

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2009



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)*

La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización

RESUMEN

En el primer apartado de la presente investigación se perfila la temática, partiendo de la síntesis y el análisis de la construcción teórica que determina la figura de la inconstitucionalidad por omisión, y cotejando y condensando además las distintas modalidades en que esta ha sido adoptada en el derecho comparado. De acuerdo con las conclusiones teóricas a las que se arriba, en un segundo momento se estudia, por una parte, la factibilidad de la implementación de dicha institución en el contexto jurídico guatemalteco y, por otra, se discuten los posibles cauces legales a través de los cuales ella podría discurrir, así como todos aquellos insumos legales y jurisprudenciales que atañen a su posible adopción, de forma independiente. Como contrapartida, asumiendo la viabilidad de la implementación de la inconstitucionalidad por omisión, posteriormente se examinan casos concretos en los que la asunción de esta garantía se hace apremiante, y se proponen criterios que deben evaluarse en ellos. El trabajo se cierra con breves consideraciones finales.

Palabras clave: Constitución política, control de constitucionalidad, garantías constitucionales, jurisdicción constitucional, tribunales constitucionales, inconstitucionalidad por omisión, Guatemala.

ZUSAMMENFASSUNG

Im ersten Kapitel der vorliegenden Untersuchung wird, ausgehend von einer Zusammenfassung und Analyse des theoretischen Ansatzes, der der Figur der verfassungswidrigen Unterlassung zugrunde liegt, eine Eingrenzung des Themas vorgenommen, wobei ihre einzelnen Ausprägungen aus der Perspektive der Rechtsvergleichung gegenübergestellt und zusammengefasst werden. Anschliessend werden auf der Grundlage der theoretischen Schlussfolgerungen einerseits die Möglichkeiten erörtert, die genannte Institution im guatemaltekischen Rechtsumfeld zu verankern, und andererseits die möglichen rechtlichen Kanäle diskutiert, über die das geschehen könnte. Davon unabhängig wird auch auf die gesetzlichen

* Abogado y notario. Catedrático de Derecho Internacional Público II y profesor adjunto de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Ex becario de los cursos *El control de constitucionalidad de las leyes* (Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Sevilla, junio 2008) y *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Cuestiones actuales* (Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Guadalajara, septiembre 2008). <justiciaconstitucionalguate@gmail.com>

Grundlagen und die Rechtsprechung im Zusammenhang mit einer möglichen Einführung eingegangen. Unter der Annahme, dass die Einführung der verfassungswidrigen Unterlassung erfolgen kann, werden daraufhin einzelne Fälle untersucht, in denen diese Garantie dringend erforderlich ist, und es werden Kriterien zu ihrer Evaluierung vorgeschlagen. Einige kurze abschliessende Überlegungen runden die Arbeit ab.

Schlagwörter: Verfassung, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, verfassungswidrige Unterlassung, Guatemala.

ABSTRACT

In the first section of this research the subject matter is outlined, starting from the synthesis and analysis of the theoretical construction determined by the description of the unconstitutionality by omission, and comparing and summarizing its multiple ways adopted in comparative law. According to the theoretical conclusions reached, on a second stage the feasibility of implementing such an institution within the legal Guatemalan context is studied, and, also, the different legal ways through which it might be channeled, as well as, independently, all other legal and scientific inputs concerning the possible adoption thereof. In contrast, assuming the viability of implementing unconstitutionality by omission, some actual cases are later studied, in which the adoption of this guaranty becomes urgent, and criteria are proposed that are to be evaluated in them. The paper closes with a few brief final considerations.

Key words: political constitution, constitutionality control, constitutional guarantees, constitutional jurisdiction, constitutional courts, unconstitutionality by omission, Guatemala.

1. Aproximaciones teóricas: hilvanando un punto de partida

La Constitución Política de un Estado configura el eje alrededor del cual se erige el sistema de fuentes de cada ordenamiento jurídico. En virtud de ella se limitan, y a su vez se crean, una serie de normas, principios y valores, oponibles tanto al gobernante como al gobernado, que en el ámbito del derecho estatal estarán dotados e impregnados de una fuerza tal que su propia preceptiva asegurará un carácter superior —formal y material— al de cualquier otra disposición normativa. De ahí que la supremacía de la denominada *norma normarum*¹ sea asegurada igualmente por sanción del propio poder constituyente, a través de una serie de instrumentos procesales —garantías constitucionales— destinados a habilitar una fiscalización en el cumplimiento de la normativa suprema, a fin de evitar que ella sea una mera enunciación retórica o demagógica desprovista de alcance real y objetivo.

¹ Término empleado por Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 3.^a ed., 1991, p. 49. Según este, la Constitución define “el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las ‘normas de producción’, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes”.

Como en cualquier otra materia propia del derecho, se reconoce que la conducta humana dirigida al quebrantamiento de una normativa jurídica puede ocurrir tanto por acción del individuo (conducta positiva o de hacer) o por omisión (conducta negativa o de no hacer). En el caso de los ciudadanos y habitantes de determinado Estado, se permite que su conducta sea tan amplia como sus derechos se lo permitan. Relieve distinto reviste el actuar de los funcionarios y empleados públicos, quienes *deben* realizar (de forma positiva o negativa) únicamente aquellas conductas que la ley para dicho efecto les faculta.

Ahora bien, si se traslada esto al campo del derecho procesal constitucional, se podrá estimar que una de las distintas formas a través de las cuales se puede violar la Constitución “se presenta en aquellos supuestos en que los poderes constituidos del Estado se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales necesarios para la efectiva vigencia de las pautas supremas”.² Esto implica que el Estado, y más precisamente los poderes Ejecutivo y Legislativo,³

[...] puede pecar de inconstitucionalidad no solamente *dictando* normas inconstitucionales, sino también *no dictando* aquellas normas generales que la Constitución le manda promulgar (v. gr., al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la Ley Suprema), o al no reglamentar el Poder Ejecutivo la ley dictada por el Congreso, cuando así debe hacerlo. ¿Es posible, ante tal situación, pensar en un control de constitucionalidad *por omisión* del Estado?⁴

En efecto, a dicho control la doctrina lo ha denominado *inconstitucionalidad por omisión* y tiene cabida como una vertiente que se desprende de la garantía de la inconstitucionalidad de las leyes.

Víctor Bazán puntualiza que se está frente a su presencia

[...] cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación

² Según María Sofía Sagüés: “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, t. IV, México: Porrúa, 2003, p. 3088. “El quid no cifra aquí en lo que ‘se dice’, sino en la ausencia, en lo que se calla o dilata en demasiado socavando la expectativa lógica de quien requiere ese derecho”. Osvaldo Alfredo Gozaíni: *La justicia constitucional: garantías proceso y tribunal constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1994, pp. 353-354.

³ Ciertos sectores de la doctrina restringen la inconstitucionalidad por omisión únicamente en relación con la falta de desarrollo de normativas jurídicas por parte del Poder Legislativo (no se incluye al Ejecutivo), cuando a aquellas normas constitucionales obligatorias y de necesario y concreto desarrollo se les impida su eficaz aplicación durante un tiempo excesivamente largo. Véase José Julio Fernández Rodríguez: “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz/Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.): *o. cit.*, pp. 3763 ss.

⁴ Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 2.ª ed., 1989, t. I, pp. 86-87.

insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros.⁵

El objeto de esta vía procesal será, pues,

[...] “recomponer” el imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.⁶

La inconstitucionalidad por omisión nace doctrinaria y jurisprudencialmente en Alemania.⁷ Es a partir de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dictada el 29 de enero de 1969⁸ que se institucionaliza la efectivización del artículo 6.º, inciso 5.º, de la Ley Fundamental de Bonn, y desde ese entonces el Tribunal Constitucional ha entendido que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto al promulgar leyes que no están de acuerdo con ella como en los casos en que no cumpla, dentro de un término prudente, con un mandato contenido en ella.⁹

Esta, por otra parte, no es más que un complemento —integrador, desde nuestro punto de vista— que subyace a la materialización de la idea misma de la fuerza normativa constitucional.¹⁰ Indudablemente,

[...] la realización del orden normativo supremo reclama el accionar no solo de los particulares, sino a todos los poderes del Estado. Caso contrario, los postulados constitucionales se desdibujarían en manos de quien detente el poder en una sociedad determinada.¹¹ [Por ello, la] causa final del control de las omisiones inconstitucionales se emplaza en la necesidad de “recomponer” el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía había quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.¹²

⁵ Citado por Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez: *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: Corte de Constitucionalidad, 2005, p. 38.

