

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“ANÁLISIS DEL EFECTO DE REVIVISCENCIA, SUS ALCANCES Y LÍMITES EN CASO DE CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE NORMAS JURÍDICAS”

TESIS DE GRADO

CARLOS HUMBERTO PINEDA MAZARIEGOS

CARNET 10447-12

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“ANÁLISIS DEL EFECTO DE REVIVISCENCIA, SUS ALCANCES Y LÍMITES EN CASO DE CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE NORMAS JURÍDICAS”

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

CARLOS HUMBERTO PINEDA MAZARIEGOS

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. JORGE LUIS CORDOVA NOGUERA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA

Jorge Luis Córdova Noguera

Abogado y Notario

Guatemala de la Asunción, 25 de agosto de 2017

Magister Christian Roberto Villatoro Martínez
Secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Señor Secretario,

De conformidad con la resolución del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por medio de la cual se me nombró como asesor de tesis del estudiante Carlos Humberto Pineda Mazariegos, me dirijo a ustedes con el objeto de informarles lo siguiente:

1. El alumno inició y culminó su trabajo de tesis denominado: «ANÁLISIS DEL EFECTO DE REVIVISCENCIA, SUS ALCANCES Y LÍMITES EN CASO DE CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE NORMAS JURÍDICAS»
2. Luego de revisar el trabajo del alumno, puede señalarse que éste fue elaborado siguiendo los requisitos e instrucciones establecidas en el INSTRUCTIVO PARA ELABORACIÓN DE TESIS DE GRADUACIÓN DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
3. La investigación desarrollada por el alumno cumple con las expectativas y requerimiento exigidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
4. El estudiante Pineda Mazariegos tomó en cuenta las observaciones que durante el desarrollo de la investigación tuvo oportunidad de hacerle, situación que confirmo tras leer la versión final de tesis que somete a consideración de ustedes.
5. La bibliografía consultada y mencionada en el trabajo es la apropiada para una tesis de sus características.

6. Las normas e instituciones de Derecho comparado analizadas permitieron advertir las experiencias extranjeras respecto de los diferentes temas que se abordan, los que, además, resultan de interés en la actualidad.
7. Por lo antes manifestado, mi dictamen es en SENTIDO FAVORABLE, CON RECONOCIMIENTO.

Por lo antes expuesto, considero que el trabajo se ha concluido satisfactoriamente. Por ello, estimo pertinente que se continúe con los trámites que correspondan, de conformidad con el Reglamento de Tesis de la Facultad.

Me suscribo atento,

Jorge Luis Córdova Noguera





Lic. Juan Francisco Golom Nova M.A.
Abogado y Notario

Guatemala 5 de septiembre de 2017

Dr. Rolando Escobar Menaldo
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad Rafael Landívar.

Estimado Dr. Escobar:

Conforme nombramiento, para ser Revisor de Fondo de la tesis de grado: "**ANÁLISIS DEL EFECTO DE REVIVISCENCIA, SUS ALCANCES Y LÍMITES EN CASO DE CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE NORMAS JURÍDICAS**" del estudiante **CARLOS HUMBERTO PINEDA MAZARIEGOS** carné: **1044712** de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, rindo el presente informe:

1. He procedido a revisar el documento presentado el estudiante Pineda Mazariegos, de la revisión del mismo, se le orientó a efecto elaborar las correcciones pertinentes las cuales ha entregado satisfactoriamente.
2. Hago constar que el documento final cumple con los prepuestos establecidos conforme la normativa académica vigente.
3. Deseo destacar la alta calidad académica del trabajo de grado presentado, mismo que indudablemente será texto de obligada consulta para los estudiosos del derecho constitucional, razón por la cual solicito sea considerado para ser postulada dentro de los trabajos de grado que son merecedores de reconocimiento académico.
4. Cumplidos los requisitos tanto de forma como de contenido del trabajo de grado, en mi calidad de Revisor de Fondo y Forma, otorgo **DICTAMEN FAVORABLE** para que el estudiante **CARLOS HUMBERTO PINEDA MAZARIEGOS** pueda solicitar la autorización para la publicación de su tesis de grado.

Sin otro particular me suscribo,

Atentamente,



Lic. Juan Francisco Golom Nova M.A.
Abogado y Notario

jfgolom@yahoo.es



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante CARLOS HUMBERTO PINEDA MAZARIEGOS, Carnet 10447-12 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07569-2017 de fecha 5 de septiembre de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

“ANÁLISIS DEL EFECTO DE REVIVISCENCIA, SUS ALCANCES Y LÍMITES EN CASO DE CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE NORMAS JURÍDICAS”

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 19 días del mes de septiembre del año 2017.



**LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar**

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Carlos Humberto Pineda González e Irma Yolanda Mazariegos Salvatierra, a quienes debo todo lo que soy y seré. Por su amor incondicional y las noches de desvelo en las que me acompañaron para alcanzar esta meta.

A mi hermano, Gustavo Adolfo Pineda Mazariegos, porque siendo su hermano mayor me obliga a esforzarme para darle un buen ejemplo y con quien he compartido la experiencia de haber elegido la misma profesión.

A Rodrigo José Ramírez Girón, mi mejor amigo, compañero y hermano en estos años de universidad, por tantas experiencias que hemos pasado juntos y que nos han hecho crecer a ambos, con quien deseo guardar esta amistad hasta que seamos ancianos.

A Manuel Andres Canahui Morales, porque conocerlo marcó un antes y un después en mi forma de ver el derecho, de quien he aprendido tanto y ha sido un verdadero ejemplo a seguir. Y porque la luz índigo siempre estará ahí para dedicarle nuestro trabajo a los seres sintientes del mundo.

A Barbara Estephany Castillo Castillo, por haber compartido conmigo el proceso de elaboración de tesis y estudio de privados. Una gran amiga a quien guardo un enorme cariño.

A mis amigos de la promoción 52 del Liceo Javier, por haber sentado en mi las bases del compañerismo y trabajo en equipo. Especialmente a Víctor Noé Valladares Díaz, Jhon Alexander Olave Matiz, Oscar Eduardo Orellana, Andrés Ramos Galindo, Carlos Javier Liu Wong y Juan Carlos Arévalo a quienes siempre guardaré un enorme cariño.

A Víctor Noé Valladares Díaz, a quien debo un especial agradecimiento por haber salvado mi vida.

A mi asesor de Tesis, Licenciado Jorge Luis Córdova Noguera, y a mi revisor, Magister Francisco Golom Nova, por su acompañamiento, consejos y correcciones. Porque sin su apoyo este trabajo de grado no hubiera sido posible.

A mis amigos de la Universidad Rafael Landívar, Adriana Victoria López Orizabal, José Andrés Jiménez, Miguel Angel Colop Fuentes, José Gerardo Villamar del Cid y Edgar Gustavo Roberto Lima Muñoz, porque con su amistad hicieron de mi paso por la universidad una experiencia memorable.

A mis compañeros de CAJ, Miguel Angel Colop Fuentes, Ana Lucia Castillo Arriaga y Rodrigo José Ramírez Girón, por haber sido mi familia durante esos seis meses de práctica.

A mis catedráticos de la Universidad Rafael Landívar, por tanto que he aprendido de ustedes. Con especial agradecimiento al Licenciado Oscar Alfredo Poroj Subuyuj por su confianza, apoyo y don de docencia.

Al Doctor Rolando Escobar Menaldo, por ser un Decano que vela siempre por el bienestar de los estudiantes, teniendo las puertas de Facultad abiertas para apoyar a quien lo necesite. Un ejemplo a seguir a quien guardo un enorme cariño.

A la Magister Angélica Yolanda Vásquez Girón, Doctor Nestor Pedro Sagüés, Doctor Julio César Cordón Aguilar, por haberme guiado y ayudado en el proceso de elaboración de mi tesis, quienes me enseñaron que a pesar de ser mentes brillantes, nunca se debe perder la humildad y el deseo de aprender cosas nuevas.

A mis amigos de TOGA, y a la Asociación de Estudiantes de Derecho -AED- 2016, por haberme enseñado a trabajar en equipo y porque gracias a ustedes pude conocer a muchos amigos.

- En todo amar y servir (San Ignacio de Loyola)

Responsabilidad: El investigador es el único responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC	Corte de Constitucionalidad
CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DDHH	Derechos Humanos
LAEPC	Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad
LEPP	Ley Electoral y de Partidos Políticos
LOJ	Ley del Organismo Judicial
OE	Organismo Ejecutivo
OJ	Organismo Judicial
OL	Organismo Legislativo
Pág. /Págs.	Página. /Páginas
PDH	Procuraduría de los Derechos Humanos
RAE	Real Academia Española

RESUMEN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo analiza la reviviscencia de normas jurídicas derogadas, declarada así en el marco de la Justicia Constitucional para evitar vacíos legales producto de la expulsión del ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales. Ello con el fin de establecer los alcances y límites de su aplicación en Guatemala.

El primer capítulo desarrolla lo relativo al sistema de normas jurídicas, considerando a la Constitución como la *norma normarum*, y a la defensa del orden constitucional como el mecanismo para hacer valer sus postulados, haciendo énfasis en los sistemas de control constitucional normativo.

En el segundo capítulo se aborda el control constitucional abstracto de normas jurídicas en Guatemala, desarrollando su naturaleza jurídica, presupuestos procesales, clasificaciones y principios con el objeto de determinar los efectos (típicos y atípicos) de la declaración de inconstitucionalidad de leyes de carácter general.

En el capítulo tercero se analiza el ámbito temporal de validez de la norma jurídica, su vigencia formal y material, derogación, eficacia y validez. También, se establecen a nivel teórico-doctrinario los presupuestos de la reviviscencia de normas jurídicas.

Por último, constituyendo los capítulos anteriores el marco de contextualización teórico, el capítulo cuarto (final) se divide en tres partes. La primera, presenta los resultados obtenidos de la investigación en el derecho comparado. La segunda, presenta los resultados obtenidos de las entrevistas a expertos en materia constitucional. Y la tercera, aborda el análisis y discusión de resultados en la que el autor condensa lo expuesto en la tesis y presenta su aporte.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO 1	
Sistema de normas jurídicas y defensa del orden constitucional	1
1.1. La Constitución	1
1.1.2. Constitución como <i>norma normarum</i>	7
1.1.3. Antecedentes históricos	9
1.1.4. Tipología de la Constitución	14
A. En cuanto a su forma	14
B. En cuanto a su origen	15
C. En cuanto a su procedimiento de reforma	16
D. En cuanto a extensión	17
E. En cuanto a la clasificación ontológica	17
1.2. Jerarquía normativa	14
1.3. Norma jurídica	20
1.3.2. Características de las normas jurídicas	21
A. Generalidad y abstracción	21
B. Coercitividad	22
C. Heterónomas	22
1.3.3. Tipología de las normas jurídicas	23
A. En cuanto a su aplicabilidad inmediata	23
B. Por su destino (o competencia)	23
C. Por su disponibilidad	23
1.4. Principios constitucionales	24
1.4.2. Principio de supremacía constitucional	25
1.4.3. Principio de control	27
1.4.4. Principio de limitación y de razonabilidad	27
1.4.5. Principio de estabilidad	28
1.4.6. Principio de funcionalidad	28
A. Principio de no concentración	30
B. Principio de cooperación	30

C. Principio de no bloqueo	30
1.5. Orden constitucional y Estado Constitucional de Derecho desde el Neoconstitucionalismo	31
1.6. Defensa del orden constitucional	35
1.6.2. Protección del orden constitucional	37
A. Protección constitucional política	37
B. Protección constitucional económica	39
C. Control constitucional jurídico	40
D. Protección constitucional social	40
1.6.3. Garantías constitucionales	41
1.7. Control constitucional de la Ley	43
1.7.2. Antecedentes	44
1.7.3. Sistemas de control constitucional de normas	50
A. Sistema de control constitucional difuso	50
B. Sistema de control constitucional concentrado	52
C. Sistema de control constitucional paralelo	55
D. Sistema de control constitucional de normas en Guatemala	56

CAPITULO 2

Inconstitucionalidad de ley de carácter general: control abstracto de normas en Guatemala	61
2.1. Antecedentes de la Inconstitucionalidad en Guatemala	62
2.2. Naturaleza Jurídica	63
2.3. Presupuestos procesales del planteamiento	66
2.3.1. Legitimación Activa	67
2.3.2. Normas impugnables (Legitimación pasiva)	69
A. Inconstitucionalidad en contra de una ley	70
B. Inconstitucionalidad en contra de reglamentos	71
C. Inconstitucionalidad en contra de disposiciones generales	72
D. Otras consideraciones	73
2.3.3. Temporalidad u oportunidad	75
2.3.4. Parámetro de control	78

2.3.5.	Análisis confrontativo	79
2.4.	Competencia para conocer: la Corte de Constitucionalidad	81
2.4.1.	Antecedentes: Tribunales Constitucionales (como legislador negativo en caso de control constitucional normativo)	82
2.4.2.	Antecedentes: Corte de Constitucionalidad de Guatemala	87
2.4.3.	Jurisdicción y Justicia Constitucional en Guatemala	89
2.5.	Clasificación del vicio de inconstitucionalidad	91
2.5.1.	Por su alcance	91
A.	Vicio total	9
B.	Vicio parcial	92
2.5.2.	Por su naturaleza	93
A.	Vicio de fondo	93
B.	Vicio de forma	94
C.	Inconstitucionalidad sobrevenida	95
2.6.	La sentencia de inconstitucionalidad general	96
2.7.	Principios de la sentencia de inconstitucionalidad general	98
2.7.1.	Principio de supremacía constitucional	98
2.7.2.	Principio democrático	99
2.7.3.	Principio de congruencia	99
2.7.4.	Principio <i>indubio pro-legislatoris</i>	100
2.7.5.	Principios de interpretación constitucional	101
A.	Principio de la unidad de la Constitución	101
B.	Principio de concordancia práctica	101
C.	Principio de la eficacia integradora de la Constitución	102
D.	Principio de adaptación a las circunstancias	102
2.8.	La sentencia estimatoria y sus efectos	102
2.8.1.	Efectos materiales	103
2.8.2.	Efectos temporales	105
A.	Efectos <i>ex tunc</i>	105
B.	Efectos <i>ex nunc</i>	106
C.	¿Qué efecto es el aplicable?	107

2.8.3.	Efectos espaciales y personales	111
2.8.4.	Otros efectos de la inconstitucionalidad general de normas	113
A.	Provisionales	113
B.	Definitivos	113
C.	Para las normas reglamentarias	113
D.	Cosa juzgada formal	113
E.	Cosa juzgada material	113
2.9.	Sentencias atípicas	114

CAPÍTULO 3

Ámbito temporal de validez de la norma y el efecto de reviviscencia **121**

3.1.	Ámbito temporal de validez de la ley	122
3.1.1.	Vigencia de las normas	122
A.	Vigencia determinada	124
B.	Vigencia indeterminada	125
3.1.2.	Derogación de la ley	125
A.	Derogación expresa	126
B.	Derogación tácita	126
3.1.3.	Formas de aplicación de leyes en el tiempo	129
A.	Retroactividad de la ley	129
B.	Aplicación inmediata	132
C.	Ultractividad	132
D.	Teoría de los derechos adquiridos	134
E.	Teoría de los hechos cumplidos	135
3.2.	Eficacia y validez de las normas jurídicas	136
3.2.1.	Vigencia y eficacia	136
3.2.2.	Vigencia y validez	137
3.3.	Concepto de reviviscencia	144
3.3.1.	Reviviscencia parcial	147
3.3.2.	Reviviscencia total	148
3.4.	Antecedentes del efecto de reviviscencia	148

3.5. Vacios legales como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad general de normas	150
---	-----

CAPÍTULO 4

Presentación, análisis y discusión de resultados	155
4.1. Presentación de resultados: efecto de reviviscencia en el derecho comparado	156
4.1.1. Efecto de reviviscencia en Colombia	157
4.1.2. Efecto de reviviscencia en México	164
4.1.3. Efecto de reviviscencia en Perú	170
4.1.4. Efecto de reviviscencia en Panamá	175
4.1.5. Efecto de reviviscencia en Costa Rica	179
4.1.6. Efecto de reviviscencia en España	187
4.1.7. Efecto de reviviscencia de normas en Alemania	190
4.1.8. Efecto de reviviscencia de normas en Guatemala	191
4.2. Presentación de resultados: criterio de los expertos	202
4.3. Análisis y discusión de resultados: alcances y límites del efecto de reviviscencia	213
4.3.1. De los alcances del efecto de reviviscencia	213
4.3.2. De los límites del efecto de reviviscencia	227
CONCLUSIONES	247
RECOMENDACIONES	253
REFERENCIAS	255
ANEXOS	268

INTRODUCCIÓN

El efecto del control constitucional abstracto de normas jurídicas es la expulsión de la disposición impugnada del ordenamiento jurídico por contener un vicio de inconstitucionalidad. Sin embargo, en ocasiones esto genera la incertidumbre sobre lo que sucede con las normas que fueron derogadas por la que fue declarada inconstitucional posteriormente, generándose en muchas ocasiones vacíos legales gravosos para el orden constitucional.

Esto porque la norma derogada ya no puede ejercer ninguna clase de efecto regulador a situaciones acaecidas después de su derogación y la norma declarada inconstitucional ya no pertenece al ordenamiento jurídico por declaración de la Corte de Constitucionalidad.

Tal extremo genera un problema porque el hecho de que determinada materia no se encuentre regulada positivamente no la hace menos jurídica. Y a pesar de que existen varias formas de subsanar los vacíos legales por medio de métodos de integración del derecho, lo cierto es que en ciertas ocasiones estos resultan insuficientes y se presenta una verdadera falta de seguridad jurídica.

Esto reviste de mayor importancia cuando la materia que ha quedado sin regulación afecta directamente derechos fundamentales, que constituyen parte fundamental del Estado Constitucional de Derecho. Al respecto, algunos Tribunales Constitucionales de la región han optado por «revivir» a la norma derogada por la que ha sido declarada inconstitucional y subsanar así el vacío normativo.

Sin embargo, tal activismo judicial genera grandes cuestionamientos sobre la constitucionalidad, legalidad y legitimidad de la decisión, pues el Tribunal Constitucional asume competencias que en un sistema republicano de división de poderes le corresponden únicamente al Organismo Legislativo (u otros órganos o instituciones en caso de normas reglamentarias o disposiciones de carácter general). Extremo que hace

surgir la pregunta de investigación: ¿Cuáles son los alcances y límites del efecto de reviviscencia en caso de control constitucional abstracto de normas jurídicas?

En concordancia con lo anterior el objeto general de la investigación fue analizar los alcances y límites del efecto de reviviscencia dentro del marco de la Justicia Constitucional. A partir del cual se elaboraron objetivos específicos que consistieron en: a) Desarrollar los alcances del principio de supremacía constitucional en el sistema de normas jurídicas; b) Exponer los principales sistemas de control constitucional de normas, con énfasis en el aplicable a Guatemala; c) Determinar los presupuestos, principios, alcances y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de leyes de carácter general; d) Establecer los presupuestos y casos de procedencia de la reviviscencia de normas en el marco de la Justicia Constitucional; e) Explicar la forma en que la reviviscencia de normas jurídicas puede ser utilizada para subsanar vacíos legales provocados por la declaración de inconstitucionalidad de una ley; y f) Estudiar las posibles colisiones entre la aplicación del efecto de reviviscencia de normas y otras figuras como la derogación, la nulidad de los efectos derogatorios, la reserva de ley, los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad general y el rol de legislador negativo del Tribunal Constitucional.

En cuanto a los alcances de la investigación se tiene que en el ámbito material se apoya en el Derecho Constitucional, Teoría del Estado, y Derecho Comparado. Con respecto al ámbito espacial se analizará la procedencia de la declaración de reviviscencia de normas para el caso de la Justicia Constitucional guatemalteca. Sin perjuicio de analizar el derecho comparado correspondiente. Sobre el ámbito temporal se estudiará la aplicación de la reviviscencia de normas con base a los postulados de la Constitución guatemalteca vigente desde el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, sin perjuicio de la contextualización histórica necesaria

Si bien es cierto la materia del derecho constitucional está desarrollada en amplia bibliografía, en cuanto al tema específico de la reviviscencia de normas dentro del marco de la justicia constitucional no se cuenta con

referente bibliográfico nacional y escasas situaciones han sido abordadas por la Corte de Constitucionalidad.

Sin embargo, para superar dichas limitaciones se utilizaron como instrumentos de investigación los siguientes: a) Cuadros de cotejo, para comparar la aplicación que se ha tenido de la reviviscencia de normas en el derecho comparado, específicamente en cuanto a la aplicación que ha tenido por parte de los Tribunales Constitucionales (u órganos que hagan sus veces) de los países de: Colombia, México, Perú, Panamá, Costa Rica, España y Alemania; b) Entrevistas, para obtener el criterio de expertos en Derecho Constitucional sobre la aplicación del efecto de reviviscencia en caso de control constitucional abstracto de normas en Guatemala.

Con base en lo anterior se pudo dar respuesta a la pregunta de investigación y alcanzar los objetivos trazados.

En ese sentido, el autor pretende brindar a la sociedad un documento que contenga un análisis crítico de los casos de procedencia, alcances y límites del efecto de reviviscencia de normas jurídicas dentro del marco de la Justicia Constitucional guatemalteca. Estableciendo, a su vez, si tal declaración conllevaría colisión alguna con otras figuras jurídicas o principios como la seguridad jurídica, la separación de poderes y el orden republicano, la reserva de ley, la labor «exclusiva» de legislador negativo del Tribunal Constitucional, y los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad. O en su caso, si a pesar de tal confrontación aún se puede justificar la reviviscencia de normas para evitar «situaciones de mayor inconstitucionalidad» producto de los vacíos legales dejados por el fallo de inconstitucionalidad general de una ley. Pudiendo ser un documento de consulta e incluso ayudar para la fijación de parámetros en futuros casos en que la Justicia Constitucional guatemalteca se vea en la necesidad de aplicar la reviviscencia de normas jurídicas.

CAPÍTULO 1

Sistema de normas jurídicas y defensa del orden constitucional

SUMARIO: 1.1. La Constitución: 1.1.1. Constitución como *norma normarum*; 1.1.2. Antecedentes históricos; 1.1.3. Tipología de la Constitución. 1.2. Jerarquía normativa. 1.3. Norma jurídica: 1.3.1. Características de la norma jurídica; 1.3.2. Tipología de las normas jurídicas. 1.4. Principios Constitucionales: 1.4.1. Principio de supremacía constitucional; 1.4.2. Principio de control; 1.4.3. Principio de limitación y de razonabilidad; 1.4.4. Principio de estabilidad; 1.4.5. Principio de funcionalidad. 1.5. Orden constitucional y *Estado* Constitucional de Derecho desde el Neoconstitucionalismo. 1.6. Defensa del orden constitucional: 1.6.1. Protección del orden constitucional; 1.6.2. Garantías constitucionales. 1.7. Control constitucional de la ley: 1.7.1. Antecedentes; 1.7.2. Sistemas de control constitucional de normas.

Uno de los *elementos del Estado*¹ es la existencia de un ordenamiento jurídico. Y para que el mismo pueda existir debe originarse de un poder *soberano*². Siendo este la voluntad política de un grupo de personas determinado, también denominada *poder constituyente*, del que emana una Constitución y sienta las bases de todo un sistema político-jurídico del que se desprenden todas las demás normas. Incluso, como señalan Alberto Pereira Orozco y Marcelo Pablo E. Richter «*toda organización política, incluida la horda, la tribu, la polis griega, etc., ya había contado con un estructura jurídico-política o Constitución.*»³ Por ello resulta importante desarrollar los elementos de un sistema de normas jurídicas tomando como punto de partida la propia Constitución,

¹ **Elementos del Estado:** población, territorio, poder (delegado en sus instituciones estatales), ordenamiento jurídico y fin determinado.

² La **soberanía** es un término político que «*es equivalente a supremo... podemos decir que el poder del Estado es un poder supremo; poder soberano equivale a ser el poder de mayor alcance, el poder que está por encima de todos los poderes sociales... la autoridad está en la comunidad y redundando en la comunidad, correspondiendo en cuanto a su ejercicio a los individuos que proveen y en la medida que éstos proveen al bien común... El Estado, en este sentido, no tiene un derecho de soberanía, sino que es soberano.*» (Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2007, págs. 353 a la 359)

³ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *Derecho constitucional*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2013, octava edición, pág. 23

y exponer la manera en que la misma contiene mecanismos para poder resguardar sus mandatos.

En el presente capítulo se desarrollará la forma en que todo el ordenamiento jurídico jerárquico surge y depende de una *lex superior*, creada por el poder constituyente, soberano. Asimismo, se analizarán las características y las clasificaciones, tanto de la Constitución, como del resto de normas jurídicas que componen este «sistema de normas». Además, se abordarán los principios constitucionales que permiten la existencia de un real estado constitucional de derecho. Y, siguiendo el orden de ideas, respecto a la supremacía constitucional se detallarán los mecanismos con que cuenta la propia Constitución para asegurar su supremacía, incluyendo, desde luego, los sistemas de control constitucional de normas jurídicas, que servirá como enlace para el próximo capítulo del presente trabajo de tesis.

1.1. La Constitución

El término «Constitución» se origina etimológicamente de una locución latina: «*constitutio*» o «*constituere*», que significa: fundar, establecer, o dar origen a algo.⁴ Ahora bien, el concepto «Constitución del Estado», como se indicaba en la parte introductoria del presente capítulo, hace alusión a la unidad política de un pueblo. «*A todo Estado corresponde: unidad política y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente en el caso crítico de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución.*»⁵Es decir, en un primer término se habla de un concepto de Constitución desde un sentido material, por cuanto no se preocupa de la forma (escrita o no), sino del contenido mismo. En su concepción más básica, se puede decir que la Constitución es un verdadero pacto social⁶, que constituye el Estado mismo, sea este pacto escrito o no.

⁴Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *La Constitución*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012, segunda edición, pág. 19.

⁵ Smith, Carl, *Teoría de la constitución*, España, Alianza Editorial, 1996, pág. 30

⁶Como aportaciones ideológicas de Thomas Hobbes y John Locke, se llega al concepto de pacto o contrato social, como forma de organización de la comunidad política: «*A través de la ficción de un estado naturaleza original dominado por un enfrentamiento radical entre sus miembros, Hobbes pudo dar*

Quiroa Lavié, citado por Pereira, sostiene que el Estado no tiene una Constitución, sino que este mismo «*es una constitución formada por tres segmentos o estructuras, a saber: la costumbre constitucional, que se expresa en la conducta del pueblo o en la práctica de los órganos de gobierno; la ideología constitucional, que constituye el sentido común social o el espíritu del pueblo, hecho de valores sociales; la normativa constitucional, hija de la lucha histórica que se encarna en la Constitución positiva del Estado.*»⁷ Es así como puede apreciarse que el Estado y la Constitución son dos cosas que van de la mano, se complementan y necesitan uno de otro. Al mismo tiempo en que un pueblo se organiza en un territorio determinado para conformar un Estado, crea una Constitución que lo ordene política y jurídicamente, por más primitiva que esta sea.

Para dar un panorama completo de lo que conlleva el concepto de Constitución es necesario tener presente sus dos elementos que distingue Lucrecio Rebello Delgado:⁸ uno eminentemente político, por medio de cual se ordenan las prioridades de la sociedad y otro jurídico, que incorpora toda una estructura de principios e instrumenta las garantías para la protección de los mismos. Sobre esto, basta con solo recordar, a manera de ejemplo, la denominación misma de la Constitución guatemalteca: «Constitución Política de la República de Guatemala» y su objeto fundamental que es «ordenar jurídica y políticamente al Estado»⁹ Es decir, la ley fundamental resulta ser, no solo un conjunto de disposiciones jurídicas, sino también un verdadero pacto político de todo un conglomerado social.

el siguiente paso para mostrar que el individuo acepta limitar su libertad natural para someterse a la voluntad de un soberano, y poder disfrutar así de su libertad civil como miembro del Estado. Locke pretende mostrar que el absolutismo es incompatible con un gobierno legítimo... desde el punto de vista de Locke, el gobierno sólo puede surgir del consentimiento de las personas a él sujetas. Locke se vale de la idea de un contrato social, pero a diferencia de Hobbes que lo utiliza para garantizar la seguridad y la libertad de los asociados por medio de un soberano absoluto, lo emplea para mantener que el gobierno legítimo sólo puede fundarse en el consentimiento de personas libres e iguales que parten del estado de naturaleza y son todas soberanas sobre sí mismas.» (Cortés Rodas, Francisco. «El contrato social liberal: John Locke», Revista: Co-herencia, Colombia, 2010, Universidad de EAFIT, disponibilidad y acceso: <http://www.redalyc.org/pdf/774/77416997005.pdf>, consultado: 03/02/2017, pág. 2)

⁷ Definición de: «Constitución» Ernesto Richter, Pablo Ernesto. Diccionario de derecho constitucional, Guatemala, Corte de Constitucionalidad Guatemala, 2009, pág. 41

⁸ Rebello Delgado, Lucrecio. *Derecho Constitucional I*, España, editorial BYKINSON, S.L., 2015, segunda edición, pág. 137

⁹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, Preámbulo constitucional: «*Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado...*»

El jurista Ernesto Jorge Blume Fortini, citado por Hernán Alejandro Olano, entendía a la Constitución como: «*el instrumento normativo fundamental de plasmación objetiva de la regulación del ejercicio del poder político, que contiene las reglas básicas para el equilibrio entre gobernantes y gobernados, fijando límites y controles al poder de los primeros, y derechos y obligaciones para los segundos*»¹⁰. En otras palabras, en cuanto a su matiz político, la Constitución tiene como fin limitar el ejercicio del poder público y plasmar un marco normativo dentro del cual se rija la actividad de los gobernantes y gobernados. Se atañe entonces, a un Estado Constitucional de Derecho, tema que se desarrollará más adelante.

Tal criterio es compartida por Maurice Duverger que al hacer referencia al concepto de Constitución lo relaciona con un «pacto o contrato social» que limita el poder ostentado por los gobernantes y lo desarrolla de la siguiente forma: «*La voluntad de someter los gobernantes al derecho se manifiesta entonces en el establecimiento de constituciones a las que ellos deben ajustarse, sin poder modificarlas más que mediante procedimientos especiales, solemnes y difíciles (...) En lugar de una sociedad basada en la historia y las tradiciones, se extiende entonces la idea de una sociedad fundada por la voluntad de los hombres, que deciden establecer entre ellos una colectividad y definen principios fundamentales que deberán informarla: el pacto social es, pues, la base misma del Estado. Su noción es ambigua. Se trata a la vez de una concepción filosófica y de una situación de hecho.*»¹¹(El subrayado es propio) Cabe indicar que la Constitución, vista desde esta perspectiva, debe responder a un proceso democrático atiende al proceso de evolución histórico que han tenido los sistemas de gobierno mismos hasta llegar a la República dotada de principios democráticos, en donde impera la voluntad del pueblo.

¹⁰Olano García, Hernán Alejandro. «¿Qué es una constitución?: reflexiones a propósito del boterismo constitucional», Revista Dikaion, No.15, Universidad de La Sabana, Colombia, 2006, pág. 139.

¹¹ Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, España, Editorial Ariel, 1982, pág. 27

Esto, como lo señala Antonio García Cuadraro¹², por la evolución que ha tenido el propio concepto superando las ideas anteriores de constituciones otorgadas¹³ (como la *carta magna*, en la que el Rey tenía el poder soberano), siendo ahora necesario la concurrencia de la voluntad política de todo el pueblo que se someterá a la misma, debidamente representado. Así el poder constituyente se constituye como aquel órgano que tiene la singular posición jurídica y política como para crear la Constitución, o bien modificarla, siendo, siendo el auténtico ostentador del poder político del Estado en un momento histórico determinado.

Sobre esto cabe resaltar que, en el constitucionalismo¹⁴, es pragmáticamente imposible concebir la Constitución sin democracia, a tal punto que, como indica Richter, «*no cabe democracia sin constitución, ni constitución sin democracia*»¹⁵. Además, se adopta la idea de que una Constitución no solamente tiene un fin de estructurar orgánicamente al Estado, sino también de reconocer los derechos humanos mínimos.

Ahora, en cuanto al origen de la doctrina sobre el poder constituyente se debe remontar a las vísperas de la Revolución Francesa con Emmanuel Joseph Sieyès, quien en publicaciones realizadas entre noviembre de 1788 y enero de 1789 llamadas «Qu'est-ce que le Tiers Etat?» (¿Qué es el tercer Estado?), propuso una Constitución para Francia realizada por la nación, haciendo en aquel entonces la distinción entre el poder de implantar una Constitución, al que llama «poder constituyente» y los demás poderes, los que son creados y limitados por el primero. Es decir, se habla por primera vez de poder constituyente y poderes constituidos.¹⁶

¹² García Cuadrado, Antonio. *Derecho, estado y constitución: el estatuto científico y otros temas fundamentales de derecho constitucional*, España, Editorial Alicante, 2002, pág. 272

¹³ **Constituciones otorgadas:** Para un mayor desarrollo de este tema ver pág. 14 y siguientes

¹⁴ **Constitucionalismo moderno:** «Se denomina movimiento constitucionalista, constitucionalismo moderno o constitucionalismo a secas, al movimiento jurídico-político que desde finales del siglo XVIII luchó por conseguir en cada Estado una Constitución escrita y codificada que terminase con el absolutismo regio, limitara el poder de los gobernantes y garantizara los derechos y libertades de los ciudadanos y la participación política de éstos.» (García Cuadrado, Antonio. *Derecho, estado y constitución: el estatuto científico y otros temas fundamentales de derecho constitucional*, España, Editorial Alicante, 2002, pág. 246)

¹⁵ Definición de «Constitución» Ernesto Richter, Pablo Hernesto. *Diccionario de derecho constitucional*, óp.cit., pág. 141

¹⁶ *Loc.cit*

Los poderes constituidos se refieren a la clásica división tripartita de funciones: el ejecutivo, legislativo y judicial. De ahí que la función de la Constitución a partir de principios democráticos y representativos sea la limitación al ejercicio de estos poderes constituidos, noción que resulta imprescindible tener en cuenta cuando más adelante se analicen conceptos como: el Estado constitucional de derecho, la supremacía constitucional y la defensa del orden constitucional.

En constituciones desarrolladas¹⁷, además de determinar una estructura para la funcionalidad¹⁸ del aparato de Estado, estas también determinan aquellos derechos humanos fundamentales que gozan todos los habitantes del Estado, y los mecanismos para la defensa¹⁹ de todos sus postulados.

En armonía con lo anterior, y siguiendo el criterio de Cuadrado²⁰, desde una óptica ideológica, también debe comprenderse en todo un sistema político que la Constitución se basa en dos principios irrenunciables que son: a) el reconocimiento a los derechos y libertades individuales que constituyen, a su vez, obligaciones de no hacer u obligaciones de garantizar para el Estado (o gobierno); y b) la separación de funciones de forma que los gobernados no se vieran ante un poder absoluto sino que existieran formas de control entre sí.

En sentido formal, se entiende a la Constitución, según Hernán, como: *«aquél complejo de normas superiores distintas de las ordinarias, expedidas en virtud de un procedimiento más complejo y solemne de formación y votación, pues en vez de emanar de órganos legislativos normales y mediante el método común de trabajo, provienen, ya sea de un órgano legislativo especial (Asamblea Nacional Constituyente), o bien de órganos legislativos normales (Congreso), pero con procedimientos diversos de los acostumbrados para votar las leyes ordinarias, o también, con la intervención*

¹⁷ Para un desarrollo más amplio de los tipos de constituciones, Ver pág. 14 y siguientes

¹⁸ El principio constitucional de **funcionalidad** se desarrolla en la pág. 28

¹⁹ El tema de la Defensa del Orden Constitucional se analiza de manera amplia en la pág. 35 y siguientes

²⁰ *Ibíd.*, pág. 243

directa de cuerpo electoral (plebiscito o referendo).»²¹Sin embargo, cabe resaltar que aunque este concepto de Constitución en sentido formal atañe al texto supremo en sí mismo, como se desarrolla más adelante, no todas las constituciones se sirven necesariamente de una forma escrita.

Se puede establecer, entonces, que el concepto «Constitución del Estado» atañe a: un pacto jurídico-político, emanado de la voluntad soberana de un pueblo, en el cual sientan las bases de su organización social, determinando la forma de ejercer, dividir y controlar el poder público, los derechos individuales y colectivos que deben garantizarse por el propio Estado, estableciendo, a su vez, los mecanismos para la consecución de estos fines.

1.1.1. Constitución como *norma normarum*

Hasta este momento se ha indicado que la Constitución está compuesta por un elemento político y otro jurídico. Al respecto Monica Moreno Fernández Cruz²² explica que una característica esencial del concepto liberal de Constitución, que surge tras la segunda Guerra Mundial y es su carácter normativo, que concibió a la Constitución como una norma jurídica, y no solo una declaración retórica de intenciones. En tal sentido, esta tiene fuerza vinculante y aplicabilidad inmediata y directa para las personas y los poderes públicos.

La concepción racional-normativa de la Constitución hace de esta la *norma normarum*, según el cual, a criterio de Cecilia Mora Donatto es concebida como: «*un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La Constitución, desde este enfoque es un sistema de normas y no la suma o resultante según van*

²¹Olano García, Hernán Alejandro. «¿Qué es una constitución?» Revista Dikaion, *óp.cit.*, pág. 140.

²² Fernández-Santa Cruz, Mónica Moreno. Módulo de maestría a distancia de gerencia pública: Concepto de constitución y definición del estado constitucional, España, UNED, 2006, pág. 13 (disponibilidad y acceso: http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/derecho_publico/modulo%203.pdf, consultado: 27/01/2017)

surgiendo los acontecimientos.»²³De esta forma, la Constitución como origen de todo el ordenamiento jurídico, es la norma que norma a todas las demás normas jurídicas, por redundante que parezca. Además, ésta también establece los procedimientos y las competencias necesarias para la creación de todas las demás normas.

Al concebir a la Constitución como una norma, de esta deviene el origen y límite mismo del ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, Marcelo Richter considera que su contenido es el siguiente:²⁴

- A. Establece el sistema de fuentes de derecho;
- B. Determina cuáles son los órganos de Estado y delimita sus facultades;
- C. Recoge los valores fundamentales y las pretensiones sociales como fin de la organización social;
- D. Reconoce los derechos y libertades de las personas para su mayor protección; e
- E. Incorpora los principios técnico-jurídicos a través de los cuales se instrumenta la consecución de objetivos.

Algo importante a resaltar, si se concibe a la Constitución como una norma, es que ésta tiene diferentes características a aquellas otras que forman parte del sistema jurídico. Como explican los autores Enrique Aftalión y José Villanova: «*todas las demás fundan su validez en ella, pero ella no funda su validez en ninguna otra.*»²⁵En este sentido, a diferencia de las demás normas integrantes del ordenamiento jurídico la Constitución posee un rango superior en el sentido de que ninguna otra puede contradecirla y en caso llegara a hacerlo, sería nula. Además, posee una protección para asegurar su estabilidad que se concretiza en un procedimiento especial de reforma, mismo que no es exigido para el caso de otras normas, las que pueden simplemente ser derogadas por otras posteriores, siempre que sean de la misma jerarquía.

