

Ponencia

Autor: Set Geovani Salguero Salvador

Institución de pertenencia: Universidad Rafael Landívar

País: Guatemala

Línea de investigación: Derecho

Panel: El Poder Judicial en la Sociedad Democrática. Problemas de Interpretación y Argumentación Jurídicas

La Inconstitucionalidad por omisión en Guatemala

Introducción

La inconstitucionalidad por omisión constituye una modalidad de control de constitucionalidad normativo ajeno al diseño kelseneano, según la cual, los órganos encargados del control jurisdiccional de la constitucionalidad de disposiciones normativas son verdaderos legisladores negativos, al estar facultados para expulsar de los ordenamientos jurídicos la preceptiva que viole el articulado que conforma el texto fundamental.

Pese a la falta de previsión original, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial constitucional posibilitó dar cabida a la referida modalidad. Ello es así porque el Magno Texto puede ser vulnerado no solo a raíz de la emisión de disposiciones normativas, sino por incumplimiento de un mandato constitucional.

De la Corte de Constitucionalidad guatemalteca –en adelante CC– han derivado interesantes fallos que dan cuenta del paulatino avance que se ha experimentado en esta temática, al punto de contar con algunos fallos estimativos que hacen acopio de las más avanzadas tendencias en materia de control constitucional de omisiones normativas, tal como la sentencia de 17/07/2012 (Exp. 1822-2011).

En el presente trabajo se hace un esfuerzo de síntesis a fin de exponer el contenido y los aspectos característicos que, según la doctrina, corresponden a este importante mecanismo de control; para ello se encontró apoyo en fallos emitidos por la CC.

1. Aproximación al tema de la inconstitucionalidad por omisión

El examen constitucional de una disposición normativa se produce con relación al vicio que el interponente del mecanismo procesal señale. La práctica ha demostrado que tal vicio vulnerador del Magno Texto puede producirse tanto por la existencia de tal disposición como por su ausencia que configure el incumplimiento de un mandato contenido en un precepto constitucional; verbigracia: la inobservancia de lo ordenado en normas programáticas constitucionales que ordenan que se regule determinado asunto.

En apoyo a lo anterior se evoca a Sagüés, quien indica que el órgano encargado de normar: “...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), al no reglamentar el Poder Ejecutivo la ley dictada por el Congreso, cuando así debe hacerlo. [Como consecuencia, se pregunta:] *¿Es posible, ante tal situación, pensar en un control de constitucionalidad por omisión del Estado?*”¹

2. Surgimiento y desarrollo

El jurista antes citado también refiere que la inconstitucionalidad por omisión pareciera ser una novedad en el Derecho Constitucional; empero, “...el problema está ya en el parto

¹ Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional*. tomo I. Buenos Aires, Ed. Astrea, segunda edición, 1989, pp. 86 y 87.

mismo del sistema de control judicial de constitucionalidad. ‘*Marbury vs. Madison*’, en efecto, importó un caso de tal tipo, ante la renuencia del entonces Secretario de Estado Marbury, siguiendo instrucciones del Presidente Jefferson, de no comunicar ciertos nombramientos judiciales hechos por el Presidente Adams en los últimos momentos de su gestión.”². Lo transcrito pone de manifiesto que la actividad jurisdiccional relacionada con el control de conductas omisivas violatorias a la Constitución no es enteramente novedoso. El referente a que hace relación Sagüés se produjo dentro del marco del modelo difuso de control constitucional.

Los primeros tribunales constitucionales que emergieron dentro del esquema concentrado se establecieron inspirados en la doctrina kelseneana, la cual postula que esos órganos jurisdiccionales son verdaderos legisladores negativos, porque, de producirse la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa, esta es expulsada del ordenamiento jurídico. Así las cosas, el diseño original de ese sistema de control constitucional no previó la posibilidad de examinar una omisión de emisión de una disposición normativa, según orden del texto constitucional.

A juicio de Fernández Segado, el escollo resultante de la falta de previsión de un instrumento procesal para controlar las inconstitucionalidad producidas por las omisiones fue resuelto originalmente por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual admitió la posibilidad de realizar ese control por los siguientes conductos: “*primero, admitiendo el recurso de queja constitucional (Verfassungsbeschwerde) como vía procesal adecuada para hacer frente a las omisiones del legislador vulneradoras de derechos fundamentales del recurrente, recurso que más tarde iba asimismo a admitirse frente a sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores lesivas de derechos, de resultas, básicamente, de la inexistencia de normas legislativas que diesen plena eficacia a determinadas posiciones constitucionales. Finalmente, no obstante la específica previsión del art. 100.1 de la Grundgesetz (GG), el BVerfG ha reconocido la posibilidad de un control concreto incidental de las omisiones del legislador...*”³.