⁶ Víctor Bazán: “Posibles vías de corrección de las omisiones inconstitucionales en los ámbitos del derecho público de la ciudad autónoma de Buenos Aires y provincial argentino”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.): o. cit., p. 3652.

⁷ Ibídem, p. 195

⁸ Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México: Porrúa, 2004, p. 62.

⁹ Néstor Pedro Sagüés: “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.): o. cit., p. 3138. “En definitiva, según este fallo, los tres requisitos básicos para tornar judicialmente operativo el control de inconstitucionalidad por omisión estriban en lo siguiente: directriz constitucional clara, vencimiento de un plazo razonable para que el legislador haya actuado, y posibilidad para la judicatura de realizar el mensaje constitucional *omissio medio*, vale decir, sin necesidad de la actuación de dicho legislador”. Ibídem, p. 3139.

¹⁰ Ibídem, p. 3088.

¹¹ Ibídem.

¹² Víctor Bazán: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en Víctor Bazán (coord.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 174.

De tan manera, la institución procesal de la inconstitucionalidad por omisión se justifica, y hasta se hace obligatoria, para la consolidación de un genuino Estado constitucional de derecho, donde las normas constitucionales no puedan ser manipuladas y ultrajadas por negligencia u omisión justificada del gobernante de turno (porque precisamente dicha justificación carece de toda validez o arreglo a un marco legal que supone lo contrario). De ahí que la inconstitucionalidad por omisión equivalga, desde el punto de vista del gobernado frente a su gobernante, al término de *inconstitucionalidad por justificación*.¹³

Ya lo señalaba el profesor Bidart Campos, citado por Sofía Sagüés:

[...] para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad y la efectividad que la identifican en un Estado democrático, se hace necesario que las normas pragmáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda constitución, mediante alguna forma de *control* que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma pragmática se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquél perjuicio.¹⁴

Ello supone el “derecho a la normación (derecho a la legalidad)” y la exigibilidad frente al Estado en caso de su eventual violación.¹⁵

En cuanto a su ámbito y contenido de aplicación, en un primer supuesto Néstor Pedro Sagüés explica:

[Suponiendo que el legislador] no dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (siempre que ese encargo no esté supeditado por la propia constitución a la libre decisión discrecional del legislador, vale decir, siempre que se trate de una norma constitucional programática de cumplimiento obligatorio, y no meramente optativo para el legislador), está violando a la

¹³ Y es que, tal como atinadamente lo expone María Sofía Sagüés, “es la misma norma constitucional la que reclama el control en el órgano emisor, ya que la causa final del control de las omisiones inconstitucionales se emplazaría en la necesidad de ‘recomponer’ el imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente”. O. cit., p. 3091.

¹⁴ Ibídem, pp. 3089-3090. En palabras más sintéticas: “[...] si la Constitución se define como suprema, esa supremacía declinaría en su vigor y genuino sentido si quedara al arbitrio absoluto de un órgano del poder constituido (quien, al omitir su deber constitucional de actuar ‘bloquearía’ a la cláusula constitucional respectiva)”. Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal...*, o. cit., p. 170.

¹⁵ María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3094. Tal como refiere la citada autora, “Francisco Fernández Segado sostiene que el no dictado de las normas reglamentarias necesarias a los fines de la implementación y efectividad de los derechos enunciados en textos constitucionales, importaría una violación al derecho a la normación. Básicamente considera que existe un pretensión subjetiva accionable, y por lo tanto un *derecho a la normación* en los casos en que la ausencia de norma impide al interesado el ejercicio específico de un derecho o libertad del que es constitucionalmente titular”. Ibídem.

Constitución, de manera análoga a cuando dicta una ley opuesta a la Constitución. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, el Poder Judicial debe hacer prevalecer a la Constitución, tornándola operativa en todo lo que pueda, y de ser necesario, intimando al órgano moroso a que cumpla con su deber constitucional. De fracasar en esa tentativa, le corresponde al juez cubrir dentro de lo razonable y posible el vacío lagunoso, para el caso a resolver.¹⁶

No obstante, debe advertirse:

[...] no toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de “omisión inconstitucional” susceptible de suplirse mediante el control propiciado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un *mandato constitucional*, ya que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar. Es decir, debe figurarse una “*exigencia constitucional de acción*”. Este mandato es un supuesto distinto de la “obligación genérica de legislar”, que, en sentido amplio, pesa siempre sobre el órgano legislativo. Frente a un mandato cuyo incumplimiento generaría el control que se trata en este trabajo, “El legislador [...] no puede decidir si realiza o no la normativa de desarrollo, ya que tiene que actuar de forma preceptiva”.¹⁷

Aunque la inconstitucionalidad por omisión puede avizorar para algunos una posible intromisión del tribunal constitucional en esferas propias del Poder Ejecutivo o Legislativo, ello no así.

[Aun cuando] dentro de los lineamientos del “Estado de Derecho”, la función de creación normativa es propia del Poder Legislativo, pudiendo este desenvolverse de manera activa y omisiva, dentro del campo de su discrecionalidad [...] el reconocimiento de facultades propias del Poder Ejecutivo o Legislativo no implica otorgarle poderes absolutos “como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo”. Al contrario, esta posibilidad de control sobre el

¹⁶ Néstor Pedro Sagüés: “Instrumentos de la justicia...”, o. cit., p. 3135. Es importante recalcar que las inconstitucionalidades por omisión serán, pues, “en el fondo, tan graves como las inconstitucionalidades por acción del Poder Ejecutivo (v. gr., al dictar decretos inconstitucionales) o del Poder Legislativo (al sancionar leyes inconstitucionales)”. Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal...*, o. cit., p. 172.

¹⁷ María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3097. Néstor Pedro Sagüés, por su parte, aborda el tema distinguiendo dentro de las cláusulas constitucionales programáticas aquellas normativas “de *cumplimiento discrecional* para los Poderes Ejecutivo y Legislativo (cuya no efectivización, al menos en principio, no es indicio de mera legisferante), de las de *cumplimiento obligatorio* (cuya omisión sí es inconstitucional)”. *Derecho procesal...*, o. cit., p. 172. Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez, evocando la doctrina, considera, por su parte, que para que la inconstitucionalidad por omisión exista se requerirá necesariamente la concurrencia de los siguientes hechos: “a) la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer; b) que se trate de un caso de incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculen al legislador”. O. cit., p. 39.

accionar de los órganos del Estado se desprende de la misma forma republicana de gobierno, y es reclamada por ella.¹⁸

[Además] no resulta lógico sostener que los poderes del Estado pueden ampararse en norma constitucional alguna que les permita eximirse de hacer lo que la misma Constitución les ordena hacer. Ante esta realidad, aún más la respuesta se reclama de manera certera y urgente. Se coincide con Néstor P. Sagüés en cuanto: “No basta la mera lectura de las normas de la Constitución, ni sirve la ilusión kelseniana de que la Constitución siempre triunfa [...] Para inquirir sobre la auténtica ‘fuerza normativa’ de una constitución es necesario zambullirse en la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad, y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución. En ciertos casos, ese ‘actuar’ demandará, además de lucidez y prudencia, coraje”¹⁹.

Este *mandato constitucional* propone distintas variables, por cuanto existe

[...] tanto de manera explícita, es decir, remitiendo expresamente al futuro accionar del órgano, como de manera implícita, cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige o reclama la tarea del legislador o de reglamentación posterior. A su vez, el mandato constitucional incumplido puede referir tanto actos individuales como respecto al dictado de normas de carácter general.²⁰

En relación con esto último, refiere una vez más Bidart Campos:

[...] si el acto omitido tiene nada más que un contenido individual, el órgano judicial es competente para emitir un mandato de ejecución; pero si la omisión inconstitucional refiere a la no expedición de una norma reglamentaria general (v. gr., una ley o decreto de efectos para la comunidad), el órgano judicial competente debería primero intimar a la autoridad pública renuente a dictar la reglamentación del caso; en segundo lugar, y de resultar infructuosa tal gestión, “integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo”. Y en última y tercera instancia, de ser ello obligadamente ineludible, “dictar directamente la norma omitida”²¹.

Sin embargo, al ser esta última instancia un extremo harto discutible, indudablemente ello sería interpretado como una clara intromisión del juez constitucional en una esfera propia del Poder Legislativo. Al respecto volveremos más adelante.

¹⁸ María Sofía Sagüés: o. cit., p., 3091.

¹⁹ Ibídem, p. 3125.

²⁰ Ibídem, p. 3098.