²³Mora Donatto, Cecilia. *El concepto racional-normativo de la Constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pág. 18 (disponibilidad y acceso: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/237/6.pdf>, consultado: 27/01/2017)

²⁴ Definición de «Constitución» Ernesto Richter, Pablo Hernesto, *óp.cit.*, pág. 141

²⁵ Aftalión, Enrique y José, Villanova. *Introducción al derecho*, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1988, pág. 516

Vale indicar que, otros autores como Jorge Luis Fabra Zamora y García Jaramillo Leonardo, no consideran a la Constitución como una norma. Acuerdan en que de esta surge todo el ordenamiento jurídico, pero siempre se mantiene al margen de éste, más bien como un principio político que jurídico. Por ejemplo, Bartolomé Claverocitado por los referidos autores, es de la opinión que: «... *la Constitución ha sido desde sus mismos orígenes el punto de partida político del ordenamiento jurídico. Pero, una vez que lo possibilitaba, la Constitución quedaba fuera del ordenamiento jurídico, permanecía al margen del mismo. La Constitución no se convertía ella misma en norma jurídica, en un elemento del propio ordenamiento, sino que permanecía como premisa política, fuera del ámbito jurídico, que no comenzaba con la Constitución, sino con la Ley...*»²⁶

Sin embargo, tal punto de discusión, a criterio propio, ha quedado superado, porque como se ha establecido anteriormente la naturaleza de la Constitución tiene ambas facetas. Por una parte es un postulado político, que reúne todos los valores, principios e intereses políticos de un pueblo y delimita la forma de ejercer el poder al establecer una estructura y asignar atribuciones específicas a cada órgano del Estado. Pero, por la otra, también se trata de una verdadera norma (o conjunto de normas), desde el momento en que es jurídicamente vinculante, obligando a gobernantes y gobernados a ceñirse a sus disposiciones y no solo se trata de una mera enunciación de buenas intenciones. Ello es de manera general e ideal, sin perjuicio del tipo de constitución del que se trate, tema que se abordará más adelante.²⁷

1.1.2. Antecedentes históricos

Como se ha indicado anteriormente, la Constitución surge con la organización socio-política misma, por primitiva que esta sea. Para el jurista Antonio García Cuadrado: «no

²⁶ Fabra Zamora, Jorge Luis y Leonardo, García Jaramillo. *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, España, Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano, 2008, pág. 15

²⁷Sobre los tipos de Constitución ver pág. 14 y siguientes

cabe duda que toda sociedad humana autárquica²⁸, especialmente todo Estado moderno, tiene alguna Constitución. No se conoce ni cabe concebir organización política²⁹ alguna, ni histórica ni actual, que carezca por completo de normas que la constituyan, puesto que en toda sociedad humana hay siempre alguien que manda y ejerce el poder según algún tipo de norma previa, aún en el supuesto de que se consagre el poder soberano de un monarca o de un dictador.»³⁰Entonces, puede asegurarse que Constituciones han existido desde que el ser humano vive en sociedad, por primitivas que estas sean.

Sin embargo, para efectos de ofrecer un panorama más concreto sobre los antecedentes respecto a esta materia, se hará énfasis en los antecedentes del constitucionalismo, entendiendo a este, según Maurizio Fioravanti como: *«una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas.»³¹*Se ve en esta percepción una función dual de los textos constitucionales. Por una parte sirven para organizar estructuralmente al Estado y por otra como un catálogo de derechos individuales.

²⁸ Autarquía: al referirse a un grupo humano de manera simple significa **«autosuficiente económicamente»**

²⁹ *«Es importante esclarecer que la sociedad política a través del tiempo se organiza en distintos modelos de unidad política. En otras palabras, encontramos en la historia la existencia de diferentes formas políticas que proponen un sistema de ordenación social. Podemos citar, inicialmente, las polis, correspondientes a las ciudades-estados griegos (siglo V a. de C.) y que dan origen al término «política», entendido como arte o ciencia de gobernar la ciudad, basado en una concepción humanística y limitada territorial y personalmente. Posteriormente, en la Roma antigua, encontramos la civitas como sistema político que busca agregar una comunidad de persona alrededor de la idea de status republicae, comprendiendo el interés público como de la colectividad, como cosa común de todos, que con la expansión romana se convierte en Imperium, contribuyendo especialmente para la noción actual de soberanía. Durante el período del Medioevo, en que surge el término regnum, las unidades políticas son restringidas a la ciudad, que comportan autonomía, libertad para tratar de sus propios temas, sobre todo con respecto a los dominios territoriales, en que las relaciones entre poder y individuo son fundadas en vínculos personales y de fidelidad.»* (Contipelli, Ernani. *Teoría de la Constitución y bases de la institucionalidad*, Chile, RIL editores, 2015, pág. 19)

³⁰ García Cuadrado, Antonio, *óp.cit.*, pág. 240

³¹ Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, España, Editorial Trotta, S.A., 2014, pág. 17

En ese mismo sentido lo conceptualiza Néstor Pedro Sagües, indicando que el constitucionalismo tiene por objetivos principales «a) dotar a los Estados de una constitución escrita; b) hacer valer la supremacía constitucional de dicha constitución; c) reconocer los derechos inherentes a la persona; y d) estructurar al Estado y someterlo, junto con sus autoridades, al Derecho.»³²El aspecto de una Constitución escrita, sin embargo, no siempre es necesaria, verbigracia el caso de la Constitución consuetudinaria. Empero, dentro de esta corriente se considera fundamental con el afán de dotar de mayor seguridad a los gobernados quienes podrán acudir a un texto «codificado» y exigir su cumplimiento en caso de violaciones a sus derechos por arbitrariedades de los gobernantes.

Asimismo, en palabras de Friedrinch, citado por Pereira: «...el constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna, y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar.»³³No se debe olvidar que ese avance de la civilización moderna, como indica el autor citado, también fue paulatino. Así, se empezó por un constitucionalismo liberal, pasando por un constitucionalismo social, hasta llegar a lo que se conoce actualmente como neoconstitucionalismo y sobre el cual se tratará más adelante.

Habiendo restringido el análisis de los antecedentes a los del constitucionalismo, cabe indicar que el término «constitución» no había aparecido sino hasta el siglo XVII, durante el *protectorado*³⁴ de Cromwell, por aportaciones de los ingleses. No obstante, a los documentos de aquella época no se les llamó expresamente como «constitución», sino como: pactos, instrumentos, acuerdos y otros similares. No es sino hasta el siglo

³² Citado por Pereira-Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter, *Derecho constitucional, óp.cit.*, pág. 36

³³ Citado por Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter, *La constitución, óp.cit.*, 2012, pág. 9

³⁴ **Protectorado:** «modalidad de administración por la que, mediante un tratado internacional, un Estado ejerce control, especialmente en lo relativo a asuntos exteriores, defensa y orden público, sobre un territorio en que existe una entidad política dotada de autoridades propias.» (Definición de: «protectorado» Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=URapTsa>, consultado: 11/02/2017)

XVIII que el término fue acuñado como el significado de lo que fue luego la Constitución estadounidense de la que se hablará más adelante.³⁵

Uno de los países que realizó relevantes aportes al constitucionalismo fue Inglaterra. Siendo uno de ellos el antecedente del primer texto constitucional en el que el monarca cedía ciertos derechos al pueblo, la Carta Magna de 1215. Durante este período en Inglaterra gobernaba el Rey Juan (1199-1216), quien históricamente ha sido apodado como «el Rey Juan sin Tierra» o «Lackland», en inglés, debido a que perdió todas sus posesiones en Francia y prácticamente su propio reino por haberse envuelto en lucha con su par francés y en una querrela con el Papa. El reinado de éste se hizo cada vez más tiránico y para financiar sus guerras había elevado los impuestos a sumas por demás confiscatorias, incluso, acaparando propiedades. En respuesta a estos abusos, los barones se organizaron para obligarlo a respetar sus derechos y privilegios. Y fue así, el rey Juan no tuvo otra opción que firmar la Carta Magna, el 15 de junio de 1215. Se observa entonces, que no fue un acto de generosidad del Monarca, sino, como todo en la historia del constitucionalismo, ha sido resultado de constante lucha para doblegar la voluntad de aquellos que han ostentado el poder a lo largo de la historia. Y valga decir, este fue un acto de cesión de algunos derechos, entre el rey y la nobleza, que en realidad estuvo lejos de establecer un nuevo orden político, sino, en todo caso, reponer ciertos derechos o prerrogativas de la nobleza que Juan sin Tierra había conculcado.³⁶

Otros de los aportes significativos del constitucionalismo británico fueron:³⁷

- A. En 1626 se obtiene la *Petition of Right* (o *petición de derechos*).
- B. La Revolución puritana, de 1648 que da lugar a la primera constitución, que aunque no tuvo aplicación constituye un antecedente importante.
- C. *Habeas Corpus Act*, en 1679.

³⁵Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *La constitución, óp.cit.*, 2012, págs. 6 y 7

³⁶ Bianchi, Alberto B. *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Argentina, Ediciones Cathedra Jurídica, 2009, págs. 19 a 29

³⁷Pereira-Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *Derecho constitucional, óp.cit.*, págs. 37 y 38

- D. Durante la Revolución de 1688 se obtiene el *Bill of Rights* (o catálogo de derechos), dentro del cual se establecía una separación entre los poderes del Rey y del parlamento.
- E. *Act of Settlement*, de 1701, que establece en forma definitiva la monarquía constitucional de Inglaterra.

Además, durante el siglo VXIII, se produjeron grandes aportes junto con el surgimiento del Estado contemporáneo, y las revoluciones a finales del citado siglo. Por una parte, la Revolución de las colonias americanas, que condujo a la obtención de la Constitución de Estados Unidos. Lucrecio Rebello Delgado al respecto explica: «*El contexto político que lo provoca es la pretensión de independizarse del Reino Unido, a la vez que imponer una concepción religiosa, el puritanismo, que trae como aliado ideológico el pensamiento liberal. Todo ello, no sin su correspondiente proceso bélico hace que en 1787 vea la luz la primera constitución escrita y aún vigente, la Constitución de EE.UU. Su pilar básico es el principio de separación de poderes, y en tan solo siete artículos, se establecen las normas de convivencia de una nueva forma de organización social que tiene como pilar un documento escrito, que goza del rango supremo en lo jurídico y que irradia su contenido al resto del ordenamiento jurídico (nomocracia).*»³⁸ Y, posteriormente a la revolución de las colonias inglesas, en Europa, «*el agotamiento del modelo de monarquía absoluta y el contexto ideológico que conocemos con el nombre de ilustración francesa, acaba por imponer una revolución política (Revolución Francesa de 1789) que tiene su traducción en la Constitución francesa de 1791.*»³⁹

Como comentario de los dos antecedentes anteriores cabe resaltar que es con ellos que se inicia el denominado «constitucionalismo liberal», en el que se reconocen los derechos civiles y políticos del ciudadano. Resulta un punto de inflexión en la historia del respeto a las garantías individuales, llegando, incluso a inspirar en gran parte el constitucionalismo de América Latina.

³⁸Rebello Delgado, Lucrecio, *óp.cit.*, pág. 138

³⁹*Loc.Cit.*

Incluso, los antecedentes del constitucionalismo estadounidense sirvieron de base para el propio constitucionalismo de Centro América. Sobre esto, Jorge Mario García Laguardia expone: «*En la fundación de la república, la fuente norteamericana aparece clara en el primer constituyente federal de 1824. La comisión redactora del proyecto era muy explícita: Al trazar nuestro plan, nosotros hemos adoptado en la mayor parte el de los Estados Unidos, ejemplo digno de los pueblos independientes...*»⁴⁰ Es así como la Constitución estadounidense fungió como un punto bisagra para la historia del constitucionalismo y de basamento para los movimientos liberales independentistas de Latino América.

Asimismo, como explica Karol Floribelly Sánchez Pérez⁴¹, es de tener presente que el modelo constitucional francés, luego de la Revolución Francesa, instituyó el Consejo Constitucional como un órgano de control extra poder, el cual reforzó el hecho de que la Constitución no solo es un instrumento que organiza al Estado en cuanto a las funciones de sus respectivos órganos, sino también constituye un verdadero reconocimiento de los derechos individuales. Si bien la Constitución Francesa de 1958 (fundadora de la V República) en su cuerpo normativo no contemplaba en nada los derechos fundamentales, aquel Consejo Constitucional reconoció que estos estaban contenidos en el Preámbulo y que el Control Constitucional debía tomar en cuenta los derechos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

1.1.3. Tipología de la Constitución

Se ha delimitado ya el concepto de Constitución, su naturaleza y antecedentes; sin embargo, para una mejor comprensión de todo lo que puede llegar a abarcar, es

⁴⁰García Laguardia, Jorge Mario, *Defensa del Orden constitucional*, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pág. 52

⁴¹ Sánchez Pérez, Karol Floribellu. Análisis de derecho comparado de la aplicación del Bloque de Constitucionalidad en Guatemala, Colombia y Francia, Guatemala, 2014, tesis para obtener el grado académico de magíster en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar, págs. 38 y 39

necesario desarrollar, aunque sea de manera somera, las diferentes clasificaciones que la doctrina ha adoptado referentes a las Constituciones, así:

A. En cuanto a su forma: Sobre esta clasificación básicamente se trata el significado formal de las constituciones, pudiendo ser estas: escritas o consuetudinarias. Escritas son aquellas contenidas en ciertos textos normativos.

Sin embargo, como bien indica García: *«conviene advertir de entrada que ninguna constitución es totalmente escrita o totalmente consuetudinaria, puesto que ningún Estado moderno carece absolutamente de normas escritas sobre su régimen político, y de igual modo, nunca ha sido posible recoger absolutamente toda la constitución material en un texto escrito, pues necesariamente quedan siempre lagunas que la práctica, la jurisprudencia y no sólo la legislación ordinaria tienen que ir cubriendo.»*⁴² Sobre esto último basta hacer énfasis en el caso de la actual constitución guatemalteca: si bien es cierto se regula en la parte orgánica lo relativo a los derechos fundamentales, el artículo 46 del texto supremo deja la apertura para la incorporación de otros derechos aunque no se encuentren taxativamente consagrados en el texto fundamental y que incluso la Corte de Constitucionalidad por vía del Bloque de Constitucionalidad⁴³ los ha incorporado. Es decir, a pesar de que la Constitución de Guatemala es formalmente escrita, siguiendo el criterio del citado autor, existen aspectos de relevancia constitucional no necesariamente contenidos de manera expresa y «codificada» dentro de su texto.

B. En cuanto a su origen: Estas pueden ser espontáneas, pactadas, otorgadas e impuestas:⁴⁴

- i. Espontáneas: Estas surgen de los movimientos políticos por parte de los habitantes de determinado país. También suelen denominarse como

⁴² García Cuadrado, Antonio, *óp.cit.*, pág. 264

⁴³ Bloque de Constitucionalidad: *«...El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de leyes como tal...»* (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia: 17/07/2012, expediente: 1822-2011)

⁴⁴ García Cuadrado, Antonio, *óp.cit.*, págs. 266 y 267

«democráticas». La primera Constitución escrita del mundo, la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787⁴⁵ es un ejemplo de este tipo de Constitución. También, la actual Constitución Política de la República de Guatemala constituye un ejemplo de este tipo de constituciones.

- ii. Pactadas: Nacen de un pacto, sea entre el monarca y el pueblo representado por el parlamento o entre diversos entes soberanos que deciden integrarse en un Estado federal cediendo parte de su soberanía. Es decir, ninguno de ellos la otorga de manera unilateral, sino mediante el consenso de ambos. Un ejemplo de este tipo de Constitución es la Constitución de Suecia de 1809 y la de Francia de 1830.⁴⁶
- iii. Otorgadas: son aquellas que son concesionadas por parte de los monarcas, quienes poseen soberanía, a sus súbditos. Verbigracia la Carta Magna de 1215⁴⁷ concedida por el Rey Juan sin Tierra reconociendo algunos derechos de sus súbditos. Otro ejemplo, según García⁴⁸, fue el Estatuto Real de 1834 que rigió en España, concesión del monarca.
- iv. Impuestas: Este tipo de Constitución hace referencia a las que surgen normalmente en un período de ocupación militar o después de la derrota en un conflicto bélico. En sentido estricto, son una exigencia de una política exterior y se elaboran sin intervención del pueblo. Un ejemplo de este tipo de constitución, siguiendo el criterio de García⁴⁹, fue la el Estatuto de Bayona de 1808, impuesto a España por Napoleón Bonaparte, a pesar de que se le dio una apariencia de Asamblea Constituyente convocada en Bayona.

C. En cuanto a su procedimiento de reforma: Dentro de esta categoría se considera que las mismas pueden ser rígidas o flexibles. Son rígidas aquellas que su reforma requiere un procedimiento más complejo que el de las leyes ordinarias, y su reforma no puede ser por el poder constituido (en este caso el Legislativo), sino por un poder

⁴⁵ En la página 44 y siguientes se desarrolla este antecedente como producto de la Revolución estadounidense.

⁴⁶ Lawi Enciclopedia Jurídica Online, Constitución pactada, 2016, disponibilidad y acceso: <http://leyderecho.org/constitucion-pactada/>, consultada 03/07/2017

⁴⁷ Sobre este antecedente constitucional ver pág. 13

⁴⁸ García Cuadrado, Antonio, *óp.cit.*, pág. 267

⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 264

constituyente (derivado). Mientras que, en el caso de las Constituciones flexibles estas pueden reformarse por el poder Legislativo de igual forma que las leyes ordinarias.

En Guatemala, impera una categoría mixta. En tanto que parte de la Constitución es reformable solo por la Asamblea Nacional Constituyente que es el poder constituyente derivado, y otra parte de la Constitución puede ser reformado por el Congreso de la República, eso sí, luego de una Consulta Popular.⁵⁰

D. En cuanto a extensión: Estas pueden ser sumarias o desarrolladas (o breves y extensas): Las sumarias únicamente hacen referencia a los principios y forma de organización básica del Estado, mientras que las desarrolladas se ocupan también de normar otras materias para garantizar y afianzar tales principios.

Un ejemplo de la primera es la Constitución francesa de 1958⁵¹ que en su cuerpo normativo no contemplaba de manera exhaustiva los derechos fundamentales pero que posteriormente el Consejo Constitucional los tuvo por agregados jurisprudencialmente ya que en el preámbulo reconocía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano producto de la Revolución Francesa. Y en cuanto a la segunda, la Constitución guatemalteca vigente es un ejemplo claro de una constitución desarrollada, abordando en su parte dogmática los postulados filosóficos y los derechos fundamentales y en su parte orgánica la estructura institucional del Estados (agregando una parte pragmática que contempla las garantías constitucionales y los procedimientos de reforma).

Sin embargo, es de tomar en cuenta que una Constitución no puede intentar normar todos los ámbitos, sino que deberá delegar esa tarea al resto de normas dentro del ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, se necesitaría constantemente su

⁵⁰Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, arts. 277-280

⁵¹Sobre este tema ver pág. 13 del presente trabajo.

reforma, tomando en cuenta el dinamismo de la realidad socio-política de un pueblo determinado.

E. En cuanto a la clasificación ontológica: Estas pueden ser normativas, nominales y semánticas, y hacen relación entre la letra de la constitución y la realidad existente en el Estado, estas pueden ser:⁵²

- i. Normativa: Es aquella en la cual sus preceptos son cumplidos por la comunidad. La Constitución guatemalteca, a criterio propio, es de este tipo, aún cuando exista cierta crisis institucional las figuras jurídicas, los controles constituciones los derechos humanos y los mecanismos de protección constitucional siguen funcionando.
- ii. Nominal: La norma constitucional tiene validez jurídica, pero su cumplimiento difiere de cierta forma con la realidad.
- iii. Semántica: El texto constitucional y la realidad difieren totalmente, y no es más que una «fachada» de un régimen autocrático. A criterio de Enrique Arnaldo, la Constitución Bolivariana de Venezuela es un ejemplo de este tipo de constitución en la que *«si bien es plenamente aplicada, su realidad ontológica es la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fáctico, que disponen del aparato coactivo del Estado (...) Si no hubiere en absoluto ninguna constitución formal, el desarrollo del proceso de poder no sería muy diferente...»*⁵³. Se observa bajo esta concepción que también podrían servir de ejemplo todas aquellas Constituciones vigentes durante gobiernos autoritarios.

1.2. Jerarquía normativa

Anteriormente se desarrolló, dentro de otros aspectos, el origen y la concepción de la Constitución. Y se dijo que ésta como acto de voluntad jurídico y político da origen al

⁵²Rebello Delgado, Lucrecio. *óp.cit.*, pág. 139

⁵³ El Imparcial, Arnaldo, Enrique. Venezuela: una democracia semántica, España, 2014, disponibilidad y acceso: <https://www.elimparcial.es/noticia/36192/opinion/venezuela:-una-democracia-semantica.html>, consultado 04/07/2017

Estado y al ordenamiento jurídico. Este ordenamiento cuenta con una estructura en el que las normas jurídicas pertenecientes al mismo se interrelacionan en forma tal que algunas comparten un mismo plano jerárquico, mientras que otras están en relación de subordinación respecto de normas superiores, así se tiene que este conjunto de normas, como indican Aftalión y Villanova, «*integran un sistema normativo en el cual unas normas se fundan o derivan de otras.*»⁵⁴

Como lo explica Máynes, citado por Pereira: «*Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordinación; en la segunda, un nexo de supra o subordinación. La existencia de relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez.*»⁵⁵ Con tantas normas jurídicas vigentes, no solo en Guatemala, sino en todos los Estados, no resulta extraño que varias de estas contengan contradicciones entre sí, y que al momento de su aplicación resulten violatorias, incluso, de otras normas. Es acá en donde el papel de la jerarquía normativa toma un rol determinante resolviendo estos problemas.

Esta jerarquía tiene su origen en la concepción de Hans Kelsen, de un «*ordenamiento jurídico compuesto por una serie de normas que no están situadas en un mismo plano y cuyo valor sea equivalente, sino que ocupan escalafones o estrados diferentes, niveles que nos van a indicar la mayor o menor eficacia e importancia de esas normas.*»⁵⁶ Es así como surge la noción de la jerarquía constitucional.

En este orden de ideas, y explicando de forma simple la clásica pirámide invertida de la jerarquía normativa de Hans Kelsen⁵⁷: La Constitución está en la cima, seguida de las leyes constitucionales las cuales, por ser la propia Asamblea Nacional Constituyente la que las crea tienen un rango superior al de las leyes ordinarias, emanadas del

⁵⁴ Aftalión, Enrique y José Villanova. *óp.cit.*, pág. 507

⁵⁵ Citado por Pereira Orozco, Alberto. *Nociones generales de derecho I*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012, pág. 184

⁵⁶ Ruiz Manteca y otros. *Introducción al derecho y derecho constitucional*, España, Editorial Trotta, 1994, pág. 30

⁵⁷ Ver esquema No.1 al final del presente capítulo (Anexo 1)

Congreso de la República en ejercicio de su función legislativa⁵⁸, las cuales están seguidas por las normas reglamentarias, que su función es la de desarrollar el contenido de las leyes ordinarias. Por último, en el nivel más bajo del escalafón, se encuentran las normas individualizadas, que solo aplican a un determinado sujeto y que por lo tanto, a criterio del autor, más deberían de ser consideradas como actos de autoridad en la aplicación del derecho que como normas *per se*, en apego a las características de las mismas que se analizarán más adelante.

Ello resulta de especial relevancia, tomando en cuenta que la Constitución es en el ordenamiento jurídico la «ley de leyes», o como antes se hizo referencia, *la norma normarum*. Además, para el caso guatemalteco, la inconstitucionalidad de las leyes depende directamente de esta concepción, para determinar la eficacia de las normas por su jerarquía, y en una última instancia, con su posición frente a la Constitución.

1.3. Norma jurídica

La norma jurídica puede entenderse como aquel precepto de carácter general, obligatorio y exigible de manera coactiva que tiene por objeto ordenar la convivencia de la comunidad.⁵⁹

A criterio de Luis Ernesto Cáceres Rodríguez norma jurídica atañe a *«aquella que fija la ordenación lógica de las obligaciones y las facultades que pertenecen al ser humano para la consecución de sus fines valorativos en la sociedad, sean de orden económico, político, social, eminentemente jurídicos, con el ánimo de convivir armónicamente en ésta. Ello implica que el hombre en su convivencia social adecua su conducta a normas de diversa naturaleza, entre éstas, las jurídicas. El conjunto de normas jurídicas que regulan la vida humana en sociedad es lo que se conoce como Derecho Objetivo»*⁶⁰.⁶¹

⁵⁸ «Son atribuciones del Congreso: a) *Decretar, reformar y derogar las leyes...*» (Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 171 literal a).)

⁵⁹ Ruiz Manteca y otros, *óp.cit.*, pág. 43

⁶⁰ «A diferencia del concepto de Derecho Objetivo, está el Derecho en sentido *subjetivo*, que significa un poder o facultad que corresponde a una persona para hacer valer la tutela judicial». (Cáceres Rodríguez,

En ese sentido, la norma jurídica resulta fuente formal del derecho, en cuanto recoge los valores de la sociedad y les da forma legal para regular la conducta de los individuos dentro del colectivo social.

Vale la pena indicar, tal como lo indica Manteca⁶², que las normas jurídicas se diferencian de: las normas físicas, normas morales y normas sociales. Las primeras son determinadas por la naturaleza; y las otras dos, que hacen referencia a aspectos como la ética, religión, o las buenas costumbres, no pueden ser coercibles en cuanto a su cumplimiento, sino que acarean una mera sanción social, nunca jurídica. Sin embargo, también es cierto que el derecho positivo, muy frecuente eleva normas morales o sociales a la categoría de normas jurídicas (valga decir, por medio de un proceso legislativo) pues en realidad, lo que se busca es la sana convivencia y regular el comportamiento de todos los integrantes del concierto social.

1.3.1. Características de las normas jurídicas

Para lograr realizar una verdadera diferenciación entre las normas jurídicas y otros conceptos similares, es necesario analizar sus características. De manera generalizada se han atribuido los siguientes caracteres a las normas jurídicas:

A. Generalidad y abstracción: En el sentido de que la norma jurídica puede ser aplicada en una multiplicidad de casos.⁶³ Esta característica reviste de especial relevancia en aspectos que más adelante se desarrollaran en el presente trabajo de tesis sobre las normas que pueden ser sometidas a control constitucional, pero desde ya se trae a colación que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ya se ha pronunciado al respecto de la «generalidad» de las normas jurídicas, estableciendo: *«El concepto general, al cual alude la norma superior mencionada, significa: común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos,*

Luis Ernesto. *Derecho procesal constitucional*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fenix, 2011, tercera edición. Pág. 1)

⁶¹ *Loc.Cit.*

⁶² Ruiz Manteca y otros. *óp.cit.*, pág. 43

⁶³ *Ibíd.*, pág. 44

*aunque sea de naturaleza diferente... constituye esa noción que brinda la acepción relacionada, el fundamento con el que se estructura la característica de ser general, o sea, común, a un conjunto de individuos que constituyen un todo.»*⁶⁴Es decir, la hipótesis que es parte de la estructura de la norma jurídica ha de ser general.

Acá es necesario hacer una salvedad. Si bien es cierto que para algunos autores las denominadas normas individualizadas también forman parte de la jerarquía normativa y del sistema de normas jurídicas, a criterio del investigador estas tratan más de un acto de poder que de una norma jurídica *per sé*, incluso, dentro de los propios supuestos de procedencia de la acción constitucional de amparo (garantía constitucional destinada a proteger a las personas contra actos de autoridad que vulneren sus derechos o los pongan en grave amenaza) se contempla la posibilidad de invocar la protección de dicha garantía, precisamente, en contra de estas normas individualizadas⁶⁵.

B. Coercitividad: Para Manteca, una norma jurídica no es el texto literal o el enunciado *per se*, sino que este debe acompañarse por una autoridad legítimamente constituida en la sociedad para obligar a todos los sujetos a su cumplimiento y que en caso de incumplimiento, pueda derivar una sanción para su infractor.⁶⁶

Esta característica, siguiendo el criterio de Kelsen⁶⁷, la sanción en caso de incumplimiento de la norma jurídica, dentro del derecho como un orden coactivo, consiste en acto coactivo de privación forzada de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor y las hace diferentes de otras normas como son las de orden moral, que no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos que las contradigan.

⁶⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 683-2005, sentencia de fecha 31/01/2006

⁶⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 10 literal b)

⁶⁶ Ruiz Manteca y otros. *óp.cit.*, pág. 44

⁶⁷ Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Argentina, Eudeba, 2010, pág. 57

C. Heterónomas: Esta característica de la norma jurídica atañe a su fuente externa. Es decir, son impuestas hacia el individuo por la sociedad, o en su caso, por un órgano debidamente legitimado para emitir las. Para Kelsen⁶⁸, distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía. Valiosa distinción si se toma en cuenta que el contrato como fuente del derecho privado es determinado por las partes que negocian.

1.3.2. Tipología de las normas jurídicas

Existen varios tipos de normas jurídicas que es necesario tener presente, sobre todo, cuando en capítulos más adelante del presente trabajo se hable sobre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de alguna de ellas. De tal forma, siguiendo el criterio de Jorge Reinaldo A Vanossi:⁶⁹

A. En cuanto a su aplicabilidad inmediata: normas operativas: de aplicación inmediata e incondicional, también denominadas como “auto-aplicadas”. Y, no operativas: Que son de aplicación diferida por los órganos estatales, en virtud de que puede haber un retardo en su cumplimiento debido a la necesidad de complementarlas con otras normas inferiores (mayormente reglamentarias).

B. Por su destino (o competencia): Normas de conducta que se encargan de regular el actuar de las personas dentro del concierto social; es decir, están dirigidas a normar el comportamiento de particulares. Y, normas de organización, que están dirigidas a entidades estatales y a su vez se subdividen en: a) normas orgánicas: que regulan el funcionamiento de los órganos e instituciones del Estado; y b) normas programáticas: que están dirigidas a los poderes políticos porque establecen o indican los objetivos inmediatos del accionar de estos poderes (directas), y también las que están dirigidas a los intérpretes en general y al poder judicial, por

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 141

⁶⁹ García Laguardia, Jorge Mario, y Edmundo, Vásquez Martínez. *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad San Carlos de Guatemala, 1984, págs. 274 y 275

cuanto prescriben los fines mediatos que el Estado debe perseguir (reglas de interpretación).

C. Por su disponibilidad: Pueden ser normas imperativas, es decir, de estricto cumplimiento a cabalidad. O, facultativas o discrecionales, que no es lo mismo que otorgar absoluta arbitrariedad, sino que la persona que actúe al amparo de estas normas tendrá un margen de actuación libre dentro de las mismas facultades otorgadas por la norma jurídica de este tipo.⁷⁰

Aunado a la clasificación anterior, es preponderante incluir lo que se conoce como normas derogatorias, esto es: aquellas que su función es precisamente derogar normas anteriores a ella, en apego a la vigencia de las leyes en el tiempo y las facultades que el Organismo Legislativo dispone para ir innovando en la creación de normas jurídicas debido a la dinámica propia de la sociedad y del derecho. Sin embargo, para efectos de orden, este tema será abordado en el Capítulo III del presente trabajo en donde también se analizará la vigencia misma de las normas en el tiempo y el efecto de reviviscencia.⁷¹

1.4. Principios constitucionales

Anteriormente se analizó a la Constitución como un declaración política y una norma, de la cual se origina todo el sistema jurídico del Estado; sin embargo, al hablar de toda una ciencia del **derecho constitucional**⁷², no solo se contemplan preceptos normativos, sino también se atañe a otros aspectos, como aquellos postulados filosóficos que revisten y orientan la aplicación e interpretación de la norma fundamental, a estos se les denominan principios.

⁷⁰Un ejemplo muy útil para distinguir entre normas imperativas y normas facultativas o discrecionales es analizar su símil en el derecho administrativo referente a los **actos reglados y actos discrecionales** de la Administración Pública. En los primeros, la norma indica taxativamente la forma de actuar. Y en los segundos, la administración tiene un margen dentro del cual puede operar, haciendo más flexible a este tipo de normas.

⁷¹Para un estudio más detallado sobre el tema de derogación de la ley ver pág. 125

⁷²**Derecho constitucional:** «*el derecho constitucional es la actividad científica que estudia la naturaleza y los principios de la norma constituyente, reguladora de la validez del orden normativo, de las bases organizativas del Estado y de fenómenos políticos fundamentales de la sociedad*» (Sánchez Brigas, Enrique. *Derecho constitucional*, México, Editorial Porrúa, onceava edición, pág. 44)

Estos son la expresión de valores sociales que se imponen en el mundo jurídico, llegando a ser verdaderos criterios informadores de normas jurídicas, debiendo el desarrollo constitucional tomarlos en cuenta. Dentro ellos se contemplan los siguientes:

1.4.1. Principio de supremacía constitucional

Íntimamente ligado a la jerarquía normativa, el principio de supremacía constitucional establece que la Constitución se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico y que ninguna otra norma puede contradecirla, tanto en su contenido sustancial como en los procedimientos de elaboración.

Otra forma de referirse al principio de *supremacía constitucional* es abordar el tema de la supra-legalidad constitucional, por cuanto ésta se encuentra en un rango de superioridad a cualquier otra ley, en sus dos aspectos, tanto el material como el formal. El jurista Julio Cesar Cordón Aguilar, dentro de la recopilación realizada por Lary Andrade Abularach y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al tratar sobre estos dos ámbitos, señala: «*en su carácter formal, la supremacía constitucional precisa que toda norma jurídica sea emitida conforme a los preceptos y competencias que la Constitución misma establece; en el plano material, se exige que su contenido atienda al sistema de principios, valores y demás mandatos que el texto constitucional recoge, con observancia de los derechos que reconoce y los límites al ejercicio del poder que impone.*»⁷³ En tal sentido, el legislador ordinario debe tomar en cuenta ambos aspectos en la faena de la creación normativa. De lo contrario, las normas jurídicas emitidas en contradicción con tales presupuestos contendrán vicios de inconstitucionalidad (materiales o formales, respectivamente) que se abordarán más adelante.

El principio de supremacía constitucional resulta fácil de entender si se tiene presente que la Constitución representa la voluntad del poder constituyente. Si se parte desde el

⁷³ Andrade Abularach, Larry, y Eduardo, Ferrer Mac-Gregor (Coords.) *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Guatemala, Instituto de Investigación de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar –IIJ-, 2013, pág. 683

supuesto de que la Constitución manifiesta la voluntad del pueblo (poder originario), esta debe prevalecer ante la voluntad de los órganos constituidos (poder delegado). Se tiene entonces, que el principio de supremacía constitucional es la expresión fiel de la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

De forma que, tal como indica Jorge Luis Fabra Zamora: *«el primer y principal derecho constitucional que los ciudadanos tienen en un Estado de Derecho, es el derecho a dicha supremacía, es decir, al respeto de la propia voluntad popular expresada en la Constitución, como manifestación de la soberanía del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución...»*⁷⁴ Mismo postulado es reconocido por la CPRG que reconoce como derecho de los guatemaltecos el cumplir y velar porque se cumpla la Constitución de la República⁷⁵, pues si esta constituye el pacto social que limita el poder de los gobernantes, ante un desconocimiento de su supremacía se estaría ante una indefensión en contra de violaciones a los demás derechos fundamentales.

Es inviable hablar del respeto a otros derechos, o a otras normas o instituciones si en primer plano no se garantiza la supremacía de la propia ley fundamental que da origen a todo lo demás, tanto en el ámbito político, como en el jurídico. Se tiene, entonces, como puntualiza Geovani Salguero, que la supremacía constitucional: *«es el substratum del sistema constitucional, constituyendo una garantía sustancial en torno de la cual gravitan otras que posibilitan su plena vigencia.»*⁷⁶

En este sentido también se manifiesta Haro: *«este principio de la supremacía constitucional se erige así en una de las garantías más importantes del sistema constitucional, garantía sustancial que requiere lógicamente de otras garantías formales o procesales que en última instancia configuran la revisión o el control judicial que asegure su plena vigencia y respeto, primordialmente por parte de los órganos estatales, sin perjuicio de vedar también comportamientos individuales que puedan*

⁷⁴ Fabra Zamora, Jorge Luis, y Leonardo, Garcia Jaramillo. *óp.cit.*, pág. 18

⁷⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 135 b)

⁷⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Opus magna constitucional*, Tomo I, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2010, pág. 287

*violar dicha supremacía, porque «en torno de la Constitución las normas gravitan como los astros en torno al sol»»⁷⁷*Sobre este último punto vale la pena recordar que parte de un estado constitucional de derecho implica también la sujeción del poder legislativo a la Constitución, en la medida en que las normas que se crean vayan acordes a los preceptos constitucionales, pues de lo contrario carecerán de validez por contravenir a la Ley fundamental, un tema que da pie a lo que en más adelante se analizará en el presente trabajo que es: la inconstitucionalidad de las normas.

1.4.2. Principio de control⁷⁸

El solo hecho de que se conceptúe el principio de supremacía constitucional no evita que los órganos de poder público violenten los preceptos constitucionales. De forma que la Constitución se encarga de establecer mecanismos de control para garantizar su propia supremacía.

Este principio consiste en dotar al ordenamiento jurídico constitucional de los mecanismos y procedimientos para someter los actos del gobierno y a la legislación misma a la supremacía constitucional. De lo contrario, siguiendo el criterio de Pereira y Richter, la Constitución no tendría fuerza vinculante y entonces, ninguna función práctica.⁷⁹ Al respecto se concuerda con Humberto Quiroa Lavie, quien resalta: *«si el sistema constitucional no consagra un procedimiento efectivo que haga cierta la supremacía de la Constitución sobre el resto de la legislación y sobre los actos de gobierno emanados de los poderes públicos, se correrá el riesgo de convertir a la Constitución en una simple hoja de papel de carácter nominal.»⁸⁰*

⁷⁷Haro, Ricardo. *óp.cit.*,pág. 48

⁷⁸ Para un desarrollo más pormenorizado sobre los temas de: defensa del orden constitucional y los diversos sistemas de control constitucional de normas, ver pág. 35 y siguientes.

⁷⁹Pereira Orozco, Alberto y Marcelo E., Richter, *Derecho constitucional, óp.cit.*, pág. 11

⁸⁰ Quiroa Lavie, Humberto. *Curso de derecho constitucional*, Argentina, Ediciones de Palma, 1987, pág. 19

1.4.3. Principio de limitación y de razonabilidad

Como se ha desarrollado anteriormente, la Constitución, aparte de establecer la estructura orgánica del Estado y delimitar el ejercicio del poder, también reconoce los derechos individuales y colectivos mínimos (parte dogmática) de las personas. Ahora, si bien es cierto que la Constitución otorga derechos a los individuos, también lo es que estos derechos no son absolutos, y es precisamente bajo esta concepción que tiene lugar el principio de limitación, que es aquel según el cual los derechos constitucionales encuentran límite en las leyes que reglamentan su ejercicio, en atención a las razones de bien público y de interés general que justifican su reglamentación. A este principio se le atribuye la facultad de policía⁸¹ del gobierno para poder restringir los derechos de las personas en aras del interés público.⁸²

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto los derechos de las personas pueden ser restringidos (o limitados) esto siempre debe darse dentro de un marco que atienda siempre a razones que hagan justificable tal restricción y en ningún caso de manera arbitraria.

En palabras de Quiroa, al hacer mención del principio de razonabilidad, indica: *«este principio establece la forma de restringir el modo de utilizar, por parte del Estado, el principio de limitación. Las leyes pueden restringir el ejercicio abusivo de los derechos, pero ello debe ser hecho en forma razonable.»*⁸³ Agregado a eso, es importante resaltar que para poder atender a una correcta razonabilidad en la limitación de los derechos constitucionales, se deberá guardar relación entre el medio empleado y el fin público que se busca garantizar, de lo contrario, todo acto o norma de esta categoría podría resultar en una desmedida aplicación del poder público en perjuicio de la esfera de

⁸¹ Sin embargo, vale la pena distinguir a esta «policía» de la policía administrativa. En este caso particular se tiene que únicamente el legislador por medio de una ley puede restringir los derechos de las personas consagrados en la propia Constitución, y la Administración Pública actuará por medio de la facultad de la policía administrativa dentro de los límites que la propia ley le otorgue. Ello en respeto de varios principios que rigen la actuación administrativa, verbigracia: el principio de legalidad o de juridicidad. (Criterio del autor)

⁸² Quiroa Lavie, Humberto. *óp.cit.*, pág. 35

⁸³ *Ibíd.*, pág. 40

derechos de la población, cayendo ya en flagrante violación a los preceptos Constitucionales.

1.4.4. Principio de estabilidad

Por medio de este principio se busca que la Constitución tenga la mayor validez temporal posible. Esto porque al ser norma primigenia de todo un ordenamiento jurídico-político resultaría perjudicial que sea cambiando o modificada constantemente, pues no se tendría clara cuál es la verdadera voluntad política del pueblo, ni tampoco cuáles son a ciencia cierta las normas, principios e instituciones que rigen a toda la población.

Es decir, la estabilidad en el tiempo de la Constitución ofrece un alto grado de certeza dentro del cual podrán actuar todas las personas de un Estado determinado. Todos tendrán una base de «normas de juego» predecibles por un tiempo razonable. Claro está, siempre y cuando los cambios sociales y políticos no sean tales que obliguen a reformar y eventualmente cambiar por completo la Constitución para poder dar paso a otra que contemple las verdaderas necesidades e intereses de la población. Para ello, la propia Constitución regula su procedimiento de reforma, dando surgimiento a diversos tipos de constituciones, dependiendo de la posibilidad que tienen estas de ser reformadas (*rígidas, flexibles o mixtas*)⁸⁴.