Agrega el jurista antes citado, que el mencionado tribunal alemán enfrentó un planteamiento de omisión inconstitucional en 1951, al producirse una sentencia el 19/12 de ese año, en la cual se “*excluyó que una acción del legislador pudiera dar lugar a una omisión inconstitucional.*”⁴. En ulteriores fallos emitidos en 1953, 1957 y 1958 se fue abriendo la posibilidad de que la inconstitucionalidad pudiera provenir no solo como consecuencia de una acción, sino también por omisión legislativa. No obstante, el pronunciamiento de más trascendencia acaeció el 29/01/1969, fecha en que se emitió sentencia estimatoria de un recurso en queja constitucional planteado contra una resolución del Tribunal regional de Kiel; el pronunciamiento emitido tomó en cuenta que ese órgano jurisdiccional dio prioridad a la aplicación de disposiciones contenidas en el Código Civil –cuerpo normativo preconstitucional– con respecto de la normativa constitucional reguladora del principio de igualdad, en especial el artículo 6.5. A juicio del máximo tribunal alemán, ello era consecuencia de la demora exagerada del legislador, el que, transcurridos veinte años después de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, había incumplido con emitir las disposiciones legislativas que procuraran la igualdad de los hijos habidos fuera de matrimonio con relación a los nacidos dentro de este. Desde entonces, según la jurisprudencia constitucional alemana se ha entendido que el

²Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, p. 115.

³ Fernández Segado, Francisco. “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. No. 10. Director: Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Ed. Porrúa, 2008, p. 76.

⁴ Ídem., p. 80.

parlamento incurre en violación constitucional tanto al promulgar leyes que no se ajusten al Magno Texto, como en los casos en que se cumpla un mandato que este contenga.⁵

La sucinta relación anterior pone de manifiesto cómo en el Tribunal Constitucional Federal alemán emergió y tomó forma la inconstitucionalidad por omisión; con posterioridad, ello se nutrió con la jurisprudencia y doctrina italianas que contribuyeron a la consolidación del mecanismo procesal.

En Latinoamérica, es destacable el desarrollo jurisprudencial experimentado en Colombia y Argentina; no obstante, a nivel constitucional ha sido consagrada expresamente la inconstitucionalidad por omisión en algunos Estados, tal el caso de Ecuador, Venezuela y Chiapas –México–, en los que incluso se otorga particulares facultades para superar el silencio legislativo a los tribunales constitucionales, o bien para dar lineamientos de corrección. Esto ha causado desazón en muchos.

3. Fundamento

Al igual que el control constitucional normativo, la razón de ser de este mecanismo se encuentra en el principio de supremacía constitucional, según el cual la Constitución es la *norma normarum* y de ella dependen el resto de disposiciones normativas de todo el ordenamiento jurídico y, por consecuencia, toda actuación del poder público.

Resulta ineficaz e insuficiente el sistema de control de constitucionalidad si solo está abierto a la posibilidad de controlar la legitimidad constitucional de las disposiciones normativas que confronten con el texto fundamental y si se excluye el examen de las omisiones legislativas cuando existieren mandatos de regular determinados tópicos. De esa forma, no puede dejarse a merced de la voluntad parlamentaria la promulgación o no de las leyes que constitucionalmente está obligado a dictar.

En apoyo a lo anterior, se evoca a Villaverde que expresa: “...[e]l punto de partida, como ya se ha indicado, es la supremacía de la Constitución y el indispensable control jurídico sobre la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos como mecanismo irrenunciable para hacer valer aquella supremacía impuesta por el principio democrático. Ese control debe extenderse también a las consecuencias jurídicas de la inactividad legislativa, esto es, a la norma implícita en los silencios de la ley o del legislador para comprobar si crean situaciones jurídicas no queridas por la Constitución haciendo valer la supremacía constitucional...”⁶.

Al comentar la inconstitucionalidad por omisión consagrada constitucionalmente en Ecuador, Sagüés refiere que es la Constitución misma la que: “...ha querido que la vigencia de los derechos enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas, de sancionarlas o no sancionarlas...”⁷.