²¹ Citado por Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal...*, o. cit., p. 171.

Partiendo del hipotético caso de que la inconstitucionalidad por omisión esté referida a una reglamentación general (ley o decreto), lo expuesto es válido en cuanto estemos frente a una norma que contenga un mandato constitucional implícito. Es decir, únicamente podrá el tribunal constitucional intimar y fijar a la autoridad pública renuente un plazo para dictar la reglamentación atinente —y, en caso de reticencia, integrar el orden normativo lagunoso— cuando la norma, a falta de contenido concreto, exige o reclama la tarea del legislador o de reglamentación posterior.²²

Esta configuración se virtualizaría de forma distinta si el mandato constitucional fuese explícito y, además, impusiese un lapso específico a efectos de que se dictara la reglamentación infraconstitucional correspondiente. Conforme a este supuesto:

[...] el transcurso de dicho período sin la debida respuesta por el órgano legislativo o reglamentario, ocasiona *ipso facto* la mora, y torna inconstitucional la originaria omisión. Si, por el contrario la norma constitucional no contempla un plazo específico, cabe desarrollar un análisis más pormenorizado.²³

Para Sofía Sagüés:

[...] el factor tiempo actuaría de la siguiente manera: en los casos en que la norma no prevé un plazo específico de cumplimiento, inmediatamente después de dictado el texto constitucional, ante la carencia de legislación infraconstitucional se verificaría el supuesto de “situación inconstitucional imperfecta”, que no generaría de por sí —en ese momento— una omisión inconstitucional suplibe vía control de constitucionalidad por el poder judicial. Esta situación anómala de no aplicación del orden jurídico constitucional, necesariamente reviste el carácter de excepcional y temporal. Habiendo devenido un lapso de tiempo en el que se prolongue la negativa a legislar se constituye una “omisión constitucional” en sentido propio.²⁴

En este orden de ideas, a juicio Fernández Segado —citado por Víctor Bazán—, para la determinación de la existencia de la omisión inconstitucional,

²² María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3098. Al llevar la inconstitucionalidad por omisión ínsita la existencia, en las circunstancias expuestas, de una violación a la Constitución, “no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente no instrumente a su vez los remedios procesales para atacar a aquella inconstitucionalidad por omisión. Caso contrario, el remedio contra este tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. En definitiva, pues, es al Poder Judicial a quien le toca diseñar tales vías procesales, si el legislador común no lo hace”. Néstor Pedro Sagüés: “Instrumentos de la justicia…”, o. cit., p. 3140.

²³ María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3099.

²⁴ Ibídem, p. 3100. “El principio democrático de libertad de conformación del legislador exige que este tenga la posibilidad de escoger el momento que considere más oportuno para el dictado de la norma legal correspondiente”; no obstante, “este principio hay que tratar de compatibilizarlo con el de desarrollo obligatorio de la Constitución de manera que el legislador no se pude dilatar de forma tal que altere el sentido de la citada necesidad de desarrollo. Esta valoración deberá hacerla el Tribunal caso por caso sopesando esa necesidad de desarrollo con el tiempo, las circunstancias y la libertad del legislador. Todo ello le debe permitir llegar a una comprensión cabal del caso que se analiza y de la hipotética reprochabilidad de la inactividad”. Fernández Rodríguez: o. cit., p. 3765.

[...] los extremos a considerar serán la trascendencia de la mediación legislativa conectada con el elemento temporal, parámetros —ambos— decisivos para precisar la razonabilidad del tiempo por el que se prolonga la inacción legislativa. Estima que, de ese modo, es como puede entender que la mera no realización de un mandato constitucional abstracto engendra simplemente un “incumplimiento de las exigencias constitucionales”, que no obstante ser criticable, no es suficiente para convertirla en omisión legislativa inconstitucional —calidad que arribará, cuando dejare de ser “razonable” la inercia admitida hasta ese momento como discrecional del legislador.²⁵

Otra variable que puede tener lugar se relaciona con el accionar del órgano. En este caso existen como supuestos diferenciados:

[...] la llamada “omisión total” y la llamada “omisión parcial”. Resulta claro que se encuentran comprendidos dentro del control constitucional en estudio los supuestos de “omisión total o absoluta” es decir, las inacciones —ausencia total de reglamentación— de los órganos legislativos o reglamentarios ante un mandato constitucional concreto. Parte de la doctrina, como Cappelletti, Fernández Segado, Bazán, entre numerosos autores, considera que también nos encontramos ante una “omisión inconstitucional” en los casos de “omisiones parciales o relativas”, es decir, “cuando existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución”²⁶

En otras palabras, puede existir tanto la omisión total, al haber carencia total o absoluta del dictado de las medidas conducentes a operativizar la cláusula programática, como la omisión parcial o relativa, en el supuesto de que el órgano público encargado de efectivizar el cumplimiento del mandato constitucional quiebre en forma no intencional, pero produciendo un resultado arbitrario, la garantía de igualdad ante la ley.²⁷

Desde nuestra perspectiva, sin embargo, objetamos la inclusión de la modalidad de la inconstitucionalidad por omisión parcial, porque, en el supuesto de que esta se pueda configurar, estaremos frente a una violación que debe corregirse y encauzarse legalmente mediante la garantía del control de constitucionalidad de las leyes. De otro modo, se cercenaría esta última garantía al despojársela de un importante derecho que encuentra cabida perfectamente dentro de su campo de acción, o, peor aun, se podrían duplicar innecesaria y confusamente las vías procesales a través de las cuales se pretende restituir el imperio de la normativa constitucional conculcada —por omisión parcial—. El hecho de que el legislador, en el desarrollo de un precepto, sea desparejo

²⁵ Bazán: “Un sendero que merece...”, o. cit., pp. 239-240.

²⁶ María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3101. Para Néstor Pedro Sagüés, la inconstitucionalidad relativa también se denomina *inconstitucionalidad por negación*. Y, en sus propios términos, ocurre “si el órgano estatal del caso efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo sancionando la ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la constitución otorga”. “Instrumentos de la justicia...”, o. cit., p. 3128.

²⁷ Bazán: “Un sendero que merece...”, o. cit., p. 229.

al regular una situación en detrimento de aquellos a quienes omite —sea esto intencional o no— debe ser sancionado con la anulabilidad (sistema concentrado) o nulidad (sistema difuso) de la norma promulgada; de lo contrario, la inconstitucionalidad por omisión parcial tendría un alcance incorrecto.

Sin caer en hipérbole y analizando brevemente con más detenimiento la implicación que subyace en estos trazos, ¿sería apropiado que el tribunal constitucional, mediante el uso de ciertas interpretaciones, resolviese ampliando o integrando el vacío lagunoso, ya fuera por vía del proceso de la inconstitucionalidad por omisión per se o bien mediante el uso de la garantía del control de constitucionalidad de las leyes? Consideramos que en ambos casos no lo sería. Pese a que ya hemos objetado la implementación de la acción de inconstitucionalidad por omisión parcial, aun soslayando esto, en ambos procesos el tribunal constitucional haría las veces de un auténtico *legislador positivo*, invadiendo la esfera competencial que es propia del Poder Legislativo. Constatada la violación, el tribunal constitucional debe limitarse a anular —sistema concentrado— o nulificar —sistema difuso— la disposición normativa arbitraria y discriminatoria.²⁸ Sin embargo, en ciertos casos concretos, que ameritarán un estudio pormenorizado, dicho vacío lagunoso sí puede llenarse sin caer en el extremo antes anotado.

El derecho comparado demuestra que la inconstitucionalidad por omisión ha sido adoptada bajo diversas modalidades por un grueso número de países: Brasil,²⁹ Venezuela,³⁰ la ex Yugoslavia,³¹ las constituciones de los estados mexicanos de Tlaxcala

²⁸ No desconocemos la extensa bibliografía y jurisprudencia que sobre esta materia con facilidad se puede ubicar. Sin embargo, seguiremos sosteniendo que todo tribunal constitucional que se exceda en sus funciones, arrogándose el papel de *legislador positivo*, nunca interpreta la ley, sencillamente la crea. De ahí que, en ciertas ocasiones, no deba perderse de vista el temor al gobierno de los jueces, la denominada *judiciocracia*, como un extremo gravoso y opuesto a la consolidación de un legítimo Estado de derecho y su pleno equilibrio de poderes. En definitiva, a igualdad de males —que legisle el juez o esperar del órgano legisferante la emisión del precepto omitido—, preferimos ceñirnos a la ley y proceder conforme a lo expuesto: señalar la inconstitucionalidad y fijar plazo, o señalar la inconstitucionalidad y solo si es posible interpretar el vacío lagunoso, sin llegar nunca a arrogarse el tribunal constitucional un papel positivo.