1.4.5. Principio de funcionalidad

Se ha dicho en reiteradas ocasiones dentro del presente trabajo que uno de los fines más importantes de la Constitución es establecer el andamiaje orgánico del Estado, es decir, separar las funciones a modo de establecer formas de controlar el poder público. En cuanto a este extremo, tal distribución de atribuciones debe ser funcional en aras de lograr la consecución del fin último del Estado, que, en el caso de Guatemala, es el bien común.

⁸⁴Para mayor detalle sobre estos tipos de constitución respecto a la posibilidad de reforma ver pág.14

De tal cuenta, como indica Quiroa, se tiene al principio de funcionalidad como aquel que «*como un factor equilibrante de las funciones de gobierno, mediante la división de los poderes públicos. La Constitución es, a tal efecto, un instrumento de distribución de las funciones supremas del Estado. Las funciones básicas de los poderes del Estado corresponden a la calificación constitucional de cada poder; dichas funciones básicas no se dividen en legislativas, ejecutivas y judiciales, sino en funciones de gobierno, de administración y jurisdiccionales.*»⁸⁵ En el caso de Guatemala, la Constitución establece la división de funciones en los Organismos de Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, siendo la subordinación entre los mismos expresamente prohibida.⁸⁶

Para que exista un real funcionamiento entre los organismos de Estado, existen tres sub principios básicos, no concentración, cooperación y de bloqueo, los cuales se conciben de la siguiente forma:⁸⁷

- A. Por una parte, el sub principio de no concentración que consiste en poner límite al alcance de las competencias otorgadas por las normas de organización. De tal forma que, ahora de la perspectiva del funcionario público: si bien la Constitución otorga atribuciones, también estas atribuciones sirven de límite o marco dentro del cual el funcionario debe restringir su actuación. Recordando la conocida frase «una persona puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, pero un funcionario solo puede hacer lo que la ley le permita.»
- B. Por otra parte, el sub principio de cooperación que convoca a los poderes políticos encargados de adoptar la decisión política, a la tarea de crear derecho, en el sentido de que deben coadyuvarse entre sí para la consecución del fin último del Estado que es el bienestar general de la población.

⁸⁵ Quiroa Lavie, Humberto. *óp.cit.*, pág. 40

⁸⁶ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, art. 141

⁸⁷ Quiroa Lavie, Humberto. *óp.cit.*, págs. 46 y 47

C. Y por último, en cuanto al sub principio de no bloqueo, este se puede llegar a vulnerar por la falta de colaboración por parte de los poderes públicos en la prestación de las funciones previstas en la Constitución, lo cual puede producir básicamente dos cosas: o un control para evitar excesos, o un bloqueo del funcionamiento institucional. Esto se evidencia aún más cuando el bloqueo se da en negar un simple acto de convalidación. Realmente la línea divisoria entre un correcto control entre órganos y un bloqueo entre órganos es muy delgada en la práctica. En la realidad guatemalteca puede pensarse inmediatamente en situaciones hipotéticas como: la negatoria injustificada del Congreso de la República de aprobar el presupuesto anual de ingresos y egresos del Estado, bloqueando así cualquier planificación que tenga el Organismo Ejecutivo; o el veto presidencial para intentar frenar la emisión de una Ley sin justificaciones que lo ameriten; entre otros casos.

1.5. Orden constitucional y *Estado*⁸⁸ Constitucional de Derecho desde el Neoconstitucionalismo

Habiendo establecido los conceptos básicos sobre el sistema normativo, la Constitución como pináculo del mismo, y los principios del derecho constitucional, ahora se abordará lo que para el investigador constituye el «orden constitucional», el cual reviste de suma importancia, debido a que esta concepción será ampliamente utilizada en el capítulo final sobre la discusión de los resultados de la investigación, para sustentar el criterio que se sostiene respecto a los alcances y límites de la aplicación de la reviviscencia de normas por parte de la Justicia Constitucional, como una forma de preservar el «orden constitucional».

Miguel Carbonell, citado por Pereira Orozco indica que *«el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir*

⁸⁸**Recordar:** el concepto de “Estado” atiende a varios elementos *sine qua non* para su existencia, de tal forma que puede decirse que Estado es: Aquel conjunto de personas (población) situadas en un territorio determinado, que dotadas de soberanía crean un ordenamiento jurídico e instituciones para el ejercicio del poder público, para cumplir con un fin específico que es el bienestar general de todo el conglomerado social.

después de la segunda guerra mundial ... Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estados...»⁸⁹Valga decir, este conjunto de normas hacen referencia a los Derechos Fundamentales.

Al respecto Andres Gil Dominguez señala que «*La finalización de la Segunda Guerra mundial no sólo supuso la recreación de un nuevo constitucionalismo (el neo) sino también el surgimiento –en el orden universal y regional- de un nuevo lenguaje significado por los derechos humanos instrumentalizados mediante tratados, declaraciones y emisiones de los órganos internacionales encargados de su interpretación y aplicación.*»⁹⁰Como la historia lo demuestra, luego de importantes conflictos surgen nuevas corrientes de pensamiento en los diversos planos sociales, económicos y jurídicos, pasando luego del antecedente citado a una etapa de humanización y de comunicación internacional.

Aplicando lo mismo para el nuevo papel de las constituciones explicado por el mismo autor⁹¹, en el sentido de que el Texto Constitucional ya no se debe limitar a fijar «las reglas de juego», sino que debe contemplar mecanismos de control que garanticen el respeto a los derechos humanos por parte de las futuras decisiones colectivas. Debe también contemplar el catálogo de derechos fundamentales que formarán parte de la «agenda política» y no únicamente establecer la estructura orgánica que regule el ejercicio del poder constituyente derivado, protegiendo así a quien resulta el titular indiscutible del poder constituyente, el pueblo.

Con base en lo anterior, si bien se reconoce que cualquier intento de codificar el derecho natural sería infructuoso, pues este por naturaleza es amplio y anterior a cualquier reconocimiento político, para el neoconstitucionalismo la Constitución tiene una finalidad eminentemente proteccionista de los derechos humanos como el umbral

⁸⁹Pererira Orozco, Alberto y Richter, Marcelo Pablo, *Derecho constitucional, óp.cit.*, pág. 59

⁹⁰ Gil Domínguez, Andres. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Argentina, Editorial Ediar, 2009, pág. 67

⁹¹ *Ibíd.*, pág. 13

de lo mínimamente soportable como injusto. Así, todos (gobernantes y gobernados) deben respetarla, no solo por ser el conjunto de normas supremas que limitan el poder público, sino también ser aquella construcción social que garantiza a convivencia plural y el respeto a los derechos fundamentales.⁹²

Cabe destacar que las implicaciones que tiene concebir a la Constitución como una norma garantista suprema a todo el ordenamiento jurídico-político, acarrearán el establecimiento de un Estado Constitucional de Derecho.

Resulta necesario indicar que no es lo mismo un estado de derecho que un estado constitucional de derecho. El primero atañe a cualquier tipo de ordenamiento en el que los poderes públicos se confieren por ley y se ejercen como esta lo establece (régimen legal). De tal forma que aún los Estados anti-liberales son estados de derecho, desde el momento en que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legalmente establecida. Sin embargo, al tratar el tema de un estado constitucional de derecho, se consideran como tales solo aquellos en que los poderes públicos, no solo están sujetos a la ley en cuanto a su forma, sino también en cuanto a su contenido, y en los cuales todos los poderes, incluso el legislativo (que emite las leyes) están sujetos a los mandatos y principios constitucionales como la división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales.⁹³

En ese sentido, Ricardo Haro, al referirse al estado constitucional de derecho señala que el estado constitucional de derecho: *«es aquel que establece los procedimientos jurídicos-institucionales para limitar, pero también para controlar los posibles excesos tanto del poder estatal como de los poderes individuales y sociales. De allí que toda Constitución sea unaley de garantías.»*⁹⁴

⁹² *Ibíd.*, pág. 68

⁹³ Cano Lemús, Evelin Licely , y Omar Ricardo, Barrios Osorio. *Nociones esenciales de derecho constitucional*, Guatemala, Editorial Lex Artis, pág. 5

⁹⁴ Haro, Ricardo. *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2014, pág. 45

De forma que, un estado constitucional de derecho debe subordinar la legalidad a los preceptos constitucionales, los cuales en cualquier caso tendrán un rango jerárquico superior. Esto implica que la validez de las normas no depende exclusivamente de la forma en que se crean, sino también de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales y el respeto a los derechos fundamentales como fin de la organización social.

En tal sentido indica Gil que «...*el control constitucional –en sus distintas variantes– destruye el dogma liberal de la fuerza absoluta de la ley, y crea una situación (...) en la cual la validez de las normas del Estado depende de un juicio sobre la conformidad con la Constitución que se realiza mediante una tarea de interpretación constante. La Constitución como norma fundamental de garantía y como norma directiva fundamental derrota por completo al dogma de la ley como techo del ordenamiento jurídico.*»⁹⁵

Desde esta concepción se restringe el poder del legislador ordinario y se subordina a este a la voluntad del poder constituyente, tomando en cuenta que este es la manifestación de la voluntad del pueblo que es quien decide darse a sí mismo un ordenamiento jurídico y los lineamientos que tendrán las normas inferiores a la *norma normarum*.

Así, la fuerza de la Constitución se ve proyectada hacia el resto de normas que informan el sistema jurídico, no hablando ya, por ejemplo, de: «derecho tributario» sino de «derecho constitucional tributario», ni de «derecho penal» sino de «derecho penal constitucional».

Además, se establece un límite y complemento para la democracia, en el sentido de que los derechos incorporados a la Constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes públicos, pues de lo contrario, tal ejercicio podría caer en el grado de absoluto. Por otra parte, todo el conjunto de prohibiciones y obligaciones que

⁹⁵ Gil Domínguez, Andres, *óp.cit.*, págs. 18 y 19

contiene la Constitución se configura como *garantías*⁹⁶ de los derechos frente a los abusos de tales poderes, en resguardo del sistema democrático.⁹⁷

En ese orden de ideas, se entiende que el orden constitucional no hace referencia de forma ciega al principio de jerarquía normativa, sino que va más allá y analiza también los derechos fundamentales que se encuentran protegidos en un Estado Constitucional de Derecho. Incluso, la protección del andamiaje orgánico del Estado (parte orgánica de la CPRG) desde una óptica finalista basada en el neoconstitucionalismo opera para hacer efectivo el goce de los DDHH.

1.6. Defensa del orden constitucional

Como se estableció anteriormente, una Constitución en cuanto a su cumplimiento, puede ser de tres tipos: *nominal, semántica o normativa*⁹⁸. En este orden de ideas, es precisamente para que la Constitución sea de carácter normativa, cumpliéndose sus mandamientos, que resulta necesaria todo un andamiaje político, jurídico, económico, social y procesal para asegurar su protección, pues de lo contrario sería, como bien lo indicaba Humberto Quiroa Lavié, una simple hoja de papel de carácter nominal. El jurista Eduardo Ferrer Mac.Gregor, citando a Héctor Fix-Zamudio, define la *defensa de la Constitución* como: «aquella que está integrada por los instrumentos jurídicos y procesales establecidos para conservar la normativa constitucional, así como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo de las disposiciones constitucionales en un sentido formal y real o material.»⁹⁹

⁹⁶No se debe confundir esta concepción de **garantías** con las de naturaleza procesal contempladas en la Constitución para la defensa del orden constitucional. Para mayor detalle, ver pág. 35 y siguientes

⁹⁷ Alberto Musumeci, Gustavo. *El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un estado constitucional de derecho*, *Academiadederecho.org*, disponibilidad y acceso: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/MUSUMECL.pdf>, consultado: 09/02/2017, pág. 2

⁹⁸Este tipo de constituciones se aborda en la pág. 14

⁹⁹ Definición de «Defensa constitucional» Ferrer Mac.Gregor, Eduardo y otros. *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional Tomo I*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México –UNAM–, 2014, pág. 311

Al respecto se trae a colación lo manifestado por Nogueira Alcalá, al tratar sobre el tema de la defensa del orden constitucional, quien indica que esta no debe verse desde el punto de vista estático, de tal forma que no se procura únicamente el mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su ajuste a la realidad.¹⁰⁰

La expresión de defensa constitucional fue acuñada por vez primera en dos obras del pensamiento constitucional contemporáneo: *Der Hüter der Verfassung* («EL protector de la Constitución»), de Carl Smith y *Wer soll der Hüter der Verfassung Sein*, de Hans Kelsen (más tarde traducido bajo el título «¿Quién debe ser el protector de la Constitución?», por Robert J. Brie). Schmitt, por un lado, sostenía que el encargado de la defensa de la Constitución debía ser un órgano político, y más específicamente, el presidente del Reich. A ello respondió Kelsen, que dejando de lado los riesgos de la judicialización de la política (y viceversa), lo correcto era entregar el rol de defensor de la Constitución a un órgano *ad hoc*, especializado en la tarea de controlar los actos de poder potencialmente infractores del texto constitucional, y cuya decisión gozaba de efectos *erga omnes*.¹⁰¹

Haciendo una debida contextualización de los dos pensamientos anteriores, tal como lo explica Fix Zamudio¹⁰², las propuestas de Smith favorecieron la llegada de Hitler al poder y en general, al establecimiento de un régimen autoritario. En cambio, el pensamiento de Kelsen fue acogido por los regímenes de la primera posguerra en importantes avances como el establecimiento de la Corte Constitucional de Checoslovaquia (1920).

El jurista guatemalteco, Julio Cordón¹⁰³, al hacer referencia a la defensa del orden constitucional, destaca que la CPRG no se limita únicamente a reconocer su propia

¹⁰⁰Nogueira Alcalá, Humberto. «La defensa de la Constitución, los modelos de control constitucional y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales de América del Sur» *Revista Jurídica Ius et Praxis*, Vol.11, núm 1,0122, Universidad de Talca, Chile, 2004, pág. 157

¹⁰¹*Loc.Cit.*

¹⁰²Fix-Zamudio, Héctor. *La Constitución y su defensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pág. 23

¹⁰³Andrade Abularach, Larry, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords)., *óp.cit.*, pág. 685. Y Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2015, págs. 44 a 49

supremacía, sino que también contiene los mecanismos necesarios para hacer efectivos sus preceptos, el respeto a los derechos fundamentales y el adecuado ejercicio del poder en respeto de las competencias y funciones dentro de los que se limita el actuar de los gobernantes.¹⁰⁴

Sin embargo, es necesario hacer la salvedad y resaltar que la defensa del orden constitucional va más allá del aspecto jurídico y procesal, ya que éste atañe a dos aspectos: a) la protección constitucional y b) a las garantías constitucionales. La primera, *que es materia de la ciencia política en general, de la teoría del Estado y derecho constitucional*, comprende la protección política (principio de división de poderes), protección jurídica (procedimiento dificultado de reforma constitucional), protección económica (control del presupuesto del Estado) y la protección social (organización de los partidos políticos). Y la segunda, resulta ser materia del Derecho procesal constitucional y que constituyen los mecanismos jurídicos de naturaleza procesal destinados a restablecer la eficacia de los preceptos constitucionales.¹⁰⁵

1.6.1. Protección del orden constitucional

En primer término, se debe tener presente que la protección del orden constitucional opera de manera preventiva, es decir, son todos aquellos que la propia Constitución establece para limitar el ejercicio del poder y obligar a los funcionarios a ceñirse a los mandatos constitucionales, cuando dichos preceptos aún no han sido transgredidos. Como se dijo anteriormente, estos pueden ser clasificados en: políticos, económicos, jurídicos y sociales. A continuación, se desarrollará cada uno de ellos:

A. Protección constitucional política: De los cuales básicamente se contemplan dos:

El primero, la división de poderes, que desde el punto del autor se trata más bien de una «división de funciones», tomando en cuenta que el poder soberano es uno solo,

¹⁰⁴Andrade Abularach, Larry, y Eduardo, Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *óp.cit.*, pág. 685. Y Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2015, págs. 44 a 49

¹⁰⁵*Ibíd.*, pág. 39

y son las funciones administrativas y ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales, las que (en el caso de un Estado republicano) normalmente se dividen en los tres organismos de Estado.

Esta concepción tuvo su origen con Montesquieu, en su *Espíritu de las leyes*, (Capítulo VI del Libro XI) quien además de reconocer la existencia de tres poderes (modernamente reconocidos más como funciones, siendo el poder uno: el del pueblo), plasma de manera magistral la razonabilidad de este pensamiento y la necesidad de su separación de la siguiente manera:

*«Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador; si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor.»*¹⁰⁶ Se observa que tal concepción rebosa de razón, en virtud de que expone los peligros de la unificación del poder en una sola persona o grupo de personas, a lo que el mismo autor denomina como un estado despótico en el que los reyes o tiranos tienen el poder absoluto.

En el caso de Guatemala, su sistema de gobierno es Republicano¹⁰⁷. Y, tomando esto en cuenta, la división de poderes, o de funciones, es de vital importancia, pues

¹⁰⁶ Montesquie, Charles-Louis de Secondat, barón de. *El Espíritu de las leyes*, España, Asociación Libro Libre: Tecnos, 1987, pág. 467

¹⁰⁷ **República** (de origen etimológico latín: *la res pública, o la cosa pública*): «Organización del Estado cuya máxima autoridad es elegida por los ciudadanos o por el Parlamento para un período determinado. Por oposición a los gobiernos injustos, como el despotismo o la tiranía, forma de gobierno regida por el interés común, la justicia y la igualdad.» (Definición de: «República» Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=W5eueIL>, consultado: 02/02/2017) «Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano organizado para garantizar a sus habitantes el goce, de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo.» (El subrayado es propio) (Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 140)

de lo contrario existiría el riesgo de que, por ejemplo, el presidente del Ejecutivo asumiera las facultades legislativas y judiciales, convirtiéndose en una dictadura, dejando a los mandatos políticos constitucionales de lado.

El segundo, los controles intraórganos e interórganos, que se remontan a la teoría de los frenos y contrapesos, y va de la mano con la teoría de la división de poderes de Montesquieu. En el sentido de que si dentro del Estado corresponde a distintos órganos ejercitar la soberanía en condiciones de igualdad entre estos, se obtiene un equilibrio y un balance, en el que un «poder» sirva de freno y contrapeso del otro.¹⁰⁸

En cuanto el control intraórganos, estos, según Pereira, son: «*instrumentos jurídico-políticos que operan dentro de un mismo órgano del poder público para limitar y controlar su ejercicio y funcionamiento*»¹⁰⁹ Ejemplos de este tipo de control pueden ser: la necesidad del presidente de actuar siempre en Consejo de Ministros o con el refrendo de al menos uno de ellos, todo el proceso legislativo (la serie de etapas y eventual votación), o bien, la propia organización del Organismo Judicial (que determina competencia por grado y la posibilidad de revisar las decisiones de manera jerarquizada).

Por otro lado, en cuando al control interórganos, sigue explicando el mismo autor: «*son instrumentos jurídico-políticos que desde el ámbito normativo constitucional se depositan en los organismos de la triada clásica (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y en los órganos de control de defensa del orden constitucional para controlarse y limitarse recíprocamente en el ejercicio de sus funciones.*»¹¹⁰ Ejemplo de este tipo de control pueden ser: la interpelación ministerial, la revisión jurisdiccional de las actuaciones administrativas mediante el proceso contencioso administrativo, o el derecho a veto presidencial.

¹⁰⁸ Porrúa Pérez, Francisco. *óp.cit.*, pág. 394

¹⁰⁹ Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional, óp.cit.*, pág. 46

¹¹⁰ *Ibíd.*, pág. 47

Cabe mencionar que la Constitución (guatemalteca), como se indica en la obra cumplida por Abularach y Ferrer¹¹¹, además de los controles inter e intra-órganos, también confiere a otras instituciones las funciones de control respecto a las actividades de carácter político. Específicamente, se tratan del Tribunal Supremo Electoral¹¹², pieza fundamental para el sistema de participación política, y el Procurador de los Derechos Humanos¹¹³, como un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos que la Constitución garantiza.

B. Protección constitucional económica: Este tipo de control busca lograr el buen manejo en la administración de los fondos públicos. Comprende: Por una parte, la forma en que se obtienen los ingresos del Estado (como por ejemplo: la reserva de ley en cuanto a que es únicamente el Congreso el facultado para crear impuestos, arbitrios y contribuciones especiales¹¹⁴). Y por la otra, la forma en que dichos ingresos serán erogados, es decir, la elaboración del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado por parte del Ejecutivo¹¹⁵, pasando por la aprobación del Congreso de la República¹¹⁶ y terminando en la fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas como institución técnica de fiscalización¹¹⁷ y de la sociedad en general¹¹⁸. Compartiendo el autor el criterio de Pereira¹¹⁹ en el sentido

¹¹¹Andrade Abularach, Larry, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords). *óp.cit.*, pág. 692

¹¹² Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85, 1985, arts. 18 y 121

¹¹³ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 274

¹¹⁴Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 239

¹¹⁵ «*Son facultades del Presidente de la República: ...j) Someter anualmente al Congreso, para su aprobación... por medio de su ministra respectivo, el proyecto de presupuesto que contenga en forma programática, el detalle de los ingresos y egresos del Estado.*» (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 183 literal f)...

¹¹⁶ «*Corresponde también al Congreso: ...b) Aprobar, modificar o improbar... el presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado...*» (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 171 literal b).)

¹¹⁷ «*La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas...*» (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 232)

¹¹⁸ «*Son derechos y deberes de los guatemaltecos: ...b) Cumplir y velar por que se cumpla la Constitución de la República...*» (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 135 literal b)...

¹¹⁹ Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*, *óp.cit.*, pág. 47

de que este tipo de control constitucional encaja en los controles políticos intra-órganos.

C. Control constitucional jurídico: Conceptualizado por el jurista Jorge Mario García Laguardia como «rigidez constitucional», indicando que como consecuencia de la supremacía constitucional está su rigidez. Un dificultado procedimiento de reforma constitucional contribuye a su defensa, a su estabilidad, para preservar al texto de circunstancias críticas, y además para que sus modificaciones sean hechas a través del poder constituyente.¹²⁰ Valga decir que, como se abordó anteriormente, la Constitución guatemalteca es de tipología mixta en cuanto a su posibilidad de reforma.

D. Protección constitucional social: Este tipo de control político lo ejerce el pueblo por medio de la conformación de partidos políticos, siendo parte de los derechos de los ciudadanos para tomar un papel protagonista en el ejercicio y distribución del poder, tales como: elegir y ser electo, velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral, optar a cargos públicos, participar en actividades políticas, y defender los principios fundamentales de alternabilidad y no reelección; todo ello, en un marco de respeto al sistema electoral democrático y representativo.¹²¹

1.6.2. Garantías constitucionales

A diferencia de los mecanismos de protección constitucional tratados anteriormente, las garantías constitucionales tienen una función que puede ser preventiva, o bien *reparadora*. A criterio del autor, esta función dual debe reconocerse a las garantías constitucionales porque, si bien es cierto en una gran parte operan cuando la violación a la Ley Fundamental ya ha ocurrido, siendo su fin el restablecimiento del orden

¹²⁰García Laguardia, Jorge Mario. *Defensa de la Constitución, óp.cit.*, pág. 22

¹²¹ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, arts. 135 y 140

constitucional, existen casos en los que se opera de manera preventiva, como, por ejemplo: la acción de amparo contra amenazas inminentes.

En cuanto a la verdadera naturaleza y concepción del término «garantía», es necesario traer a colación lo que indica García: «*Durante mucho tiempo se les tuvo como sinónimos de derechos, insistiendo sobre un equívoco que se remonta a la Declaración Francesa de Derechos del Hombre. El artículo 16 de esta declaración decía que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada... no tiene constitución. Y en una interpretación equívoca, que se volvió histórica, pasó a los textos constitucionales especialmente latinoamericanos, con el nombre de Garantías Individuales, la regulación de los derechos humanos.*»¹²² Sin embargo, esta concepción, como se afirma por el citado jurista, es errónea, pues no se trata solamente de derechos en el plano del derecho sustantivo, sino más bien, al hablar de garantías constitucionales se hace referencia a verdaderos mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos que, de forma inherente, o por ser contemplados en el texto constitucional (o tratados internacionales) son propios de la persona humana.

Es tal la naturaleza procesal de las garantías constitucionales que una ciencia autónoma las estudia: el *derecho procesal constitucional*. Asimismo, se atañe también a la *justicia constitucional*, que es aquella encargada de examinar y satisfacer de las pretensiones apoyadas en normas de derecho constitucional que dan lugar a una sentencia ejecutable, sin perjuicio de su contenido declarativo o constitutivo. Y es este carácter, de ejecutable, lo que permite que estas garantías cobren sentido si lo que se busca es la protección de los mandatos constitucionales. Por supuesto, sin olvidar el carácter cautelar o precautorio que también pueden revestir estos procesos mientras la sentencia alcanza firmeza.¹²³ Al respecto, Fix Zamudio, citado por García, señala: «*El conjunto de instrumentos de garantía de las normas constitucionales también ha sido designado con el término de justicia constitucional...*

¹²²García Laguardia, Jorge Mario. *Defensa de la Constitución*, óp.cit., pág. 23

¹²³Andrade Abularach, Larry, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords), óp.cit., pág. 642.

con él se subraya el carácter preponderantemente axiológico de estos instrumentos y por su preciso sentido jurídico.»¹²⁴

En el caso de Guatemala¹²⁵, se contemplan constitucionalmente tres garantías constitucionales: La exhibición personal¹²⁶, el amparo¹²⁷, y la inconstitucionalidad de leyes¹²⁸. Sin embargo, también hay quienes consideran que la figura del Procurador de Derechos Humanos *u ombudsman*¹²⁹, y más recientemente, el *habeas data*¹³⁰, también constituyen garantías constitucionales. Criterio que el autor comparte, pues se tratan de mecanismos, unos más desarrollados que otros, pero que al final de cuentas velan de manera procesal que los derechos contenidos en la Constitución no queden en una mera enunciación de deseos.

¹²⁴García Laguardia, Jorge Mario, *Defensa de la Constitución*, *óp.cit.*, pág. 24 y 25

¹²⁵Se hace énfasis en el caso de Guatemala porque otros países incluyen dentro de la Constitución, otras garantías, como lo es, por ejemplo: la acción de cumplimiento para reclamar en contra del comportamiento omisivo de la autoridad. («*Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido*») (Universidad de Antioquia, La acción de cumplimiento, disponibilidad y acceso: http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion_cumplimiento.html, consultado 02/07/2017)

¹²⁶ Exhibición personal: «*Derecho a la exhibición personal. Quien se encuentre, ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier modo del goce de su libertad...o sufre vejámenes, aún cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia...*» (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 263)

¹²⁷ Amparo: «*Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido...*» (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 265)

¹²⁸ Para un estudio más pormenorizado de esta garantía, por ser tema medular del presente trabajo de tesis, ver Capítulo II

¹²⁹ Ombudsman: Como comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 274) «*El Procurador de los Derechos Humanos constituye la manifestación en Guatemala de la institución escandinava del Ombudsman, nacida en Suecia en 1809, y cuya función se dirige a la protección de los derechos de los ciudadanos en su relación con los poderes públicos, aspirando a tutelar la dignidad de la persona en el más amplio sentido de la palabra.*» (Andrade Abularach, Larry, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *óp.cit.*, pág. 703).

¹³⁰ Habeas data: que, en un sentido propio, básicamente consiste en la garantía que tienen todas las personas de tener acceso a la información personal que de ellos conste en registros públicos, y a su eliminación, corrección o modificación, en apego al principio de *autodeterminación informativa*. (Concepto propio del autor). Sin embargo, actualmente existe debate en cuanto a considerar o no al habeas data como una garantía constitucional propiamente dicha, y en gran parte se debe a que está contenido en una Ley de categoría ordinaria (Ley de Acceso a la Información Pública) y se procura mediante un trámite administrativo. Además, esta propia Ley en su artículo 60 establece que puede acudirse posteriormente al Amparo, restringiéndole así autonomía al habeas data como una garantía independiente.

Si bien es cierto todo el tema de las garantías constitucionales es verdaderamente apasionante e interesante, por el enfoque del presente trabajo se abordará únicamente el control constitucional de las leyes.

1.7. Control constitucional de la Ley

Quedó anteriormente establecido que la Constitución es el génesis primario de todo ordenamiento político-jurídico. Y en ese sentido, la propia Ley Fundamental contempla mecanismos para defender sus preceptos en contra de: actos no normativos¹³¹ que implican violaciones a los mandatos constitucionales realizadas por aquellas personas que se encuentran en el ejercicio del poder; o bien, en contra de normas jurídicas (que emanan de actos puramente normativos¹³²). En este segundo caso, el resguardo de la supremacía constitucional puede expresarse en dos sentidos: uno, el que impone que las normas jurídicas subordinadas no pueden oponerse al contenido material de la Constitución; y dos, en cuanto la propia Ley Fundamental determina cuál será el proceso de formación de las normas subordinadas.

El jurista Alejandro Morales Bustamante, dentro del trabajo hecho en conjunto con Pereira, ofrece una excelente conceptualización de lo que es el control constitucional normativo, como: *«el sistema de instituciones y procedimientos destinados a verificar que los preceptos mediante los cuales las autoridades regulan hechos y actos que emanan de una determinada comunidad jurídica constituyan desarrollo coherente de los postulados constitucionales, en observancia del carácter supremo que revisten estos últimos.»*¹³³ Así, es por la vía del control constitucional de normas que se concretiza todo lo anteriormente desarrollado en cuanto a la jerarquía normativa, y el principio de

¹³¹ Esta clase de actos de autoridad (propriadamente dichos) se encuentra bajo el control de otras garantías como lo son: el amparo, la exhibición personal.

¹³² Esta categorización de actos no normativos y actos normativos, se realiza porque las normas jurídicas, a criterio del autor, emanan de actos (en un sentido estricto), en ejercicio de: una función legislativa o una función reglamentaria, según el caso. Estando estos sujetos al control constitucional, no en contra del acto, sino en contra de la norma que emana del mismo siempre y cuando cumpla con las características de ser una norma jurídica general, abstracta e impersonal. Para mayor detalle, ver pág. 62 en donde se abordan las «normas impugnables».

¹³³ Pereira Orozco, Alberto y otros, *Derecho procesal constitucional, óp.cit*, pág. 246

supremacía constitucional, aparejando como consecuencia la ineficacia de las normas que contraviene la *lex superior*.

1.7.1. Antecedentes

El antecedente más remoto que muchos juristas encuentran a la jurisdicción constitucional para revisar la validez de las leyes se remonta a la sentencia del Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham, en 1610. Dentro de la contextualización del caso, conforme el relato de Alberto Bianchi:¹³⁴ Bonham, era un médico egresado de la Universidad de Cambridge, quien había ejercido su profesión sin la correspondiente autorización del Real Colegio de Médicos. Durante el mes de abril de 1606 fue emplazado para comparecer ante el presidente y los censores del Real Colegio. Encontrándolo deficiente en sus aptitudes profesionales, la corporación le impuso una multa que le prohibió, bajo pena de prisión, ejercer la medicina hasta tanto fuere admitido por el Real Colegio. No obstante, esto, Bonham continuó ejerciendo la medicina y en octubre del mismo año fue nuevamente emplazado. Pero, en esta ocasión no concurrió a la citación, por lo que fue condenado a una multa nuevamente y se ordenó su detención.

Luego, en noviembre se presentó ante el Real Colegio, rehusándose a ser reexaminado, y dentro de sus argumentos indicó que había sido graduado doctor en medicina por la Universidad de Cambridge y que el Real Colegio carecía de jurisdicción sobre él. Sin embargo, no obstante a tal premisa, fue enviado a prisión, por lo que Bonham demandó al Real Colegio por encarcelamiento ilegítimo. El Real Colegio se fundamentó en un estatuto sancionado bajo Enrique VIII que les permitía ejercer este poder de policía sobre la profesión, autorizándolos al mismo tiempo a imponer multas, cuyo monto se dividía entre la Corona y el referido Colegio. Ahora bien, ya dentro de la sentencia, una de las consideraciones más importantes del Juez Coke fue el imperio del common law, incluso sobre la propia ley, ya que el Colegio percibía la mitad de las multas cobradas, extremo que, a juicio de Coke lo convertía en juez y parte, violentando

¹³⁴ Bianchi, Alberto B., *óp.cit.*, págs. 107 y 108

así uno de los principios del common law de que nadie puede ser juez de su propio caso.¹³⁵

Si bien es cierto no se crea el control constitucional de normas *per se*, sí se sienta un precedente en cuanto a limitar las facultades del parlamento respecto a ciertos estándares y principios mínimos del derecho. En esta sentencia se afirmó que el derecho natural estaba por encima, incluso, de las prerrogativas del Rey, siendo esta la base de lo que posteriormente sería el control constitucional a cargo de los jueces. Además, si bien resulta discutible que la sentencia de Coke haya creado el control de constitucionalidad de leyes, esta sí le brindó elementos básicos a las colonias americanas, y un sólido sustento jurídico, que eventualmente contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional estadounidense.¹³⁶

Ahora bien, hay algunos juristas que disienten del criterio de que las bases del control constitucional se remonten a tal época (básicamente en dicha sentencia se trató un tipo de control con base al *common law* y no de constitucionalidad en el sentido formal de la palabra). Por el contrario, consideran correcto tomar de punto de partida a la jerarquía constitucional moderna. Sobre esto el trabajo del autor *De Vega García*, compilado por la Corte de Constitucionalidad, al tratar los orígenes del control constitucional de normas afirma: «...carece de fundamento buscar precedentes históricos con anterioridad al momento en que la Constitución se configura positivamente como ley suprema... El concepto de Constitución, en sentido moderno, como ley superior, sólo aparece con el triunfo de la Revolución Americana y el subsiguiente proceso revolucionario francés, por lo que remontarse más allá de esos momentos supone forzar la realidad y destruir la historia...»¹³⁷

¹³⁵ *Loc. Cit.*

¹³⁶ García Belaunde, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Perú, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003, cuarta edición, pág. 27

¹³⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala (Comp). *Opus magna constitucional*, Tomo II, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad, 2011, pág. 371

Bajo este punto de vista, el control constitucional de leyes puede darse únicamente en la medida que existan constituciones escritas y rígidas. En virtud de que, solo en este contexto se puede distinguir perfectamente entre las normas constitucionales y normas ordinarias, de tal forma que cobra sentido el principio de supremacía constitucional, y toda norma inferior que contravenga al texto fundamental no tendrá validez. En una constitución flexible, por el contrario, los conflictos que se susciten serán siempre conflictos normativos entre disposiciones de igual rango jerárquico, que podrán solucionarse por derogatoria de la ley posterior, aplicando los tradicionales criterios de interpretación: *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*.¹³⁸

Sin embargo, a criterio del investigador, la sentencia del Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham, sí sienta un precedente en cuanto a la posibilidad de que los jueces puedan analizar y revisar la eficacia de una norma jurídica frente a normas de superior jerarquía de las cuales se deben fundamentar el resto dentro del ordenamiento jurídico y que ninguna otra puede contradecir, incluso, si estas normas no se encuentran taxativamente escritas en un texto formal que se denomine Constitución.

Ahora bien, en donde sí existe consenso como uno de los precedentes más importantes de la *revisión judicial* (o en inglés: *judicial review*), es la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, presidida por el juez John Marshall, en 1803, dentro del caso William Marbury contra James Madison.

Dentro de los antecedentes propios del caso, es necesario entender que, en el año de 1800, el gobierno del Presidente Adams y su partido federalista se encontraban en una situación desastrosa. En noviembre de ese año pierden las elecciones presidenciales y también a la mayor parte de los diputados y senadores en el Congreso de la Unión, frente al partido de Thomas Jefferson. De esta manera, al haber perdido ambas para la presidencia y el congreso, el aún presidente Adams busca colocar a los miembros relevantes de su partido creando nuevas plazas de jueces federales y darles empleo a otros, menos importantes, como jueces de paz durante cinco años (por medio del

¹³⁸*Loc. Cit.*

Judiciary Act de 13 de febrero de 1801). En total son 16 nuevos juzgados federales y 42 jueces de paz. Estos últimos son los que el presidente Adams firma la última noche de su mandato (el 03 de marzo de 1801), a quienes se les refiere, en ocasiones como «Los jueces de media noche». Sin embargo, no todos los nombramientos no llegaron a sus beneficiarios, de los 42 faltaron 4, los de: William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper. Después, al tomar posesión de su cargo como nuevo presidente Thomas Jefferson nombra como su Secretario de Estado a James Madison, quien da posesión a los jueces nombrados por el ex presidente Adams, pero, rechaza entregar los cargos a William Marbury y los otros tres miembros del partido federalista cuyos nombramientos nunca les fueron entregados. Por lo que Marbury y los otros presentan una reclamación judicial ante la Corte Suprema de Justicia para que esta dictara un «*weite of mandamus*» en contra de Madison como nuevo Secretario de Estado, a efecto de que les otorgara los cargos.¹³⁹

Es importante destacar que John Marshall fue el Secretario designado por el Presidente Adams, siendo entonces quien debió haber entregado dichos nombramientos. Tiempo después, Marshall pasa a ser presidente de la Suprema Corte y le corresponde resolver precisamente este asunto. El problema para el Juez John Marshall, ahora como presidente de la Corte Suprema de Justicia, era el siguiente: era indiscutible que Marbury y los otros 3 jueces nombrados tenían derecho a que se les entregara el cargo para el que habían sido designados, independientemente de que hubieran recibido o no los documentos en los cuales se hacía su nombramiento. Pero, si Marshall hubiera resuelto favorable a las pretensiones de Marbury, tenía que haber expedido la «*weite of de mandamus*» en contra del Secretario de Estado Madison. Y, dada la situación política, seguramente Madison hubiera ignorado dicha orden y la Corte no hubiera tenido forma de hacer cumplir su resolución, demostrando su incapacidad y un debilitamiento en el prestigio judicial. Sin embargo, la otra parte del dilema era: sostener que Madison había actuado correctamente al no entregarles sus cargos, no sólo era equivocado, sino que complacería a los enemigos políticos de Marshall y

¹³⁹Valdés, Clemente. *Marbury vs. Madison: un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, México, Universidad Iberoamericana, 2005, págs. 350-357.

avergonzaría a su propio partido. De tal forma que, quizá obligado por razones políticas a salir por la tangente, aquella Corte Suprema de Justicia presidida por John Marshall estableció el principal antecedente de la revisión judicial de constitucionalidad, al decidir que la Suprema Corte es únicamente un Tribunal de Apelación según la Constitución y que el Judicial Act de 1789 resultaba inconstitucional al establecer la posibilidad de acudir directamente ante el Tribunal Supremo.¹⁴⁰

Parte del fallo indicaba lo siguiente: «*Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios... Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley... Si dos leyes entrañan conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia...*»¹⁴¹ Así, de manera vanguardista, este servía de primer antecedente para la revisión judicial de la constitucionalidad de leyes. Extremo que, como se analizará más adelante, sienta las bases del sistema de control constitucional difuso de normas.

En cuanto a los antecedentes más importantes en Europa, si bien es cierto el control constitucional de las normas jurídicas como revisión judicial, tuvo su origen en el sistema anglosajón de los Estados Unidos, en el continente europeo también se dieron importantes aportes, especialmente, luego de la Gran Guerra¹⁴², que llevó a la caída del

¹⁴⁰ *Loc.Cit.* Y: Oyarte Martínez, Rafael. *El caso Marbury vs. Madison*, Revista Judicial:Derecho de Ecuador, Ecuador, 2005 disponibilidad y acceso: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/el-caso-marbury-vs-madison>, consultado: 05/02/2017

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, caso: 5 US 137: Marbury vs. Madison, 1803, disponibilidad y acceso (traducido al español): <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Marbury-vs.-Madisno.pdf>, consultado: 05/2017

¹⁴² «**Gran Guerra**» es un término con el que se conoce también a la **Primera Guerra Mundial**.

Imperio Austro-húngaro, y el nacimiento de nuevos países, como fue el caso de Austria. Es aquí en donde se plantea la creación de un Tribunal Constitucional para efectos del control constitucional en sentido amplio, basado en el proyecto de Hans Kelsen de 1918, que fue posteriormente sancionado por la Asamblea Nacional Provisional de 1919, y finalmente en la Carta austríaca de octubre de 1920. Resulta curioso que poco antes lo había consagrado en su Constitución de febrero de 1920, la recién creada Checoslovaquia; sin embargo, el mérito en la doctrina se le atribuye a Kelsen y Austria, en cuanto a la gestión, creación y consolidación de este tipo de control constitucional regido por un Tribunal especializado, por lo que se denomina también como: modelo austríaco, europeo, o kelseniano.¹⁴³

Sin lugar a dudas, Kelsen fue pionero en establecer un sistema jerárquico de normas jurídicas y determinó que para resguardar el principio de supremacía constitucional, se necesitaba un órgano fuera de los organismos de Estado, que garantizara dicho principio, sentando así las bases para el sistema de control constitucional concentrado de las normas.