Se concluye, entonces, que el fundamento del examen constitucional de toda omisión legislativa se halla en el propio texto fundamental, el cual, como fuente de todo el ordenamiento normativo, no puede ser soslayado.

4. Definición

Los párrafos que preceden son manifestación de que sí es posible el control constitucional de las omisiones normativas y que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido receptivas de esa modalidad de planteamiento.

A juicio de Víctor Bazán, el vicio de inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando “no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo

⁵ Ídem., pp. 82 y 83.

⁶ Villaverde, Ignacio. “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”. Consultado en línea el 3 de junio de 2013.

⁷ Sagüés, Néstor Pedro. “Novedades sobre Inconstitucionalidad por Omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”. *Estudios Constitucionales*. Año 7, No. 2. Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 74.

haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros.”⁸.

Por su parte, el jurista ecuatoriano Iván Castro Patiño define el instituto jurídico como: “la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.”⁹.

Para Jesús Casal, citado por Quispe Correa, “...la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía.”¹⁰.

Quispe Correa también cita al magistrado peruano Gerardo Eto Cruz, quien, al referirse a lo que denomina “silencio inconstitucional”, expone: “la inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un tiempo razonable, ocasionando por ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar a su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador.”¹¹, y más adelante agrega, con efecto aclaratorio, que: “las únicas que generarían la inconstitucionalidad por omisión serían las normas de carácter programático que de ordinario requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse.”¹².

Al hacer acopio de las notas comunes de las definiciones anteriores, el autor del presente trabajo es de la idea de que la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando se viola la Constitución por la inactividad, en un plazo razonable, por parte de los órganos a los que aquella encarga, de forma expresa o implícita, la emisión de alguna disposición normativa, o bien porque la regulación fue cumplida, pero de forma insuficiente, deficiente o discriminatoria.

5. Presupuestos

La mayoría de tratadistas consultados hacen referencia de forma vaga respecto de las condiciones de viabilidad de la inconstitucionalidad por omisión, lo cual se deduce que obedece al hecho que esta, salvo contados casos, no ha sido objeto de regulación expresa. Pese a ello, a continuación, se hace relación de algunos aportes.

Al referirse a las condiciones básicas de viabilidad del control de los silencios del legislador, Jimena Quesada indica que estos ya han sido determinados por la doctrina portuguesa, precisándose: “(a) que la Constitución establezca una orden concreta de legislar; (b) que el texto constitucional defina asimismo una imposición permanente y concreta dirigida al legislador (por ejemplo, la creación del Servicio Nacional de Salud, o de un sistema de enseñanza básica, obligatoria y gratuita); y (c) que en la Constitución se

⁸ Bazán, Víctor. “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*. No. 2. Director: Eduardo Ferrer Mac Gregor. México, Ed. Porrúa, 2004, p.199.

⁹ Castro Patiño, Iván. “Definición y Elementos de la Inconstitucionalidad por Omisión”. *Revista Jurídica*. No. 22. Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2007, p. 74.

¹⁰ Quispe Correa, Alfredo. “Inconstitucionalidad por omisión?” *Estudios Constitucionales*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, julio de 2006, p. 244.

¹¹ Ídem., p. 245.

¹² Ídem.

*consagren normas que presupongan, para obtener operatividad práctica, una mediación legislativa.*¹³

Por su parte, Sagüés, al comentar la sentencia alemana hito en la inconstitucionalidad por omisión –relacionada en el apartado 2 de este trabajo– señala: “...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.”¹⁴

Los contenidos de las definiciones relacionadas en el apartado anterior y las condiciones a que hacen referencia los juristas mencionados permiten tomar posición en cuanto a que la viabilidad de la inconstitucionalidad por omisión se sujeta fundamentalmente a tres requisitos: a) la existencia de mandato constitucional (explícito o implícito); b) la inacción del encargado de emisión de la disposición normativa; y c) el transcurso de un plazo razonable.

Se estima que los elementos mencionados son lo que determinan la concurrencia de inconstitucionalidad por inactividad por parte del encargo de emitir una disposición normativa.¹⁵ Respecto de estos, se hará referencia en las líneas subsiguientes.