²⁹ Donde se contempla como “una acción ante el Supremo Tribunal Federal (art. 103 inc. 2) que concluye en una declaración de inconstitucionalidad por omisión y en un aviso al órgano renuente (si se trata de un ente administrativo, fija un plazo para la realización de la tarea faltante), como también un mandato de ejecución a favor del perjudicado, siempre que la falta de norma reglamentaria torne invariable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales, que puede incluir una orden judicial para que se satisfaga el derecho en juego, paralizado por la falta de ley reglamentaria”. Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos...*, o. cit., p. 62. Debe advertirse que son acciones distintas la inconstitucionalidad por omisión y el *mandado de injunção*, ya que el segundo de estos constituye “una acción particular tendiente a la defensa de derechos y garantías personales. Se destina a la solución de casos concretos, en los que la omisión impugnada es suplida por orden judicial, produciendo efectos estrictamente *inter partes*”. Bazán: “Un sendero que merece...”, o. cit., p. 182.

³⁰ Dando “competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo, municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, fijando el plazo y ‘de ser necesario, los lineamientos de su corrección’”. Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos...*, o. cit., p. 63.

³¹ El caso de la antigua Yugoslavia, según refiere Víctor Bazán, fue el primer antecedente desde la perspectiva de una Constitución formal. Ya en 1974, en el artículo 377 de la Constitución de dicho Estado, se establecía: “Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare

y Chiapas,³² Veracruz³³ y la de la provincia argentina de Río Negro, por mencionar algunos.³⁴ Existen asimismo ejemplos jurisprudenciales en “países como Austria, Estados Unidos, España³⁵ y especialmente Alemania e Italia”,³⁶ como también merced a reglas constitucionales explícitas, y en otros casos por construcción jurisprudencial, de forma completa o parcial, en Bélgica, Bosnia Herzegovina, Canadá, Croacia, Irlanda, Noruega, Polonia, Grecia, Hungría, Islandia, Japón, Israel, Corea del Sur, Liechtenstein, Portugal,³⁷ Ucrania, Seychelles y Sudáfrica, entre otros.³⁸

En síntesis, y como colofón prematuro de lo hasta ahora visto, se puede arribar a las siguientes consideraciones:³⁹

que un órgano competente no hubiere dictado la prescripción para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes y de otras prescripciones y actos generales federales, habiendo sido obligatorio dictarla, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federal de Yugoslavia”. Bazán: “Un sendero que merece...”, o. cit., p. 176.

³² Ambas “tratan asimismo este problema, con distintas alternativas, habilitando acciones para fijar a los responsables de la mora un término para expedir la norma jurídica solicitada (el último de esos estados la habilita cuando el Congreso local no resuelva una iniciativa de ley o decreto, si tal omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución)”. Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos...*, o. cit., pp. 62-63.

³³ Conforme a dicha Constitución, “al establecer que si se vence el plazo para expedir la norma faltante ‘el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto’”. Ibídem, p. 63.

³⁴ Esta fue promulgada en 1988, y “estableció en su art. 207, inc. 2.º d, una acción por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, y a promover por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal fija un plazo para que se subsane la omisión. ‘En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredice’”. Ibídem.

³⁵ En el caso de España, “el Tribunal Constitucional ha utilizado —para suplir la omisión legislativa— una gama de opciones: v. gr., materializar ‘recomendaciones’ del Legislativo; dictar sentencias aditivas, etcétera”. Bazán: “Un sendero que merece...”, o. cit., p. 199.

³⁶ María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3096. El Tribunal Constitucional alemán, según manifiesta la referida autora, “se ha orientado a permitir la acción de inconstitucionalidad por omisión [...] dicho mecanismo se arbitra en dos supuestos, el primero de los cuales se da ante la omisión legislativa que produce en el peticionante la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. La segunda posibilidad de articular la presente figura es el supuesto de que el legislador no hubiere ajustado la norma en el sentido sostenido por el Tribunal en una de sus sentencias”. Ibídem.

³⁷ “La Constitución portuguesa, promulgada el 2 de abril de 1976, institucionalizó la figura de la inconstitucionalidad por omisión, manteniéndola —y remozándola— en la primera revisión de la Ley Fundamental operada en 1982. En definitiva el art. constitucional 283 que rige actualmente la cuestión dispone que: ‘a) [en los supuesto de violación de los derechos de las regiones autónomas, la legitimación activa viene concedida a los presidentes de las asambleas regionales, en cuyo caso] el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución, por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar inexcusables las normas constitucionales. b) Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará de ello conocimiento al órgano legislativo competente’”. Bazán: “Un sendero que merece...”, o. cit., p. 177.

³⁸ Néstor Pedro Sagüés: “Instrumentos de la justicia...”, o. cit., p. 3128.

³⁹ Bidart Campos, “en trazos breves y categóricos, llega a las siguientes conclusiones: ‘1) que cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento; 2) que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido; 3) que

- a. La inconstitucionalidad por omisión nace de una previsión u obligación constitucional de hacer (mandato constitucional) dirigida al Poder Ejecutivo (emitir un reglamento) o al Poder Legislativo (emitir una ley).
- b. Este mandato puede ser explícito —cuando la norma constitucional señala al poder constituido competente la obligación de reglamentar la norma infraconstitucional (Poder Legislativo) o infraordinaria (Poder Ejecutivo)— o implícito —cuando la norma constitucional se vuelve inútil, vaga, inefectiva o vacía de contenido por falta de desarrollo—. En todo caso, supone que si no hay desarrollo de la normativa, se pierde la efectivización de algún derecho o deber de alcance constitucional.
- c. El mandato expreso o explícito puede a su vez señalar o no un tiempo determinado para la emisión del desarrollo de la norma constitucional. En el primer caso, si vencido el plazo no se cumple con el mandato constitucional, la inconstitucionalidad por omisión opera ipso facto; en el segundo, en cambio, el tribunal constitucional habrá de esperar un tiempo razonable para que se emita la regulación respectiva (situación inconstitucional imperfecta), pasado el cual, si no hay respuesta del órgano competente, deberá declarar la inconstitucionalidad por omisión e integrar o llenar el vacío lagunoso, siempre que ello sea posible.
- d. Si el mandato constitucional es implícito, el tribunal constitucional estará legitimado para actuar cuando haya pasado un tiempo razonable desde la emisión de la norma constitucional sin que ella se haya desarrollado. El tribunal podrá solicitar entonces al órgano competente la emisión de la disposición normativa que está obligado a realizar, fijándole un plazo prudencial. Transcurrido este, si no hay respuesta, deberá declarar la inconstitucionalidad por omisión y, al igual que en el caso anterior, llenar el vacío lagunoso si ello es posible.
- e. La inconstitucionalidad por omisión puede operar también en razón de la actividad realizada por el órgano competente, de forma total o absoluta y, según la mayor parte de la doctrina, de forma parcial o relativa —aunque a ello nos hemos opuesto en su momento—. La primera corresponde cuando existe una inacción plena, total o completa; la segunda, en caso de que la regulación normativa se haya realizado de forma incompleta, parcial, precaria o insuficiente.

cuando la abstención del órgano del poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe; 4) que el mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control”. Citado por Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal...*, o. cit., pp. 170-171.

2. La inconstitucionalidad por omisión en el contexto jurídico guatemalteco

2.1. ¿Proceso constitucional? ¿Independiente o dependiente?

Más adelante analizaremos la normativa legal que nos permitirá concluir sobre la posible inclusión de la acción de institucionalidad por omisión en el orden jurídico guatemalteco; por el momento nos circunscribiremos a desvirtuar el proceso de amparo como vía de acción supletoria para alcanzar los fines a que se dirige la primera de estas. Nos enfocamos únicamente en el amparo, apoyados en el hecho —bastante obvio— de que tanto el proceso de inconstitucionalidad de las leyes como el de exhibición personal (*hábeas corpus*) no encuadran, en sus respectivos objetos y efectos, en el de la inconstitucionalidad por omisión. No queda de esta manera (aparentemente) vía procesal más que la del proceso, juicio o acción de amparo.

En primer lugar, interesa destacar que, pese a que el objeto del amparo pareciera lo suficientemente amplio⁴⁰ como para cobijar los supuestos que se desprenden de la inconstitucionalidad por omisión, cosa que se repite también con los casos de procedencia del amparo señalados por la ley (*númerus apertus*),⁴¹ no sucede lo mismo en

⁴⁰ Según el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: “El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.

