrado*. Tesis de Licenciatura; Universidad de San Carlos de Guatemala; Guatemala, 2007.
4. DIGHERO HERRERA, Saúl. *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes en Guatemala*. IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.
5. JIMÉNEZ AQUINO, Bayron René. *Las Opiniones Consultivas de la Corte de Constitucionalidad como Control de la Constitucionalidad de Leyes, Análisis y Propuesta de Implementación en el Pensum del Curso de Derecho Constitucional*. Tesis de Licenciatura; Universidad de San Carlos de Guatemala; Guatemala, 1998.

6. LÓPEZ RAMOS, Luis Eduardo. Encargado del Despacho de Dirección Legislativa, Congreso de la República de Guatemala. Fecha de entrevista: 04/08/2017.