5.1 Mandato constitucional

Un lugar común en el abordaje doctrinario de los silencios normativos es la coincidencia en cuanto a que no toda actitud pasiva, de parte de un órgano estatal encargado de la emisión de una disposición, es susceptible de subsanarse mediante una inconstitucionalidad por omisión, ya que lo que se exige es la existencia de un *mandato constitucional*, que constituye una obligación distinta al deber genérico de legislar, ya que implica la existencia de órdenes emanadas del texto fundamental que precisan de desarrollo infraconstitucional. De esa forma, se aprecia que no es lo mismo una laguna legal que no depende de una directriz emanada de alguna norma constitucional, que la omisión inconstitucional que sí supone un incumplimiento consciente a un deber emanada del Magno Texto.

En apoyo a lo antes expuesto, se cita a María Sofía Sagüés que indica: “...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.’”¹⁶

Con base en lo relacionado, surge la cuestionante: ¿Por qué existen los mandatos constitucionales? La respuesta que se advierte adecuada es que, por extensa que sea la Constitución, esta no puede regularlo todo, por lo que encarga a los órganos que les reconoce competencia la posibilidad de completar el precepto fundamental incompleto.

Definido lo anterior, conviene tener presente que los mandatos referidos pueden ser expresos o explícitos, cuando la directriz de actuar es directa e indubitable (ejemplo: el artículo 70 de la CPRG que establece “...Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección. [se refiere a comunidades indígenas]”; por lo que no es necesario un

¹³ Jimena Quesada. Ob. Cit., pp. 208 y 209.

¹⁴ Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional...* Ob. Cit., p. 125.

¹⁵ A los elementos enunciados pueden incluirse un presupuesto que solo opera para algunos Estados, tales como Venezuela y Ecuador, en los que se ha regulado la facultad del órgano jurisdiccional de subsanar la omisión violatoria de la constitución nuestro juicio, este último puede ser considerado un requisito no generalizado. Sobre el particular, véase: Sagüés, Néstor Pedro. “Novedades sobre Inconstitucionalidad por Omisión...”. Ob. cit.

¹⁶ Sagüés, María Sofía. “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo IV. Coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Ed. Porrúa, 2003. p. 3097.

proceso de inferencia de lo que la disposición normativa exige cumplir; y son implícitos, cuando ese mandamiento es deducido del contenido del texto fundamental.

5.2 Inacción del encargado de la emisión normativa

Además de la existencia del mandato constitucional, para que se configure una inconstitucionalidad por omisión, es preciso que ante esa directriz de actuar se presente una actitud pasiva del encargado de dictar una disposición normativa. El ejemplo más claro de ello es el incumplimiento de un precepto fundamental de tipo programático.

Este elemento tipifica la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión de tipo absoluta, la cual se abordará más adelante.

5.3 Transcurso de un plazo razonable

El elemento temporal también es determinante para la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión; ello es así, ya que no puede estimarse incumplido un mandato constitucional luego de la inmediata promulgación de un texto fundamental. Muchas veces son las propias constituciones las que establecen los términos en que ciertos asuntos deben ser regulados. Cuando no existe regulación constitucional expresa, se advierte que el plazo “razonable” para cumplir será el tiempo adecuado para que se concrete el cumplimiento el espacio de tiempo que permita al órgano encargado integre y se ponga al tanto de su obligación de emitir la norma respectiva.

6. Clases

Fundamentalmente se suele clasificar la inconstitucionalidad por omisión en absoluta –también denominada total o material– y relativa –igualmente llamada relativa o formal–¹⁷. Esa división ha emergido de la doctrina alemana, la cual ha sido decisiva en la definición de los contenidos del mecanismo de control constitucional.

Respecto de tal clasificación, Gómez Puente indica: “*De la doctrina alemana procede la distinción entre una omisión legislativa absoluta y otra relativa. En el primer caso, la infracción constitucional se refiere a la no producción de la norma legal que el legislador está obligado a dictar. En el segundo, en cambio, la norma legal se dicta; pero cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador,...*”¹⁸.

El fragmento transcrito pone de manifiesto que una inconstitucionalidad por omisión absoluta o total se configura cuando concurren los tres presupuestos referidos con antelación; o sea: inacción del encargado de dar cumplimiento a un mandato constitucional en un plazo razonable. En tanto que la segunda modalidad se produce cuando existe la disposición normativa, pero su regulación es incompleta, deficiente o discriminatoria, inobservándose las previsiones normadas en el Magno Texto.