⁴¹ Según el artículo 10 del citado cuerpo jurídico: “La procedencia del amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado. Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos: a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquiera otra ley; b) Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley; c) Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República, no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional; d) Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, 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 causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa; e) Cuando en actuaciones administrativas se exija al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo; f) Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite; g) En materia política, cuando se vulneren derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas. Sin embargo, en materia puramente electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico, dando por sentadas las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión; h) En los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, res-

cuanto a los efectos que la ley señala expresamente en caso de que se declare la procedencia del amparo.⁴²

Si se tienen presentes como efectos de la declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión el señalar la omisión al órgano legisferante, fijar plazo para su resolución y, si el plazo ya ha caducado, interpretar la ley y de ser posible llenar el vacío lagunoso, entonces se comprenderá que en un sistema de control constitucional mixto como lo es en el caso de Guatemala el amparo se quedaría corto con relación a estos.

Complementariamente, si consideramos que los efectos de la inconstitucionalidad por omisión antes señalados se extienden a todos los habitantes afectados por la mora (*erga omnes*), esta se perfilará de forma similar al control de constitucionalidad de las leyes en forma abstracta o vía directa— hacia el empleo o la utilización de un control constitucional de tipo concentrado.

De ahí que el amparo, conforme a lo dispuesto por la ley de la materia y a lo indicado en la Constitución, no se adapte a los requerimientos operativos que pudiesen hacer funcional la consagración de la inconstitucionalidad por omisión en el contexto jurídico guatemalteco. No obstante, aun si se pasa por alto este criterio y se estima el amparo como vía procesal pertinente, ¿qué caso tendría entonces que la Corte de Constitucionalidad (como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional) señalase a través de un proceso con efectos interpartes el cumplimiento de una acción (la de legislar) que cobrará un carácter *erga omnes*?

¿No sería lo más apropiado establecer una vía de acción directa que la configure de forma precisa e independiente? De ser así, ¿cómo se podría implementar, si partimos del supuesto de que todas las garantías constitucionales ya han sido diseñadas por el legislador? ¿O será acaso que este, de forma cauta “y casi como un magistral adivino”, ha previsto y provisto los insumos legales necesarios para estructurar nuevos mecanismos procesales fiscalizadoras de la protección constitucional? Reflexionemos al respecto.

Si se estima que el amparo no es la vía supletoria adecuada a través de la cual se puede enervar el proceso de inconstitucionalidad por omisión, entonces un panorama bastante desalentador provocaría el hecho de que, tomando como base la actual Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985, un primer apuntamiento nos dirigirá al reconocimiento del vacío —al menos expreso— de la

tricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Lo determinado en los incisos anteriores, no excluye cualesquiera otros casos, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo de conformidad con lo establecido por los artículos 265 de la Constitución y 8 de esta ley”.

⁴² Según el artículo 49 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, “La declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos: a) Dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida; b) Fijar un término razonable para que cese la demora, si el caso fuere de mero retardo en resolver, practicar alguna diligencia o ejecutar algún acto ordenado de antemano; c) Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de esta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida”.

possible institucionalización de la figura que nos ocupa, al no configurarse esta si se toma como plataforma lo dispuesto por el texto supremo y la normativa aplicable.

Se advierte así, pues, que entre las garantías constitucionales dispuestas por el legislador constituyente nunca se incluye esta vía procesal.⁴³

Ahora bien, según el artículo 268 del magno texto, la Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa (máximo tribunal de la jurisdicción constitucional), cuya función esencial es la *defensa del orden constitucional*. Y entre las funciones dispuestas en el artículo 272 del citado cuerpo jurídico se preceptúa, en la literal *e*, que este debe “actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República”. Ambos preceptos se complementan. Uno de ellos lo obliga como función esencial a la defensa del orden constitucional —entendido, en forma muy general, como la normativa dispuesta por el articulado constitucional—, y el otro, de forma aperta, lo habilita para conocer de aquellos asuntos de su competencia, y aunque naturalmente se dirigirá a la defensa de la supremacía constitucional, esta no es del todo limitada o precisa legalmente (*numerus apertus*).

Por otra parte, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad,⁴⁴ pese a desarrollar únicamente las garantías constitucionales dispuestas por la propia Constitución (amparo, exhibición personal o hábeas corpus, e inconstitucionalidad de las leyes en caso concreto y en forma abstracta) y repetir literalmente lo ya señalado por la normativa suprema con relación a las funciones de la Corte de Constitucionalidad, señala en su artículo segundo:

[...] las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

Como corolario y primera conclusión del análisis de este abanico de normas, se desgaja la factibilidad de implementar nuevos mecanismos y cauces legales que permitan un acceso a la jurisdicción constitucional, a efectos de mediatizar los conflictos legales de trascendencia y carácter constitucional. Ello con fundamento en lo anterior y en el principio *pro actione*, que ha estructurado ya en nutrida jurisprudencia la Corte de Constitucionalidad.⁴⁵

⁴³ Título VI, capítulo I, artículos 263-267.

⁴⁴ Ley de carácter constitucional, por haber sido emitida, precisamente, por el poder constituyente en 1986 (decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente).

⁴⁵ La propia Corte de Constitucionalidad, en la sentencia de fecha 6 de octubre del 2006 (expediente 2395-2006), se planteaba a sí misma: “¿Puede un ciudadano acceder a la justicia constitucional a través de un instituto procesal que no aparece dentro del sistema de garantías constitucionales establecido en la Constitución Política de la República ni en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad? A tal interrogante debe dársele una respuesta afirmativa, ya que para acceder a la justicia constitucional, la propia ley de la materia privilegia el principio *pro actione*, al establecer imperativamente que las disposiciones de esa ley —entre las que se encuentra el artículo 163, i)— ‘se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos (artículo 2)’ y que ‘En todo proceso relativo a la justicia

De esta manera se encuentra cabida a la institucionalización de la inconstitucionalidad por omisión en el contexto jurídico guatemalteco, como vía o mecanismo procesal independiente, cimentador e integrador que, como una nueva morfología de la garantía del control de constitucionalidad de las leyes, permite la completa defensa del armazón y la supremacía de la normativa constitucional.

Por ello debe advertirse enfáticamente, y recordarse a aquellos a quienes lo anterior produzca pánico —sensación que solo puede encontrar justificación en perspectivas erradas, burdas e ignorantes, que dicha implementación no sería del todo novedosa. Transcurridas ya poco más de dos décadas de instaurada la Corte de Constitucionalidad como tribunal privativo y permanente de jurisdicción constitucional en Guatemala, dichos preceptos han justificado ya en alguna ocasión la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de oficio⁴⁶ y la declaratoria de nulidad de un sentencia emitida con anterioridad por la propia Corte de Constitucionalidad (únicamente para los efectos jurisprudenciales correspondientes).⁴⁷ En ambos casos dichas funciones se han implementado pese a no derivar de una disposición expresa.

Con relación al alcance y la posible inserción en el abanico de garantías vigentes, aunque al día de hoy la Corte de Constitucionalidad no se ha pronunciado de forma explícita con respecto a esta institución, sí ha reconocido —al menos tácitamente— la posibilidad real de su existencia. Por ejemplo, en la sentencia del 19 de julio de 1994 desvaneció la improcedencia de la inconstitucionalidad por omisión, pero ello al

constitucional solo la iniciación de trámite es rogada', de manera que las peticiones que ante esta corte se formulen y que a *prima facie* puedan generar dubitación lo pedido por medio de ellas está comprendido dentro de las competencias asignadas a este tribunal, debe dársele el tratamiento de una petición, realizada en ejercicio del derecho que garantiza el artículo 28 del texto supremo, y porque la propia jurisprudencia de este tribunal, privilegiando la eficacia de este derecho, ha determinado que: 'aun ante falta de regulación, la autoridad no puede dejar de resolver peticiones, sino que, aplicando el principio jurídico de la plenitud hermética del derecho, está obligada a conocer de cualquier petición y resolverla haciendo la integración del derecho que sea necesaria' (sentencia de veinte de mayo de mil novecientos noventa y ocho; Expediente 159-97; Gaceta 48, página 12)'.