1.7.2. Sistemas de control constitucional de normas

Los propios antecedentes que ilustran la historia del control constitucional normativo, tanto en América como en Europa, sirven de base para dos sistemas clásicos desde el punto de vista reparator ¹⁴⁴ y orgánico, para el control de constitucionalidad: el concentrado (o austríaco) y el difuso (o norteamericano). Más adelante, también se consideran otros como: «el paralelo», con origen latinoamericano, o el «sistema mixto», debido a la evolución que cada país ha tenido en cuanto a esta materia. Nótese: Se hace énfasis en que esta clasificación responde a su matiz «orgánico» porque esto

¹⁴³ García Belaunde, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, *óp.cit.*, págs. 31 y 32

¹⁴⁴Se hace la especificación porqué también han existido otros sistemas de control constitucional, como el **preventivo francés** que surge junto con la «Quinta República» (1958) y la creación del «Consejo Constitucional» a quien se encomendaba el control preventivo de las leyes y reglamentos parlamentarios. Época en la que en los demás países del continente europeo se instalaban los tribunales constitucionales. Esto debido a que, después de la Revolución Francesa quedó en aquel país cierta desconfianza al sistema judicial. (Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*, *óp.cit.*, pág. 251)

constituye el rasgo distintivo más significativo de cada uno de estos sistemas, que es precisamente la designación del órgano competente para ejercer el control constitucional de la norma. A continuación, se exponen los elementos y características de cada uno, para aterrizar en el que se utiliza actualmente en Guatemala.

A. Sistema de control constitucional difuso

Dos de los antecedentes anteriormente desarrollados sientan las bases de este sistema: el caso de Thomas Bonham de 1610 y la célebre sentencia del juez John Marshall en el caso Marbury vs. Madison de 1803. En este sentido, el sistema de control constitucional difuso implica que todos los jueces tienen facultades para conocer de la inconstitucionalidad de una ley y declarar su inaplicabilidad al momento de administrar justicia en un caso concreto.

El constitucionalista Boris Barrios González al referirse a este sistema expresa: *«mediante el sistema difuso se reconoce a todos los jueces y tribunales el poder jurisdiccional de resolver, directamente, el conflicto de constitucionalidad que se presente entre una norma inferior a la constitución y un principio, norma o mandato constitucional; y, por consiguiente, desaplicar la norma que contraviene a la Constitución o declarar mediante sentencia la inconstitucionalidad de la norma.»*¹⁴⁵ Es decir, la principal característica de este sistema es que tal facultad de decidir si una norma contraviene, o no, a la Constitución no descansa en un solo tribunal, sino en todos los jueces, como un poder pero también como un deber dentro de su función administradora de justicia.

Es obligación del Juez decidir, en caso de conflicto entre normas, cuál debe de aplicar y en caso de leyes de igual rango jerárquico, sin duda deberá elegir a la posterior, porque se entiende que esta deroga a la anterior a ella;¹⁴⁶ pero, si el problema se suscita entre leyes de varios niveles dentro de la jerarquía normativa, deberá respetar a la de mayor

¹⁴⁵ Barrios González, Boris. *Derecho procesal constitucional*, Panamá, Editorial Barrios y Barrios, 2014, pág. 58

¹⁴⁶ Para un desarrollo más amplio de la derogación de normas ver pág. 125 y siguientes

jerarquía, inaplicado la inferior, y como la Constitución es la cúspide de tal jerarquía, este control, reafirma el principio de supremacía constitucional.

Eso sí, tal declaratoria no tendrá efectos más allá que la inaplicabilidad en el caso concreto que se juzga. Sobre esta línea se manifiesta José Arturo Sierra al decir que: «Este modelo es difuso porque el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier juez o tribunal, siempre que conozca de un caso concreto. ... Los jueces al dictar sentencia resuelven inaplicar la norma de rango inferior que consideren inconstitucional. Es decir, no excluyen la norma del ordenamiento jurídico, sino únicamente declaran su inaplicabilidad al caso concreto. Los efectos de la declaración son únicamente interpartes...»¹⁴⁷

Sin embargo, también se argumenta en cuánto ¿hasta qué punto tal declaratoria es verdaderamente de alcance limitado al caso concreto? Y tal cuestionamiento tiene mayor validez en sistemas como el del *common law* (del cual surge este sistema), porque los jueces inferiores, deben de respetar la jurisprudencia emanada de los superiores, en atención al principio de que casos similares se resuelven de manera similar, *stare decisis*¹⁴⁸, en la praxis, los efectos de la sentencia son *erga omnes*, es decir que se aplica para todos los casos similares.¹⁴⁹

De manera que, este sistema de control constitucional tiene las siguientes características:

- i. Descentralizado: Pudiendo conocerlo todos los jueces.

¹⁴⁷Sierra, José Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco, Corte de constitucionalidad, Guatemala, 2000, pág. 154.

¹⁴⁸**Stare Decisis:** El precedente jurisprudencial en la *tradición jurídica anglosajona* surte efecto vinculante «binding». «En esa materia rige el principio del «*stare decisis*» o «*stare decisis quieta non movere*», es decir, el atenerse a lo ya decidido y no modificar lo que existe, persistiendo en la decisión... condiciones: 1) Debe haber una jerarquía de tribunales establecida, pues de otra manera no puede saberse qué decisiones obligan y a quién. 2) Tienen que existir recopilaciones fiables de los casos...» (Falcón y Tella, María José, *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, pág. 44)

¹⁴⁹ Barrios González, Boris., *óp.cit.*, pág. 59

- ii. Incidental¹⁵⁰: Depende de un proceso principal previo del cual surge para que se declare la inaplicabilidad de la norma constitucional en ese caso concreto.
- iii. Especial: Los efectos serán únicamente *inter-partes*.
- iv. Declarativo: La inconstitucionalidad de la norma no la convierte en nula para todo el ordenamiento jurídico, sino solamente constituye una declaración de inaplicación al caso concreto.
- v. Preventivo: Porque, a criterio del autor, al declarar «hasta antes de dictarse sentencia»¹⁵¹ la inaplicación de la norma al caso concreto se evita la materialización de los efectos del vicio de inconstitucionalidad (carácter prejudicial). Sin embargo, en la norma *per sé* el vicio ya existe, por lo que solo es preventivo hacia el caso concreto.

B. Sistema de control constitucional concentrado

En contraposición al sistema difuso anteriormente abordado (originario del *common law*), en el sistema concentrado o especializado de control constitucional de leyes (originario del *civil law*¹⁵²) se le atribuye a un solo tribunal la facultad de declarar que una norma resulta inconstitucional y en consecuencia, puede expulsarla del ordenamiento jurídico. El hecho de que no sean todos los jueces a quienes se les atribuye tal facultad es con base al principio de seguridad jurídica el cual determina que un sistema jurídico debe ser entendible y predecible, pero también debe cumplirse.¹⁵³

¹⁵⁰No confundir esta **característica** con una de las **formas o modalidades de planteamiento**: como acción, excepción o incidente. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 266)

¹⁵¹«**Hasta antes de dictarse sentencia**»: en el caso de la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos, este se tiene como un presupuesto de temporalidad o más bien de «oportunidad», en el sentido de que solo se puede intentar la declaratoria de inaplicabilidad de la norma inconstitucional hasta antes del fallo en que esta podría ser aplicada. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 266)

¹⁵²Se dice que proviene del **civil law** por tener sus antecedentes en el continente Europeo continental, que utiliza la **tradición jurídica del derecho romano** que ha sido utilizado para nombrar no solo la materia actualmente conocida como «derecho civil», sino todo aquel derecho que tenía que ver con los ciudadanos romanos (sin importar la rama del derecho que se tratara), en contraposición con el **ius gentium** que era el derecho de los extranjeros. (Propio del autor)

¹⁵³Brewer Carías, Allan R, *El control concentrado de la inconstitucionalidad de leyes: estudio de derecho comparado*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica de Táchira, 1994, pág. 59

Además, es de mencionar que a diferencia de la revolución de las colonias americanas, en Europa durante la Revolución Francesa, los jueces habían tenido un rol político indiferente con las necesidades del pueblo, lo que desencadenó una tremenda desconfianza hacia el poder judicial, llegándose a considerar que los jueces únicamente les correspondía la labor de aplicar el derecho sin mayor interpretación ni valoración de sus preceptos.¹⁵⁴

Es decir, si existen normas jurídicas vigentes, estas deben de ser positivas (acatadas) a menos que por declaratoria de un tribunal especializado y por razones muy bien fundadas, se declare la nulidad de dicha norma por ser inconstitucional. En ese orden de ideas, con base a la presunción de constitucionalidad¹⁵⁵ «*mientras una ley, norma, etc., no sea declarada inconstitucional por sentencia formal de tribunal constitucional, se presume con legitimidad constitucional.*»¹⁵⁶

Sierra, al referirse a este tipo de sistema expresa: «*Es concentrado porque el tribunal especializado monopoliza el conocimiento y resolución de los asuntos relativos a constitucionalidad de leyes. A tal tribunal se le otorga potestad de ser el intérprete final de la Constitución, y sus resoluciones tienen efectos erga omnes*»¹⁵⁷ Sin embargo, la doctrina existen posturas diferentes en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Por una parte, puede pensarse que se trata de una derogatoria por declaración de inconstitucionalidad y que consecuentemente la norma inconstitucionalidad pierde su vigencia. Pero por otra (y es la postura que adopta el autor), hay quienes sostienen que no se trata de pérdida de vigencia, si no de nulidad absoluta de la norma por contradecir el texto constitucional.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Gozani, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional: garantías, proceso y tribunal constitucional*, Argentina, Editorial de Palma, 1994, pág. 13

¹⁵⁵ Similar concepción se utiliza para el principio *indubio pro-legislatore*, ver pág. 100

¹⁵⁶ Barrios González. Boris, *óp.cit.*, pág. 61

¹⁵⁷ Sierra, José Arturo, *óp.cit.*, pág. 155

¹⁵⁸ Este tema «**vigencia y validez**», por ser tema medular del presente trabajos abordado con mayor detalle en págs. 122 y siguientes

Como indica Barrios¹⁵⁹, el hecho de atribuirle a un solo tribunal la facultad de conocer en acción directa de la inconstitucionalidad general de la ley tiene su fundamento ideológico en el principio de la *separación de poderes*, el cual, excluye toda posibilidad de que los jueces comunes puedan controlar la constitucionalidad de la ley, porque ello sería una invasión a las funciones del Poder Judicial al Poder Legislativo.

Esto en virtud de que ambos tienen funciones distintas, mientras que al poder legislativo compete la elaboración de la ley, al poder judicial le compete su aplicación y ninguno de los órganos debe invadir la función del otro, garantizado así el equilibrio de los poderes públicos. Por ello, con base los postulados de este sistema, resulta necesario el establecimiento de un «órgano extra poder» al que se le encomiende la tarea de controlar el orden constitucional y ejercer el control constitucional de las leyes. Es por ello que se dice que este sistema es de carácter centralizado.

Lo anterior resulta ser de especial relevancia para el tema que se estudia de la declaración de reviviscencia de normas jurídicas derogadas por parte del Tribunal Constitucional. Ello porque podría argumentarse que los Jueces Constitucionales se abrogan atribuciones legislativas propias de los otros organismos en sus respectivas competencias: legislativas propiamente dichas o reglamentarias.¹⁶⁰

De tal manera que, a modo de resumen, este sistema de control constitucional tiene las siguientes características:

- i. Centralizado: Encarga a un único tribunal el control constitucional de las normas, el cual tiene precisamente esta función.
- ii. Principal: No surge de un caso concreto previo, sino que se insta directamente ante el Tribunal Constitucional, por parte de quienes están constitucionalmente legitimados para plantear la acción.

¹⁵⁹ Barrios González, Boris. *óp.cit.*, págs. 60 y 61

¹⁶⁰ Sobre la discusión del Tribunal Constitucional como legislador positivo al momento de aplicar el efecto de reviviscencia ver pág. 206

- iii. General: Los efectos que tendrá el fallo que declare la inconstitucionalidad total o parcial de la norma serán *erga omnes* para todo el ordenamiento jurídico.
- iv. Constitutivo: La inconstitucionalidad de la norma produce su nulidad.
- v. Posterior: Para poder impugnar de inconstitucionalidad general a una norma, esta debe necesariamente estar vigente¹⁶¹. Por lo que se convierte en un medio de control cuando el vicio de inconstitucionalidad ya existe.

C. Sistema de control constitucional paralelo

Lo que el denominado como «sistema paralelo» o «sistema dual» implica es la posibilidad de coexistencia dentro del mismo ordenamiento jurídico de los dos sistemas clásicos anteriormente analizados: el difuso y el concentrado, pero, sin que los mismos se mezclen. Para que este sistema pueda funcionar, es necesario que cuente con dos características esenciales como indica Gustavo Alberto Masumeci: *«La primera, que ambos sistemas no se crucen, en cuanto al órgano que lo ejerce y en cuanto a sus efectos, es decir que funcionen de forma paralela. Y, por otro lado, requiere que el órgano que ejerce el control difuso sea una institución integrante del poder judicial, mientras que el que ostenta el modelo concentrado sea un órgano externo al judicial.»*¹⁶²

Este sistema, como se verá más adelante, no es igual que un sistema de control constitucional mixto, por cuanto no supone tomar partes del sistema difuso y partes del sistema concentrado y formar un sistema híbrido, sino que cada uno mantiene sus propias características y coexisten dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Actualmente se encuentra contemplado en la Constitución de Perú¹⁶³, y reviste de las siguientes características:¹⁶⁴

¹⁶¹La necesidad de vigencia de una norma para ser impugnada de inconstitucionalidad se analiza con mayor detenimiento en la pág. 69

¹⁶² Masumeci, Gustavo Alberto, El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional de un estado do constitucional de derecho, Academia de Derecho, disponibilidad y acceso: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/MUSUMECI.pdf>, consultado: 04/02/2017, pág. 11

¹⁶³Asamblea Nacional Constituyente del Perú, Constitución Política de Perú, artículo 138: *«...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren*

- i. Puede realizarse el control difuso por parte de todo juez y en el última instancia, de darse el caso, interviene el tribunal superior (normalmente la Corte Suprema de Justicia).
- ii. Puede realizarse el control concentrado por parte del Tribunal Constitucional, creado fuera del Poder Judicial.

D. Sistema de control constitucional adoptado por Guatemala

Al respecto es necesario recordar que, consagrada en el artículo 268 constitucional, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional y actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado¹⁶⁵. Es decir, se cuenta con un tribunal especializado para ejercer el control constitucional de las leyes. Esta afirmación se refuerza si tomamos en cuenta que es función esencial de la Corte de Constitucionalidad el «*conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad*»¹⁶⁶

Siendo necesario hacer una acotación: cuando la Corte de Constitucionalidad de Guatemala conoce de la garantía de amparo, lo puede hacer de dos maneras: en apelación, como tribunal de alzada, o en única instancia como tribunal extraordinario de amparo; sin embargo, cuando esta conoce del control constitucional de normas, lo puede hacer, sea en apelación como tribunal de alzada de todas aquellas inconstitucionalidades de leyes en casos concretos que conocieron en primera instancia tribunales comunes en calidad de tribunal de constitucional, o bien, de forma directa de

la primera...» sirve de fundamento para el control constitucional difuso ejercido por todos los jueces, y el artículo 202: «*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en única instancia, la acción de inconstitucionalidad....»* Es el fundamento del control constitucional concentrado, ejercido por un Tribunal Constitucional especializado.

¹⁶⁴ Masumeci, Gustavo Alberto. *óp.cit.*, pág. 12

¹⁶⁵ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 268

¹⁶⁶ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 163 literal a)

las acciones de inconstitucionalidades de carácter general. Es decir, cuando conoce esta última acción directa, la Corte de Constitucionalidad conoce con base a su propia naturaleza, no como tribunal extraordinario, ni como tribunal de alzada. Por lo que, sí se está ante un órgano especializado que ejerce el control de leyes y cuyos pronunciamientos tendrán efectos *erga omnes*, tal y como sucede en el sistema de control constitucional concentrado. Además, es de recordar que la Corte de Constitucionalidad también puede ejercer cierto control preventivo de constitucionalidad de normas, por medio de: la opinión consultiva¹⁶⁷ o el dictamen.¹⁶⁸

Ahora bien, el control constitucional de normas en Guatemala no solamente corresponde a la Corte de Constitucionalidad por vía de la acción directa, sino también los tribunales comunes constituidos como tribunales constitucionales pueden conocer en primera instancia de inconstitucionalidades en casos concretos, según la materia.¹⁶⁹ En otras palabras, los tribunales de justicia ordinaria, desde el momento en que se promueve ante ellos, sea en forma de acción, excepción o incidente¹⁷⁰, dejan de ser tribunales de justicia ordinaria y para la tramitación y resolución de la garantía constitucional se tornan en tribunales de justicia constitucional. Además, el fallo que en ese sentido se dicte tendrá como único efecto la declaración de inaplicabilidad de la norma inconstitucional para el caso concreto,¹⁷¹ es decir, solo afecta a las partes. Así, este constituye un caso de control constitucional difuso por su conocimiento descentralizado, sus efectos inter-partes, y la necesidad de un caso concreto previo.

Sin embargo, el hecho de que se den ambos tipos de control no implica que en Guatemala exista un sistema de control constitucional dual o paralelo. Para referirse al carácter mixto del sistema guatemalteco Alejandro Morales Bustamante sigue el criterio de que: «...*al realizar un enfoque integral del sistema se advierte que la instauración de un tribunal constitucional autónomo y el monopolio que éste ejerce en el conocimiento*

¹⁶⁷Ibíd., art. 171

¹⁶⁸Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 175.

¹⁶⁹Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 120

¹⁷⁰Ibíd., arts. 121, 122, y 123

¹⁷¹Ibíd., art. 116

del control preventivo de constitucionalidad y de la acción directa de inconstitucionalidad, así como la mera existencia de este último instrumento, son todas características del modelo concentrado o europeo. Mientras que, en complemento de lo anterior, la potestad conferida a los titulares de la administración de justicia ordinaria para resolver en primer grado las inconstitucionalidades en caso concreto que sean promovidas por los sujetos procesales que litiguen ante ellos, es propia del modelo difuso o americano de control de constitucionalidad, pese a que la posibilidad de alzada permita eventualmente la intervención de la CC también en este contexto. Así se explica que se atribuya al modelo guatemalteco de control de constitucionalidad normativa de carácter mixto.»¹⁷² Vale hacer la salvedad de que no se trata de un sistema dual, en el que ambos sistemas: concentrado y difuso, existen en un mismo ordenamiento jurídico sin mezclarse, porque entonces el Tribunal Constitucional (la CC) se dedicaría exclusivamente a conocer de inconstitucionalidades de carácter general, y estaría alejado del conocimiento del control constitucional en casos concretos. En su caso, correspondería conocer en alzada a otro órgano aún parte de los tribunales comunes (Corte Suprema). Extremos que no suceden así. Por lo que, es esta última característica, de que la Corte de Constitucionalidad también conozca la inconstitucionalidad de normas en casos concretos en alzada, lo que a criterio del autor, hace que sea un sistema híbrido, o mixto, en el que se mezclan facetas de los dos sistemas clásicos.

En síntesis, se tiene que el control constitucional de leyes y normas jurídicas de carácter general, en cualquiera de los sistemas abordados, constituye un elemento *sine qua non* para la defensa del orden constitucional. Es más, opera como un mecanismo o instrumento procesal (garantía) que hace efectivo el principio de supremacía constitucional en el cual se sitúa a la Constitución como *norma normarum* en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico situando al resto de normas jurídicas en un plano de subordinación, concretizando así los demás principios constitucionales y el respeto de los derechos humanos desde dentro de un Estado Constitucional de Derecho, en el que todas las funciones de los gobernantes (dentro de ellas la función legislativa) se

¹⁷²Pereira Orozco, Alberto, y otros, *Derecho procesal constitucional*, *óp.cit.*, pág. 255

enmarcan en la Ley Fundamental que representa el pacto social democrático, escrito, desarrollado, y normativo emanado del pueblo soberano que se da para sí su propio orden político y jurídico.

CAPITULO 2

Inconstitucionalidad de ley de carácter general: control abstracto de normas en Guatemala

SUMARIO:2.1. Naturaleza jurídica. 2.2. Presupuestos procesales del planteamiento; 2.2.1. Legitimación activa; 2.2.2. Normas impugnables; 2.2.3. Temporalidad u oportunidad; 2.2.4. Parámetro de control; 2.2.5. Análisis confrontativo. 2.3. Competencia para conocer: Corte de Constitucionalidad; 2.3.1. Antecedentes (Tribunal Constitucional como legislador negativo); 2.3.2. Antecedentes: Corte de Constitucionalidad de Guatemala; 2.3.3. Jurisdicción y Justicia Constitucional. 2.4. Clasificación del vicio de inconstitucionalidad; 2.4.1. Por su alcance; 2.4.2. Por su naturaleza. 2.5. La sentencia de inconstitucionalidad general. 2.6. Principios de la sentencia de inconstitucionalidad general; 2.6.1. Supremacía constitucional; 2.6.2. Principio democrático; 2.6.3. Principio de congruencia; 2.6.4. Principio *indubio pro legislatoris*; 2.6.5. Principios de interpretación constitucional. 2.7. La sentencia estimatoria y sus efectos; 2.7.1. Efectos materiales; 2.7.2. Efectos temporales; 2.7.3. Efectos espaciales y personales; 2.7.4. Otros efectos de la inconstitucionalidad general de normas. 2.8. Sentencias atípicas (consideración del tema de análisis como un caso de fallo atípico).

En el capítulo anterior se abordó el tema relativo a las garantías constitucionales, dentro de las cuales se encuentra la inconstitucionalidad de leyes de carácter general. Además, se diferenció entre los principales sistemas de control constitucional de normas, concluyendo que en Guatemala opera un sistema de control constitucional mixto. Sin embargo, en lo que respecta a la inconstitucionalidad de leyes de carácter general, el sistema guatemalteco ha adoptado un sistema concentrado.¹⁷³ Aunque,

¹⁷³No sucede así en el conocimiento de las garantías constitucionales de amparo e inconstitucionalidad en casos concretos, en cuyos casos también son competentes para conocer los tribunales ordinarios en primera instancia, en calidad de tribunales extraordinarios de amparo o de constitucionalidad, respectivamente. Aspecto éste que hace del sistema guatemalteco de naturaleza mixta.

vale decir, no de una manera pura. Es decir, con varios aspectos marcadamente diferentes al modelo originario kelseniano.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define inconstitucional como «*que vulnera la constitución y que por ello es nulo de pleno derecho.*»¹⁷⁴ Desde luego, con esto se refiere al adjetivo *per se* de ser inconstitucional. Sin embargo, desde una perspectiva procesal, tal como lo afirman Fabra y García: «*bajo este título se ha previsto en el ámbito guatemalteco el control directo, abstracto y reparador de constitucionalidad, sobre las normas infra constitucionales que forman parte del ordenamiento jurídico.*»¹⁷⁵

Habiendo establecido lo anterior, en este capítulo se determinarán los presupuestos de viabilidad para instar una acción directa de inconstitucionalidad de carácter general de leyes en Guatemala. Asimismo, se abordará lo relativo a la clasificación del vicio de inconstitucionalidad que puede adolecer una norma jurídica. Por último, se hará especial énfasis sobre la sentencia que declara la inconstitucionalidad general de una norma, sus principios, efectos y tipología.

2.1. Antecedentes de la Inconstitucionalidad de leyes en Guatemala

Además de lo indicado anteriormente sobre el sistema de control constitucional adoptado por Guatemala, es necesario hacer una breve reseña histórica sobre la garantía de la Inconstitucionalidad de leyes en Guatemala.

Al respecto, en las reformas constitucionales de 1927 fue contemplado por primera vez el control constitucional abstracto de normas jurídicas, específicamente sobre el artículo 85 de la entonces Constitución de Guatemala de 1879, el cual facultaba a los Tribunales para declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros

¹⁷⁴ Definición de: «inconstitucional» Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=LInbLjR>, consultado: 10/03/2017

¹⁷⁵Fabra Zamora, Jorge Luis y Luis Leonardo, García Jaramillo, *óp.cit.*, pág.287

organismos cuando fueren contrarias a los preceptos contenidos en la Ley Fundamental.

Al respecto se regulaba: «*El poder Judicial se ejerce por los Jueces y Tribunales de la República; a ellos compete exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera que sea su forma, no es aplicable por ser contraria a la Constitución. También corresponde a los Tribunales de segunda instancia y a los Jueces letrados que conozcan en la primera, declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes cuando fueren contrarias a los preceptos contenidos en la Constitución de la República...*»¹⁷⁶ Visto de esta manera, este es el antecedente del actual artículo 204 de la CPRG que regula que los Tribunales de Justicia deben de observar el principio de supremacía constitucional.

Además, analizando que en estas reformas a la Constitución de la República de 1879, se contemplaba en el artículo transcrito que «*...La inaplicación indicada sólo la podrá declarar los Tribunales referidos en casos concretos y en las resoluciones que dicten...*», resulta también en el antecedente, no de la inconstitucionalidad de carácter general, sino de la inconstitucionalidad en casos concretos, teniendo todos los operadores de justicia la facultad y el deber de darle prelación a las disposiciones constitucionales frente a cualquier otra norma jurídica.

No es hasta que se empieza a tratar el tema de un Tribunal especializado que surge la verdadera noción de un control constitucional general de normas jurídicas tal como se conoce en la actualidad, tema que se abordará más adelante en el apartado referente a los Antecedentes de la Corte de Constitucionalidad.¹⁷⁷

2.2. Naturaleza jurídica

¹⁷⁶Asamblea Constitucional, Reformas a la Constitución de la República de Guatemala decretada el 20 de diciembre de 1927, art. 41, que reforma el art. 85 de la Constitución de 1879

¹⁷⁷ Para mayor desarrollo sobre este tema ver pág. 82

Por una parte, históricamente se ha conceptualizado a la inconstitucionalidad general de normas como un recurso. Por ejemplo, la CPRG de 1965 denominada a la inconstitucionalidad general de leyes como un recurso, estableciendo: «*La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contra leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad...*»¹⁷⁸ Sin embargo, tal acepción no es afín con la realidad actual, en tanto este planteamiento no se desprende de ningún proceso, sino que da origen a un proceso constitucional en sí mismo.

Ahora bien, una postura que puede resultar más lógica es analizar al control abstracto de normas como un recurso, no jurisdiccional, sino político. Así, el jurista Juventino V. Castro, citado por Pablo Enrique Reyes¹⁷⁹ afirma que «*se trata de un recurso político de una minoría que pretende rescatar una decisión con la cual se inconforman- por razones de constitucionalidad-, después de haber perdido –frente a una mayoría- un debate democrático y una votación formal.*» Esto, por supuesto, con base a principios democráticos y representativos que informan la legitimidad con la que se crean las normas jurídicas, al menos, en el caso de las emanadas del Congreso de la República. Poder constituido que por excelencia concentra la voluntad política de todo el pueblo.

Por otra parte, un criterio aceptado y plasmado en las Constituciones de México, Perú y Colombia, entre otras.,¹⁸⁰ es el que aborda a esta figura como una acción. Vista de tal forma, atañe a la facultad que la propia Constitución concede a determinados órganos o

¹⁷⁸Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala, 1965, art. 263

¹⁷⁹Reyes Reyes, Pablo Enrique. *La acción de inconstitucionalidad: derecho procesal constitucional*, México, Oxford University Press, 2000, pág.9

¹⁸⁰**Algunos de estos sistemas jurídicos son:** México «*La Suprema Corte de Justicia conocerá... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución*» (Congreso Constituyente de México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1916, art.104); Perú: «*Son garantías constitucionales: 4. La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley...*» (Congreso Constituyente Democrático. Constitución Política del Perú, 1834, art. 200); en Colombia, si bien es cierto no se habla de una acción de forma literal, si se reconoce que puede entablarse una demanda para iniciar un proceso de jurisdicción constitucional, así: «*A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución... cumplirá las siguientes funciones: 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes...*» (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241)

personas para instar la decisión del tribunal constitucional sobre determinada pretensión de derecho constitucional que procura la guarda de la integridad y supremacía constitucional.¹⁸¹

Concibiendo a la inconstitucionalidad general como una acción, algunos autores enfatizan en el carácter eminentemente procesal de esta figura. En esa línea Salvador, dentro de la obra *Opus Magna* coordinada por la CC, asevera que «*la inconstitucionalidad general, directa o en abstracto, es un mecanismo procesal de control constitucional, por el cual las personas legitimadas pueden hacer efectivo su derecho –por vía de la acción- de instar a un tribunal constitucional que declare la inconstitucionalidad en preceptos normativos de alcance general y, como consecuencia, que los expulse del ordenamiento jurídico, restableciendo la supremacía constitucional.*»¹⁸² En tal sentido, también se reafirma su naturaleza reactiva, porque busca la protección del orden constitucional cuando la norma inferior ya lo ha quebrantado. Es entonces una acción reparadora del sistema jurídico.

Como señala el citado autor, al tratar esta garantía como un mecanismo procesal, se está ante otro aspecto de la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad general, que la consagra como una verdadera garantía constitucional, por medio de la cual se hace efectivo el derecho de impedir que una norma infra-constitucional continúe vigente en el ordenamiento jurídico si ésta lesiona de alguna forma la supremacía de la Ley Fundamental. Incoando así, un proceso jurisdiccional constitucional.¹⁸³

A criterio del investigador, la inconstitucionalidad general en Guatemala se trata de un mecanismo eminentemente procesal, es decir una garantía constitucional, que por medio de la acción directa ante la Corte de Constitucionalidad se insta un proceso jurisdiccional de rango constitucional, por medio del cual se ejerce el control

¹⁸¹ Boris González, Boris. *Derecho procesal constitucional*, Panamá, Librería y Editorial Barrios y Barrios, 2014, pág. 69

¹⁸² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna constitucional*, tomo II, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad, 2011, pág. 342

¹⁸³ *Ibíd.* pág. 343

constitucional abstracto de las normas jurídicas, y se resguarda así el orden y la supremacía constitucional.

2.3. Presupuestos procesales del planteamiento

Los presupuestos procesales atañen a aquellos requisitos necesarios para que el Tribunal Constitucional (en este caso la Corte de Constitucionalidad) pueda pronunciarse respecto al fondo de la acción emitiendo un juicio de valor sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la o las normas sometidas a control constitucional. Estos presupuestos son los siguientes:

2.3.1. Legitimación activa

Un aspecto sin lugar a dudas característico del control constitucional abstracto lo constituye el hecho de que quien acciona es necesario que sufra una lesión personal o directa por la inconstitucionalidad de la norma impugnada. En esa línea, la legitimación activa en esta clase de planteamientos atañe a aquella facultad que la propia Constitución o la ley constitucional de la materia otorga a ciertos órganos (o personas) para poder instar por parte del tribunal constitucional este mecanismo como parte de la defensa del orden constitucional.

La LAEPC hace referencia a la legitimación activa para promover el examen de constitucionalidad al establecer que: *«Legitimación activa. Tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general: a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente; b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación; c) El procurador de los Derechos Humanos...; d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos»*¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 134.

Al respecto, si bien el artículo transcrito es bastante claro, resulta necesario hacer algunas consideraciones.

En cuanto a la legitimación activa del Colegio de Abogados y Notarios, se entiende la intención del legislador constituyente, por cuanto, debe ser este órgano gremial el que, como representante del sector académico y profesional, defienda la supremacía constitucional, otorgándole así una gran influencia en cuanto a los ámbitos de su ciencia.

En cuanto a la legitimación activa del Ministerio Público, este como *«institución auxiliar de la administración pública... cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país»*¹⁸⁵ es el llamado para defender ante todo la supremacía constitucional y velar por el estado de derecho. Sin embargo, puede que la redacción del artículo cause confusión en su parte *«a través del Procurador General de la Nación»*. Sobre esto, cabe recordar que por efecto de la Reforma constitucional producida en 1993, ratificada por el pueblo de Guatemala en consulta popular en 1994, existió una separación entre el Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación, siendo actualmente dos entidades totalmente distintas, separando también los cargos del Procurador General de la Nación y del Fiscal General.

Sobre eso ya se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad y ha establecido que: *«Esta norma no ofrecía problemas aplicativos antes de la reforma de los artículos 251 y 252 de la Constitución, contenida en el Acuerdo Legislativo 18-93, porque los cargos de Procurador General de la Nación y Fiscal se encontraban en un órgano unipersonal. Sin embargo, a raíz de dicha reforma constitucional ambos cargos fueron separados... se dotó al Ministerio Público de funciones autónomas y se determinó que su jefe sería el Fiscal General de la República. La ley Orgánica de dicha institución, Decreto 40-94 del Congreso de la República, incluye dentro de sus funciones la de preservar el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos (artículo 2 inciso 4), facultado al Fiscal General para ejercer, por si mismo o por medio de los órganos de la Institución, las*

¹⁸⁵Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, 1986, art. 251

*atribuciones que la ley otorga al Ministerio Público, entre las que se encuentra la de intervenir en los procesos de inconstitucionalidades y promover todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y demás leyes de la materia (artículo 35). En consecuencia, es obvio que la legitimación activa que le confiere la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al Ministerio Público, la debe ejercer por medio de su jefe, que es el Fiscal General de la República.*¹⁸⁶

En igual sentido, el artículo 1 del Decreto 25-97 del Congreso de la República que establece que «*Salvo materia penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación.*»¹⁸⁷ Que si bien, esta ley por ser norma de carácter ordinaria y no constitucional como la LAEC no podría modificarla, sí sirve para entender que no solo en materia del planteamiento de la inconstitucionalidad de carácter general, sino para toda el área de jurisdicción constitucional, el Ministerio Público conserva su legitimación.

Y, en cuanto a la legitimación a cualquier persona, en primer término, se debe tener en cuenta que el modelo concentrado originario no comprendía la legitimación popular. Así, el sistema de control Kelseniano, plasmado en la Constitución Austriaca de 1920, como expone Joaquin Brage Camazano¹⁸⁸, responde a un esquema totalmente distinto en cuanto a la legitimación activa, otorgándola exclusivamente a órganos políticos taxativamente establecidos.

Tal corriente fue adoptada por diversos ordenamientos jurídicos, como el austriaco, italiano, alemán y español, que tienen una legitimación restrictiva, sin que los individuos tengan tal posibilidad. Y, se justifica al tratar de darle cierta moderación al uso de este

¹⁸⁶Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expedientes acumulados: 1030-96, 1103-96, y 53-97, sentencia de fecha 24/02/2017

¹⁸⁷ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 25-97, 1997, art. 1.

¹⁸⁸Brage Camazano, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, págs. 165 a 172

mecanismo de defensa constitucional. Sin embargo, Latinoamérica ha sido pionera en cuanto a determinar una acción popular de inconstitucionalidad, surgiendo por primera vez en Colombia, a mediados del siglo XIX.

Al analizar el caso de Latinoamérica, estableciendo la gran variedad de matices existentes por la adopción de sistemas constitucionales mixtos en la región, el jurista Jorge Alejandro Amaya¹⁸⁹ explica que trece países reconocen las acciones orgánicas¹⁹⁰ de inconstitucionalidad y de ellos, siete disponen que esta clase de acciones puedan convivir con la acción popular. Tal es el caso de: Colombia, Guatemala, El Salvador, Panamá, República Dominicana, Venezuela y Costa Rica. En los otros seis países la acción orgánica es de carácter exclusivo, y estos son: Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, México y Perú, todos bajo sus modalidades peculiares.¹⁹¹

Tal como se puede observar, en el caso de Guatemala se reconoce legitimación a cualquier persona, pero, con el auxilio de tres abogados colegiados activos, quienes, deben velar por el correcto planteamiento jurídico de la acción evitando así acciones temerarias y frívolas.

Esto guarda estrecha relación y armonía con el artículo 135 constitucional que estipula: *«Deberes y derechos cívicos. Son derechos y deberes de los guatemaltecos... b) Cumplir y velar, porque se cumpla la Constitución de la República...»* Y, como se analizaba en el capítulo anterior sobre lo referente a la defensa del orden constitucional y las garantías constitucionales, la Constitución pone al alcance de todas las personas mecanismos para asegurar su supremacía, pues de otra manera sería una simple declaración de buenas intenciones sin ninguna aplicabilidad práctica.

2.3.2. Normas impugnables (Legitimación pasiva)

¹⁸⁹ Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*, Argentina, Editorial Astrea, 2015, segunda edición, pág. 167

¹⁹⁰ **Acciones orgánicas:** Son acciones que *«pueden ser planteadas sólo por funcionarios u organismos políticos ante la Corte Suprema, Sala Constitucional o Corte de Constitucionalidad, según el caso.»*(*Loc.Cit.*)

¹⁹¹Sobre este extremo, ver Anexo____, Cuadro de Cotejo

En primer lugar, resulta importante, aunque un tanto obvio, dejar claro que esta garantía constitucional no se promueve en contra de actos de una autoridad¹⁹², sino en contra de normas jurídicas. En tal sentido, al hablar de «legitimación pasiva» en definitiva se está haciendo referencia a ¿Cuáles son aquellas normas que pueden ser susceptibles de control constitucional?

Dicho lo anterior, es necesario tener presente lo que establece el artículo 133 de la LAEC: «*La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad...*»¹⁹³. En otras palabras, y a pesar de que resulte hasta cierto punto lógicamente derivado de la propia denominación de la garantía: solo aquellas normas con efectos generales pueden ser sometidas a control constitucional. Y, específicamente se señalan tres clasificaciones: las leyes, los reglamentos y otras disposiciones de carácter general.

A. Con relación a la inconstitucionalidad planteada en contra de una ley.

La evocación de la palabra «ley», desde un sentido formal hace referencia a aquellas disposiciones decretadas por el Organismo Legislativo, y promulgadas y publicadas por el Organismo Ejecutivo. Sin embargo, no todas las normas emanadas del Organismo Legislativo revisten las características de ser generales. De tal forma, al tratar sobre la generalidad de las normas se adopta un enfoque material (contenido y alcances) por sobre uno formal (el órgano que las creó).

En tal orden de ideas, siguiendo el criterio de Pereira¹⁹⁴, se debe entender en sentido amplio, afirmando que al referirse a «ley» se atañe a cualquier acto o documento que, independientemente del órgano que la crea y del régimen jurídico formal que le caracteriza, exprese normas de carácter general, abstractas e impersonales.

¹⁹²Como sí sucede en materia de **Amparo o Exhibición Personal**, por ejemplo.

¹⁹³ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 133

¹⁹⁴ Pereira Orozco, Alberto, y otros. *Derecho procesal constitucional*, óp.cit., pág. 261

B. Sobre la inconstitucionalidad planteada en contra de reglamentos.

Como plantea Jorge Mario Castillo González¹⁹⁵, el reglamento atañe al conjunto de normas, procedimientos e instrucción que sirven para ejecutar una ley. Desde luego, estos compartes con aquella la característica de generalidad, extremo que los hace susceptibles de ser objeto del control constitucional de normas.

Resulta necesario indicar que conforme el autor citado, el Acuerdo tiene una definición propia: «*es una decisión ejecutiva, general, no individual, de la organización pública, suscrito o firmado por el funcionario de la más alta jerarquía... Reglamentos y acuerdos se dictan en todas las organizaciones públicas...*»¹⁹⁶ Es decir, ambas figuras son distintas pero tienen en común ser instrumentos de trabajo de la administración pública, pudiendo estar ambos comprendidos en un mismo cuerpo legal: los acuerdos que contienen reglamentos.

En tal sentido, es necesario distinguir entre las disposiciones reglamentarias que desarrollan y vuelven operativo el contenido de las leyes –*secundum legem*–, y aquellas *praeter legem*, que como expresa Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez dentro de la obra *Opus Magna Constitucional*: «*no desarrollan o ejecutan una ley habida cuenta que su existencia no depende de la existencia de ley previa de aquella. Aquí es donde están comprendidas las normas reglamentarias emitidas por las instituciones autónomas del Estado, en tanto, como se ha venido repitiendo, éstas tengan aplicación general.*»¹⁹⁷ En cualquier caso, aún si son órganos de creación distintos, deberá atenderse a su generalidad para establecer la procedencia de su impugnación por la vía del control constitucional abstracto de normas.