7. La inconstitucionalidad por omisión en Guatemala

En Guatemala no está regulado de forma expresa mecanismo alguno relacionado con el control constitucionalidad de omisiones normativas; de hecho, desde una óptica positivista, el examen de una omisión absoluta no sería viable a la luz de lo establecido en el artículo en el artículo 140 de la LAEPC que dispone que la estimativa de un

¹⁷ Sagüés propone una clasificación semejante; a su juicio, las omisiones normativas provocan inconstitucionales por mora o por negación; la primera concurre cuando algunos órganos Estatales omiten cumplir lo que dispone la Constitución, configurándose “*mora en la producción de normas generales*” y la segunda “se produce cuando quien debía tomar una decisión, según la Constitución, la ha adoptado, pero ella desconoce o rechaza algo que la Constitución concede. Para abundar sobre el tema, véase: Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos...* Ob. cit.

¹⁸ Gómez Puente, Marcos. La inactividad del legislador una realidad susceptible de control. Madrid, MacGraw-Hill, 1997, pp. 26 y 27.

planteamiento de inconstitucionalidad general trae consigo la pérdida de vigencia de la disposición normativa examinada; ello supone que debe señalarse norma expresa que debe ser examinada y no el silencio del legislador.

La existencia de normas constitucionales programáticas no desarrolladas por medio de disposiciones legislativas hace imperioso contar con un instrumento que habilite el control constitucional de omisiones normativas. Puede aseverarse que el Magno Texto ha sido incumplido por falta o por deficiente desarrollo constitucional en varios tópicos, tales como los referidos en los siguientes artículos de la CPRG, los cuales disponen lo que a continuación se transcribe: **a)** 33: "...y la ley los regulará [el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación pública] con el objeto de garantizar el orden público..."; **b)** 40: "...La ley establecer las normas a seguirse con la propiedad enemiga [expropiación en caso de guerra]"; **c)** 70: "...Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección. [comunidades indígenas]"; **d)** 127: "**Régimen de aguas...** Una ley específica regulará esta materia."; y e) 3 transitorio: "...El Congreso de la República emitirá una ley relativa a la nacionalidad a la brevedad posible".

Pese a la falta de regulación ya relacionada, por vía jurisprudencial, la CC ha abierto el camino al examen constitucional de las omisiones objeto de estudio, especialmente, las denominadas relativas. Ello ha sido posible ya que, en algunos casos, los propios litigantes han instado esa forma de control.

8. Desarrollo jurisprudencial de la inconstitucionalidad por omisión

Primeramente, se evoca la sentencia dictada por la CC el 19/07/1994 (Exp. 179-94); ello con el objeto de destacar que desde lejanas fechas se la instado localmente el control constitucional de omisiones legislativas. El pronunciamiento emitido señala: "*Refiere el accionante que el Decreto impugnado viola por omisión, el artículo 23, nuevo transitorio, de la Constitución Política de la República, ya que, como consecuencia del mismo, podría elegirse un Congreso que no podrá tomar posesión; en el caso de que lo hiciera substituiría a un Congreso inexistente y podría darse la coexistencia de dos Congresos.*" El tribunal analizó el planteamiento y, al final, estableció: "*...Es decir, no existe la inconstitucionalidad por omisión que se ha interpuesto...*".

El ejemplo anterior es indicativo de que las acciones constitucionales contra la conducta ociosa del legislador no resulta algo reciente; pese a ello, el desarrollo más interesante se ha producido en el último lustro del cual emanan los ejemplos que se relacionan a continuación.

En 2009 fue instada una acción de inconstitucionalidad general total contra la omisión del Congreso de la República en la emisión de la normativa específica a la que estaba obligado, de conformidad con el artículo 70 de la CPRG. Como puede apreciarse, el vicio objetado era la ausencia absoluta de la ley a que se refiere el texto constitucional. En esa ocasión se condicionó la admisión a trámite del planteamiento al señalamiento de la norma concreta que cuestionaba, al no haberse hecho se emitió resolución de 2/03/2009, que rechazó *in limine* la petición, por considerar: "*...Así, al no haber sido reclamada la intervención de esta Corte en forma legal en asuntos de su competencia, no está en la obligación de tramitar la solicitud planteada ni de efectuar pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión aducida; ello en atención a la exclusión que, interpretado contrario sensu, contempla el artículo 183 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Por consiguiente, dicha solicitud será rechazada.*". Ello significa que el solicitante ni siquiera logró que le fuera admitida a trámite su petición de examen de una de las omisiones más latentes y sentidas en la sociedad guatemalteca, la relativa a la emisión de la ley de comunidades y pueblos indígenas.