⁴⁶ "A pesar de que 'la previsión expresa de lo contenido en el artículo 6 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pone de manifiesto que este tipo de proceso no inicia *ex officio* sino más bien se requiere de un acto dispositivo que le dé inicio', en la práctica la Corte de Constitucionalidad ha tenido que conocer en cierta ocasión de forma oficiosa. Fue precisamente, en el año de 1993, fecha en la cual examinó las decisiones emitidas por el entonces Presidente de la República, Serrano Elías, las cuales fueron difundidas, a través de una cadena de radio y televisión. En estas anunció dejar sin efecto ciertas disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República, disolviendo el Congreso de la República, destituyendo a la Corte Suprema de Justicia y asumiendo poderes legislativos (mediante la emisión del Decreto al cual denominó "Normas Temporales de Gobierno"). En este contexto, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, en defensa de la tutela del orden constitucional, *ex officio*, declaró inconstitucional el Decreto que contenía dichas normas, emitido por el Presidente de la República el 25 de mayo de 1993. La Corte de Constitucionalidad ordenó que dichas disposiciones quedarían sin vigencia y dejarían de surtir efecto, mandando a publicar la sentencia en el Diario Oficial" (expediente 225-93, Gaceta n.º 28). Pablo Andrés Bonilla Hernández: *Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado*, Guatemala: s/e, 2.^a ed., 2007, pp. 311 ss.

⁴⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 6 de octubre del 2006 (expediente 2395-2006).

omitir desvirtuar o negar la posibilidad de su enervamiento a través de la vía procesal utilizada.⁴⁸

En otros procesos, incluso, se ha tomado a la inconstitucionalidad por omisión como pretensión de la incoación de dicha garantía, sin que tampoco la Corte se haya pronunciado respecto a su no operatividad conforme al marco normativo vigente en el país. Ello, en conclusión, haría inferir a cualquiera —y no por eso de forma errada— que de manera implícita se ha reconocido procesalmente su existencia, mas no aún su procedencia, sin que a la fecha se haya generado pronunciamiento formal y expreso alguno al respecto.⁴⁹

2.2. Ejemplos de su posible aplicación: una pública denuncia a la injusticia

Qué matiz tan importante cobra todo lo expuesto cuando se aplica desde la perspectiva de nuestro derecho vigente. Por ello se abrirán, concretamente, las siguientes interrogantes: ¿Es posible declarar la inconstitucionalidad por omisión de la ley específica relativa a las comunidades indígenas que establece el artículo 70 de la Constitución Política de la República?⁵⁰ ¿Se podría asimismo aplicar en relación con la ley específica de aguas establecida en el artículo 127 de la Carta Magna?⁵¹ Nos circunscribiremos a responder la primera de las interrogantes advirtiendo que, hasta el momento en que son escritas estas líneas, el Congreso de la República de Guatemala, pese a que ya han transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de la República, no ha emitido disposición normativa alguna que desarrolle en forma específica lo relativo a los derechos y obligaciones que atañen a las comunidades indígenas ni al régimen de aguas en Guatemala.

En el caso de las comunidades indígenas, aunque el Estado de Guatemala ha suscrito el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dicho instrumento internacional debe ser interpretado como no más que una extensión de los preceptos constitucionales (conforme a lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política) que formulan las principales directrices en materia de derecho indígena. Sería una miopía contemplar dicha regulación como un desarrollo de los preceptos constitucionales; en todo caso, constituye una complementación de aquellos.

No bastaría aquí el argumento del Legislativo que señala que los tratados internacionales en materia de derechos humanos —en este caso el Convenio 169 de la OIT— se convierten en normas operativas que desarrollan y llenan el vacío de la reglamentación

⁴⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, identificada con el número de expediente 179-94 (Gaceta n.º 33).

⁴⁹ Véase también la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, en los expedientes acumulados 282-87 y 285-87 (Gaceta n.º 8).

⁵⁰ “Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección”.

⁵¹ “Régimen de aguas. Todas las aguas son bienes 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”.

ordinaria. No obstante es innegable que siempre los tratados internacionales en materia de derechos humanos pueden llenar una carestía legal, no lo hacen adquiriendo sus normativas una suerte de carácter ordinario, sino constitucional o incluso supraconstitucional. En estos casos los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a luz de lo establecido en los artículos 44 (derechos inherentes a la persona) y 46 (preeminencia del derecho internacional), nutren el orden jurídico al extender las normativas constitucionales aplicables —al constituir dichos preceptos, como se ha dicho, auténticas normas constitucionales e incluso supraconstitucionales—. Sin embargo, estos no bastan por sí mismos para pretender tener por desarrollada per se la normativa jurídica específica. Y es esto lo que manda, precisamente, el legislador constituyente.

Pero, aunque se considerara que dicho tratado internacional hace las veces de la ley específica —algo muy errado y que, por supuesto, no compartimos en ningún momento—, ¿sucederá lo mismo con la ley específica que debe regular el régimen de aguas en Guatemala? Evidentemente no. No existen aún tratados internacionales suscritos por Guatemala que puedan hacer las veces de dicha ley específica. De ahí que, incluso considerando este último extremo, avizoremos la contundencia e inminencia de la adopción de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala como mecanismo funcional, que permitiría un nuevo acceso a la justicia constitucional a falta de instrumentos jurídicos aplicables.

Independientemente de esto, y partiendo de la inexistencia de una ley específica que regule las comunidades indígenas, a continuación se presentarán dos aristas —de defensa o exclusión— que podrían ser esgrimidas para analizar y responder la inconstitucionalidad por omisión en este último caso, es decir, en el supuesto de la ley específica de las comunidades indígenas.⁵² Naturalmente, esto es independiente de las argumentaciones que también podrían verterse con relación a la defensa o exclusión de la inserción de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Primera posible respuesta. La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 70, no regula un mandato expreso y directo, o aun implícito e indirecto, al Poder Legislativo. Se circumscribe únicamente a enunciar en uno de sus artículos que una ley específica desarrollará el contenido de dicha sección. El legislador constituyente no ha querido expresar una obligación dirigida al Poder Legislativo de elaborar dicha normativa, sino que expresa la necesidad de que lo haga una ley de carácter específico; de lo contrario, así lo habría dispuesto, ya fuera en el mismo artículo o en las disposiciones transitorias y finales. Por lo tanto, no existe una obligación constitucional de hacer al Poder Legislativo, ni mucho menos un caso de incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculen al legislador.

Segunda posible respuesta. El hecho de que el legislador constituyente haya expresado que una ley *regulará* lo relativo a las comunidades indígenas es una clara

⁵² Ambas también podrían ser aplicables para el caso de la ley específica que debe regular el régimen de aguas en Guatemala.

manifestación de su preocupación por que dicha regulación fuese emitida. De ahí que además haya establecido expresamente que debería ser una ley específica la que lo desarrollase —disposición normativa que el Congreso de la República está obligado a emitir—. Este caso, además, no se puede resolver mediante una interpretación exegética del artículo, ya que ello solo conduciría a generar dudas que se desprenderían de la lectura aislada y autónoma de los términos empleados. Por lo tanto, para su correcta interpretación debe tomarse en consideración la armonía conjunta de todas las prescripciones constitucionales. Así, deben considerarse, entre otras disposiciones, especialmente los preceptos que obligan al Estado —a través de cada uno de sus poderes— a garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona y la igualdad, todo ello aunado a la escala de valores y principios propios del ordenamiento jurídico estatal, así como al fin máximo que cada uno de los poderes del Estado se encuentra obligado a cumplir: el bien común. Por lo tanto, el Congreso de la República, como parte de uno de los poderes que conforman el Estado, debe obligadamente también observar como su fin supremo el bien común, la paz, la seguridad, la igualdad y el desarrollo integral de la persona. Esto, sin embargo, le sería imposible si no emitiera aquellas disposiciones que adecuen su fin a dichos extremos. Es así que se justifica y desprende como obligación expresa el emitir dicha ley, no solo al amparo de la injusticia que representa el no haberla emitido hasta el momento, sino también —y principalmente— a la luz de las máximas que el legislador constituyente ha establecido en la Carta Magna.

Por parte de quien escribe, la primera respuesta, pese a ser a primera vista la más seductora, es la más incorrecta. Aunque indudablemente en el precepto constitucional obra una manifiesta timidez del diputado constituyente —por imprevisión o negligencia— al no haber fijado un plazo expreso que le hiciera ineludible al poder constituido competente la emisión de dicha normativa, la obligación como tal existe. Dicho *mandato constitucional* se desprende tanto del texto de dicho precepto como del articulado mismo que compone la Constitución. Se está aquí, pues, ante un tímido pero típico caso de inconstitucionalidad por omisión.