¹⁹⁵ Castillo González, Jorge Mario. *Derecho administrativo*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2017, pág. 89

¹⁹⁶ *Loc. Cit.*

¹⁹⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna, tomo I*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad, 2010, pág. 251

C. Con lo que respecta a las demás normas de carácter general.

Al respecto, Bustamante¹⁹⁸ dentro de la obra realizada en conjunto con Pereira, es del criterio que la generalidad de las normas jurídicas radica en que las directrices que fijen sean expresadas de manera que sus destinatarios no sean directamente individualizables y que el número de estos sea indefinido. Por supuesto, sin perjuicio de que puedan contener ciertas especificaciones a manera de distinguir categorías, condiciones o perfiles.

La CC se ha pronunciado en este sentido al afirmar que: «*El concepto “general”, al cual alude la norma superior mencionada, significa “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque de naturaleza diferente...”*»; según una de las acepciones que ofrece el *Diccionario de la Lengua Española* (vigésima primera edición, página 1032...)»¹⁹⁹Visto así, aparentemente resulta fácil distinguir entre una norma general y otra que no lo es (individualizada).

Sin embargo, la línea divisoria no es tan evidente. Esto porque ante disposiciones normativas que delimiten tanto ciertos requisitos o perfiles, de manera que al final pueda establecerse a ciencia cierta quienes serán los afectados por dicha norma, ya no será la acción directa de inconstitucionalidad la vía idónea, sino el amparo para reclamar contra las posibles violaciones a derechos constitucionales en el plano individual (agravio personal y directo).²⁰⁰

Es decir, lo que sin lugar a dudas diferencia a una norma general de la que no lo es, es la posibilidad de determinar las personas afectadas por esta. Así, por ejemplo, aunque una norma sea limitada espacialmente a determinada región (como las normas municipales) seguirá siendo general porque a pesar de todos los esfuerzos que se hagan para establecer censos poblacionales nunca podrá determinarse a ciencia cierta quienes son exactamente los vecinos de dicho municipio, ni quienes vendrá a formar

¹⁹⁸ Pereira Orozco, Alberto, y otros. *Derecho procesal constitucional, op.cit.*, pág. 260

¹⁹⁹Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 683-2005, Sentencia del 31/01/2006

²⁰⁰ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 10 literal b)

parte del mismo con posterioridad. Caso contrario ocurriría si se emite una ley o reglamento que solo afecte a determinada persona específica e identificable porque la mencione expresamente.

D. Otras consideraciones

Ahora bien, hasta ahora se ha discutido que toda norma parte del ordenamiento jurídico es susceptible de ser sometida al control constitucional, siempre y cuando reúna los requisitos de ser abstracta y general. Empero, surge la duda respecto a si: ¿los tratados internacionales pueden ser objeto de inconstitucionalidad general? En un primer enfoque, una gran parte de los tratados internacionales deben ser aprobados antes de su ratificación por el Congreso de la República, a través de un decreto (es decir, una Ley).

Bajo esta óptica superficial no se encuentra limitante para que estos puedan ser declarados inconstitucionales. Sin embargo, la República de Guatemala, como ente internacional homólogo de los demás Estados, *no puede incumplir compromisos internacionales adoptados en un tratado—principio de pacta sunt servanda*²⁰¹ por la declaración de su Tribunal Constitucional (a lo interno). En este sentido, el jurista Alejandro Bustamante sostiene: «*Los tratados y convenios internacionales no pueden ser declarados inconstitucionalidades (sic) por vía del control reparador de constitucionalidad normativa. Una vez ratificados, constituyen obligaciones internacionales de ineludible cumplimiento, que sólo pueden ser desvanecidos por medio de la denuncia*²⁰² respectiva.»²⁰³

²⁰¹ «*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*» y «*una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*» (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, arts. 26 y 27, respectivamente, vigente en Guatemala desde 19/08/1997)

²⁰²**Denuncia de un tratado internacional:** Es una forma de terminación de los tratados, por medio de la cual, un Estado manifiesta su voluntad para retirar su consentimiento de éste. (Reconocido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 56)

²⁰³Pereira Orozco, Alberto, y otros. *Derecho procesal constitucional, op.cit.*, pág. 264

Además, es menester indicar que ante la posible y futura confrontación de un tratado internacional con la CPRG, a criterio propio, el Congreso debería, previo a su aprobación, requerir la Opinión Consultiva de la Corte de Constitucionalidad como una suerte de control constitucional preventivo y, de ser el caso, proceder a realizar la reserva²⁰⁴ de las partes correspondientes del tratado.

De la misma manera, tampoco se considera que proceda la inconstitucionalidad general de leyes en contra de leyes de rango constitucional. La lógica de esta posición descansa en que siendo las leyes constitucionales una creación del mismo Poder Constituyente del que emanó la Constitución, no es dable una confrontación entre la misma voluntad política.²⁰⁵ Sin embargo, especial consideración tendría para el autor el caso de leyes constitucionales anteriores a la Constitución vigente, dígame: La Ley del Orden Público (Decreto No.7), y la Ley de Libre Emisión del Pensamiento (Decreto 9), emitidas con fechas 30 de noviembre de 1965 y 27 de abril de 1966, respectivamente, porque estas emanaron de un poder constituyente anterior al que dio origen a la Constitución vigente de 1985.

Por otra parte, se establece que la inconstitucionalidad de leyes de carácter general procede en caso de que una norma inferior viole, disminuya, restrinja o tergiversela Ley Fundamental.

La Real Academia de la Lengua Española define los anteriores verbos de la manera siguiente: Violar como «*infringir o quebrantar una ley, un tratado, un precepto, una promesa, etc.*»²⁰⁶; por disminuir «*hacer menor la extensión, la intensidad o el número de algo*»²⁰⁷; por restringir «*ceñir, circunscribir, reducir a menos límites*»²⁰⁸; y, por

²⁰⁴ «Se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecho por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese estado.» (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 2, “d”)

²⁰⁵ *Ibid.* pág. 263

²⁰⁶ Definición de: «violar» Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=brZwyOs|braKubl>, consultado: 16/03/2017

²⁰⁷ Definición de: «disminuir» Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=Dw2m22r>, consultado: 16/03/2017

tergiversar «*dar una interpretación forzada o errónea a palabras o acontecimientos.*»²⁰⁹. En general, puede afirmarse que la ley impugnada debe de alguna manera contradecir el texto Constitucional, sea de manera directa, o indirecta según lo antes establecido.

2.3.3. Temporalidad u oportunidad

En el caso específico de esta garantía constitucional, si bien no se puede hablar de un plazo, sí puede afirmarse que su planteamiento está sujeto a limitantes en el ámbito temporal. Así, únicamente se puede plantear la acción de inconstitucionalidad general en contra de normas vigentes.

Por una parte, estas deben haber pasado el período de *vacatio legis*²¹⁰, y estar surtiendo plenamente sus efectos dentro del ordenamiento jurídico. A ello se debe (como se expuso anteriormente) el hecho de que en el sistema jurídico guatemalteco este tipo de control sea de carácter reparador, ya que por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad no puede evitarse que una norma inconstitucional surta efectos, sino hasta que ya está plenamente vigente procede entonces el control constitucional.

Un caso emblemático en el que se sostiene este criterio por parte de la CC fue el del Código Procesal Penal, debido a que este contemplaba un período de *vacatio legis* prolongado ya que fue emitido por el Congreso de la República en diciembre de 1992 y entró en vigencia hasta el uno de julio de 1994. En ese período que sirvió para su sociabilización varias personas cuestionaron la constitucionalidad de sus disposiciones e interpusieron acción de inconstitucionalidad de carácter general durante el período de

²⁰⁸ Definición de: «restringir» Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=WEmQSsB>, consultado: 16/03/2017

²⁰⁹ Definición de: «tergiversar» Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=ZYDKu2r>, consultado: 16/03/2017

²¹⁰ **Vacatio legis:** Se denomina así al término comprendido entre la publicación de la ley y su entrada en vigencia. Además, «*es el término durante el cual se supone, racionalmente que los destinatarios del precepto legal, estarán en condiciones de conocerlo y, por ende, de cumplirlo. Concluido este lapso la ley obliga a todos los comprendidos dentro del ámbito territorial y personal de aplicación de la norma, aun cuando no hayan conocido la nueva disposición legal.*» (Flores Salgado, Lucerito Ludmila. *Introducción al estudio del derecho*, México, Larousse - Grupo Editorial Patria, 2014, pág. 50

vacatio legis. Sin embargo, la CC consideró y resolvió lo siguiente: «*Que en el presente caso, la ley atacada de inconstitucionalidad aún no ha formado parte de nuestro ordenamiento jurídico, en vista que al tenor del artículo 555 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el catorce de diciembre de mil novecientos noventa y dos, “El Código Procesal Penal entrará en vigencia un año después de su publicación en el Diario Oficial”. Es decir, que aún no está vigente.*»²¹¹ Y por ello se resolvió: «*II) No dar trámite a la inconstitucionalidad del Decreto 51-92 del Congreso de la República...*»²¹² Es así como la CC considera a las normas en período de *vacatio legis* como normas futuras, que aún no integran el ordenamiento jurídico. Extremo cuestionable en virtud de que teniendo una fecha cierta en la que la norma cobrará vigencia y habiéndose cumplido con todo el procedimiento normativo, bien podría optarse por un planteamiento de inconstitucionalidad con carácter preventivo, porque resulta inminente e innegable el hecho que la norma cobrará vigencia.

El criterio anterior es sostenido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera: «*Este tribunal, previo al análisis de fondo de las cuestiones planteadas en las solicitudes de inconstitucionalidad acumuladas, advierte que en el caso particular de la petición formulada por el ciudadano (...), se hace mérito de la misma, no obstante haberse planteado durante la vacatio legis de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, por considerar que el procedimiento formativo de la ley, en este caso, ya se había cumplido y aun cuando su vigencia se encontraba pendiente, por faltar parte del plazo para ello, este Tribunal entiende que dicho plazo ha sido establecido en función del conocimiento que deben adquirir de la ley, tanto los habitantes de la República como los funcionarios responsables de su observancia y cumplimiento; en consecuencia, la falta de entrada en vigencia por ese solo y único hecho, no impide ni puede impedir que se le impugne*

²¹¹Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 27/01/1993, expediente 3-93

²¹²Loc.Cit.

*de inconstitucionalidad, especialmente cuando la impugnación es por motivos de fondo y de contenido, como sucede en el presente caso.»*²¹³

Como comentario de lo anterior, a pesar de que es una discusión que podría dar lugar a un amplio debate entre quienes sostienen que no es sino hasta la vigencia, luego de transcurrido el término de *vacatio legis*, que la norma tiene pertenencia actual y activa en el ordenamiento jurídico de manera que es capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho, y entre quienes sostienen que ante la vigencia como un hecho pendiente únicamente del transcurso de un período de tiempo (*vacatio legis*) y el cumplimiento de todos los requisitos formales de producción normativa, esta ya es norma objeto de examen de constitucionalidad, el investigador comparte el criterio de que puede optarse por un control de constitucionalidad previo, aunque por la forma en que se encuentra diseñada la acción de inconstitucionalidad general de leyes de carácter general en Guatemala resultaría anti técnico, como indica la CC, expulsar una norma si está nunca fue ingresada al ordenamiento jurídico.

Es decir, si el artículo 140 de la LAEPC establece que es efecto de la declaración de inconstitucionalidad el dejar sin vigencia a la norma impugnada, es técnicamente inviable hacer recaer ese efecto a una norma que nunca ha adquirido vigencia, haría falta ampliar estos efectos para otorgarle a la CC facultades más preventivas en este tipo de fallos. Sin embargo, si lo que se quiere es prevenir la vulneración de derechos consagrados en la CPRG ante la amenaza cierta e inminente de entrada en vigor de una ley (concebida como acto de autoridad la «aprobación de la normativa») lo que puede intentarse es una acción constitucional de amparo con carácter preventivo contra amenazas.

Por otra parte, también resulta inviable plantear la acción directa de inconstitucionalidad general si la norma ha sido derogada.²¹⁴ En tal sentido se ha pronunciado la Corte de

²¹³Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del El Salvador, sentencia de fecha 17/12/1992, expediente: 3-92 Ac. 6-92

²¹⁴Derogación de normas jurídicas: Por la relevancia al tema sobre el que versa el presente trabajo de graduación, este tema se aborda ampliamente en el capítulo III, ver pág. 109 y siguientes

Constitucional al determinar que: «*Compete a esta Corte el conocimiento y decisión en única instancia de las acciones de inconstitucionalidad general, que se interpongan contra leyes, reglamentos o disposiciones de observancia general, objetadas total o parcialmente de inconstitucionalidad, siendo requisito indispensable para su procedencia, el que la normativa impugnada se encuentre vigente, pues uno de los efectos de la declaración que se realice en sentencia es el que, en caso de existir la contravención citada, el precepto impugnado pierda su validez y sea excluido del ordenamiento jurídico...*»²¹⁵(el resaltado es del autor). Esto desde un enfoque con la misma lógica expresada para el caso anterior en el que se analizó la posibilidad de la inconstitucionalidad de normas durante el *vacatio legis*, ya que si lo que se busca a través del control abstracto de normas jurídicas es la expulsión del sistema jurídico de la norma impugnada, si esta no se encuentra vigente no habrá nada que expulsar.

2.3.4. Parámetro de control

En un primer plano, la única norma que puede servir de parámetro de control para establecer la inconstitucionalidad de una norma jurídica es la propia Constitución. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad en el año 2012 dio un giro jurisprudencial que incorporó el denominado **Bloque de Constitucionalidad** como parámetro de control.

Este tiene como antecedente histórico al Consejo Constitucional francés (denominado por éste como «*bloc de constitutionnalité*»), mismo que estimó que como el preámbulo de la Constitución de aquel país de 1958 hacía referencia a la Constitución derogada de 1946, y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dichos textos eran normas y principios de valor constitucional, y que la validez de las demás leyes debían de condicionarse a estos, en el sentido de que servían para la elaboración del juicio de constitucionalidad.²¹⁶

²¹⁵Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente: 1895-2005, sentencia de fecha 23/03/2017

²¹⁶ Olano García, Hernán Alejandro. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Chile, Red Estudios Constitucionales, 2009, pág. 232

Al respecto, Gabriel Mario Mora²¹⁷ señala que el bloque de constitucionalidad es aquel conjunto de normas y principios que, sin que aparezcan formalmente en el texto constitucional, son incorporadas a ella por diversas vías. Esto implica que tales normas sean consideradas en sentido estricto como normas constitucionales y como tales gozan de supremacía constitucional. Las vías de incorporación pueden ser la jurisprudencial, o por medio de un mandato constitucional (verbigracia el artículo 46 CPRG).

La Corte de Constitucionalidad ha establecido que: «...*el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que se sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal (...). Su función esencial es la de valerse como herramientas de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos del país...*»²¹⁸ En tal sentido, es por medio del Bloque de Constitucionalidad que se determina por parte de la CC qué tratados integrarán al mismo para que, por la vía del artículo 46 constitucional se tenga un nuevo parámetro de constitucionalidad, o mejor dicho de convencionalidad, impidiendo que las normas del derecho interno contravengan lo establecido en los instrumentos internacionales en materia de DDHH, como expresión pura del neo-constitucionalismo que busca la inclusión de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y a su vez, mecanismos eficaces para su protección.

2.3.5. Análisis confrontativo

²¹⁷Mora Restrepo, Gabriel. «Bloque de constitucionalidad», Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, No.4, Chía, 2000, pág. 12 a 17

²¹⁸Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente: 1822-2011, sentencia de fecha 17/07/2012

Además de los requisitos anteriores, la petición de inconstitucionalidad debe «*expresar de forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación.*»²¹⁹ Es decir, debe desarrollar un análisis que evidencie la contravención a la Constitución que posea la norma denunciada de inconstitucional. Debiendo ser necesariamente una tesis en abstracto, sin posibilidad de incluir cuestiones fácticas (es un juicio de derecho). Como lo indica Bustamante, en el trabajo en conjunto realizado con Pereira y otros²²⁰, en este caso el interponente no busca demostrar una subsunción entre un hecho y la norma, sino que existe un antagonismo entre normas igualmente abstractas (Constitución y Ley).

La Corte de Constitucionalidad ha explicado por qué este es un presupuesto que recae sobre el accionante y que no puede subrogarse ella misma, porque caería en el papel de «juez y parte» al realizar la confrontación por sí misma entre la norma y la constitución, fuera del planteamiento efectuado por el interponente, y a su vez, resolviendo sobre su procedencia o improcedencia. De esta forma analiza: «*La doctrina legal que ha sustentado esta Corte de que cuando concurre la omisión de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135..., no es permisible que el órgano de justicia constitucional subroque la voluntad impugnatoria que corresponde a quien promueve la acción de inconstitucionalidad, ya que de hacerlo, el propio tribunal constitucional se estaría erigiendo en juez y parte, apartándose, de esa manera, de su necesaria condición de tribunal imparcial.*»²²¹ Sobre esto es necesario recordar que la trascendencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes como forma de control de la competencia de los órganos legitimados es tal que la CC no puede hacer propia la impugnación, sino que depende del accionante cumplir con este requisito mínimo.

²¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 135

²²⁰Pereira Orozco, Alberto, y otros. *Derecho procesal constitucional, op.cit.*, pág. 269

²²¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 3088-2005, sentencia 14/03/2006 (Criterio sostenido en otros fallos como: expediente: 1425-96 sentencia 30/12/1997; expediente 406-99, sentencia 04/11/1999; expediente: 352-99, sentencia: 15/02/2000)

Al respecto, tal requisito tiene su asidero en el Acuerdo 1-2013 de la CC que establece: «Fundamento jurídico que invoca el solicitante como base de la inconstitucionalidad, en el que deberá expresar, en capítulo especial, en forma separada, razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la denuncia.»²²² En caso contrario, la propia CC ha establecido que la omisión de este requisito será motivo suficiente para no entrar a conocer el fondo de la acción de inconstitucionalidad general.²²³

2.4. Competencia para conocer: Corte de Constitucionalidad

En el primer capítulo se abordó el tema del Tribunal Constitucional especializado como parte de la herencia del sistema de control constitucional concentrado, austriaco o kelnesiano²²⁴, por lo que no se ahondará de manera redundante en el tema. Sin embargo, vale la pena traer a colación lo que considera el jurista Eduadro Ferrer MacGregor, con respecto a la naturaleza de los tribunales constitucionales, analizada desde dos ópticas distintas:²²⁵

- A. Desde una perspectiva formal. Es un órgano creado específicamente para conocer de asuntos de orden constitucional de manera exclusiva, estando fuera del aparato jurisdiccional ordinario y gozando de total independencia de los organismos públicos. Esta noción se identifica fundamentalmente con el modelo europeo de tribunal constitucional.

- B. Una noción moderna más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina.

²²² Corte de Constitucionalidad, Acuerdo 1-2013, art. 12 inciso f)

²²³ Cfr. Corte de Constitucionalidad, sentencia de fecha 22/05/2008, expediente 167-2008

²²⁴ Para mayor desarrollo sobre este sistema de control constitucional, ver pág.... 47

²²⁵ Ferrer Mac.Gregor, Eduardo. *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2004, pág. 37

En el caso de Guatemala los tribunales de *justicia ordinaria* pueden conocer de ciertas garantías constitucionales, incluso, la *inconstitucionalidad de leyes en caso concreto*, en seguimiento del *sistema de control difuso (por tener Guatemala un sistema mixto de control constitucional)*.²²⁶ Empero, vale hacer la aclaración de que todo lo que respecta a la *inconstitucionalidad general de leyes*, Guatemala sigue la corriente originaria austriaca, en el sentido de que es única y exclusivamente un *Tribunal Constitucional*, supremo y especializado en la materia, a quien se le encomienda la labor de conocer y resolver sobre esta última garantía. Por supuesto, se trata de la *Corte de Constitucionalidad*.

Al referirse a la Corte de Constitucionalidad, Marcelo Pablo Richter, indica: «*Es la Institución establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala, sancionada en el año 1985, que tiene entre sus características principales ser un tribunal permanente, de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Para cumplir con tan importante misión actúa con independencia de los demás organismos del Estado, lo que la sitúa como órgano extrapoder.*»²²⁷ Sobre esto último, es necesario tener presente que la defensa del orden constitucional frente a los abusos que podrían surgir de los propios organismos de Estado y demás instituciones descentralizadas o autónomas, en un sistema concentrado de control constitucional no puede estar confiado al Organismo Judicial, ya que se correría el riesgo de que en la práctica este mantuviera en subordinación a los otros y se involucrara en las funciones legislativas encomendadas al Congreso (o Parlamento) bajo el pretexto de resguardar el orden constitucional, quebrantando así uno de los principios republicanos de la separación de funciones. En cambio, se opta por un órgano ajeno al Organismo Judicial y a cualquier otro como garante en última instancia de la defensa e interpretación de la Ley Fundamental.

2.4.1. Antecedentes: Tribunal Constitucional (Legislador Negativo ante el control constitucional abstracto de normas)

²²⁶Sobre el sistema de control constitucional normativo adoptado por Guatemala, ver pág.56

²²⁷ Richter, Marcelo Pablo, Diccionario de Derecho Constitucional, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2009, pág. 45

Al referirse a un Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, se atañe al órgano que tiene a su cargo hacer efectiva la primacía de la Constitución. En ese orden de ideas, a este tipo de tribunal se le confiere la función de ser el máximo intérprete del texto constitucional. Su máxima tarea es la de defender el orden constitucional y en eso lleva implícito velar por un equilibrio entre el ejercicio del poder. Como indica Pereira²²⁸, de ahí que se les ha instituido como árbitros para resolver conflictos generados entre los poderes de Estado, constituyéndose de esa forma en un verdadero garante de la división de poderes.

Como analiza García²²⁹, desde la posición de Kelsen sobre ¿quién debe ser el defensor de la Constitución? La idea de un órgano independiente para la defensa del orden constitucional surge a debate. Esta connotación apunta a que las garantías deben establecerse por encima de los órganos constitucionales, capaces de provocar las mismas infracciones, y en tal sentido, el órgano que defienda la Constitución no puede ser el mismo que la transgreda, no siendo ninguno de los organismos de Estado idóneos para realizar esa tarea, en atención también al principio de que ninguno puede ser juez y parte en un mismo asunto.

El propio Kelsen indica que: «Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho vinculado a la Constitución más que guiado por principios o directrices generales en cuanto a su contenido... No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a un tribunal constitucional.»²³⁰ Desde estos postulados no solo se propugna la necesaria separación del Tribunal Constitucional de

²²⁸Pereira Orozco, Alberto, y otros. *Derecho procesal constitucional*, óp.cit., pág. 340.

²²⁹García Laguardia, Jorge Mario. *óp.cit.*, págs. 11 y 12.

²³⁰Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Traducido al español por: Tamayo y Salmorán, Rolando, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 490

las labores legislativas y políticas del parlamento, sino también se le da a su naturaleza y quehacer otros matices, específicamente los de anulación de las leyes, acto contrario a la creación normativa, pero no por razones de anti-creación normativa *per se*, sino más bien por efecto de la aplicación y defensa de la norma constitucional.

En ese orden de ideas, desde sus orígenes en el sistema austriaco se le encarga el control constitucional de leyes en abstracto. Como señala Highton²³¹, el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas –la Constitución y la ley– eliminando la norma incompatible con la norma suprema mediante una sentencia constitutiva. Hans Kelsen concibió a los Tribunales Constitucionales como órganos de naturaleza legislativa no judicial, destinados a cuidar que las constituciones no fueran eventualmente reformadas por normas posteriores a aquellas, sino por medio de un procedimiento especial de reforma constitucional.²³²

Siguiendo la línea de Highton²³³, cuanto a la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario, si bien ambos aplican derecho, el Tribunal ordinario analiza los hechos y revisa actos individuales para dirimir la controversia, mientras que el Tribunal Constitucional al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder la anulación de la norma inconstitucional, en primer lugar realiza un procedimiento intelectual en abstracto, es decir, no analiza hechos particulares; y en segundo lugar, no elabora sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica.

A esto último, de actuar en contra de la producción jurídica se le conoce en la doctrina constitucional como la faceta de legislador negativo del Tribunal Constitucional.

²³¹ Highton, Elena., *óp.cit.*, págs. 108 y 109

²³² Pereira Orozco, Alberto, y otros. *Derecho procesal constitucional*, *óp.cit.*, pág. 341.

²³³ Highton, Elena, *óp.cit.*, pág. 108

Sobre ello, indica Kelsen²³⁴, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. Se podría interpretar la anulación por un tribunal ya sea, como una repartición del poder legislativo entre dos órganos, o bien, como invasión al poder legislativo. Pero sin que ello involucre una violación al principio de separación de poderes como sucede en los regímenes monárquicos, porque el Tribunal Constitucional no tiene libertad para la creación de derecho, sino que sus funciones son meramente jurisdiccionales de anulación normativa en un marco limitado, el control constitucional.

Ahora bien, afirma Eduardo Ferrer MacGregor²³⁵, que la diferencia que existe entre el legislador positivo y el legislador negativo (Tribunal Constitucional) radica en que éste último actúa en aplicación de las normas constitucionales y a diferencia del legislador positivo, carece de un poder de libre creación normativa. El Tribunal Constitucional aplica y no crea derecho.

No obstante lo anteriormente considerado, no siempre existe un órgano autónomo (o extra-poder) encargado de ejercer el control constitucional concentrado de normas; sin embargo, ello no implica la inexistencia de un Tribunal Constitucional especializado en la materia, como resulta necesario para poder hablar de un sistema concentrado de control constitucional de norma, habiéndose implementado de dos formas:

A. La primera, como indica Barrios²³⁶, que confiere el ejercicio del control constitucional a órganos que en esencia son órganos jurisdiccionales comunes (no a todos, pues de lo contrario se estaría hablando de un sistema de control constitucional difuso), pero que han tomado carácter de Tribunal Constitucional Especializado.

²³⁴Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, *óp.cit.*, pág. 491

²³⁵*Loc.Cit.*

²³⁶ Barrios González, Boris, *óp.cit.*, pág. 61

Este es el caso de países que atribuyen dicha facultad a cámaras, salas o salas constitucionales (o plenos), perteneciendo las mismas al Organismo Judicial, o incluso, estas atribuciones son ejercidas por la propia Corte Suprema de Justicia, pero con facultades de tribunales constitucionales exclusivas, sin que ningún tribunal inferior pueda abrogarse la misma. Algunos de los casos actuales en Latinoamérica son: El Salvador²³⁷, Costa Rica²³⁸, México²³⁹, Panamá²⁴⁰.

B. Y la segunda, cuando se designa a un tribunal constitucional especializado y no perteneciente a ninguno de los organismos de Estado. Como el antecedente del tribunal constitucional austriaco, que es el Tribunal Constitucional especializado más antiguo del mundo, obra intelectual de Hans Kelsen.

En esa línea Barrios, sobre la creación de un tribunal especializado de control constitucional, indica: *«de alguna manera la especialidad de la ciencia sirve de freno al abuso del poder político que es uno de los problemas a los que enfrenta directamente la interpretación constitucional y guarda la integridad de la Constitución. De allí que sea el modelo al amparo del cual se cumplen los postulados de esta disciplina, pues hablar de Derecho Procesal Constitucional en sistemas donde la interpretación constitucional está en manos de jueces comunes y no especializados es, precisamente, una negación de la ciencia.»*²⁴¹ Algunos de los países latinoamericanos que han adoptado por tribunales

²³⁷ «La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.» (Asamblea Constituyente de El Salvador, Constitución, 1983, art. 183)

²³⁸ «Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos de Derecho Público...» (Asamblea Constituyente de Costa Rica, Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949, art.10)

²³⁹ «La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: (...) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.» (Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917, art. 105)

²⁴⁰ «La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.» (Asamblea Nacional de Panamá, Constitución Política de la República de Panamá, 1972, art. 206)

²⁴¹ Loc.cit.

especializados en cuanto al control constitucional de normas son: Guatemala²⁴², Colombia²⁴³, Perú²⁴⁴, Bolivia²⁴⁵. A criterio del investigador, la mejor forma debería de ser la constitución de tribunales especializados que no pertenezcan al Organismo Judicial, porque, como anteriormente se expuso, parte de la intención de asignar a un solo órgano el control constitucional es evitar la superposición de los organismos de Estado.

2.3.2. Antecedentes de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Ciertamente afirma Julio Cesar Cordón Aguilar²⁴⁶ que el tribunal constitucional, según el pensamiento kelseniano era el eje central de todo un sistema jurisdiccional constitucional por medio del cual se lograba la anulación de los actos inconstitucionales como la garantía principal y más eficaz de la Constitución. Rechazando que fuera el sistema judicial el que sostuviera esa labor, debido a un temor hacia un posible «gobierno de los jueces» enraizado en el contexto histórico del continente europeo en la época de la post guerra.

Ahora, en el plano local, a criterio de Domingo García Belaude²⁴⁷, Guatemala ha sido vanguardista en este aspecto, así, en la Constitución Política de la República de 1965 se establece por primera vez en América Latina un tribunal constitucional; sin embargo, sin independencia del poder judicial.

²⁴²: «La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional...» (Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 268)

²⁴³ «A la Corte de Constitucionalidad se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo»(Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, Constitución Política de la República de Colombia, 1991, art. 241)

²⁴⁴ «Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente...» (Asamblea Nacional Constituyente del Perú, Constitución Política de Perú, 1993, artículo 201)

²⁴⁵ «I.- El Tribunal Constitucional Plurinacional velará por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales...» y art. 212: «Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional... 1. Las acciones de inconstitucionalidad...» (Asamblea Constituyente de Bolivia, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 205)

²⁴⁶ Cordón Aguilar, Julio Cesar. *El tribunal constitucional de Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2009, págs. 47 y 48

²⁴⁷García Belaude, Domingo. «Los tribunales constitucionales en América Latina» Revista de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Educación a Distancia, No. 61, pág. 315

Y, tal como puntualiza García, tiene como antecedente inmediato «*la decisión constitucional, en los trabajos del Tercer Congreso Jurídico del Colegio de Abogados de Guatemala, en el que se presentó (en 1964) por un grupo de participantes, un proyecto de preceptos para una Constitución de la República y un Proyecto de Ley de Control de Constitucionalidad. En éste, se preveía una acción y un incidente para invalidar las leyes inconstitucionales, que serían resueltos por un tribunal específico...*»²⁴⁸ Siendo este el primer antecedente concreto en Guatemala de lo que actualmente constituye la Corte de Constitucionalidad como tribunal especializado y privativo en materia de jurisdicción constitucional.

Cabe destacar que de la manera en que se contemplaba en la CPRG de 1965, el Tribunal Constitucional no era un tribunal permanente, sino *ad hoc*. Esto es, que se integraba por doce miembros cuando se intentaba hacer valer una acción, así: cuatro eran designados por la Corte Suprema de Justicia y además de su presidente (quien también era el presidente en este caso), los demás por sorteo global que practicará la misma Corte Suprema, entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y del Tribunal de los Contencioso Administrativo.²⁴⁹

Posteriormente, como expone Fabra²⁵⁰, con el movimiento político-militar que llevó al golpe de Estado de 1982, se produjo la abrogación de la Constitución de 1965. Y, en vista del debilitamiento institucional, tanto de la Corte de Constitucionalidad instaurada en 1965, así como todo el sistema de control judicial de constitucionalidad establecido hasta aquel entonces en el Decreto 8 de la Asamblea Nacional Constituyente, se produjeron las Primeras Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, en 1984, recomendando la creación de un tribunal constitucional concentrado, permanente y autónomo. Es así como, con todo este contexto, la Constitución emitida con fecha 31 de mayo de 1985, que entró en vigencia

²⁴⁸García Laguardia, Jorge Mario. *La defensa de la Constitución, Guatemala*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 60

²⁴⁹Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala, 1965, art. 262

²⁵⁰Fabra Zamora, Jorge Luis y Luis Leonardo, García Jaramillo, *óp.cit.*, págs. 280 y 281.

el catorce de enero de 1986 (y sigue vigente actualmente), dio vida a la Corte de Constitucionalidad con las fisonomías y particularidades que la caracterizan hasta la actualidad.

2.3.3. Jurisdicción y Justicia Constitucional

La jurisdicción en términos generales «es un atributo del Estado para decir el derecho, es decir, declararlo, aplicarlo y hacerlo efectivo, referido generalmente a conflictos, diferencias o acciones que buscan la paz social.»²⁵¹ En otras palabras, la jurisdicción es aquella facultad de administrar justicia y en este caso, de decidir el derecho constitucional, declararlo, aplicarlo y hacer efectivo. Por otra parte, la jurisdicción constitucional, inspirada por los ideales de Hans Kelsen, nació en un momento para proteger la pirámide jurídica, o sea, la jerarquía normativa.

Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez en el texto *Opus Magna*²⁵², afirma que jurisdicción constitucional es el poder de conocer los procesos que tienen por objeto garantizar la supremacía constitucional. Y, dentro de estos procesos deben de estar incluidos necesariamente los controles preventivos y reparadores, tanto de normas jurídicas como de actos de poder.

Además, Fabra y García clasifican a la acción directa de inconstitucionalidad general de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general como materia que es parte de la jurisdicción constitucional.²⁵³ Agregando los mencionados juristas que «A través de dicho mecanismo se patentiza la misión de la Corte de Constitucionalidad como intérprete máximo y definitivo del contenido de la Carta Magna, pues a ella compete con exclusividad el conocimiento de este tipo de planteamientos.»²⁵⁴ Se observa, entonces, la manera en que el monopolio que tiene la CC para el caso del conocimiento del

²⁵¹ Definición de: «jurisdicción» Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros. Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 160

²⁵² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna, tomo I, óp.cit.*, pág. 238

²⁵³ Fabra Zamora, Jorge Luis y Leonardo, García Jaramillo. *óp.cit.*, pág. 284

²⁵⁴ Fabra Zamora, Jorge Luis y Leonardo, García Jaramillo. *óp.cit.*, pág. 287

control constitucional abstracto de normas jurídicas se traduce, no solo en una parte de la justicia constitucional, sino también en el pilar que hace de este Tribunal el máximo defensor e intérprete del orden constitucional, concebido así por sus creadores, los legisladores constituyentes.

En reiteradas ocasiones la Jurisdicción Constitucional se utiliza como sinónimo de Justicia Constitucional. Sin embargo, a criterio del investigador el primer concepto hace referencia a la competencia de los Tribunales Constitucionales según las regulaciones específicas de cada país, y el segundo, al mecanismo por el que se aplica el derecho constitucional en armonía con sus propias normas y principios para la concreción del Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, al referirse a un concepto más específico sobre lo que es jurisdicción privativa, esta necesariamente alude a la exclusividad que poseen ciertos tribunales de conocer sobre una materia específica. Además, también se acuña este término para referirse a ramas determinadas del derecho que tienen sus propias normas y principios procesales. Así, se puede afirmar que por mandato constitucional la Corte de Constitucional tiene con exclusividad la facultad de conocer de la acción directa de inconstitucionalidad general de leyes, es decir, tiene jurisdicción privativa en este ámbito.²⁵⁵

Al analizar su propia competencia sobre este tema la propia Corte ha establecido: «... el órgano actúa como un comisionado del Poder Constituyente para el sostenimiento de su obra –la Constitución- y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos. Y siendo el examen de constitucionalidad de normas de carácter abstracto no existe conflicto concreto en el que pueda estimarse interés subjetivo de los componentes del órgano, por cuanto el análisis y su solución tienen indudable naturaleza institucional. En esa dirección, en este caso, fue que actuó el Poder Constituyente creando la Corte de Constitucionalidad y le atribuyó, con

²⁵⁵ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 267

carácter exclusivo y de competencia única conocer de las acciones contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad (...)»²⁵⁶ Sobre esto cabe destacar la propia naturaleza que se atribuye a sí mismo el Tribunal Constitucional guatemalteco, tal es el caso de ser el «comisionado de la Constituyente» para procurar la estabilidad de la Ley Fundamental, criterio que el investigador comparte toda vez que es a través del ejercicio de la justicia constitucional que los preceptos contenidos en la CPRG no pasan a ser una simple enunciación de buenas intenciones de carácter únicamente nominal.

2.4. Clasificación del vicio de inconstitucionalidad

Se estableció anteriormente que las normas impugnables a través del control abstracto de constitucionalidad deben de contener necesariamente disposiciones que violen, disminuyan, restrinjan, o tergiversen las disposiciones constitucionales. Es decir, deben contener vicio de inconstitucionalidad, que se categoriza según los criterios siguientes:

2.4.1. Por su alcance

El término “alcances” del vicio de inconstitucionalidad se refiere a si esta declaración deja sin validez todo un cuerpo normativo o sólo parte de este. Desde esta perspectiva el vicio puede ser total o parcial, a saber:

2.4.1.1. Vicio total

Bustamante, en la obra en conjunto con Pereira, expone que *«usualmente ocurre cuando este último[el cuerpo normativo]por alguna razón se ve inescindiblemente afectado por el vicio de inconstitucionalidad que se denuncia; esto puede obedecer a ser particularmente concentrado o breve, acaso integrado por preceptos íntimamente conectados por una misma idea fundamental; también es común que ello se deba a que*

²⁵⁶Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expedientes acumulados: 001-2001, 001-2001 y 004-2001; Sentencia de fecha 05/04/2001

*se denuncia un defecto interna corporis; o bien, que el objeto de impugnación sea una mera disposición general.»*²⁵⁷ Es decir, en este tipo de vicio la disposición legal impugnada adolece en su totalidad de vicio de inconstitucionalidad.

Un ejemplo de este tipo de fallos, como bien lo indican los autores señalados, son aquellos casos de inconstitucionalidad *interna corporis* como el de la Ley de Control de las Telecomunicaciones Móviles en Centros Privados de Libertad, Ley de Compensación Económica por Tiempo de servicios (y su reglamento), Ley de Implementación de Medidas Fiscales, Aprobación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal 2015 y Aprobación del Financiamiento de ejercicio fiscal 2014, en cuyos casos la CC decide que la totalidad de estos decretos queden sin vigencia desde el día siguiente a la publicación del fallo.²⁵⁸

2.4.1.2. Vicio parcial

En este caso, como indica Bustamante en el trabajo realizado en conjunto con Pereira²⁵⁹, no se cuestiona la constitucionalidad de todo el cuerpo normativo, sino solamente pasajes o artículos específicos del mismo. No obstante ello, vale hacer mención de que si el artículo declarado inconstitucional sirve de base para el resto de la ley, entonces a pesar de ser técnicamente una inconstitucionalidad parcial, esta tendrá alcances que pueden abarcar la totalidad del cuerpo normativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el investigador considera importante hacer énfasis en que tal concepción es relativa en el siguiente sentido: Puede estarse ante efectos totales o parciales desde el punto de vista del cuerpo jurídico en sí; pero también desde una disposición legal determinada.

²⁵⁷Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional. óp.cit*, pág. 272

²⁵⁸Cfr. Corte de Constitucionalidad: Sentencia 10/03/2016, expedientes acumulados 2089-2014, 2303-2014, 2352-2014, 2412-2014 (...); Sentencia 06/12/2017, expedientes acumulados 145-91, 196-91 y 212-91; Sentencia 17/09/2015, expediente acumulado 1-2015, 6-2015, 7-2015, 44-2015, 68-2015 (...).

²⁵⁹Un ejemplo de esto sucede por excelencia cuando se declara inconstitucional el artículo que contempla el hecho generador de determinado impuesto. Si bien técnicamente solo se ha dirigido contra un artículo y no contra todo el cuerpo normativo, el resto de disposiciones simplemente no tienen razón de ser. Puede pensarse que el Congreso de la República debe legislar para llenar los vacíos dejados por estos artículos y así no dejar inoperante a la norma en su conjunto, pero en realidad no siempre sucede así.

Sobre esto, Humberto Nogueira Alcalá señala que *«los textos son multisénticos, de ellos se extrae la norma como significado o aplicado al texto. Por lo que de un mismo enunciado normativo o disposición pueden obtenerse diversas normas entre las cuales se debe decidir...»*²⁶⁰En ese sentido, se tiene que una disposición legal puede contener varias normas jurídicas. Y cada una de ellas, de forma separada, puede ser susceptible de un control constitucional, dejando al resto de la disposición legal incólume. Es decir, también puede una sentencia de inconstitucionalidad general tener efectos de expulsión total de un artículo determinado, o bien, de expulsión parcial de este (una norma jurídica contenida dentro del mismo), dejando sin validez solamente incisos, frases, o palabras.