Un paso adelante se produjo más de un año después cuando un planteamiento semejante –por objeción de omisión absoluta– sí fue admitida a trámite y fue conocida en

sentencia de 8/02/2011; no obstante en esta se resolvió: “... esta Corte estima que efectivamente concurre la ausencia de labor legislativa por parte del Congreso de la República en cuanto al tópico que el accionante estima que se ha omitido legislar, a pesar de existir mandato constitucional. No obstante, el planteamiento formulado no puede prosperar dado que se ha incumplido una de los requisitos esenciales de viabilidad de la inconstitucionalidad directa: la cita puntual de la norma jurídica de la que se acusa contravención constitucional, la cual debe gozar de generalidad y de vigencia; ello es así, ya que si no se formula tal señalamiento no se posibilitaría la confrontación de la norma constitucional y la infraconstitucional...”.

La emisión de sentencia en el caso antes mencionado pone de manifiesto que la CC realizó el trámite respectivo y que, al emitir pronunciamiento, advirtió la concurrencia de la omisión absoluta señalada por el promotor de la acción, pero no estimó el planteamiento por no existir disposición normativa a examinar. Unos días después, el 22/02/2011, (Exp. 2242-2011) el mismo tribunal examinó otro caso –en el que también se objetó omisión absoluta– y emitió un fallo en el que ya no efectuó un reparo similar al anterior, pues entró a conocer el fondo del asunto. Véase: “...La *quid juris* sometida a conocimiento de esta Corte, radica en si la no inclusión de la palabra ‘racial’ en el artículo 376 del Código Penal, como parte de la tipificación del delito de Genocidio, vulnera y tergiversa preceptos contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. [...] Al aplicar los anteriores postulados al caso concreto, esta Corte no encuentr[a] vulneración por omisión a la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que al haber incluido en la norma ordinaria la denominación de ‘grupos étnicos’, ésta abarca también a los denominados ‘grupos raciales’.”

El paso más significativo en cuanto a la viabilidad de una inconstitucionalidad por omisión se produjo en la sentencia de 17/07/2012 (Exp. 1822-2011), en la que se acogió el primer planteamiento de inconstitucionalidad por omisión relativa. En el pronunciamiento se hace relación que esa modalidad omisiva “puede ocurrir [por] transgresión a la igualdad cuando el legislador establece determinados supuesto que favorecen a ciertos grupos y olvida otros que provocan una norma desigual e incompleta. [Además] la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los artículos 44 y 46 de la propia Constitución vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos. Especial relevancia tiene una denuncia de violación a esa preceptiva constitucional, sobre todo si la omisión consiste en o configura un incumplimiento de una obligación o deber originado como consecuencia de la celebración o ratificación de un tratado internacional en materia de derechos humanos, cuya preeminencia sobre el derecho interno se contempla en el precitado artículo 46.”.

La relevancia del fallo antes comentado es que dedica todo un considerando para explicar esta modalidad atípica de acción de inconstitucionalidad general; además, de forma por demás didáctica, se dejó plasmadas las diferencias entre las variantes existentes –absoluta y relativa, abriendo totalmente las puertas a la última, sin cerrarlas para la otra–; se citó precedentes jurisprudenciales locales y de otros tribunales constitucionales; se trajo a cuenta referentes doctrinarios y de Derecho Comparado; y, como se expresó en el párrafo precedente, se dejó asentado que el señalamiento puede estar sustentada en transgresión constitucional no solo por inobservancia directa a fragmento alguno de la CPRG, sino también por incumplimiento de un deber que emana del texto fundamental, tal como los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los derechos humanos, por medio de tratados, a cuyo contenido se les reconoció expresamente el carácter de *bloque de constitucionalidad*.

En el segmento resolutivo del fallo que se comenta se dispuso declarar: “**Con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada...** [además, se estableció que] el

artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente. [Y agregó exhortación a titulares de iniciativa de ley, a saber: diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, para:] asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia...”.

Con posterioridad se emitió la sentencia de 14/03/2012 (Exp. 4238-2011), en la que nuevamente se examinó un planteamiento de inconstitucionalidad por omisión relativa, la cual fue declarada sin lugar. Se advierte relevante que, a pesar de tal desestimación, al final se optó por efectuar una exhortación en el siguiente sentido: “...*sin embargo [de la declaratoria sin lugar], se exhorta 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.*”.