3. Consideraciones finales

Resta finalmente advertir que, pese a que muchos —miedosos y falsamente escandalizados frente al poder que pueda generar el uso y, por qué no decirlo, el posible abuso de este control— puedan oponerse a la instauración y consolidación de esta institución (que hace las veces de una garantía genuina e integradora y defensora del orden jurídico constitucional), ellos también deberán sopesar el ser llamados algún día *verdugos de la justicia*, al asentir por su misma cobardía violaciones flagrantes a la norma constitucional, generatriz y fundamento del propio orden jurídico estatal.

De no adoptarse la inconstitucionalidad por omisión en el orden jurídico guatemalteco, se perdería la fuerza normativa del precepto constitucional, y el gobernado no encontrará antídoto alguno frente a la retórica y la demagogia, pero sobre todo frente al contenido agigantado de normas desprovistas de desarrollo y positividad jurídica.

En el ámbito guatemalteco —independientemente de la jurisprudencia que ha surgido—, pese a que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad no regula nada al respecto, dicha falencia legal debe ser interpretada como un poder implícito de la magistratura constitucional. En última instancia, y aun en el supuesto de que no se comparten los puntos de vista esgrimidos respecto a la existencia real de insumos legales que permiten la inclusión de la inconstitucionalidad por omisión en el orden jurídico estatal guatemalteco, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 2 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros cuerpos legales,⁵³ a lo que se suma la jurisprudencia en materia de defensa del orden constitucional, la existencia y la procedencia legales de esta institución se justifican perfectamente.⁵⁴

No creemos que haya óbice alguno para que Guatemala imite el ejemplo de todos aquellos tribunales supremos que, aun habiendo sido conscientes de una carencia o vacío o legal que los habilitara explícitamente para tal tarea, han justificado la instauración de esta institución sobre el supuesto de que la violación de la Constitución se produce tanto cuando se hace algo contra ella como cuando no se hace lo que ella ordena. Y es que solo así se podrá consumar de forma íntegra y efectiva la supremacía de la norma madre de la que nace el orden jurídico estatal; esto es, la norma constitucional.

⁵³ Los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y 17 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, entre otros preceptos ubicables en distintos instrumentos internacionales.

⁵⁴ Ello no sería una novedad en el ámbito latinoamericano; a guisa de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina (caso *Siri y Kot*) creó la institución del amparo, no previsto explícitamente por la Constitución nacional ni por la ley procesal, argumentando que los derechos constitucionales no podían quedar a merced de la voluntad del legislador regular; en situación similar, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana implantó también el amparo no previsto legalmente. Véase Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos...*, o. cit., pp. 63-64. A no dudar, “lo importante es imaginar y aplicar una solución operativa. Lo inadmisible es que los tribunales se queden cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita para combatir a la inconstitucionalidad por omisión”. Néstor Pedro Sagüés: “Instrumentos de la justicia...”, o. cit., p. 3140. En todo caso, coincidimos con Víctor Bazán en que, tal como lo ha dicho en forma insigne Bidart Campos, “es mejor comenzar algo que abstenerse del todo”. Bazán: “Un sendero que merece...”, o. cit., p. 269.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editorial, la Fundación Konrad Adenauer.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* tiene como objetivo la difusión de trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER,
OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974
Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius.montevideo@kas.de
www.kas.de

Editora responsable

Gisela Elsner

Coordinación académica

Agustina González Grucci

Coordinación editorial

Manfred Steffen

Asistencia

Alejandro Coto

Corrección de estilo

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)

Dieter Schonebohm (alemán)

Beatriz Sosa Martínez (inglés)

Asignación de palabras clave

María Arigón, Ana Gil, Rita Grisolia

Diseño de maqueta

Taller de Comunicación

Paginación, impresión y encuadernación

Mastergraf srl

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 350.281 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

Correspondencia, contribuciones,
solicitudes de canje o donación
e-mail: ius.montevideo@kas.de

El Anuario de Derecho Constitucional
Latinoamericano se encuentra disponible a texto
completo en las siguientes páginas web:

Fundación Konrad Adenauer
<http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/>

Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de
Investigaciones Jurídicas, UNAM, México
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=dconstla>

Índice

Prólogo	11
---------------	----

I. Derecho constitucional

• Horacio Andaluz (Bolivia) <i>El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia</i>	15
• Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala) <i>La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización</i>	45
• Jesús M. Casal H. (Venezuela) <i>Las colisiones constitucionales en la reciente jurisprudencia constitucional</i>	65
• Ruben Correa Freitas (Uruguay) <i>Perfil comparativo del sistema judicial en las constituciones uruguaya e italiana</i>	85
• Roberto Islas Montes (México) <i>Sobre el principio de legalidad</i>	97
• Carlos D. Luque (Argentina) <i>Un Tribunal Constitucional para la República Argentina: nociones sobre la conveniencia de su incorporación</i>	109
• José Antonio Rivera S. (Bolivia) <i>Reformas constitucionales y justicia constitucional</i>	125
• Néstor Pedro Sagüés (Argentina) <i>Notas sobre el poder constituyente irregular</i>	151
• Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) <i>Proceso constituyente y transición en el Ecuador</i>	165
• Humberto A. Sierra Porto (Colombia) <i>La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia</i>	179

- Francisco Zúñiga Urbina (Chile)
La acción de indemnización por error judicial
Reforma constitucional y regulación infraconstitucional 189

II. Derecho procesal constitucional

- Natalia Bernal Cano (Colombia)
Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia 211
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil (México)
Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana 239
- Christine Oliveira Peter da Silva e André Pires Gontijo (Brasil)
O amicus curiae no processo constitucional: o papel do “amigo da Corte” na construção do decision-making no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos 261
- César Landa (Perú)
Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú 277
- Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espindola (Brasil)
A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo 311
- Angela Cristina Pelicioli (Brasil)
A sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira 329
- Lautaro Ríos Álvarez (Chile)
Ánalisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado 349
- Daniel Ustárroz (Brasil)
A experiência do amicus curiae no direito brasileiro 367

III. Derechos y garantías individuales

- Gilbert Armijo (Costa Rica)
Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente 387

- Emilssen González de Cancino (Colombia)
Biotecnología, bioética y derecho en la jurisprudencia constitucional de América Latina 405
- Víctor E. Orozco Solano (Costa Rica)
Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva 433
- María Sofía Sagüés (Argentina)
Luces y sombras en los juicios al terror. El peregrinaje de la Suprema Corte de los Estados Unidos hacia el reconocimiento de la tutela judicial 443
- Geovana Tavares de Mattos (Brasil)
A inconstitucionalidade da privatização dos presídios 483
- Karen van Rompaey (Uruguay)
Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos 497

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

- Elodia Almirón Prujel (Paraguay)
Derechos fundamentales y su incidencia en el plexo constitucional de los Estados 525
- Wilson Engelmann (Brasil)
Os avanços nanotecnológicos no século XXI: os direitos humanos e os desafios (éticos) da regulamentação jurídica 541
- André Luiz Cosme Ladeia (Brasil)
A relativização da soberania em face da preservação dos direitos e garantias fundamentais 559
- Claudio Nash Rojas (Chile)
Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes 585
- Leonardo Nemer Caldeira Brant e Larissa Campos de Oliveira Soares (Brasil)
A inter-relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário na perspectiva universal e interamericana 603

- Torsten Stein (Alemania)
Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa 621

V. Derecho de la integración

- Víctor Bazán (Argentina)
La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos 639
- Waldemar Hummer (Austria)
La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea 689
- Alejandro Maldonado Aguirre (Guatemala)
El Acta Fundacional de la Nación Centroamericana 723
- César Montaño Galarza (Ecuador)
Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por Ecuador y el derecho comunitario andino 741

VI. Democracia y Estado de derecho

- Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)
Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia 775
- Bruno J. R. Boaventura (Brasil)
Uma contemporânea inserção da consolidação das Leis na re-legitimização das normas jurídicas 795
- Juan Colombo Campbell (Chile)
La judicabilidad de las cuestiones políticas 815
- J. Alberto del Real Alcalá (España)
Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado constitucional 827
- Augusto Durán Martínez (Uruguay)
Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo 845

- Martín Risso Ferrand (Uruguay)
Desafíos del Estado de derecho..... 863
- Rupert Scholz (Alemania)
El Estado democrático de derecho como mandato internacional político y constitucional contra el terrorismo, el extremismo y la criminalidad organizada 879
- Renato Selayaram (Brasil)
La construcción de los derechos humanos..... 889

Prólogo

Nos complace enormemente presentar esta nueva edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, editado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, que cumple ya 15 años. En esta ocasión, se suma la conmemoración de otro aniversario muy significativo: los 60 años de la Ley Fundamental alemana, promulgada en Bonn el 23 de mayo de 1949.