Para ejemplificar lo anterior, se puede analizar, entre muchas otras, la Acción de Inconstitucionalidad general parcial en contra del artículo 69 del Decreto 55-2010 del Congreso de la República, Ley de Extinción de Dominio, que reformó el artículo 100 del Código de Notariado, en la que la CC declaró con lugar la acción e *«inconstitucionales únicamente las siguientes frases contenidas en el artículo 100 del Código de Notariado, de acuerdo con la reforma que de dicho artículo se hizo por medio del artículo 69 de la Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República: “equivalente al cien por ciento (100%) de los honorarios fijados conforme al arancel previsto en el Título XV de la presente Ley”, “entre”, “y tres mil” y “según sea el monto de la resolución recurrida”...»*²⁶¹En este caso para el artículo 100 del Código de Notariado, la parte declarada inconstitucional no representaba la totalidad de su contenido por ser el mismo multiséntico. Es decir, que las partes del mismo que no fueron impugnadas siguen teniendo disposiciones normativas autónomas del resto, y continúan rigiendo con normalidad.

²⁶⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del tribunal constitucional y los efectos de sus sentencias*, Chile, Red Estudios Constitucionales, 2009, pág. 18

²⁶¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia 14/08/2012, expediente 2729-2011.

2.4.2. Por su naturaleza

Con respecto a la «naturaleza» del vicio de inconstitucionalidad se atañe al origen de la confrontación entre de la norma infra-constitucional y la Ley Fundamental, estando ante los siguientes casos:

A. Vicio de fondo

También denominado vicio material, como indica Pererira, se encuentra dirigido directamente a cuestionar el contenido de la norma impugnada, y ataca frontalmente la voluntad del legislador, la cual se señala de reñir con los preceptos constitucionales.²⁶²

Al respecto, Salguero explica en la obra *Opus Magna*, que este tipo de vicio «*concorre en el contenido o espíritu de la norma que se objeta, precisamente por vulnerar la sustancia de la Constitución. Para que el tribunal constitucional pueda determinar si concurre este tipo de vicio se precisa una operación pacificadora entre la norma impugnada y la constitucional, de conformidad con la tesis que el aporte el interponente.*»²⁶³ Es decir, el objeto del señalamiento de un vicio de inconstitucionalidad de este tipo es advertir una colisión sustantiva entre la norma fundamental y la de rango inferior, en cuanto a la materia que ambas regulan.

B. Vicio de forma (por el procedimiento de creación)

También denominado vicio *interna corporis*, este ocurre cuando el precepto constitucional contravenido es el que contempla el proceso de formación de la norma; el que impone requisitos para que la misma goce de plena validez; o el que determina el órgano que debe de crearla. De manera que, la consecuencia lógica es que la norma en su conjunto resulte ilegítima constitucionalmente, independientemente si su contenido de fondo es o no inconstitucional.

²⁶²Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*, óp.cit, pág. 271

²⁶³Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna constitucional*, tomo II, óp.cit., pág. 362

En estos casos, explica Salguero en la obra *Opus Magna*, el interponente de la acción de inconstitucionalidad general no debe formular la confrontación de la norma constitucional y el contenido de la norma objetada, pues la impugnación está motivada por la inobservancia del proceso de formación y no por su esencia. Deberá, entonces, confrontarse la norma constitucional que consagra el proceso de formación de la normativa de que se trate, y el proceso realmente observado.²⁶⁴

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, Pereira²⁶⁵ señala que si bien en principio la acción de inconstitucionalidad de leyes de carácter general es resuelta como un punto de derecho, la inconstitucionalidad por un vicio *interna corporis* puede ser la excepción, esto porque en ocasiones sí resulta necesario argumentar ciertas cuestiones fácticas, que deben circunscribirse a demostrar que el proceso de creación normativa observado ha contravenido preceptos constitucionales sobre ese aspecto. En tales casos es posible, incluso, acompañar prueba documental, como el acta de la sesión plenaria del Congreso de la República, por ejemplo, con el fin de que no se cumplió con la discusión en las distintas sesiones que establece la CPRG, o bien que no se contó con el quórum de votación (mayoría simple o calificada) para que la misma fuera aprobada.

Además, vale recordar que a pesar de que este tipo de impugnación de inconstitucionalidad busca determinar si se cumplieron o no con los mandatos constitucionales en cuanto al procedimiento de creación normativa, no quiere decir que pueda alegarse tal incumplimiento mientras la ley aún no ha entrado en vigencia. En tal sentido, no se trata de un control *a priori*, sino que es meramente reparador.

C. Inconstitucionalidad sobrevenida

Cabe resaltar que en ocasiones existen normas preconstitucionales que no pueden ser impugnadas por un vicio *interna corporis*, pero sí por un vicio material. Al hablar de

²⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 363

²⁶⁵ Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional, óp.cti.*, pág. 271

normas preconstitucionales se hace referencia a aquellas que entraron en vigor antes que la Constitución vigente, y que por lo tanto, no puede exigirse que haya cumplido con los preceptos constitucionales que norman el proceso de creación de la norma si estos no estuvieron vigentes en aquel tiempo.²⁶⁶ Empero, el contenido material de dichas disposiciones, aún preconstitucionales, sí es susceptible de ser impugnado de inconstitucionalidad general. A este último extremo se le ha denominado como inconstitucionalidad sobrevenida, es decir, la norma acaeció inconstitucional a la luz de una nueva constitución, a pesar de que en su contenido podría haber sido constitucional según los preceptos regulados en la constitución anterior.

En tal sentido, se puede entender el vicio de inconstitucionalidad el defecto que exhibe toda norma infra constitucional que viola a la constitución formal, material, directa o indirectamente.

2.5. La sentencia de inconstitucionalidad general

Siguiendo el criterio de Pereira, a diferencia de las sentencias dictadas dentro de la justicia ordinaria, una sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma no busca la satisfacción de intereses particulares o sectoriales, sino que vela por los valores que afectan a toda la sociedad y su fin esencial es materializar la defensa de la supremacía constitucional.²⁶⁷

En tal sentido, no resulta exagerado decir que tal acto resulta ser el más importante de los tribunales constitucionales. Y, realmente contempla uno de los principales fines de su creación: defender el orden y supremacía constitucional, resguardando la prevalencia de las normas emanadas por el poder constituyente, por encima de las normas ordinarias, reglamentarias o de otra índole, que emanan de los poderes constituidos.

²⁶⁶ Verbigracia el Código Civil, y el Código Procesal Civil y Mercantil (ambos vigentes desde 1964) que por su naturaleza de decretos leyes, fueron emitidos por un jefe de gobierno (Enrique Peralta Azurdia), pero se les reconoce su validez a pesar de no haber sido decretados por el Congreso de la República como manda la Constitución vigente (principio de reserva de Ley).

²⁶⁷ Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*, óp.cit. pág. 277

Sobre la sentencia de inconstitucionalidad general de normas Mejicanos, al referirse a la tesis sostenida por Nogueira, asevera que: «*este tipo de sentencias más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, conlleva la labor de interpretación de principios y valores y una actividad integradora del derecho y es, además, una decisión de trascendencia política, siendo esto último lo que sitúa a los tribunales constitucionales en una posición distinta de los tribunales ordinarios.*»²⁶⁸ En esa línea, vale decir que la trascendencia de esta decisión de justicia constitucional no solamente tiene relevancia política, pues si bien es cierto el texto fundamental regula la composición orgánica del aparato de Estado, también lo es que en cuanto a los derechos humanos, este tipo de fallos contiene implicaciones en ámbitos sociales, económicos, culturales y de armonizadores de conflictos sociales.

Tan trascendental es este tipo de decisiones por parte del Tribunal Constitucional que es importante recordar que la misma no es impugnabile por ningún medio, al menos no dentro del derecho interno.²⁶⁹ Sobre esto el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana, citado por Humberto Alcalá, en el voto concurrente del caso Brown vs. Allen (U.S. 443.40 de 1953) sostuvo que: «*no tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra*»²⁷⁰

Ahora bien, en cuanto a la labor intelectual de los miembros del tribunal constitucional esta debe sus consideraciones en los principios que en el siguiente apartado se analizan y en elaborar un juicio que determine la legitimidad de las normas jurídicas impugnadas desde un plano estrictamente técnico-jurídico, a partir de premisas que orienten a establecer si la norma infra constitucional contraviene o no al Texto Fundamental.

En ese sentido un tanto estricto, no es viable que el tribunal constitucional se pronuncie sobre la bondad, conveniencia o utilidad de la norma impugnada. Así se pronuncia

²⁶⁸Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna constitucional*, tomo I, *óp.cit.*, pág. 266

²⁶⁹ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 142

²⁷⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *óp.cit.*, pág. 17

Mynor Pinto Acevedo al afirmar que: «*el análisis para establecer la incompatibilidad entre la ley y la incompatibilidad entre la ley y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin substituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas, las que por el principio de legitimidad democrática de la ley su constitucionalidad se presume.*»²⁷¹ Sin embargo, el investigador discrepa en cierta medida en virtud de que, si bien es cierto la labor intelectual para estimar la bondad o pertinencia de una norma es asignada al parlamento, también lo es que los efectos de los fallos de inconstitucionalidad, por ser de alcances *erga omnes*, pueden llegar a comprometer al Tribunal Constitucional a modular los efectos y alcances del fallo para evitar consecuencias aún más nocivas para el Estado Constitucional de Derecho.

2.6. Principios de la sentencia de inconstitucionalidad general

Como parte de la labor del Tribunal de administrar justicia constitucional está el observar parámetros básicos que enmarcan su labor jurisdiccional. A estos preceptos que sirven de guía se les denomina principios, y en cuanto a las sentencias de inconstitucionalidad son los siguientes:

2.6.1. Principio de supremacía constitucional

Como se abordó en el capítulo anterior, el principio de supremacía constitucional resulta ser el eje central del control constitucional abstracto de normas. En tal sentido se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad al afirmar que: «*el principio fundamental del control de constitucionalidad es el de la supremacía de la Constitución, conforme el cual esta prevalece sobre cualquier ley y sanciona con nulidad las leyes y disposiciones de carácter general que violen o tergiversen las normas constitucionales. La jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico tiene una de sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior puedan contradecir a las de jerarquía superior.*»²⁷² Es decir, este constituye el principio básico

²⁷¹Citado por Fabra Zamora, Jorge Luis y Leonardo, García Jaramillo, *óp.cit.*, pág.288

²⁷²Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 2022-2008, sentencia de fecha 07/11/2008

que legitima al Tribunal Constitucional, como encargado de la defensa del texto supremo, de invadir la esfera legislativa por medio de un acto de anulación de la disposición infra-constitucional por contener alguno de los vicios indicados en el apartado anterior.

2.6.2. Principio democrático

También denominado como «de conservación normativa» o de «conservación del derecho», este propugna, como lo señala Salguero, que en todo fallo de inconstitucionalidad general de normas jurídicas debe tenerse presente que, conforme un sistema democrático, el poder de legislador (tanto positivo como negativo) pertenece al parlamento (en el caso de Guatemala al Congreso), quien es el órgano representativo del pueblo.²⁷³

De forma que, el tribunal constitucional no puede abrogarse esas facultades sino por causas excepcionales. Recordando que el verdadero papel de la Corte de Constitucionalidad es ser garante de la supremacía constitucional, no la de legislar, a pesar de que esta labor pueda tener efectos en el sistema jurídico equivalentes a los de una derogación (legislador negativo), y en casos extraordinarios, de creación normativa (legislador positivo) como se analizó anteriormente.²⁷⁴

2.6.3. Principio de congruencia

Este principio refiere a la concordancia que debe existir entre el planteamiento del interponente y la sentencia. En palabras de Geovani Salguero Salvador «*debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia dictada... no es dable resolver de forma ultra petita*²⁷⁵...»²⁷⁶

²⁷³Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna constitucional*, tomo II, *óp.cit.*, pág. 374

²⁷⁴ Sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo/positivo, ver pág. 72 y 205

²⁷⁵ *Ultra petita*: refiere a una locución latina que significa resolver «más allá de lo pedido».

²⁷⁶Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna constitucional*, tomo II, *óp.cit.*, pág. 374 y 375

Esto tiene su asidero en que el tribunal constitucional, como se explicó anteriormente, no puede ocupar oficiosamente los ámbitos legislativos o reglamentarios que fueron otorgados a los organismos de Estado y demás instituciones dentro del ámbito de sus competencias. Es, en cambio, únicamente por acción directa de las personas legitimadas que el tribunal constitucional ejerce el control constitucional de normas, analizando los argumentos de derecho que expone el accionante para establecer si existe colisión entre la norma impugnada y la Constitución.

De otra manera, si el propio tribunal constitucional pudiera evocar sus propios razonamientos y más allá, este entrara a analizar otras normas jurídicas fuera de las expresamente impugnadas y argumentadas por el o la accionante, se estaría entonces ante una flagrante intromisión en las esferas normativas de los demás órganos e instituciones del Estado. Incluso, siendo el tribunal constitucional juez y parte: al realizar la confrontación por sí mismo entre la norma y la constitución, fuera del planteamiento efectuado por el interponente, y a su vez, resolviendo sobre su procedencia o improcedencia.

2.6.4. Principio *indubio pro-legislatoris*

Fabra y García²⁷⁷ conceptualiza a este principio como una limitación natural que establece los alcances de este tipo de planteamiento. En este sentido, los actos y normas que emanan de la administración pública y del poder legislativo gozan de una presunción de constitucionalidad. De suerte que su invalidación debe ser un suceso excepcional y solamente bajo parámetros contundentemente justificados.

En tal sentido, debe tenerse presente que en tanto una norma no ha sido declarada expresamente inconstitucional por el tribunal competente esta debe ser acatada, por cuanto goza de vigor vinculante *erga omnes*. Es decir, la simple duda sobre la inconstitucionalidad de una norma no la invalida. Así lo sostiene Mejicanos en la Obra

²⁷⁷Fabra Zamora, Jorge Luis y Leonardo, García Jaramillo, *óp.cit.*, pág.288h

Opus Magna²⁷⁸, afirmando que «este principio es aplicable en situaciones de dubitación sobre la concurrencia de vicio sobre la concurrencia de vicio de inconstitucionalidad de una norma; y de acuerdo con él, al no existir elementos de juicio suficientes para declarar la inconstitucionalidad de un precepto normativo, debe respetarse la decisión del Organismo Legislativo...evitando así sustituir la voluntad política del legislador respecto de la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada...» Visto de esta manera, el Tribunal Constitucional, si bien es cierto puede invadir de cierta manera la esfera legislativa actuando en una producción legislativa en negativo, tal facultad puede ejercerla únicamente cuando no quepa duda de la existencia del vicio de inconstitucionalidad.

2.6.5. Principios de interpretación constitucional

También denominada como «hermenéutica» o «exégesis», consiste en desentrañar el sentido y alcances de las normas del texto constitucional y cotejarlas con las demás normas del ordenamiento jurídico. En tal sentido, según el constitucionalista Boris Barrios González,²⁷⁹ el tribunal constitucional es un intérprete de la norma constitucional y no un legislador de normas ordinarias. Ello, para no confrontar con las funciones del organismo legislativo, como poder constituido.

Siguiendo la exposición realizada por Vladimiro Naranjo Mesa, los principios de interpretación constitucional que deben utilizarse al momento de realizar el control abstracto de normas son los siguientes:²⁸⁰

A. Principio de la unidad de la Constitución: Este principio propugna que la norma constitucional no puede ser interpretada de manera aislada, sino que debe tenerse a esta dentro de todo un conjunto constitucional. Es decir, debe interpretarse la

²⁷⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna, tomo I*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad, 2010, pág. 251

²⁷⁹ Barrios González, Boris, *óp.cit.*, pág. 117

²⁸⁰ Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Colombia, Editorial Temis, 2012, págs.426-428

Constitución como un todo y no limitar la aplicación de la norma infra-constitucional a determinada disposición constitucional únicamente.

B. Principio de concordancia práctica: Se basa en la conexidad que existe entre los bienes constitucionalmente protegido, y conlleva la complejidad de resolver, en determinadas ocasiones, problemas de conflicto entre estos bienes o derechos fundamentales amparados constitucionalmente. Un ejemplo de esto sería: el derecho a la vida del ser humano que está por nacer versus el derecho a la vida o la dignidad de la madre, en los casos de aborto. Ante este tipo de conflictos entre valores igualmente protegidos, el tribunal constitucional deberá elaborar un juicio de ponderación, buscando que prevalezca el equilibrio en la protección de los derechos fundamentales, salvo cuando la Carta les confiere expresamente algún grado de prevalencia.

C. Principio de la eficacia integradora de la Constitución: Este toma en cuenta que uno de los principales propósitos del texto constitucional es buscar la unidad política del Estado y de todos los elementos que lo constituyen. Utilizado cuando se impugnan normas de naturaleza organizativa, al procurar la colaboración armónica entre los órganos del Estado.

D. Principio de adaptación a las circunstancias: Se basa en que el tribunal constitucional, como encargado de la interpretación final de la Ley Fundamental, debe buscar la adaptación de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizarse la interpretación.

2.7. La sentencia estimatoria y sus efectos

Desde un punto de vista básico, y siguiendo la línea de Osvaldo Alfredo Gozaíni²⁸¹, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional puede ser: estimatorio o desestimatorio. La

²⁸¹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal Constitucional*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, págs. 146 y 147

sentencia estimatoria, acoge la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el accionante. En cambio, la sentencia desestimatoria, se da en los casos en que el Tribunal Constitucional al momento de confrontar la Constitución con la norma jurídica impugnada determina que esta última no tiene vicios de inconstitucionalidad.

Desde luego, el asunto no resulta ser tan sencillo, y al momento de dictar sentencia el Tribunal Constitucional puede modular el *ratio decidendi* y provocar una sentencia atípica.²⁸² Dicho esto, a continuación se desarrollan los principales efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad general.

Así, y de la misma forma en cómo las normas tienen distintos ámbitos de validez, entiéndase: material, temporal, espacial, etc., dentro de los cuales surten sus efectos, también la declaración de inconstitucionalidad de carácter general produce ciertos efectos materiales, y se manifiesta en cierto tiempo, espacio y sobre ciertas personas. Estos efectos pueden clasificarse de la manera siguiente:

2.7.1. Efectos materiales

En este aspecto normalmente se habla de dos criterios: el primero, de que la sentencia estimatoria que declara la inconstitucionalidad de carácter general tiene efectos derogatorios de la norma impugnada; y el segundo, el que propugna que la declaración de inconstitucionalidad general de una norma equivale a su nulidad.

Desde un primer acercamiento, el artículo 175 de la CPRG establece que «...*las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure...*»²⁸³ En el mismo sentido, al tratar los efectos de la inconstitucionalidad de leyes y disposiciones la LAEC alude a que se trata de una verdadera nulidad de la norma, «*serán nulas de pleno derecho las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen,*

²⁸² Para mayor desarrollo sobre el tema de los fallos atípicos del Tribunal Constitucional, ver pág.100

²⁸³ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 175

*restringen o tergiversa...Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho.»²⁸⁴Por su parte, el término *ipso jure* se refiere a «por o en el mismo derecho; cuando no es necesaria la declaración del juez»²⁸⁵*

Así lo sostiene Ferrer²⁸⁶, al hacer referencia de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad general de las normas, dentro de un sistema concentrado es la monopolización del análisis constitucional para declarar la nulidad con efectos generales de la norma declarada inconstitucional y la consecuente expulsión de esta del ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, haciendo alusión al segundo criterio el cual sostiene que los efectos de la sentencia son de carácter derogativos, Hans Kelsen, sostenía que el tribunal constitucional no es realmente un tribunal ya que no aplica normas a hechos concretos, sino un legislador negativo, porque analiza la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas (la Constitución y la Ley). Es decir, actúa sobre la ley misma y no sobre la manera de aplicar esta a un litigio determinado, eliminando la norma incompatible con la Constitución, poniendo de manifiesto que el legislador ordinario rebasó la esfera de sus facultades al tomar el lugar del legislador constituyente.²⁸⁷

Así, la eliminación de la ley inconstitucional tiene, para Kelsen, un efecto contrario a la creación normativa, y como se verá más adelante, con efectos *erga omnes* y *pro futuro*. Extremos que armonizan más con la derogación de ley, que con la nulidad de ésta.

Además la LAEC en su artículo 140 regula «*Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Cuando la sentencia la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedarán*

²⁸⁴ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 115

²⁸⁵Definición de: «*ipso jure*» Casado, María Laura. Diccionario jurídico, Argentina, Valletta Ediciones, 2009, sexta edición, pág. 477

²⁸⁶Definición de: «efectos abrogativos de las sentencias» Ferrer Mac.Gregor, Eduardo y otros. *óp.cit.*, pág. 615

²⁸⁷Definición de: «efectos ex nunc» *Ibíd.*, págs.621 y 622

*sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional...»*²⁸⁸Es decir, al hablar de efectos sobre la vigencia y no sobre la validez *per se* de la norma inconstitucional, hace equiparar sus efectos al de una derogación.

Sin embargo, por lo complejo de este tema y por la importancia que reviste el diferenciar la inconstitucionalidad entre la derogación, invalidez e ineficacia de la norma, a efecto de determinar la aplicabilidad del efecto de reviviscencia, este tema será ampliado en el siguiente capítulo²⁸⁹ del presente trabajo de tesis, el cual abarca los efectos de la norma jurídica en el tiempo. Y a su vez, servirá de piedra angular para determinar en el capítulo final los alcances y límites de la declaración de reviviscencia.

2.7.2. Efectos temporales

Los efectos en el ámbito temporal de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad pueden darse en dos sentidos: efectos *ex tunc* o efectos *ex nunc*.

A. Efectos *ex tunc*

La expresión «*ex tunc*» (locución latina que significa «efectos desde entonces»²⁹⁰), hace referencia a «...los efectos retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia atrás en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma. Las situaciones nacidas con anterioridad a esa fecha y todavía no cerradas se regirán por esa disposición o acto retroactivo, y no por la disposición o acto vigente en el momento de ese nacimiento.»²⁹¹Sobre esto, si bien puede pensarse que al aplicar de manera retroactiva la declaración de inconstitucionalidad de una norma, ello provocaría una gran falta de certeza jurídica, pues las personas se verían ante un ordenamiento jurídico cambiante

²⁸⁸Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, art. 140

²⁸⁹Para un mayor análisis sobre la diferencia entre derogación, invalidez e ineficacia de la norma, ver pág. 136 y siguientes

²⁹⁰Definición de: «efectos *ex tunc*» Ferrer Mac.Gregor, Eduardo y otros. *óp.cit.*, pág. 623

²⁹¹Definición de: «efectos *ex tunc*» *Ibíd.*, pág. 623

para hechos y actos ya realizados a la luz de anteriores «reglas de juego». Sin embargo, si de la definición brindada por el autor se entiende que estos efectos son *ex tunc*, siempre dejando a salvo las situaciones ya juzgadas, el problema parece atenuarse. Empero, en todo caso, se puede estar ante una situación en que dos problemas de hecho idénticos fueron resueltos de manera distinta, y para uno de ellos la norma regía y para el otro, esta ya no lo hacía por efecto retroactivo de una declaración del Tribunal Constitucional.

Para el constitucionalista Humberto Nogueira²⁹², las sentencias sobre esta materia que tienen efectos *ex tunc* son aquellas que determinan la nulidad de la norma impugnada, eliminándola del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo. En la más pura comprensión de la nulidad, considerando que esta nunca ha existido. Ello, en observancia de la supremacía constitucional y de la nulidad originaria e insanable del derecho público en estos casos.

B. Efectos *ex nunc*

La expresión «*es nunc*», locución latina que significa «efectos desde ahora»²⁹³ *Contrario sensu* a los efectos *ex tunc*, «...la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia adelante en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma o la de la publicación. Las situaciones nacidas con anterioridad a tal fecha se regirán por la normativa o acto vigente en el momento de ese nacimiento.»²⁹⁴ Es decir, en contra posición de lo expresado

El constitucionalista Humberto Nogueira²⁹⁵ explica que estos efectos siguen el enfoque kelseniano del Tribunal Constitucional como legislador negativo, y posee un carácter constitutivo, siendo de anulación (y no de nulidad). Es decir, produce efectos desde el pronunciamiento y la respectiva notificación (o publicación) de la sentencia, hacia el

²⁹² Nogueira Alcalá, Humberto, *óp.cit.* pág. 28

²⁹³ Definición de: «efectos *ex nunc*» Ferrer Mac.Gregor, Eduardo y otros. *óp.cit.*, pág. 621

²⁹⁴ Definición de: «efectos *ex nunc*» *Ibíd.*, pág. 621

²⁹⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *óp.cit.*, pág. 29

futuro. Y, en tal sentido, las situaciones producidas al amparo de la norma inconstitucional no se ven afectadas, de tal manera que pueden seguir rigiendo con efectos ultractivos.²⁹⁶

También es importante tener presente que de los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad dependerá si la misma se considera tiene efectos constitutivos o meramente declarativos.

Al respecto, Ferrer²⁹⁷ hace la distinción entre el carácter constitutivo y declarativo de la sentencia, indicando que en aquellos sistemas en que la nulidad tiene un carácter *ex nunc*, la nulidad produce sus efectos a partir de que el fallo es pronunciado, notificado o publicado. En cambio, si el fallo tiene efectos *ex tunc*, este se proyectará hacia un período anterior al pronunciamiento de la jurisdicción constitucional, y en tal virtud la declaración de este tipo no crea una relación jurídica nueva, sino únicamente declara la nulidad que ya existía desde siempre, es decir, equivale a una sentencia declarativa propiamente dicho, y no una constitutiva como lo sería aquella con efectos pro futuro, pues esta última sí crea nuevas situaciones.

C. ¿Qué efecto es el aplicable?

La respuesta a esta interrogante deberá depender de los sistemas jurídicos en el que se dicte la inconstitucionalidad general de una norma. –Derecho comparado-. Cada ordenamiento jurídico ofrece las diferentes opciones, posibilitando algunas modulaciones o excepciones a la regla general.

Así, por ejemplo, La Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su artículo 78 establece: «*Si el Tribunal constitucional Federal llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro*

²⁹⁶Para mayor profundización en el tema de la ultractividad de la ley ver pág. 132

²⁹⁷Definición de: «Efectos constitutivos de la sentencia» Ferrer Mac.Gregor, Eduardo y otros. *óp.cit.*, pág. 616

*derecho federal, entonces declara la nulidad de la ley...»*²⁹⁸ En tal sentido, a criterio de Humberto Nogueira²⁹⁹, cuando la Corte de aquel país determine que una norma es contraria a la Constitución y declare su nulidad, lo que significa es que la invalidará desde su entrada al ordenamiento jurídico. Es decir, aplicará los efectos *ex tunc*.

Sin embargo, al menos en Latino América predomina la aplicación anulativa *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad general de leyes. Así, por ejemplo:

- i. En México, se establece que la declaratoria de invalidez (inconstitucionalidad) de una norma no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal.³⁰⁰
- ii. En Perú, no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad.³⁰¹
- iii. En Colombia, el caso es excepcional y *sui géneris*. Originalmente los fallos de la Corte Constitucional solo tenían efecto hacia el futuro, salvo en materia penal, policiva y disciplinaria para garantizar el principio de favorabilidad. Ello, con base a una disposición emanada del Presidente de la República de Colombia.³⁰² Pero dicha estipulación fue declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional de aquel país, argumentando que solamente ese Tribunal Constitucional puede determinar los efectos de sus sentencias, en resguardo de la Ley Fundamental. Así lo expuso dicha Corte: «...en conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta... En consecuencia, incurrió en falta el Presidente de la República

²⁹⁸ Corte Constitucional Federal de Alemania, Ley sobre la Corte Constitucional Federal de Alemania (En alemán: Bundesverfassungsgerichts, abreviado: BVerfG), 1993, art. 78

²⁹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. *Óp.cit.*, pág. 28

³⁰⁰ **México:** «La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II [acciones de inconstitucionalidad] de este artículo no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal...» (Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1916, art. 105)

³⁰¹ **Perú:** «La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional en todo o en parte, una norma legal.» (Congreso Constituyente Democrático. Constitución Política del Perú, 1834, art. 204)

³⁰² «Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria, y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución» (Presidente de la República de Colombia. Decreto 2067 de 1991, art. 21)

al dictar la norma demandada pues ejerció funciones atribuidas por la Constitución a la Corte Constitucional...»³⁰³

Y, en el caso de Guatemala, en caso de que se declare la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, reglamento o disposición de carácter general «*dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.*»³⁰⁴ Es decir, tendrá efectos *ex nunc, pro futuro*. Sin embargo, se admite de manera excepcional y de forma muy limitada los *ex tunc*, solo en los casos en que haya producido la suspensión interina de la norma impugnada.³⁰⁵ En este caso se establece: «*cuando se hubiere acordado la suspensión provisional conforme el artículo 138 (si a juicio de la Corte de Constitucionalidad la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables), los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión.*»³⁰⁶ (El subrayado es propio)

Las razones por las que, tanto el sistema guatemalteco como la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, adoptan para sí los efectos *ex nunc* de la sentencia de inconstitucionalidad se basan en las primicias de seguridad y certeza jurídica.

Al respecto, ya se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad estableciendo: «*...la declaratoria que pronuncia este Tribunal respecto de la inconstitucionalidad de una o varias leyes, que las hace expulsar del ordenamiento jurídico vigente, cobra efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, desde la publicación del auto o de la sentencia respectiva en el Diario Oficial (...)*El fenómeno descrito, se comprende, preserva la seguridad y la certeza jurídicas que son inherentes a los actos del poder público, debido a que, si ocurriera una situación contraria a la reseñada, es decir, que la derogatoria por el vicio de nulidad que afecta a la norma hiciera perder sus efectos jurídicos desde el

³⁰³ La disposición constitucional transcrita anteriormente fue declarada **inexequible** por medio de la Sentencia C-113 de 1993 de la Corte Constitucional Colombiana.

³⁰⁴ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 140

³⁰⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Opus magna constitucional, tomo II, óp.cit.*, pág. 376

³⁰⁶ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 141

momento en el que la misma adquirió vigencia, provocaría un caos de impredecibles consecuencias, habida cuenta que, si así se regulara, por una lógica inadecuada deberían eliminarse la totalidad de los efectos o los actos que quedaron producidos o consumados a la luz de esa norma mientras estuvo presente en el ordenamiento jurídico...»³⁰⁷

De esta manera se explican los fundamentos para aplicar la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad general con efectos *ex nunc*, en resguardo, como se expuso, de la seguridad jurídica que debe imperar. Así, puede afirmarse que la norma sí gozó de validez dentro del ordenamiento jurídico mientras no había sido publicada la sentencia de inconstitucionalidad en el Diario Oficial. En otras palabras, esta puede cobrar efectos *ultractivos*³⁰⁸, en el sentido de que los acontecimientos ocurridos bajo la vigencia de la norma declarada inconstitucional se regirán por aquella. Aunque, a pesar de lo anterior, a criterio del autor debería aplicarse con efectos *ex tunc* en materia penal cuando favorezca al reo, en atención al artículo 15 constitucional.³⁰⁹

Si bien es cierto que la ley y la jurisprudencia son claras y en el caso de Guatemala, la norma impugnada «*dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.*»³¹⁰ Vale indicar al menos desde el plano filosófico, algunas críticas a la aplicación *ex nunc* de la sentencia de inconstitucionalidad general. Por una parte, reduce el papel del tribunal constitucional al de un legislador negativo. Y, ante un vicio de tal magnitud como el de la inconstitucionalidad no puede tolerarse que la norma impugnada haya siquiera «nacido» dentro del ordenamiento jurídico. Se habla entonces, no solo de su falta de vigencia, sino más bien de una real falta de validez. Resulta cuestionable el hecho de que una norma jurídica, que contraría totalmente la jerarquía normativa en su sentido más básico pueda, siquiera, regir durante un periodo de tiempo comprendido entre su vigencia y la declaración de inconstitucionalidad. Por lo que, adoptando un plano más práctico y en armonía con el espíritu de la declaración de

³⁰⁷Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 1880-2008, sentencia de fecha 23/09/2008

³⁰⁸Por la especialidad de este tema, se trata en el CAPÍTULO 3, ver pág.115

³⁰⁹Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 15

³¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 140

inconstitucionalidad, se tiene que: en situaciones que lo ameriten, el fallo puede tener efectos *ex tunc*, pero sin afectar derechos adquiridos de buena fe, ni a situaciones jurídicas consolidadas (como las que han caído en sentencia ejecutoriada, por ejemplo).

Por otra parte, si lo que se pretende al aplicar el efecto *ex nunc* es que la norma inconstitucional mantenga su eficacia para regular aquellas situaciones de hecho que ocurrieron durante su vigencia, tal extremo puede ser simplemente burlado. Para esto, valdrá instar la inconstitucionalidad en caso concreto para cada situación particular. Una práctica muy usual en la que se utilizan los argumentos y consideraciones que fueron utilizados para declarar la inconstitucionalidad general, llegando a tener los mismos que un fallo con efectos *ex tunc* (si las partes lo provocan) pero en ningún caso afectando casos fenecidos.

Recordando que la inconstitucionalidad en casos concretos sí tiene efectos *ex tunc*, es decir, es un pronunciamiento meramente declarativo para que se inaplique una disposición inconstitucional al caso subjuice. Por supuesto, esta estrategia sólo será válida en cuanto aún no se haya dictado sentencia en el caso particular.³¹¹ Así, los casos fenecidos bajo la vigencia de la ley declarada inconstitucional con efectos *erga omnes* no podrán reabrirse.

2.7.3. Efectos espaciales y personales

Para delimitar el espacio físico-geográfico, así como el sector de la población sobre el cual tiene alcance la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad general de una norma debe tenerse como punto de partida el propio ámbito de aplicación que posee la norma impugnada.

³¹¹Recordar que el presupuesto de temporalidad o de oportunidad para el caso del planteamiento de la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos es «*hasta que se haya dictado sentencia*». (LAEC, art. 116)

Así, por parámetro general se tiene que «*el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República*»³¹², es decir, al igual que la norma jurídica goza de aplicación general en todo el territorio nacional, también es aplicable este alcance para la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad general. En congruencia con ello, la propia Ley constitucional de la materia dispone la necesidad de publicación de la sentencia en el Diario Oficial.³¹³

De la misma forma que el proceso de creación normativa necesita de la publicación de la ley a efecto de que toda la población tenga noticia de esta y así poder ser exigible frente a todos dentro del territorio nacional, así sucede para el caso de la inconstitucionalidad general.

Tal y como puntualiza Boris Barrios González³¹⁴, este tipo de control constitucional se caracteriza por surtir efectos *erga omnes*, de tal forma que, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma debe ser publicada en «la gaceta oficial». Es decir, hay un requisito de publicidad de la sentencia que por mandato constitucional opera en los fallos de inconstitucionalidad, y es desde ese momento que empiezan a surtir sus efectos para toda la colectividad.

Sin embargo, cabe hacer la salvedad de que si la ley que ha sido declarada inconstitucional tenía un ámbito territorial más restringido (como en el caso de las leyes aplicables solo en ciertas regiones o municipios), claro está que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá ese mismo alcance. Igual ocurre cuando la ley inconstitucional tenía ciertos alcances personales limitados (por ejemplo, leyes que afectaban solo a determinado gremio, o sector, como: empresarios, profesionales, mujeres, niños, niñas y adolescentes, etc.) los efectos personales de la sentencia correrán la misma suerte. Eso sí, sin afectar por ello sus efectos *erga omnes*, desde el

³¹²Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 153

³¹³ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 140

³¹⁴ Barrios González, Boris., *óp.cit.*, pág. 231

momento en que, aún limitando sus alcances personales, no afectan a personas individualizadas, es decir, conserva su carácter de generalidad.

2.7.4. Otros efectos de la inconstitucionalidad general de normas

- A. **Provisionales:** Cuando el tribunal constitucional advierte que la inconstitucionalidad denunciada es notorio y susceptible de causar gravámenes irreparables, incluso antes de la sentencia definitiva, debe decretar la suspensión provisional de las disposiciones cuestionadas. Esta suspensión tendrá efectos generales y se publicará en el Diario Oficial al día siguiente de ser decretado.³¹⁵
- B. **Definitivos:** A criterio de Fabra³¹⁶, Son aquellos que ocurren una vez el tribunal constitucional acoge en definitiva el planteamiento incoado y en consecuencia la inconstitucionalidad de las disposiciones señaladas.
- C. **Para las normas reglamentarias:** Este efecto tiene un devenir lógico si se toma en cuenta la jerarquía constitucional abordada en el capítulo primero. En este sentido y tomando en cuenta que una disposición reglamentaria que desarrolle el contenido de una ley, en caso esta última sea declarada inconstitucional, la primera perderá también su eficacia jurídica desde el momento en que la Ley que le da sentido sea expulsada del ordenamiento jurídico, sin necesidad de declaración expresa del órgano constitucional.
- D. **Cosa juzgada formal:** En todos los casos, sea una sentencia estimatoria o desestimatoria, existe cosa juzgada formal³¹⁷, y así se establece en la ley de la materia «*Contra las sentencias de la Corte de Constitucionalidad (...) no cabrá recurso alguno.*»³¹⁸ Desde luego, entendiendo a esta como la imposibilidad de impugnar el fallo, pues la CC es el órgano máximo en materia de justicia y defensa del orden constitucional.

³¹⁵ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 138

³¹⁶Fabra Zamora, Jorge Luis y Leonardo, García Jaramillo, *óp.cit.*, pág. 289

³¹⁷Cosa juzgada formal: En términos básicos, se denomina así al estado de inimpugnabilidad que reviste una sentencia firme.

³¹⁸ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, art. 190

- E. **Cosa juzgada material:** Si bien las sentencias desestimatorias en materia de inconstitucionalidad general no causan cosa juzgada material, las sentencias estimativas en donde se acoge el planteamiento y se declara inconstitucional la norma impugnada expulsándola del ordenamiento jurídico, sí causa cosa juzgada material³¹⁹ por el efecto derogatorio que poseen.³²⁰

Tal criterio sigue Nogueira al afirmar que: *«De esta forma, si presentado un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional a requerimiento de un órgano estatal³²¹, hay un pronunciamiento de constitucionalidad del enunciado normativo impugnado de inconstitucionalidad, volviendo posteriormente a impugnarse la constitucionalidad del mismo enunciado normativo por otro órgano legitimado activamente para ello, admitiendo la Corte o Tribunal Constitucional en este segundo caso la inconstitucionalidad de dicho enunciado normativo... en dicha hipótesis no podría señalarse que el primer fallo tuvo efectos de cosa juzgada constitucional material, ya que éste fue enervado por la segunda sentencia en que el mismo Tribunal cambió de criterio.»³²²* En tal sentido, una norma jurídica puede ser impugnada de inconstitucionalidad tantas veces como razones y fundamentos serios se tengan para plantear la acción. El hecho de existir una sentencia desestimatoria sobre el mismo asunto no impide posteriores impugnaciones. Sin embargo, si una norma ya ha sido declarada inconstitucional entonces el asunto no puede ser modificado por un proceso posterior, en virtud de que la norma ya no es parte más del ordenamiento jurídico por su expulsión del mismo.

³¹⁹Cosa juzgada material: esta puede concebirse como *«la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad...»* (Aguirre Godoy, Mario. *Derecho procesal civil*, Tomo I, Guatemala, Centro Editorial VILE, 2016, pág. 794)

³²⁰Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Opus magna constitucional, tomo I, óp.cit., 274*

³²¹Recordando que en algunos sistemas jurídicos únicamente puede ser instada la inconstitucionalidad general por un órgano estatal, pero que en Guatemala puede ser cualquier persona con el auxilio de tres abogados (LAEC. Art. 134)

³²² Nogueira Alcalá, Humberto, *óp.cit.*, pág. 22

2.8. Sentencias atípicas (consideración del tema de análisis como un caso de fallo atípico)

Como quedó anteriormente establecido, la idea original de Kelsen era la de convertir al Tribunal Constitucional en un legislador negativo. Sin embargo, como lo menciona Salguero: «*La experiencia jurisdiccional constitucional ha demostrado que el molde original ha resultado un tanto insuficiente para dar solución a los complejos conflictos constitucionales... en tiempos actuales es irrefutable la afirmación relativa a que la jurisdicción constitucional ha experimentado transformaciones, dado que se ha visto en la necesidad de superar los estrictos márgenes delineados por su original configuración.*»³²³ Así, en ocasiones el tribunal constitucional se ve en la necesidad de prever las consecuencias en el plano político, social, económico y jurídico de su pronunciamiento.