En el fallo dictado el 14/02/2013 (Exp. 266-2012), la CC examinó una nueva acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa; a pesar de la variante instada, el tribunal dejó asentado lo siguiente: “*Las omisiones absolutas no puede configurar un vicio que pueda ser objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta. Esto se explica porque si la función esencial de esta Corte es la defensa del orden constitucional, no sería adecuado, a la luz de las disposiciones del texto supremo que este tribunal por pretender subsanar aquella omisión, asumiera no solo una posición extremadamente activista sino que además estaría rebasando el ámbito de sus atribuciones, al arrogarse una función legislativa que en la Constitución le fue concedida a un organismo específico del Estado (Congreso de la República). En todo caso, precisa esta Corte que al estarse ante una omisión absoluta, quienes se consideren afectados con aquella pueden acudir ante sus representantes electos para el Congreso de la República de acuerdo con un sistema democrático de representación indirecta,...*”. Ahora bien, refiriéndose a las omisiones relativas, se estableció: “...*son las únicas que son justiciables en la jurisdicción constitucional, el mandato constitucional omitido debió estar vigente al momento en que entró en vigor la disposición infraconstitucional contentiva de aquella omisión...*”.

Se estima sano que en el último fallo transcrito se hayan establecido los presupuestos de viabilidad de la variante relativa de inconstitucionalidad por omisión y que ello se realizara con sustento doctrinario; no obstante, a criterio del autor de este trabajo, el hecho que la disposición normativa examinada tenga vigencia preconstitucional no debe ser óbice para que pueda ser superada una deficiencia existente en un precepto contenido en un cuerpo normativo de inferior jerarquía al texto constitucional; ello porque lo verdaderamente relevante al concretarse el control constitucional de una omisión relativa no es responsabilizar a un órgano por el incumplimiento, sino evitar que, a la par de la CPRG, coexista un precepto que la contradiga.

5. Reflexiones (a manera de conclusión)

a. Los referentes históricos evocados posibilitan advertir que la inconstitucionalidad por omisión emergió dentro del marco del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual reparó que el texto fundamental puede ser violado por la emisión de disposiciones normativas, como por la falta de emisión de estos a pesar

de una previsión constitucional. Por tal razón, se concluye que su surgimiento es consecuencia de haberse reparado la existencia de formas distintas de vulneración constitucional de las que previó Kelsen.

b. La jurisprudencia constitucional guatemalteca producida en el último lustro es elocuente en cuanto a los avances que localmente ha experimentado la inconstitucionalidad por omisión; ello se ha producido con evidente prudencia y por medio de fallos valiosos con argumentaciones que dan cuenta del paulatino despojo del espíritu positivista por par de la CC.

c. Para superar muchas de las dificultades que en Guatemala ha enfrentado la inconstitucionalidad por omisión como mecanismo de control constitucional normativo, lo ideal es su regulación expresa, tal como ya ocurre en otros ordenamientos jurídicos.

6. Bibliografía

- Bazán, Víctor. “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*. No. 2. Director: Eduardo Ferrer Mac Gregor. México, Ed. Porrúa, 2004.
- Castro Patiño, Iván. “Definición y Elementos de la Inconstitucionalidad por Omisión”. *Revista Jurídica*. No. 22. Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2007.
- Fernández Segado, Francisco. “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. No. 10. Director: Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Ed. Porrúa, 2008.
- Gómez Puente, Marcos. *La inactividad del legislador una realidad susceptible de control*. Madrid, MacGraw-Hill, 1997.
- Jimena Quesada. “Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. No. 58/59. Valencia, Depto. de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración. Universitat de València, 2009.
- Quispe Correa, Alfredo. “Inconstitucionalidad por omisión?” *Estudios Constitucionales*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, julio de 2006.
- Sagüés, María Sofía. “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo IV. Coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Ed. Porrúa, 2003.
- Sagüés, Néstor Pedro. “Novedades sobre Inconstitucionalidad por Omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”. *Estudios Constitucionales*. Año 7, No. 2. Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.
- ----- . *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008.
- ----- . *Derecho procesal constitucional*. tomo I. Buenos Aires, Ed. Astrea, segunda edición, 1989.
- Villaverde, Ignacio. “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”. Consultado en línea el 3 de junio de 2013.