En los últimos tiempos varios países latinoamericanos han experimentado cambios trascendentales en materia constitucional. Vale destacar los referendos constitucionales en Ecuador (setiembre del 2008) y Bolivia (enero del 2009), que dieron lugar a nuevas cartas fundamentales, así como el de Venezuela (febrero del 2009), que tuvo como resultado la aprobación de la enmienda constitucional que posibilita la reelección ilimitada del presidente y demás cargos de elección popular.

En este contexto, para nuestro programa resulta fundamental realizar actividades, con formatos y alcances diversos, que sirvan como foros de reflexión, estudio y discusión académica sobre el panorama del derecho constitucional en el continente. La edición del *Anuario* es una de las piezas claves de este trabajo, debido a su difusión, alcance y representatividad, pero también llevamos a cabo numerosas actividades de capacitación. Entre ellas merecen destacarse los Encuentros anuales de Presidentes de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina, lo que refleja la importancia que asignamos al trabajo con los tribunales y cortes constitucionales. Estamos convencidos de que la justicia constitucional, al asegurar la vigencia efectiva de las disposiciones de la ley fundamental, desempeña un papel esencial en la conservación y consolidación del Estado de derecho. Si bien la mayoría de los países latinoamericanos cuenta con órganos jurisdiccionales con competencia exclusiva en materia constitucional, en ocasiones se presentan problemas que perturban su función e independencia, dado que estos órganos están muy expuestos al ámbito político por ser los que controlan ciertas decisiones del gobierno y leyes parlamentarias.

Cada año el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en sus oficinas de Montevideo y México DF, realiza un exhaustivo proceso de selección de los numerosos artículos de juristas del continente que llegan para su publicación en el *Anuario*. Además de valorar el contenido científico y el carácter inédito de los trabajos, la selección procura afirmar el carácter representativo de la publicación. Se aspira a contar con contribuciones provenientes de la mayoría

de los países latinoamericanos, pues el *Anuario* es, en definitiva, una obra hecha por y para juristas de este continente.

En esta oportunidad, además, la Fundación realizó un esfuerzo adicional para posibilitar la indexación del *Anuario*, lo que permitirá difundirlo con mayor eficiencia y facilitará el acceso de juristas y lectores interesados de todo el mundo. Otra novedad es que esta edición se acompaña de un CD con sentencias relevantes de distintos tribunales y salas constitucionales de América Latina sobre cuestiones bioéticas. El artículo de la Dra. Emilssen González de Cancino (“Biotecnología, bioética y derecho en la jurisprudencia constitucional de América Latina”) oficia de introducción a estos temas tan actuales y facilita, a su vez, la comprensión de la jurisprudencia incluida.

En estos quince años el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha ganado un nombre y un lugar en las bibliotecas jurídicas del continente, especialmente de universidades, cortes supremas y tribunales constitucionales. Durante este tiempo se han modificado la estructura de la obra, la organización temática, el foco en uno u otro aspecto, pero se ha mantenido constante el hilo conductor del derecho constitucional.

En este sentido, queremos agradecer muy especialmente la invaluable colaboración de todos los autores del *Anuario*, así como al consejo editorial y al equipo de redacción y de edición. Esperamos nuevamente estar a la altura de las expectativas de nuestros lectores y continuar contribuyendo al estudio comparado, la reflexión y el diálogo científico sobre el derecho constitucional.

GISELA ELSNER
Directora de la oficina en Montevideo

RUDOLF HUBER
Director de la oficina en la Ciudad de México

El Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer

La Fundación Konrad Adenauer es una institución política alemana independiente y sin fines de lucro; se inspira en los principios del movimiento demócrata-cristiano y apoya la unificación europea, promueve el entendimiento internacional y la cooperación al desarrollo. La fundación lleva a cabo eventos de formación política, elabora análisis científicos que sirven de base para la gestión política, otorga becas a personas talentosas e investiga la historia del movimiento demócrata-cristiano.

La *cooperación internacional* es, por tradición, uno de los campos prioritarios de su labor. Para su realización dispone de oficinas en todo el mundo. Complementariamente a las 14 sedes en Latinoamérica que concentran su trabajo en los respectivos países, existen cuatro programas regionales con una temática específica. Uno de ellos es el *Programa Estado de Derecho*, establecido en el año 1991. Actualmente, el Programa cuenta con dos sedes regionales: La oficina en la Ciudad de México se ocupa del área México Y Latinoamérica . Una segunda oficina en Montevideo desarrolla sus actividades en los países de Sudamérica.

La *finalidad* del *Programa Estado de Derecho* es brindar apoyo sostenido al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico justo y eficiente, basado en el principio de Estado de Derecho. El trabajo de la Fundación Konrad Adenauer se fundamenta en la convicción de que la democracia, el Estado de Derecho y una política que vela por la garantía efectiva de los derechos humanos son condiciones indispensables para el desarrollo sostenible en cualquier país del mundo.

En casi todos los países latinoamericanos se ha establecido la democracia como forma de gobierno, y las constituciones políticas consagran la garantía de los derechos humanos, la división de poderes del Estado y la libre elección de los gobernantes y representantes legislativos. Sin embargo, en muchos casos, estos principios constitucionales todavía no penetran plenamente el orden jurídico, las instituciones estatales y la sociedad civil. En este contexto, las *necesidades de reforma y de asesoramiento* se presentan en varios ámbitos: Por un lado, se requiere de una adaptación de la legislación ordinaria a los postulados constitucionales, particularmente con respecto a los procedimientos penales, civiles y administrativos. Por el otro lado, es necesario una profesionalización de las instituciones estatales, tanto en el ámbito administrativo como en el legislativo y, especialmente, en el poder judicial como garante de la legalidad y de la protección jurídica del ciudadano. Igualmente resulta preciso concienciar y formar a la sociedad civil para que postule la protección efectiva del Estado de derecho y los derechos fundamentales.

El Programa Estado de Derecho busca el *fortalecimiento de las instituciones democráticas*, particularmente judiciales, mediante actividades en áreas de derecho claves para el establecimiento y la consolidación del Estado de Derecho. Actualmente, los *ejes temáticos* son:

- la protección de los derechos humanos, con especial atención a la promoción y al fortalecimiento de las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos así como de la Corte Penal Internacional;

- la promoción de una división de poderes estable y clara, con especial consideración de una justicia (constitucional) independiente;
- el apoyo de las iniciativas reformistas en el ámbito del derecho procesal, orientados al anclaje y al desarrollo de los principios del Estado de Derecho dentro del orden jurídico;
- la creación de una cultura de transparencia y rendición de cuentas en la actuación de las instituciones estatales, condiciones importantes para aumentar su eficacia y disminuir la corrupción;
- la promoción de procesos de integración regional jurídica, política y económica como el MERCOSUR y el SICA, con especial atención al desarrollo y a la implementación del Derecho Comunitario, así como al fortalecimiento de los órganos jurisdiccionales supranacionales;
- la capacitación y especialización de jueces, fiscales, funcionarios públicos, defensores públicos y otros operadores involucrados en el ámbito de la procuración e impartición de justicia.

Como *destinatarios y/o colaboradores* de las actividades del Programa, se pueden nombrar magistrados de tribunales constitucionales y de cortes supremas, jueces, fiscales, abogados, defensores públicos y funcionarios de la administración de la justicia, defensores del pueblo, políticos dedicados al área del derecho, profesores de derecho en universidades e institutos científicos independientes, funcionarios de la administración pública (incluyendo a la policía), funcionarios de diferentes organismos de integración y especialistas del derecho de integración, así como miembros de organizaciones de derechos humanos estatales y no gubernamentales.

Dentro de las áreas temáticas arriba mencionadas, el Programa Estado de Derecho organiza en todos los países latinoamericanos *seminarios, talleres, congresos nacionales e internacionales, foros de diálogo y cursos de capacitación*. En estos eventos se invitan a expertos nacionales e internacionales tanto para brindar asesoría y capacitación como para fomentar contactos y el intercambio entre profesionales de distintos países. Las actividades nombradas se preparan y se implementan en lo posible conjuntamente con contrapartes locales.

Adicionalmente, el Programa Estado de Derecho edita regularmente *publicaciones jurídicas* sobre temas relacionados con nuestras actividades. Todas las publicaciones son distribuidas a bibliotecas de facultades de derecho, juzgados, parlamentos y organizaciones de la sociedad civil de todo el continente.