Para Landa, César³²⁴, esta diversidad de sentencias responde también al producto del *status* y la compleja naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano constitucional, jurisdiccional y político que va más allá de la simple visión del mismo como un legislador negativo. Bajo este punto de vista, no es viable que se limite a definir si existe o no confrontación entre la norma constitucional y la infraconstitucional y opere sin más la expulsión de esta última del ordenamiento jurídico. Esto porque la Ley Fundamental no es solo una incorporación de meras disposiciones, sino también valores superiores tales como la democracia, la justicia, la igualdad, etc.

Además, en una óptica finalista y neoconstitucionalista, como se aseveró en el primer capítulo de esta tesis, la Constitución tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales y en ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional en ocasiones se ve obligado a emitir fallos con efectos diferentes a la mera invalidación *ex nunc* de la norma inconstitucional para resguardar todos esos principios, derechos y postulados.

³²³Seovani Salvador, Geovani. *Las sentencias atípicas de la Corte de Constitucionalidad*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2015, pág. 5

³²⁴Landa, César. *Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, disponibilidad y acceso: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/24.pdf>, consultado 09/05/2017

A este tipo de fallos se les ha denominado como sentencias atípicas, por cuanto no encuadran precisamente en ser sentencias estimatorias ni desestimatorias, en un sentido puro. El Tribunal Constitucional, en cambio, modula el contenido de las declaraciones a efecto de incluir adiciones, sustituciones, interpretaciones o exhortaciones para poder resolver asuntos no previstos en el modelo original del control abstracto de normas.³²⁵

El autor toma en cuenta las clasificaciones realizadas por Boris González Barrios³²⁶, Osvaldo Alfredo Gozaíni³²⁷, y Geovani Salguero Salvador³²⁸ para brindar una división propia simple y lógica de los tipos de sentencias más comunes proferidas por los Tribunales Constitucionales de la siguiente manera (y a pie de página podrán consultarse ejemplos para una mejor comprensión de las mismas):

- A. Sentencia estimatoria pura:** Por medio de la que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica y la expulsa del ordenamiento jurídico (en el caso de Guatemala desde su publicación en el Diario Oficial).³²⁹

- B. Sentencias desestimatoria pura:** En la cual el Tribunal Constitucional aprecia que la norma impugnada no es contraria a la Constitución y en tal sentido declara sin lugar el planteamiento de la inconstitucionalidad, manteniendo incólume la validez reguladora de la norma impugnada y prevaleciendo el principio *pro legislatore*.³³⁰

- C. Sentencias estimatorias exhortativas:** En este tipo de sentencia el Tribunal Constitucional brinda sugerencias o indicaciones a los órganos legitimados para que realicen creaciones normativas con base a estas indicaciones, pudiéndose dividir a su vez en:

³²⁵ *Ibid.*, pág. 8

³²⁶ Boris González, Barrios, *óp.cit.*, págs. 235-243

³²⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *óp.cit.*, págs. 146-150

³²⁸ Salguero Salvador, Geovani, *óp.cit.*, págs. 11 y 12

³²⁹ Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia 07/02/2006, expediente 2706-2005; sentencia 10/03/2016, expedientes acumulados 3145-2014, 3171-2014, 3257-2014 (...)

³³⁰ Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia 17/10/2012, expediente 2530-2011; sentencia 12/08/2014, expediente 1082-2014; sentencia 25/05/2016, expediente 4575-2015

- i. **Sentencia exhortativa de delegación:** por medio de la cual se declara inconstitucional la norma impugnada y a su vez se insta al órgano emisor para que emita una nueva normativa constitucionalmente conforme.
- ii. **Sentencia exhortativa «simple»:** Ocurre en aquellas situaciones en que el Tribunal Constitucional advierte que la norma impugnada es inconstitucional pero no la invalida por considerar que podría causar efectos gravosos para el Estado Constitucional de Derecho (verbigracia una laguna legal) y en tal sentido impone al órgano emisor el deber de suprimir la situación inconstitucional o reemplazarla con otra normativa. Incluso, se ha cuestionado la posibilidad de que el Tribunal Constitucional fije un plazo prudencial para cumplir con esta exhortación. Al respecto, el autor en el capítulo final hace alusión a este tipo de sentencias como una alternativa viable para evitar la aplicación de la reviviscencia de normas cuando esto sea aconsejable.³³¹
- iii. **Sentencia exhortativa por inconstitucionalidad precaria:** Sucede en aquellos casos en que la norma impugnada es constitucional, pero necesita un mayor desarrollo para proteger de manera exhaustiva el derecho fundamental.³³²
- iv. **Sentencia de inconstitucionalidad por omisión:** A criterio del autor esta constituye un tipo de sentencia exhortativa en la que el Tribunal Constitucional, impotente de suplantar al legislador en su función, exhorta a este para subsanar su actuar omisivo al incumplir con el deber constitucional o convencional de legislar determinada materia y de determinada forma.³³³

³³¹Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 07/02/2006, expediente 2706-2005; sentencia de 28/03/2006, expediente 2394-2004

³³²Es importante indicar que en Guatemala no se han suscitado casos de este tipo, puesto que la CRPG y la LAEPC no contemplan que una norma puede ser constitucional, pero precariamente a la vez. Es decir, una norma debe ser o constitucional o inconstitucional. Así lo indica Salguero «*En cuanto a los fallos de inconstitucionalidad precaria que contienen exhortaciones, puede afirmarse categóricamente que pronunciamiento de este tipo no han sido tratados por el tribunal constitucional guatemalteco, ya que ni el Magno Texto ni la ley procesal constitucional admiten la posibilidad de advertir gradaciones de inconstitucionalidad. De esa cuenta, no podría apelarse la actividad normativa para superar la cuasi inconstitucionalidad.*» (Salguero Salvador, Geovani, *óp.cit.*, pág. 40)

³³³Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Auto 02/03/2017, expediente 63-2009 (por omisión de cumplir con lo preceptuado en el artículo 30 de la CPRG; sin embargo, en esta oportunidad se rechazó la acción porque aún no se encontraba desarrollado este tema); Sentencia 17/07/2012, expediente 1822-

Aquí es importante indicar que en la doctrina y experiencia de la Justicia Constitucional Latinoamericana, como sostiene César Landa³³⁴, existe otro tipo de sentencia exhortativa sobre la cual se hará referencia en el capítulo final de esta tesis como una de las opciones del Tribunal Constitucional para evitar vacíos normativos.³³⁵ Se habla de las sentencias diferidas que viene siendo una subcategoría de lo anteriormente analizado como una sentencia de exhortación «simple».

En este tipo de pronunciamientos el Tribunal Constitucional fija un plazo en el que los efectos en el tiempo de la sentencia quedaran en suspenso –*vacatio sententiae*-, en el cual la norma inconstitucional no será expulsada del ordenamiento jurídico sino después de haber dado al órgano facultado un plazo prudencial para la emisión de una nueva normativa, en el entendido de que si no lo hace transcurrido dicho período los efectos suspensivos concluirán y la norma quedará expulsada del ordenamiento jurídico en su totalidad. Siendo esta también otra subcategoría de los efectos temporales de la sentencia (además de los *ex nunc* y *ex tunc* anteriormente abordados).

D. Sentencias manipulativas: Refiere a aquellas sentencias en las que independientemente de anular o no la norma impugnada el Tribunal Constitucional toma el rol de legislador positivo (en menor o mayor medida) efectuando una creación normativa, o bien cambiando el sentido y alcance de la voluntad legislativa, sea por cualquiera de las siguientes formas:

- i. **Sentencias interpretativas:** En este tipo de sentencia mediante la cual el Tribunal Constitucional puede incorporar una interpretación constitucionalmente conforme de la norma que antes no se advertía, o bien, agrega o suprime por la vía de la interpretación determinados alcances de los cuales la norma originalmente carecía.³³⁶

2011 (primera sentencia que acoge un planteamiento de este tipo y a su vez toma en cuenta el bloque de constitucionalidad)

³³⁴Landa, César. *Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, disponibilidad y acceso: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/24.pdf>, consultado 00/05/2017

³³⁵El tema de vacíos normativos gravosos –*horror vacui*- se desarrolla en pág. 150 y siguientes

³³⁶ Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia 08/06/2009, expediente 2010-2007; Sentencia 21/06/2005, expediente 1724-2004

- ii. **Sentencias normativas sustitutiva por introducción de nuevas normas:** En estos casos el Tribunal toma una postura abierta de legislador positivo y cambia el contenido de la norma, no por la vía interpretativa, sino por la supresión de palabras o párrafos, o la adición de estos. O incluso, agrega disposiciones no contenidas anteriormente en la norma. En tal sentido, de este tipo existen sentencias interpretativas aditivas o reductoras.³³⁷
- iii. **Sentencias manipulativas sustitutiva por dar vigencia a las normas derogadas:** Se habla aquí de la reviviscencia de normas, por medio de la cual el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una norma pero la sustituye reincorporando la norma derogada por la norma impugnada. Tema central que se desarrollará en los capítulos 3 y 4 de esta tesis.

Las sentencias manipulativas han sido fuertemente criticadas argumentando que el juez constitucional al declarar inconstitucional una ley y consecuentemente anularla (o derogarla, dependiendo el ordenamiento jurídico), no debe intervenir creando una nueva norma. Tal hecho hace que el Tribunal Constitucional se aleje totalmente a la concepción Kelseniana primigenia del *legislador negativo* y en cambio, toma un rol que corresponde únicamente al parlamento –*legislador positivo*-.³³⁸

En síntesis, la inconstitucionalidad general de leyes es una de las garantías constitucionales al alcance de ciertos sujetos legitimados (en Guatemala admitiendo acción popular), para provocar en el Tribunal Constitucional, en su papel de defensor del orden constitucional, el examen confrontativo entre la Norma Suprema y determinada norma jurídica infra-constitucional impugnada, mismo que en ciertas ocasiones provoca un pronunciamiento fuera de los efectos normales o regulares de una sentencia de este tipo y da cabida a lo que se conoce como sentencias atípicas, que permiten cierta flexibilidad y modulación de los efectos del fallo, para situaciones en las que el molde básico de «estimación y desestimación» no es suficiente. Por su

³³⁷ Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia 01/08/2013, expedientes acumulados 5327/2012 y 5331-2012 (sentencia interpretativa aditiva); sentencia 08/06/2009, expediente 1210-2007 (sentencia interpretativa reductora)

³³⁸ Barrios González, Boris, *óp.cit.*, pág. 239

parte, la concepción de la aplicación del efecto de reviviscencia como un caso de fallo atípico manipulativo hace que el mismo resulte bastante polémico y se abordará en los próximos capítulos.

CAPÍTULO 3

Ámbito temporal de validez de la norma y el efecto de reviviscencia

SUMARIO:3.1. Ámbito temporal de validez de la ley; 3.1.1. Vigencia de las normas; 3.1.2. Derogación de la ley; 3.1.3. Formas de aplicación de leyes en el tiempo. 3.2. Eficacia y validez de las normas jurídicas; 3.2.1. Vigencia y eficacia; 3.2.2. Vigencia y validez. 3.3. Concepto de reviviscencia. 3.4. Antecedentes del efecto de reviviscencia. 3.5. Vacíos legales.

Es necesario tener presente que las normas jurídicas tienen una existencia determinada en el tiempo y se refieren en su contenido a los hechos y situaciones sobre los que proyecta su función reguladora. Así, en primer capítulo se desarrolló lo referente al sistema de normas jurídicas; sin embargo, el autor se reservó el desarrollo del ámbito temporal de validez de las normas para este capítulo debido a la importancia que esto involucra para comprender de mejor manera el efecto de reviviscencia.

En tal sentido, primero se analizará el ámbito temporal de validez de las normas, destacando conceptos y diferencias importantes como: vigencia y derogación, eficacia, nulidad, anulabilidad e inconstitucionalidad de las normas. Luego, se desarrolla el efecto de reviviscencia desde su concepción doctrinaria, abarcando también aspectos importantes del mismo como, sus antecedentes, clasificación. Por último, se analiza también lo relativo a la existencia de vacíos legales en el ordenamiento jurídico, con énfasis en aquellos que se producen como consecuencia de la expulsión de una norma inconstitucional.

Lo anterior, para abarcar hondamente la contextualización debida del tema y así dar paso al capítulo cuarto que abarca la aplicación real del alcance de reviviscencia en el marco de la justicia constitucional, tanto en el derecho comparado, como según la opinión de los expertos entrevistados.

3.1. Ámbito temporal de validez de la ley

En un principio no debería de suscitarse ningún problema y debería estarse a dos postulados básicos en cuanto al ámbito de validez de las normas jurídicas:

- A. La entrada en vigor de la norma debe ser un momento determinado y cierto (cuando la propia Ley dispone que esta empieza su vigencia)³³⁹
- B. La ley concluye su vigencia en un momento determinado y cierto (cuando entra en vigor otra norma que la deroga expresa o tácitamente)³⁴⁰

Sin embargo, para poder entender los temas que en adelante se abarcarán es importante tener presente que el ámbito temporal de aplicación de las normas no puede circunscribirse únicamente al término «vigencia» porque esta puede ser aplicada en un periodo de tiempo distinto al de su vigencia formal. De la misma manera, el cese de la «pertenencia» de la norma al ordenamiento jurídico, es decir, la terminación del intervalo de existencia en el plano jurídico, depende de diferentes causas, y no solo la «derogación» por una norma posterior.

De tal manera, para conceptualizar el tema, se abordará en cuanto al ámbito de aplicación temporal de las normas los subtemas de:

- A. Vigencia de las normas
- B. Derogación y abrogación de las normas
- C. Validez, eficacia y pertenencia de las normas

3.1.1. Vigencia de las normas

El concepto de vigencia de la ley, según Carla Huerta Ochoa³⁴¹, hace referencia al requisito formal de producción de la norma, y tiene efectos respecto de la existencia en

³³⁹ «La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días después de su publicación íntegra en el diario oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo...» (Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 180)

³⁴⁰ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 8

³⁴¹ Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos normativos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2004, pág. 37 y 38

términos jurídicos de ésta. En tal sentido, delimita el ámbito de exigibilidad temporal de una norma.

Para Javier Jiménez Campo la vigencia «es tanto como pertenencia actual y activa de una norma al ordenamiento, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho.»³⁴² En este mismo sentido se pronuncia Jerónimo Betegón al indicar que «la vigencia de las normas es su capacidad regulativa, su aptitud para regular las situaciones que caigan bajo su condición de aplicación; su aplicabilidad, en definitiva. Esto significa que una norma regula cuantas situaciones se produzcan mientras la misma está en vigor, y, en consecuencia, que la norma podrá ser usada por los jueces para justificar su decisión cuanto tengan que resolver conflictos referentes a dichas situaciones.»³⁴³

De lo expresado por los anteriores autores se puede establecer que la vigencia de la norma corresponde a la capacidad regulativa de esta sobre los supuestos fácticos que acaecen durante determinado período de tiempo en el que se dice «la norma está vigente».

Sin embargo, es necesario hacer la salvedad de que su vigencia involucra solamente esta potencialidad reguladora, pero no garantiza que en realidad la norma vaya a ser acatada por el conglomerado social. Así, se indica que una norma puede estar vigente pero no ser positiva. Cuestión que, como señala José Delgado Pinto³⁴⁴, causa controversia con respecto a que toda norma jurídica, por naturaleza, debe tener un carácter vinculante y obligatorio para sus destinatarios. Pero, otros, más positivistas, defienden la postura en cuanto a que una norma vigente hace alusión únicamente a la existencia de la misma dentro del orden jurídico de una sociedad.

³⁴² Jiménez Campo, Javier. «Sobre la derogación de las leyes» Revista Española de Derecho Constitucional, No. 33, 1991, España, pág. 276

³⁴³ Betegón, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*, España, Editorial MacGraw-Hill, 1997, pág. 249

³⁴⁴ Delgado Pinto, José. *Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas*, México, Artículos Doxa 7, 1990, pág. 104

Para determinar ese período en que las normas tienen capacidad regulativa de situaciones de hecho que acaezcan durante su vigencia, indica Betegón³⁴⁵, que en principio los ordenamientos jurídicos contienen reglas que disciplinan el momento de entrada en vigor al margen de los procedimientos de creación de las mismas. De lo contrario, si no se tuviera claro ese punto de partida, existiría un gran debilitamiento de la garantía de la certeza en el conocimiento del derecho para todas personas que podrían verse afectadas por esta norma. Así, la entrada en vigencia se hace coincidir con: i.- la fecha de publicación; o ii.- El transcurso de un período de tiempo después de la publicación, a lo que se le conoce como *vacatio legis*.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco «*La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito de aplicación territorial.*»³⁴⁶ De forma tal que la vigencia es una circunstancia de hecho en relación al nacimiento de la norma que la determina el propio legislador.

Ahora bien, siguiendo el criterio de Pereira³⁴⁷, en cuanto al periodo de vigencia de la norma, se tienen dos clasificaciones, las cuales son las siguientes:

A. Vigencia determinada:³⁴⁸ Son aquellas cuyo ámbito temporal de validez formal se encuentra establecido de antemano. Un ejemplo clásico de este tipo de normas es la Ley Anual del Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, la cual tendrá deberá aprobarse y tendrá vigencia de manera anual.³⁴⁹ O bien, la ley que decreta la creación de impuestos temporales. En estos casos, las normas dejarán de estar en vigor una vez transcurra el plazo en ellas fijadas, sin necesidad de la derogación por otra ley.

³⁴⁵Betegón, Jerónimo y otros, *óp.cit.*, pág. 249 y 250

³⁴⁶Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 189

³⁴⁷Pereira Orozco, Alberto. *Introducción al estudio del derecho*, Tomo I, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012, séptima edición, pág. 202

³⁴⁸ Analizar el caso que se expone en el Capítulo 4 parte 1 sobre la posible aplicación del principio de reviviscencia en el caso de una inconstitucionalidad general planteada ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en contra de ciertos artículos de la Ley anual que aprueba el presupuesto de ingresos y egresos del Estado (ley temporal de vigencia determinada), ver pág. 178

³⁴⁹Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 237

B. Vigencia indeterminada: Son aquellas cuyo lapso de vigencia no se ha fijado desde un principio. Encuadrando en esta clasificación la mayoría de las normas jurídicas, las cuales no perderán su vigencia en tanto no sean derogadas por otras posteriores.

Además, Marcial Rubio Correa³⁵⁰ explica que el punto de partida para la vigencia de la ley no solo hace referencia al momento en que esta es publicada o la fecha para la cual ya haya transcurrido el *vacatio legis*, sino que para que una norma se considere vigente, es necesario que esta se haya producido siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido emitida por el órgano competente para tal efecto. Sin embargo, este extremo puede confundirse con el concepto de «validez» de la norma, que desde ya se indica que es distinto, y que este concepto se tratará más adelante.

3.1.2. Derogación de la ley

La derogación es el modo de dejar sin efecto la ley que se efectúa por el mismo órgano legislativo en el cual tuvo su origen.

El autor Ariel Alvarez Cariol, al referirse a los antecedentes del concepto de «derogación» de la ley, hace referencia a que *«En el derecho romano existían diferencias entre la “derogación”, que significa la supresión de una parte de la ley, la “abrogación” que importaba su completa supresión, la “subrogación” que era la reforma adicional de su texto, agregando disposiciones no contenidas en el original, y la “modificación”, que era la sustitución de parte del texto anterior por otro nuevo.»*³⁵¹ Puede decirse que tal división sigue aplicando hasta la fecha. Además, cabe resaltar que puede ser de dos tipos:

³⁵⁰ Rubio Correa, Marcial. «La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del tribunal constitucional» Themis-Revista de Derecho, Perú, 2005, págs. 8 y 9

³⁵¹ Álvarez Cardiol, Ariel. *Introducción a una teoría general del derecho*, Argentina, Editorial Astrea, 1986, págs. 111 y 112

A. Derogación expresa

También denominada como «derogación formal» Ocurre cuando la norma es expresamente eliminada por declaración directa y manifiesta de otra norma creada para tal efecto.³⁵²

Como indica Álvarez³⁵³, la derogación expresa se produce cuando el nuevo texto sancionado contiene una referencia inequívoca de revocación de la ley anterior. Es decir, el acto normativo tiene como efecto primordial la supresión de la regla jurídica anterior.

B. Derogación tácita

También denominada como «derogación material». Refiere a la pérdida de validez de la norma por incompatibilidad en su contenido con una norma posterior, sea total o parcialmente³⁵⁴

Esta incompatibilidad, siguiendo el criterio de Huerta³⁵⁵, se resuelve mediante la aplicación del axioma «*lex posterior derogat legi priorem*», que como principio fundamental regula la situación, aún cuando no hubiere sido sancionado como ley positiva, ya que en cualquier caso no hay lugar a duda alguna de que el legislador puede derogar una norma anterior dictando en su lugar otra nueva. En estos casos la derogación material tiene la función de eliminar las normas expedidas con anterioridad en caso de conflicto con una norma más reciente que regula la misma materia de modo que ambas no puedan ser satisfechas. Es decir, es una consecuencia de la identidad por materia de normas.

³⁵² «Las leyes se derogan por leyes posteriores: a) Por declaración expresa de las nuevas leyes...» (Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 8)

³⁵³ Álvarez Cardiol, Ariel., *óp.cit.*, pág. 111 y 112

³⁵⁴ «Las leyes se derogan por leyes posteriores: ...b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes; c) Totalmente porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior...» (Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 8)

³⁵⁵Huerta Ochoa, Carla, *óp.cit.*, págs. 142 y 143

Además del axioma antes analizado, para Huerta³⁵⁶ también son principios derogatorios el de «*lex specialis derogat legi general*»³⁵⁷ (en cuanto a la especialidad), y el de «*lex superior derogat legi inferiori*»³⁵⁸ (en cuanto a la jerarquía). Criterios que debe aplicar el juzgador para resolver casos de antinomias, entendidas estas como la contradicción – *anti*- existente entre dos o más normas –*nomia*-.

Y es este último extremo, el de tener que someter a la ley previa al cotejo de la ley posterior, lo que a criterio de otros autores³⁵⁹, hace situar a la derogación tácita, no como una «auténtica derogación», sino como un caso de «inaplicación del derecho», porque este tipo de derogación no provoca la pérdida de vigencia de la *lex praevia*, sino su mera inaplicación *ad casum* por el órgano judicial. Es decir, la nueva deroga la anterior, pero no la destruye, solamente la hace inaplicable para el caso en virtud de la incompatibilidad de sus contenidos.

Criterio que el investigador comparte, pero con cierto criterio propio ya que se considera que esta inaplicabilidad de la norma, según los axiomas antes enunciados, existe de dos formas.

La primera, corresponde a una «inaplicabilidad parcial». Es decir, para ciertos casos en los que una ley puede no ser aplicada por existir otra más específica que regule esa materia y no por ello dejará de tener vigencia para regular otras circunstancias, verbigracia lo que sucede con las normas supletorias de la Ley del Organismo Judicial, que no obstante muchas de sus estipulaciones están reguladas en otros cuerpos normativos y sean de aplicación preferente bajo criterios de especialidad, no significa que ello derogue las normas de dicha ley. Y la segunda, una «inaplicabilidad total». Estos es, para todos los casos. Como lo que ocurre con el caso de una antinomia entre el contenido de una ley posterior y la anterior. Esta última, si bien no ha sido tajantemente excluida del ordenamiento jurídico vigente no puede ser aplicada a ningún

³⁵⁶Huerta Ochoa, Carla, *óp.cit.*, pág. 143

³⁵⁷*lex specialis derogat legi general* : Ley específica deroga a la ley general

³⁵⁸*lex superior derogat legi inferiori* : Ley superior deroga a la ley inferior

³⁵⁹ Autores como: Huerta Ochoa, Carla, *óp.cit.*, págs. 142 y 143; y Jiménez Campo, Javier., *óp.cit.*, pág. 278

caso porque la ley posterior abarca todo su potencial materia, perdiendo toda su capacidad reguladora pero no por decisión expresa del órgano que la creó.

En ese mismo orden de ideas, Marcial Rubio Correa sostiene que la determinación del momento en que una norma es derogada de manera tácita puede ser incierto en ocasiones, y explica: «...es verdad que, a veces, la derogación tácita de normas hace difícil saber si una determinada disposición fue o no derogada. Este es un problema conceptual que debe ser determinado mediante los procedimientos de análisis del caso. Pero una vez decidido si ocurrió o no la derogación o modificación, la fecha será siempre cierta.»³⁶⁰ Lo anterior denota que en la derogación tácita existe menos grado de certeza jurídica que en la derogación expresa en cuanto a determinar sin lugar a dudas el momento en que la norma derogada dejó de tener efectos reguladores porque somete dicha determinación a la labor intelectual de quien debe juzgar la causa.

Por otro lado, debe indicarse que los efectos de la derogación tácita son eminentemente *ex nunc*, es decir, desde el momento de la entrada en vigor de la ley que posee efectos derogatorios de la anterior, y hacia el futuro.

La derogación tácita se contempla en la legislación guatemalteca, específicamente en la Ley del Organismo Judicial, al establecerse lo siguiente: «*Derogación de las leyes. Las leyes se derogan por leyes posteriores: a) Por declaración expresa de las nuevas leyes; b) parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes; c) Totalmente porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior; d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad...*»³⁶¹ Así se distingue en la normativa citada entre la derogación expresa, la derogación tácita parcial o total, dependiendo el grado en que la nueva disposición regule la materia de la anterior, y la producida en ocasión de una declaración de inconstitucionalidad general de la norma.

³⁶⁰ Rubio Correa, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pág. 16

³⁶¹ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 8

Sobre este último supuesto, la declaración de inconstitucionalidad como causa de derogación de las leyes, se hará el pronunciamiento necesario en este capítulo al analizar las diferencias entre vigencia y validez de las normas.

3.1.3. Formas de aplicación de leyes en el tiempo

Hasta este momento dentro del ámbito temporal de validez de las normas se han explicado dos conceptos básicos: vigencia y derogación. Llegando a la conclusión de que el primero determina el momento en que la norma empieza a regir situaciones de hecho, y el segundo, siendo el momento en que la norma deja de regular estas situaciones (ya no podrá regular situaciones futuras después de su derogación expresa). Sin la cuestión no resulta tan sencilla.

En principio deben tenerse presente dos conceptos para poder analizar la aplicación de leyes en el tiempo. El primero de ellos atiende a la vigencia formal de las normas, que básicamente ha sido lo que hasta ahora se ha expuesto. Y el segundo, es la vigencia material de las normas, la cual atañe más a una cuestión de aplicación de la ley, y que determina la posibilidad de que una norma continúe rigiendo aún después de haber sido derogada, o incluso, que rija situaciones antes de su entrada en vigor, es decir hacia el pasado en casos excepcionales. En algunos casos existe disociación entre ambos, por lo que se tiene que tomar en cuenta las siguientes formas de aplicación temporal:

A. Retroactividad de la ley

Según Rubio «*la aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que esta entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.*»³⁶² Es decir, la ley vuelve al pasado para juzgar las condiciones de legalidad de un acto, estableciendo efectos que este no tenía originalmente o bien modificando derechos adquiridos. Sobre este último punto es necesario resaltar que un derecho adquirido es aquel que ya ha entrado

³⁶²Rubio Correa, Marcial, *óp.cit.*, pág. 25

efectivamente en la esfera de derechos de una persona, y no atañe a meras expectativas de derecho.

Por otra parte la **irretroactividad** de la ley, para Francisco López Menudo³⁶³, es un principio de ya larga tradición jurídica y tiene como finalidad resguardar la estabilidad de las relaciones jurídicas y la confianza en un sistema jurídico predecible (seguridad y certeza jurídica), excluyendo salvo casos excepcionales la aplicación retroactiva.

Así, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, el principio general es la irretroactividad de la ley, salvo en materia penal cuando se favorezca al reo.³⁶⁴

En tal sentido se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad al determinar la existencia de una confrontación con el artículo 15 constitucional: *«Existiría entonces retroactividad en la aplicación de una ley cuando se pretenda aplicar los efectos de ella a situaciones ya acaecidas en el pasado (...) Así, cuando la norma se aplica hacia el pasado –en un ámbito temporal de validez en la que aquella no existía- con el objeto de determinar si conforme a esa norma concurren o no condiciones de legalidad de un acto, y con pretensión de modificar los efectos de éste, se estará ante una violación de la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución Política de la República.»*³⁶⁵

Un ejemplo de lo anterior fue el Acuerdo Gubernativo 58-2005 que suspendía licencias de portación de armas de fuego a todas aquellas personas que ya las poseían y que – en un momento determinado- no sólo cumplieron con requisitos exigidos en la ley específica sino adquirieron los derechos que tal cumplimiento implicaba y a quienes se les había extendido la licencia de portación correspondiente.³⁶⁶

Sobre esto cabe hacer mención de que la citada Corte también ha determinado que la mera referencia al pasado no es suficiente para catalogar a una ley como retroactiva y

³⁶³ López Menudo, Francisco. *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas*, España, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, pág. 37

³⁶⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1965, art. 15

³⁶⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 24/03/2010, expediente: 371-2010

³⁶⁶Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 27/07/2006, expediente 416-2005 y sentencias 99/1987 de 11 de junio; 42/1986 de 10 de abril; y 129/1987 de 16 de julio

al respecto indica: «... debe tomarse en cuenta que la ley rige los efectos posteriores a su vigencia, aunque deriven de derechos anteriores a ella. Son leyes retroactivas aquellas que vuelven sobre efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior, y el solo hecho de hacer referencia al pasado no es suficiente para calificarlas como tales, porque son las consecuencias nuevas las que se rigen por la ley nueva....»³⁶⁷ Un ejemplo de ello lo fue la impugnación del artículo 67 de la Ley que Regula los Servicios de Seguridad prestados por empresas privadas que indica que los prestadores de servicios de seguridad privada que ya prestaban sus servicios, con el objeto de adecuarse al régimen legal establecido en dicha ley, estaban obligados a presentar la información y documentación para actualizar los requisitos ahora vigentes.

Sin embargo, esa disposición, aunque hacía referencia a hechos pasados (constitución anterior de entidades de seguridad privada), lo que determinaba eran obligaciones (nuevas) de actualización. Es decir, no volvía al pasado para condicionar la legalidad de la constitución de las mismas, sino imponía nuevas obligaciones a manera de homogenizar los parámetros en que debían de operar todas (vigentes y por crearse) las sociedades que se dedicaran a prestar este servicio.

Sobre ello cabe indicar que la ley no puede quedarse estática ante los avances en la realidad social. Resulta obvio que al modificar el sistema jurídico vigente se incidirá en las relaciones o situaciones jurídicas vigentes. No puede invocarse la irretroactividad para mantener en estado pétreo el ordenamiento jurídico (para profundizar más en este estudio analizar las sentencias sugeridas en el pie de página.)³⁶⁸

A su vez, pueden identificarse dos modalidades de esta aplicación:³⁶⁹

- i. **Aplicación retroactiva restitutiva:** En estos casos la aplicación retroactiva es absoluta, pudiendo modificarlas relaciones o hecho ocurridos antes que la

³⁶⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 01/08/2012, expediente: 1132-2012

³⁶⁸Cfr. Sentencias: 11/09/2012, exp. 4036-2011; 15/01/2012, exp. 3610-2012; 01/08/2012, exp. 1132-2012

³⁶⁹Rubio Correa, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, óp.cit., pág. 26

entrada en vigor de la nueva ley, incluso las sentencias que han pasado en calidad de cosa juzgada. El ejemplo por antonomasia de este tipo de aplicación retroactiva es la materia penal benigna para el reo.

- ii. **Aplicación retroactiva ordinaria:** En este caso se aplica de manera retroactiva la nueva ley, para hechos, actos y relaciones, pero no se afectan las sentencias que revistan de calidad de cosa juzgada.

B. Aplicación inmediata

Este es quizá la forma de aplicación de la ley más fácil de comprender. Implica que la ley debe empezar a regir de forma inmediata para todos los hechos y actos que acontezcan una vez haya entrado en vigor. En todo caso, debe considerarse el *vacatio legis* que corresponde al tiempo comprendido entre la publicación y la entrada en vigor de la norma, que normalmente es de ocho días, salvo que la propia ley restrinja o amplíe este término.³⁷⁰ Aquí existe una compatibilidad entre vigencia formal y vigencia temporal.

C. Ultractividad

En principio, una ley derogada carece de vigencia formal y en tal sentido, deviene su inaplicabilidad de la norma a casos futuros, porque, una vez derogada, sólo puede ser aplicada a casos sucedidos bajo su vigencia (vigencia material). Es por eso que en la doctrina se dice que la norma no deja de pertenecer al ordenamiento jurídico, sino únicamente al sistema jurídico vigente cuando pierde totalmente su aplicabilidad.

Ante esto surge una reflexión: si la derogación de una norma trae como consecuencia la pérdida de su vigencia, entonces ¿Cómo es posible que una ley derogada pueda seguir siendo aplicada? Podría pensarse en que existe un tipo de paradoja al aplicar una ley inexistente. Sobre esto, se dice que los efectos derogatorios causan la expulsión del ordenamiento jurídico y no del sistema jurídico.

³⁷⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 180

En tal sentido, para Jerónimo Betegón y otros³⁷¹, el ordenamiento jurídico atañe al conjunto de normas vigentes en un momento determinado, de forma que este cambia constantemente según la transformación normativa necesaria a medida que las circunstancias socio-políticas lo hacen necesario. Así, la derogación lo que produce es una modificación del ordenamiento jurídico mediante la sustracción de la norma, pero esta continúa existiendo en el sistema jurídico. Ello explica que una norma, aun habiendo sido derogada, pueda ser aplicada a un caso sucedido durante su vigencia, ya que el conjunto de normas aplicables es una selección de normas de un mismo sistema.

En el mismo sentido, Huerta³⁷²sostiene que todo cambio en un orden jurídico, ya sea por la creación o derogación de una norma, se traduce en una modificación del sistema y en una sustitución del orden jurídico vigente por el subsecuente.

Para complementar lo anterior se trae a colación lo manifestado por Luis Diez Picazo: *«Ante la evidencia de que las normas pueden aplicarse tras su derogación, se afirma que éstas, una vez derogadas, sólo pierden su idoneidad reguladora indefinida (vigencia formal), manteniendo su aplicación o eficacia. Ésta es la postura de aquellos autores que estructuran el análisis del Derecho Intertemporal en torno a la distinción entre vigencia formal y vigencia material o eficacia.»*³⁷³ Se ve entonces como la vigencia formal solamente hace referencia a la capacidad reguladora de hechos nuevos, en tanto que la vigencia material atañe a aquella característica normativa de reservarse para sí todas las situaciones de hecho que han acaecido durante su existencia temporal frente a todas las otras normas pasadas o futuras. La norma se apropia de esos hechos y los reclama con exclusividad, incluso, pudiendo ser invocada aún después de su derogación formal, pues su derogación material nunca ocurre si se habla de efectos derogatorios *ex nunc*.

³⁷¹Betegón, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*, España, Editorial MacGraw-Hill, 1997, pág. 257

³⁷²Huerta Ochoa, Carla, *óp.cit.*, pág. 35

³⁷³ Diez Picazo, Luis, *óp.cit.*, págs. 171-172

Ahora bien, para determinar la procedencia de aplicar los conceptos antes indicados, se debe tener presente dos teorías que gobiernan la doctrina en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, estas son:

A. Teoría de los derechos adquiridos

Rubio sostiene que *«una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido.»*³⁷⁴ Es decir, una vez un derecho entra en el dominio de una persona, ningún órgano puede privarla sobre dicho derecho y en tal sentido, el acto de creación legislativa debe respetarlos.

Como explica el referido autor, esta teoría es de origen privatista y busca proteger la seguridad de los derechos de las personas, tendiendo a privilegiar las situaciones jurídicas existentes y rechazando sus modificaciones por nuevas disposiciones.³⁷⁵ En tal sentido, la norma jurídica normará los hechos y actos jurídicos acaecidos durante su aplicación (el intervalo comprendido entre su entrada en vigor y su derogación), pudiéndose aplicar ultractivamente.

No obstante lo anterior, vale hacer una salvedad: esta teoría solamente es aplicable en la medida en que los «derechos» sean realmente «adquiridos» y no solamente «facultades» o «expectativas de derecho». En cuanto a las facultades, como explica Rubio, estas *«son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo con el Derecho y, en tanto tales, no son derechos y no pueden ser adquiridas.»*³⁷⁶ Por ejemplo, si una persona ya ha adquirido la mayoría de edad (18 años) ya ha adquirido los derechos inherentes de todo ciudadano, de manera que una ley posterior que modifique la mayoría de edad a 21 años no podrá afectarle para el goce de esos derechos. Sin

³⁷⁴Rubio Correa, Marcial, *La aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, óp.cit., pág. 27

³⁷⁵Loc.Cit.

³⁷⁶Ibíd., pág. 28

embargo, quienes tienen 17 años sí se verán afectados por el nuevo parámetro etario para ser ciudadano porque aún no han adquirido realmente los derechos de la ciudadanía, al momento en que la nueva ley entra en vigor únicamente tienen una expectativa de derecho, por lo que no existe en tal caso una aplicación retroactiva de esa disposición.

B. Teoría de los hechos cumplidos

Rubio continúa sosteniendo que: *«cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Entonces, si se genera un derecho bajo una primera ley y luego de producir cierto número de efectos esa ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a esta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho de que se trate.»*³⁷⁷ En tal sentido, esta teoría prepondera la transformación e innovación del derecho, y propugna que toda norma debe aplicarse de manera inmediata.

Así, sobre las dos teorías puede establecerse lo siguiente:

- i. Ambas están de acuerdo en que mientras la ley original no sea derogada o modificada, esta deberá regir por aplicación inmediata a los hechos y actos que ocurran en su intervalo de vigencia;
- ii. Una vez ocurra la derogación o modificación de la ley anterior por una ley posterior, la teoría de los derechos adquiridos propugna que la ley anterior deberá continuar rigiendo los hechos sucedidos durante su vigencia, aplicándose aún después de su derogación, pero no a hechos nuevos. De esta forma, esta teoría invalida cualquier intento de aplicación retroactiva de la ley posterior que pueda afectar los derechos que ya son dominio de las personas al amparo de la ley derogada. Y por otro lado reconoce la posible aplicación ultractiva de la ley anterior.

³⁷⁷ *Ibíd.*, págs. 28 y 29

- iii. En cuanto a la teoría de los hechos cumplidos, si bien esta propugna que la ley debe regir inmediatamente, también deben respetarse los derechos adquiridos. De manera que, la ley regirá de forma inmediata para todos los demás casos en que no involucren derechos adquiridos (como lo relativo a las «facultades» o las «expectativas de derecho» como sucede regularmente en la aplicación en el tiempo de la ley procesal que por regla general es de aplicación inmediata, salvo en lo que se refiere a plazos que hayan empezado a correr o diligencias iniciadas.³⁷⁸ También, en casos excepcionales como la posibilidad de una aplicación retroactiva de la ley, siempre y cuando la propia Constitución lo permita, como sucede en el caso de la materia penal cuando favorezca al reo.³⁷⁹

3.2. Eficacia y validez de las normas jurídicas

Para desarrollar este apartado es necesario hacer la indicación de que la «vigencia» de la norma no es lo mismo que la «validez» de la misma. Y, también resulta necesario distinguirlo de otros términos como el de «eficacia», para determinar la aplicabilidad de la norma. Además, distinguir entre estos resulta preponderante para determinar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad general y como esto afecta el ámbito temporal de validez de las normas.

3.2.1. Vigencia y eficacia

Huertaseñala: *«...la validez o positividad de una norma se establece, desde la perspectiva interna, su obligatoriedad, lo cual significa predecir que será aplicada por los tribunales. A su vez, la falta de eficacia puede generar la expectativa de la eliminación de una norma, así su validez podría ser cuestionada y su vigencia terminada por un acto normativo expreso. Pero la falta de eficacia de una norma (desuetudo) no implica la pérdida automática de su validez.»*³⁸⁰ Así, la eficacia de la norma corresponde a la positividad de ésta, es decir, su adecuación formal y material a

³⁷⁸ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989 art. 36 m)

³⁷⁹ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 15

³⁸⁰Huerta Ochoa, Carla, *òp.cit*, pág. 37

las prescripciones de un sistema jurídico y al grado de cumplimiento. A pesar de que una norma no se encuentre tajantemente derogada, si esta no es aplicada tendrá pragmáticamente los mismos efectos: la impotencia de regular situaciones de hecho.

De tal manera puede afirmarse, como indica Betegón³⁸¹, que la eficacia de la norma es el respeto y cumplimiento efectivo de la misma, en el sentido que los destinatarios adecuan su comportamiento a lo prescrito por esta y en los casos en que esto no ocurre, la norma tiene la fuerza suficiente como para imponer consecuencias en caso de incumplimiento.

Visto de esta manera, a diferencia de la vigencia que se trata más de un requisito formal de la producción de la norma que tiene efectos sobre su existencia, la eficacia, a criterio de Huerta³⁸², atañe más al componente sociológico y sirve de indicar de la aceptación y del real cumplimiento de ésta. Como criterio de valoración extra-normativo, la eficacia sirve para mostrar que una norma es obedecida o, bien, ejecutada por la vía coactiva.

3.2.2. Vigencia y validez

Por otra parte, a criterio de la referida autora³⁸³, la validez de la norma implica la posibilidad legítima de exigir su cumplimiento, constituyendo una garantía de legalidad. Esta, como propiedad de las normas jurídicas, atañe a que para ser válida de manera formal y material, debe adecuarse a la Constitución.

En tal sentido la validez normativa, en palabras de Betegón: «...*hace referencia a la pertenencia de la norma al ordenamiento, lo que dependerá del cumplimiento de las condiciones de pertenencia (validez) al mismo; es decir, del respeto a las normas de competencia, procedimiento y jerarquía.*»³⁸⁴ Valga decir que en un principio la validez

³⁸¹Betegón, Jerónimo y otros, *óp.cit*, pág. 258

³⁸² Huerta Ochoa, Carla, *òp.cit*, págs. 37 y 38

³⁸³ *Ibíd.*, pág. 39

³⁸⁴Betegón, Jerónimo y otros, *óp.cit*, pág. 259

de las normas jurídicas se presume³⁸⁵, pero se encuentra susceptible de un posible y futuro juicio que determine su pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir: el control de constitucionalidad al que se hizo referencia en el capítulo anterior.

Ahora bien, si mediante la declaración de inconstitucionalidad general de ley se ha establecido que una norma carece de validez, dependiendo del sistema jurídico, esta puede ser considerada de dos tipos: como nulidad con efectos *ex tunc*, o nulidad con efectos *ex nunc* (anulabilidad).

En el apartado del siguiente capítulo que desarrolla el efecto de reviviscencia en el derecho comparado se hará especialmente relación sobre como en algunos de los sistemas jurídicos sostienen estos dos criterios por la relevancia que esto conlleva al momento de determinar la reincorporación de la norma derogada por otra, cuando esta norma posterior ha sido declarada inválida por contradecir a la Constitución. Sin embargo, es necesario tener presente lo siguiente:

Para los sistemas jurídicos que como consecuencia de la inconstitucionalidad de una ley determinan que la misma es nula con efectos *ex tunc*, se considera que esta nunca nació al ordenamiento jurídico (nunca entró en vigor), y se atañe a una nulidad *ab initio* de la norma, porque no puede considerarse que una disposición contraria a la Constitución surta algún efecto en el plano jurídico. Es igual a la nada jurídica.

German Bidart Campos sobre la inconstitucionalidad como nulidad indica que «*La doctrina de la supremacía irroga el efecto de que las transgresiones a la Constitución formal son inconstitucionales. Ello significa que están privadas de validez, que son nulas, que no tienen valor.... El uso de la categoría de la nulidad para calificar a la inconstitucionalidad nos parece correcto, a condición de que la nulidad por inconstitucionalidad guarde un parentesco solamente lejano con la nulidad en el derecho privado.*»³⁸⁶Analizando esta lo citado por este autor, para los sistemas jurídicos

³⁸⁵ A esta presunción de validez se refiere el *principio pro-legislatoris*, ver pág.86

³⁸⁶ Bidart Campos, German. *La interpretación y control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Argentina, Editorial Ediar Sociedad Anónima, 1987, pág. 89

que así la contemplan se puede advertir que, en analogía con la nulidad civilista, la ley como una declaración de voluntad del órgano legislativo debe de cumplir con ciertos requisitos esenciales sin los cuales carecerá de validez. Siendo, desde luego, uno de ellos el guardar relación formal (y material) con la Constitución.

De lo contrario, se estaría aceptando que por un período de tiempo, comprendido entre su entrada en vigor hasta su declaración de inconstitucionalidad, esta norma estuvo rigiendo por encima de la Ley Fundamental, que, como se dijo en el capítulo primero, es *norma normarum*³⁸⁷ y no puede ser contrariada por ninguna otra. En tal sentido, los efectos de la invalidez de la norma se comprenden *ex tunc* (hacia el pasado). Eso sí, para no afectar gravemente la seguridad jurídica, se entiende que para aquellos casos que ya han sido juzgados, la sentencia guarda su carácter de cosa juzgada y los mismos no pueden reabrirse, salvo en casos excepcionales como en materia penal cuando favorezca al reo.

Sin embargo, para los sistemas en donde la declaración de inconstitucionalidad supone la anulabilidad, esto consiste en la declaración de invalidez o incompatibilidad con la norma superior que regula la producción normativa (tanto en sentido formal, como material).³⁸⁸ Pero, a diferencia del criterio anterior, en el caso de la anulación los efectos son *ex nunc* (hacia el futuro). Por lo que, es permitida la aplicación ultractiva de las normas declaradas inválidas luego de un control (o juicio) de su (in)constitucionalidad.

Así lo entendía Hans Kelsen al afirmar que «*sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base en la norma en cuestión.*»³⁸⁹ Sin embargo, este mismo jurista indicaba que en ocasiones es necesaria una «retroactividad limitada» siempre y cuando

³⁸⁷La Constitución como *Norma normarum*, ver pág.7

³⁸⁸Sobre el vicio de inconstitucionalidad en sentido formal y material, ver pág. 91

³⁸⁹ Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Traducido al español por: Tamayo y Salmorán, Rolando, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 83

no se modifiquen hechos que ya han sido objeto –al momento en que la inconstitucionalidad es declarada- de ningún tipo de decisión de autoridad pública.³⁹⁰

En este segundo supuesto, se entiende que las situaciones acaecidas durante la vigencia de la norma no pueden variarse en protección de la seguridad jurídica, la cual a criterio de René Arturo Villegas Lara implica que: «...*el Derecho sea seguro en su origen, su existencia y su extinción...el Derecho es seguro si se dan ciertas condicionantes: ...Que el derecho no esté sujeto a cambios constantes; por eso debe considerarse la morosidad legislativa como un bien para la seguridad jurídica...*»³⁹¹ Es decir, si se acepta que la declaración de inconstitucionalidad normativa tenga efectos *extunc*, afectando situaciones ya consolidadas, el ordenamiento jurídico se tornaría impredecible, como sucede en general cuando se dictan normas retroactivas. La población no tendría claras las «normas de juego», porque de un momento a otro lo que estaba permitido ya no lo estaría, y lo realizado válidamente ante la vigencia de una ley ya no lo sería ante la entrada en vigor de una posterior. Por ello, es necesario establecer limitantes a la aplicación retroactiva de cualquier tipo de declaración *erga omnes*, sea ley o una sentencia que modifica directamente el ordenamiento jurídico como lo es la declaración de inconstitucionalidad general.

Con respecto al sistema jurídico guatemalteco, no obstante que en el artículo 175 constitucional se indica que: «...*Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure...*»³⁹², en diferentes cuerpos normativos se reitera que la inconstitucionalidad de una norma equivale más a su derogación que a su falta de validez. Así, la ley del Organismo Judicial establece: «*Derogación de las leyes. Las leyes se derogan por leyes posteriores: (...) d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad...*»³⁹³ Sin embargo, resulta cuestionable, tal como se hará la observación en el capítulo final

³⁹⁰*Ibid.*, pág. 83

³⁹¹Villegas Lara, René Arturo. *Introducción al estudio del derecho*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1991, pág. 61

³⁹² Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 175

³⁹³Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-98, Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 8

de este trabajo de investigación, el hecho de que el legislador ordinario que emitió el citado Decreto 2-89 (Congreso) se haya abrogado facultades como para establecer los efectos materiales del control constitucional abstracto de normas, aspecto que debe ser desarrollado por el legislador constituyente.

Por otra parte, la LAEPC preceptúa: «*Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.*»³⁹⁴ (El resaltado es del autor) Como se puede apreciar, ahora sí el legislador constituyente refiere a que la norma inconstitucional «queda sin vigencia», por supuesto, al indicar un momento específico (al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial) se le otorga efectos *ex nunc* a la declaración.

Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad general de leyes la Corte de Constitucionalidad ha señalado que: «... *la declaración que pronuncia este Tribunal respecto de la inconstitucionalidad de una o varias leyes, que las hace expulsar del ordenamiento jurídico vigente, cobra efectos ex nunc (...) provoca idénticos efectos a la derogatoria que causa una disposición que en ese sentido emita el Congreso de la República...*»³⁹⁵ Enfatizando así la labor de «legislador negativo» del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el investigador difiere de tal criterio, tomando en cuenta lo antes considerado, se concluye que la naturaleza de la derogación es distinta a la de la inconstitucionalidad, a pesar de que sus efectos *prima facie* sean similares. Ello porque en el caso de la derogación el legislador manifiesta por esa vía la voluntad política que le es encomendada mediante la función legislativa. En cambio, el Tribunal Constitucional, lo que realiza es un control de constitucionalidad para determinar la

³⁹⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Decreto No. 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, art. 140

³⁹⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de fecha 23/09/2006, expediente: 1880-2008

validez o invalidez de la norma jurídica ante el señalamiento de un vicio, contrastándola con la Ley Fundamental. Y en tal sentido, para no lesionar la seguridad jurídica, declara la nulidad con efectos *ex nunc*(anulabilidad) de la norma impugnada.

No obstante lo anterior, como se podrá ver en el siguiente capítulo, según los resultados obtenidos del análisis del derecho comparado, varios sistemas jurídicos han optado por que, en situaciones que lo ameriten, el fallo puede dictar la invalidez de la norma y tener efectos *ex tunc*, pero sin afectar derechos adquiridos de buena fe, ni a situaciones jurídicas consolidadas (como las que han caído en sentencia ejecutoriada, por ejemplo).

Además, según Galindo Garfias³⁹⁶, se concibe que la derogación tiene el fin de limitar la aplicación de una norma y, en virtud de que surge del órgano legislativo, la ley anterior es derogada por otra nueva. Es decir, se cumple con la función de habilitar el cambio regular del sistema jurídico, como parte del resultado de la voluntad normativa.

En tanto que la nulidad o anulabilidad, respectivamente, ocurre cuando una norma es irregular por contradecir, en cuanto a su fondo o forma, a la Ley Suprema. Lo que se expresa en el caso de la declaración de Inconstitucionalidad no es un cambio normal del sistema jurídico, sino el intento del contralor del orden constitucional (el Tribunal Constitucional) de que la norma no sea aplicada *erga omnes* por contradecir la Constitución. Es decir, la nulidad o anulabilidad de una norma implica que debe hacerse un estudio de la norma, el cual deberá realizarse en abstracto, sobre si la norma impugnada colisiona o no con la Ley Fundamental. En cambio, la derogación no lleva este estudio, o al menos no es su objetivo primario, sino solamente expresa una voluntad política de que la norma ya no sea aplicada a situaciones de hecho futuras, sea porque así se desee expresamente, o porque la materia será regulada por otra nueva, con base en motivos de conveniencia social, económica o política que debe estimar el parlamento.

³⁹⁶Galindo Garfias. *Derecho civil primer curso, parte general*. México, Editorial Porrúa, 1997, décimo quinta edición, pág. 124

Ahora bien, en cuanto a la utilización de los términos «nulidad y anulabilidad» de la ley, al referirse a su validez, el autor hace la indicación de que el primero atañe a la falta de validez total y con efectos *ex tunc* y la segunda, a la falta de validez con efectos *ex nunc*, teniéndose por validos los hechos acaecidos en el periodo en el que la norma estuvo vigente. En tal sentido, se sostiene que el verdadero efecto de la declaración de inconstitucionalidad general de una norma jurídica en Guatemala corresponde más bien a una anulabilidad de la ley con efectos *pro futuro* y a eso se refería el legislador constitucional cuando indica que «será nula de pleno derecho»³⁹⁷ y que queda sin vigencia a partir del día siguiente de la publicación del fallo en el Diario Oficial.³⁹⁸ Armonizando así la aparente antinomia que existe entre la norma constitucional y la contenida en la LAEPC, en la que la primera habla de una nulidad *ipso jure* y la otra de una aparente derogación, que en realidad es la pérdida de vigencia por invalidez *ex nunc*.

Y, a pesar de ser dos figuras más propias del derecho civil y de lo que corresponde a la validez del negocio jurídico, resultan importantes para el tema de análisis porque diferenciar entre los efectos retroactivos y los *pro futuro* de la declaración de inconstitucionalidad general, tiene relevancia para la aplicación de la reviviscencia de normas porque en la medida en que se establezca si la norma jurídica deja algún rastro de su existencia en el ordenamiento jurídico, así será más fácil comprender si de alguna manera produjo efectos jurídicos, incluso, efectos derogatorios de normas anteriores.

En tal sentido, puede comprenderse que la reviviscencia por declaración de inconstitucionalidad general no involucra aceptar que la norma jurídica que deroga a otra anterior nunca surtió efectos, ni siquiera los derogatorios. Ello porque ante tal circunstancia se entiende que en realidad se está ante una nulidad absoluta con efectos *ex tunc*, desde el principio en que debían empezar a regir. Y, en ese orden de ideas, «no puede revivirse lo que nunca ha muerto». Es decir, no podría reincorporarse una norma al ordenamiento jurídico si esta nunca perteneció al mismo.

³⁹⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 175

³⁹⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Decreto No. 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, art. 140

Por supuesto que una sentencia de inconstitucionalidad general de la norma derogante con efectos de nulidad retroactiva afecta de cierta manera el ámbito temporal de validez, pero no debe confundirse con la reviviscencia. Así, en este caso el Tribunal Constitucional, a criterio del investigador, no se encuentra ejerciendo el papel de un legislador positivo, sino de mero legislador negativo declarando la nulidad de una norma (la derogante), que es un procedimiento contrario a la producción normativa.

Lo que sí involucra la aplicación del alcance de reviviscencia es que sí se dieron los efectos derogatorios de la norma que ha sido declarada inconstitucional, pero que el Tribunal Constitucional tiene la potestad de reincorporar al ordenamiento jurídico una norma derogada por una vía distinta de la creación normativa encargada al parlamento. Este criterio se sustenta también en el apartado de discusión de resultados dentro del presente trabajo de tesis.³⁹⁹

3.3. Concepto de reviviscencia

También se ha conceptualizado al efecto de reviviscencia como la reincorporación de la norma derogada al ordenamiento jurídico y una reversión (no nulidad) de los efectos derogatorios de la norma que la dejó sin vigencia.

Cabe hacer mención de que, a criterio del autor, la prohibición de reviviscencia contenida en el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial no obsta que una disposición derogada puede ser incorporada nuevamente, siempre que esto se dé como parte del ejercicio de la potestad normativa, cumpliendo con los requisitos formales mínimos que determinan su reincorporación, así como: su discusión, aprobación, sanción, promulgación y publicación.⁴⁰⁰ Sin embargo, tal extremo sería prácticamente crear una nueva ley que regule de forma idéntica la materia que reguló la ley derogada.

³⁹⁹Sobre este tema ver pág. 226 y siguientes del presente trabajo

⁴⁰⁰Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Guatemala, 1985, arts. 176 y 177 (Proceso de formación de la Ley)

En todo caso, esto no causa ningún problema. Donde sí resulta un verdadero obstáculo, tanto desde la perspectiva teórico normativa, como la constitucional, es la recuperación de vigencia de la norma derogada por otra que ha sido declarada inválida por contener un vicio de inconstitucionalidad y que fue expulsada del ordenamiento jurídico.

Así, la inconstitucionalidad de la norma derogante origina el problema referido a la reviviscencia de la norma originalmente derogada. Recordando que al referirnos a «norma derogante» para efectos del presente trabajo se atañe tanto a la norma que contiene una derogación expresa, como la que contiene una derogación tácita.

Ahora bien, en cuanto al efecto derogatorio de la ley, y la aplicación de la reviviscencia, se plantea un problema sostenido por la doctrina, como lo asevera Alvarez: *«La pretensión de que en tal caso renace automáticamente la disposición original derogada es inaceptable, ya que la derogación no es un mecanismo suspensivo condicionado a la supervivencia de la norma derogatoria, sino la definitiva y total supresión de la ley de un ordenamiento positivo. La derogación no suspende los efectos y atributos de la ley, sino que la extingue total y definitivamente. La ley derogada no puede en realidad renacer nuevamente sino por los medios admitidos de creación de las leyes, que en definitiva no importan ningún renacimiento, sino la sanción de un nuevo texto legislado.»*⁴⁰¹(El subrayado es propio) Teoría que es importante analizar toda vez pareciera ser que si se reincorpora la norma derogada, se estaría implicando que la derogación solamente es la suspensión de la vigencia de una norma. Aspecto que no es así porque la derogación tiene lugar en un solo acto que por disposición del legislador se decide que la misma ya no podrá regular más situaciones futuras, sin someterse a condiciones resolutorias de vigencia o validez de la norma derogante.⁴⁰²

El problema que se plantea por el referido autor puede ejemplificarse con un aforismo conocido que dice: «muerto el cazador, no revive la liebre». Y, aunque algunos

⁴⁰¹ Cardiol Álvarez, Ariel., *óp.cit.*, pág.113

⁴⁰²Salvo para el caso de normas jurídicas derogadas tácitamente. Ver criterio en pág. 220 (discusión de resultados)

sistemas jurídicos comparten esta postura, como se podrá ver más adelante al analizar la reviviscencia de normas en el derecho comparado, lo cierto es que la práctica principalmente de los Tribunales Constitucionales es diferente y se ha admitido su aplicación bajo algunos criterios similares que se analizarán.⁴⁰³

Para Jaime Araujo Rentería⁴⁰⁴, una norma cuya vigencia ya fue cancelada por otra derogatoria no puede revivir por la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que la ha derogado, pero también admite que la única manera de lograr la reviviscencia de la norma derogada por la declarada inconstitucional es darle al Tribunal Constitucional, de manera expresa, la facultad para que, al proferir el fallo, decida si la ley derogada recobra su vigencia. Sin embargo, a criterio del investigador, el Tribunal Constitucional sí puede modular dentro de ciertos parámetros y bajo ciertos presupuestos el contenido y los efectos de sus fallos para cumplir con su objeto de ejercer el control del orden constitucional, verbigracia lo que sucede en el caso de las sentencias atípicas.

Sobre lo anterior cabe indicar que existen dos vías por medio de las cuales una norma puede ser reincorporada, al menos a nivel conceptual. La primera es la vía de la derogación por parte del Poder Legislativo de la norma «derogante». Extremo que normalmente se encuentra prohibido por los diversos sistemas jurídicos analizados como en el caso de Perú, Panamá y Costa Rica⁴⁰⁵, en tanto existe el principio de la no reviviscencia en caso de derogatoria de la ley, e indican que por el hecho de la derogación de una ley no recobra vigencia la que ésta hubiere derogado.

Y, la segunda vía, consiste en la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de la norma «derogante» que dispone la reversión de sus efectos derogatorios porque consideran necesario disponer de la reviviscencia para «no

⁴⁰³Ver Capítulo 4, parte 4.1.

⁴⁰⁴Araujo Rentería. *Efectos de las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2005, pág. 29-33

⁴⁰⁵Ver el caso de Perú, pág. 170, ver el caso de Panamá pág.175. ver el caso de Costa Rica pág.179, todas del presente trabajo de investigación.

causar una condición de mayor inconstitucionalidad» consecuencia de un vacío normativo producto de la expulsión de la norma inconstitucional.⁴⁰⁶

Para brindar un concepto propio del tema de análisis, correspondiente a la reviviscencia de normas jurídicas en caso de declaración de inconstitucionalidad general se tiene que: La reviviscencia es aquel efecto del fallo proferido por el Tribunal Constitucional que, en ocasión del ejercicio del control constitucional abstracto de normas que le ha sido encomendado, determina que una disposición que ya ha perdido su vigencia formal por los efectos derogatorios de la norma declarada inconstitucional la recobra con efectos generales, para subsanar un vacío normativo y proteger el orden constitucional.

Sobre los efectos revitalizadores de las normas derogadas que puede contener una sentencia de inconstitucionalidad general total de una ley con el fin de evitar la existencia de vacíos legales, Osvaldo Alfredo Gozainí indica que «*esta debe ir acompañada de una rogatoria al órgano legislativo para que rápidamente provoque el cambio previsto, y en consecuencia, consagre el nuevo orden legal requerido.*»⁴⁰⁷ Siendo este extremo de especial relevancia a modo de evitar, en la medida de lo posible, dislocaciones al sistema republicano y al principio de separación de funciones.

Ahora bien, al igual que como ocurre con la derogación de las normas, existen dos tipos de reviviscencia atendiendo a la parte de la ley que se reincorpora:

A. Reviviscencia parcial: De la misma manera que se explicó en el capítulo anterior para el caso de la inconstitucionalidad general parcial⁴⁰⁸, una ley, entendida como cuerpo normativo, contiene numerosos artículos y estos a su vez pueden contener numerosas normas jurídicas. En tal orden de ideas, de la misma forma que los efectos de la inconstitucionalidad general pueden ser parciales, no expulsando la totalidad de un cuerpo normativo o de un artículo del

⁴⁰⁶ Este tema denominado *horror vacui* es desarrollado en pág.150 en adelante

⁴⁰⁷ Gozainí, Osvaldo Alfredo, *óp.cit.*, pág. 150

⁴⁰⁸ Sobre el tema de la inconstitucionalidad general parcial ver pág. 92

ordenamiento jurídico, así puede operar el efecto de reviviscencia, reincorporando a dicho ordenamiento solo normas jurídicas determinadas sin necesidad de incluir todo el cuerpo normativo. Eso sí, guardando cierta congruencia entre las normas derogadas y las normas «revividas».

B. Reviviscencia total: Estos efectos (totales) aplicarán, como se dijo, en relación al contenido normativo que fue derogado. En tal sentido, si lo que se desea es suplir un vacío normativo, en casos extremos en los que se afecte con el vacío normativo a toda una materia o sistema, fútil sería que ante la derogación total de un cuerpo normativo solamente sean revividas ciertas partes de éste. En cambio, la reviviscencia, de ser aplicada, será lógicamente sobre la totalidad de la ley (entendida como cuerpo normativo que contiene varias normas jurídicas).

3.4. Antecedentes del efecto de reviviscencia

Empezó a conceptualizarse el efecto de reviviscencia desde que se creó el primer tribunal constitucional con competencia exclusiva para conocer del control constitucional en el sistema concentrado.

Kelsen, quien concebía la declaración de inconstitucionalidad como una derogación de ley con efectos *pro futuro*, reconocía el problema que podía generar la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico respecto de una norma que ésta primera había derogado. En tal sentido señala que *«al producirse la anulación sin efectos retroactivos, y que por lo tanto, las consecuencias jurídicas que produjo la norma antes de su anulación subsisten, entonces no se altera en nada los efectos que esta tuvo respecto a otras normas que regulaban hasta entonces el mismo objeto, es decir, con relación a la abrogación de las normas que eran contrarias según el principio lex posteriori derogat priori.»*⁴⁰⁹ Así, Kelsen indicaba que la anulación de una norma por el tribunal constitucional «no acarrea, absolutamente, el restablecimiento del estado de derecho existente antes de la entrada en vigor de la ley anulada, la anulación no hace revivir la

⁴⁰⁹ Kelsen, Hans, *óp.cit.* pág. 84

antigua ley referida al mismo objeto y que la ley anulada derogó. De la anulación resulta, por así decirlo una esfera vacía de derechos.»⁴¹⁰

Nótese que el problema anterior hacía referencia únicamente en cuanto a la derogación tácita por incompatibilidad en el objeto que regulaban ambas leyes. Ahora, para los casos en que una ley tuviera como único objeto la derogación de otra (derogación expresa), incluso Kelsen indicaba que podría darse una excepción a la regla y se refiere a «efectos retroactivos limitados» de la anulación de una norma por declaración de inconstitucionalidad general, de la siguiente forma: «*Debería, quizá, hacerse la excepción en el caso de que se anulara una ley que consistiera únicamente en la abrogación de una ley hasta entonces en vigor; puesto que el solo efecto posible sería la desaparición de la única consecuencia que ha tenido la ley –la abrogación de la ley anterior–; es decir, la entrada en vigor de esta última.*»⁴¹¹ Es decir, si la ley declarada inconstitucional tiene como único efecto el derogatorio, de no darse la reincorporación de la norma derogada el fallo del Tribunal Constitucional carecería de sentido y no produciría en realidad ningún efecto jurídico.

En tal sentido, indicaba Kelsen, el pronunciamiento no debería ser que «se anula la ley» sino que «la ley es inconstitucional», y como su único efecto es derogar otra, entonces debe evitarse su aplicación conllevando a que el tribunal constitucional pueda restablecer la vigencia de la ley derogada.⁴¹² Sin embargo, el investigador se aparta un tanto de esta postura y así se expresará en el capítulo final de este trabajo al realizar la discusión de resultados sobre el tema.

Ahora bien, en cuanto al primer antecedente del efecto de reviviscencia consagrado en un cuerpo normativo, se tiene a la propia Constitución Austriaca de 1920, que regulaba: «*Anulada por el Tribunal Constitucional una ley como anticonstitucional, volverán a entrar en vigor el día mismo en que surta efecto la derogación, a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la*

⁴¹⁰Loc.Cit.

⁴¹¹ Kelsen, Hans, *óp.cit.*, pág. 86

⁴¹²*Ibíd.*, pág. 87

*ley que el Tribunal haya declarado anticonstitucional. Se deberá especificar, además, en la propia publicación relativa a la anulación de la ley si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal y en caso afirmativo, cuáles.»*⁴¹³ Así, desde esta Constitución se dispone de manera expresa la reincorporación de la norma derogada cuando aquel órgano anulara una ley como anticonstitucional sin importar si los efectos derogatorios eran expresos o tácitos. De lo anteriormente pueden establecerse varios aspectos sobre el efecto de reviviscencia que se regulaban desde la indicada Constitución:

- A.** La reviviscencia de las disposiciones derogadas aplicaba como norma general «a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa», es decir, permitía al Tribunal Constitucional modular su pronunciamiento;
- B.** La reviviscencia operaba después de que el fallo haya sido publicado, es decir, con efectos *ex nunc*;
- C.** La reviviscencia no operaba de manera implícita, sino que era necesario que en la publicación del fallo se indicara si volvía a tener vigor una disposición anteriormente derogada y cuál.

Resulta interesante cómo desde aquella época pudieron preverse y delimitarse numerosos efectos de los fallos de inconstitucionalidad general de normas que disponían la aplicación del efecto de reviviscencia.

3.5. Vacíos legales como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad general de normas

También denominadas «lagunas legales», en sentido metafórico, hacen referencia a la falta de normativa sobre una materia específica. Al respecto Luis Diez Picazo hace un símil de la siguiente forma: «...*el ordenamiento jurídico sería algo así como un queso de bola, lleno en su mayor parte de masa, pero con ciertas oquedades. Se trata con ello, ante todo, de constatar la insuficiencia de las leyes y, en general, de los textos, para*

⁴¹³ Asamblea Constituyente de Austria, Constitución de Austria, 1920, art. 140 inciso 6)

*resolver la totalidad de los problemas o conflictos que pueden plantearse.»*⁴¹⁴ Lo cierto es que, como indica el citado autor, el ordenamiento jurídico, por más extenso y positivista que sea, no podría regular todas y cada una de las situaciones que podrían darse dentro del quehacer de la vida en sociedad, existiendo siempre casos de vacíos normativos que deben ser suplidos de diferentes maneras, en su mayoría mediante la integración del derecho. Así se puede afirmar lo siguiente: el ordenamiento jurídico normativo tiene vacíos pero el derecho no.

Se tiene entonces que un vacío legal corresponde a una deficiencia o inexistencia de la ley sobre un tema; sin embargo, el hecho de que no exista precisamente una ley aplicable, no hace la materia menos jurídica y no exime a los órganos jurisdiccionales de su deber de administrar justicia. De manera que, según Díez, existen varias maneras de poder solventar un problema de lagunas de ley:⁴¹⁵

- A. La primera de ellas es mediante la existencia de una norma tácita complementaria, norma de cierre del sistema jurídico que abraza negativamente los casos no previstos.
- B. La segunda, *«para integrar las lagunas, tradicionalmente se recurre al llamado método analógico. La analogía consiste en... aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de una manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza.»*⁴¹⁶Y,
- C. La tercera, los juzgadores al conocer de un caso concreto deben integrar el derecho a manera de resolver la controversia utilizando otras fuentes.⁴¹⁷

Si bien no es propio de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, se considera pertinente traer a colación lo que se conoce como la CARENCIA

⁴¹⁴Díez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, España, Editorial Ariel, 1975, págs. 279 y 280

⁴¹⁵*Ibid.*, págs. 280-282

⁴¹⁶*Ibid.*, pág. 281

⁴¹⁷Otras fuentes de derecho: la costumbre que opera en ausencia de ley, la jurisprudencia que ayuda a la interpretación de las normas (Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 2) y también los principios generales del derecho como la justicia, igualdad y equidad.

DIKELÓGICA DE NORMA, que como indica German Bidart Campos⁴¹⁸, ocurre cuando aquel que está llamado a aplicar una norma existente, la desaplica por considerarla injusta, provocando así una laguna que se debe «rellenar» mediante el procedimiento de la integración, por el cual se elabora una norma que, en aplicación al caso, sustituye la que se desaplicó por injusta.

Ejemplificando lo anterior: supóngase el caso en que un juez considera que cierta norma que determina la cantidad de alimentos que debe dar un padre a sus hijos es injusta por no ser lo suficientemente contemplativa de las necesidades de los menores. En este caso hipotético el juez, actuando no conforme a derecho positivo sino en justicia, desaplica dicha norma, pero ello no quiere decir que ahora los menores no tendrán ningún derecho porque no existe norma aplicable; por el contrario, se deberá subsanar este aparente vacío normativo mediante la integración del derecho y la utilización del principio de interés superior del niño.

En tal sentido, a criterio del investigador es correcto pensar que ante un vacío normativo generado por la declaración de inconstitucionalidad general de una norma que ha derogado otra es aplicable el anterior procedimiento, no por parte del Tribunal Constitucional porque este debe limitarse a su labor de legislador negativo y no puede crear derecho mediante su integración, al menos en principio⁴¹⁹, sino por todas aquellas autoridades que conozcan del caso concreto, quienes al juzgarlo sí podrán utilizar cualquiera de los mecanismos hasta ahora expuestos.

Sin embargo, como afirma Kelsen, al referirse a la improcedencia de la aplicación del efecto de reviviscencia en caso de declaración de inconstitucionalidad general de una norma jurídica, señalaba que «...de la anulación resulta, por así decirlo, una esfera vacía de derecho. Una materia que hasta entonces se encontraba regulada, deja de

⁴¹⁸ Bidart Campos, German. *La interpretación y control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Argentina, Editorial Ediar Sociedad Anónima, 1987, pág....

⁴¹⁹ Esta aseveración es susceptible de excepciones porque, como se expone en apartados posteriores, la labor del Tribunal Constitucional como legislador negativo únicamente ya ha quedado superada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional debe ser cuidadoso al emitir este tipo de sentencias manipulativas y ponderar su necesidad, incluso, ponderar si ello podría ser más gravoso que aplicar el efecto de reviviscencia en su sentencia. (Para mayor desarrollo de este punto ver pág....)

serlo...»⁴²⁰ El problema se da entonces cuando la inexistencia es tal que resulte pragmáticamente imposible subsanarla y esta sea gravosa afectando de manera considerable a la seguridad jurídica y poniendo en inminente riesgo a los derechos fundamentales.

Otra consideración relevante para el tema es la existencia de un HORROR VACUI⁴²¹, que atiende a aquella circunstancia en la que la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional.⁴²² Legitimando así el uso de determinadas sentencias atípicas que fueron abordadas en el capítulo segundo de esta tesis, incluso, bajo ciertos criterios que se desarrollarán, la propia aplicación del efecto de reviviscencia.

En síntesis, debe entenderse por reviviscencia a la reincorporación de la norma derogada, devolviéndole su vigencia formal, y no confundirse con la declaración de nulidad *ab initio* y retroactiva de las disposiciones derogatorias. En todo caso, estos dos supuestos que tienen incidencia sobre el ámbito temporal de aplicación de la norma y que determinan traerla de vuelta al ordenamiento jurídico representan un esfuerzo por parte del Tribunal Constitucional de no dejar vacíos normativos que puedan provocar mayores dislocaciones al Estado de Derecho, la legalidad, pertinencia, justificación, alcances y límites de este actuar serán ampliamente discutidos en el próximo capítulo.

⁴²⁰ Kelsen, Hans, *óp.cit.*, pág 84

⁴²¹ Horror Vacui: Es una expresión latina que significa «miedo al vacío». Comúnmente utilizada en el arte para describir el relleno de todos espacio en una obra de arte con algún tipo de diseño o imagen. (Definición de «horror vacui», Diccionario Virtual Enciclopedia, disponibilidad y acceso: enciclopedia.us.es/index.php/Horror_vacui, consultado 06/05/2017)

⁴²²Landa, César. Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, disponibilidad y acceso: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/24.pdf>, consultado 06/05/2017

CAPÍTULO 4

Presentación, análisis y discusión de resultados

SUMARIO: 4.1. Presentación de resultados, efecto de reviviscencia en el derecho comparado: 4.1.1. Efecto de reviviscencia en Colombia; 4.1.2. Efecto de reviviscencia en México; 4.1.3. Efecto de reviviscencia en Perú; 4.1.4. Efecto de reviviscencia en Panamá; 4.1.5. Efecto de reviviscencia en Costa Rica; 4.1.6. Efecto de reviviscencia en España; 4.1.7. Efecto de reviviscencia en Alemania; 4.1.8. Efecto de reviviscencia en Guatemala. 4.2. Presentación de resultados, análisis de los expertos. 4.3. Análisis y discusión de resultados: Alcances y límites del efecto de reviviscencia

Hasta acá se brindó un marco teórico sobre la manera en que opera el sistema jurídico teniendo como pináculo fundamental a la Constitución, y la potestad que tiene el Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de las normas que contravengan, en cuanto a su contenido material o en cuanto a su procedimiento de creación, a la Ley Fundamental. Por supuesto, bajo ciertos parámetros y con determinados efectos que han sido ampliamente abarcados tanto en la legislación constitucional como en la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad.

Analizando en el capítulo anterior las dimensiones que tiene este tipo de sentencias en el tiempo y la manera en que puede conjugarse con el ámbito temporal de validez de las normas jurídicas que se expulsan del ordenamiento jurídico por adolecer de un vicio de inconstitucionalidad.

Asimismo, se planteó una contextualización del problema que sirve de eje central del presente trabajo de tesis en cuanto a la reincorporación de las normas derogadas cuando la norma «derogante» es declarada inconstitucional, a lo que se le conoce como «efecto de reviviscencia de la norma». Ahora bien, en este capítulo se presentarán los resultados obtenidos de la investigación realizada para poder determinar los alcances y límites de este principio.

Así, el investigador ha dividido el presente en tres partes. En la primera se abordan los resultados obtenidos del derecho comparado, exponiendo en cada caso las principales regulaciones y criterios de los tribunales constitucionales con respecto de la aplicación del efecto de reviviscencia.

En la segunda, se presentan los resultados obtenidos del criterio de los expertos en la materia, a través de las entrevistas realizadas a magísteres en derecho constitucional, docentes de cursos afines y personal especializado que labora en la Corte de Constitucionalidad guatemalteca.

Y, en la tercera parte, se desarrolla el análisis y discusión de resultados ofreciendo una síntesis sobre los alcances y límites del efecto de reviviscencia elaborada en su totalidad por el autor según los resultados obtenidos en la investigación. Esta última parte se plantea con base en una serie de preguntas y respuestas para buscar la mayor claridad posible en el tema.

4.1. PARTE PRIMERA

Presentación de resultados: efecto de reviviscencia en el derecho comparado

Como eje central del presente trabajo y para poder analizar cómo funciona el efecto de reviviscencia, debido a que no es una figura originaria de Guatemala, ni desarrollada ampliamente en la doctrina, resulta imprescindible estudiar cómo este es aplicado en el derecho comparado.

Es importante aclarar que la selección de los países sobre los cuales se expone a continuación fue realizada en virtud de que estos han sido pioneros sobre la materia de estudio, y han desarrollado tesis de importante análisis para sostener (o rebatir) la procedencia del efecto de reviviscencia. Asimismo, se hará referencia sobre la forma en que los efectos materiales y temporales de los fallos de inconstitucionalidad de leyes interactúan en estos sistemas jurídicos para concebir la aplicación del efecto de reviviscencia.

4.1.1. Efecto de reviviscencia en Colombia

Colombia es uno de los países con mayor desarrollo a nivel latinoamericano en cuanto a la justicia constitucional, como se analizará a continuación con base a numerosos fallos que así lo demuestran. En cuanto al desarrollo de la doctrina del efecto de reviviscencia de normas, es pionero a nivel latinoamericano.

En primer lugar, se tiene presente que el Tribunal Constitucional colombiano se ha guardado para sí la posibilidad de determinar los efectos en el ámbito temporal de sus sentencias de inconstitucionalidad. Esto tuvo especial importancia cuando el Presidente de la República de Colombia emitió el Decreto 2067 de 1991, el cual determinó el Régimen Procedimental de los Juicios y Actuaciones que deban surtirse ante la Corte de Constitucionalidad, el cual en su artículo 21 establecía: «...2. *Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria...*»⁴²³ Sin embargo, la propia Corte de Constitucionalidad declaró inexecutable dicho artículo tomando en cuenta que el Presidente de la República no podía restringir los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, si el propio legislador constitucional no lo había establecido así.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional de aquel país estableció que este era el único competente para delimitar el ámbito temporal de aplicación de las sentencias en las cuales se declararan la inexecutable de normas. Sobre esto indicó: «... *fuera del poder constituyente, ¿A quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte de Constitucionalidad, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lo lógico al texto y al espíritu de la Constitución...*»⁴²⁴ Siendo este un aspecto relevante toda vez que el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial de

⁴²³Presidente de la República de Colombia, Decreto 2067 de 1991, el cual determinó el Régimen Procedimental de los Juicios y Actuaciones que deban surtirse ante la Corte de Constitucionalidad, publicado en el Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991, art. 21

⁴²⁴Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-113/93 de fecha 25 de marzo de 1993, expediente de inconstitucionalidad D-096

Guatemala, visto desde esta perspectiva, también contiene una limitación a las sentencias de inconstitucionalidad general de normas.⁴²⁵

Al respecto, el indicado precepto legal en primer término determina o equipara la declaración de inconstitucionalidad al de un caso de derogación de normas, y por otra, señala que tal declaración no puede provocar que una ley derogada no recobra su vigencia por el hecho⁴²⁶ de la derogación (o inconstitucionalidad) de la ley derogante. Analizado lo anterior, esta disposición proferida por el legislador ordinario contiene una limitación a los alcances de las sentencias de inconstitucionalidad.

Independientemente de ello, la ley vigente actualmente: Ley Estatutaria de la Administración de Justicia ya hace esta salvedad e indica: «...*las sentencias que profiera la Corte de Constitucionalidad sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario...*»⁴²⁷

Así, este Tribunal Constitucional tiene amplias facultades discrecionales para poder determinar si la inexecutableidad de las normas tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*. Aspecto importante para la aplicación del efecto de reviviscencia, porque como se estableció en los apartados anteriores de este capítulo, de eso depende que la declaración de inconstitucionalidad pueda retrotraerse hasta el momento en que ocurrió la derogación de la ley que se reincorpora, es decir, momento en que el efecto derogatorio tuvo lugar. Ahora bien, sobre el efecto de reviviscencia *per se*, dentro de los aspectos más importantes de su aplicación en Colombia resaltan los siguientes:

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional Colombiana ha hecho uso del efecto de reviviscencia para evitar provocar un vacío legal como consecuencia de la declaratoria de inexecutableidad de una norma derogatoria.

⁴²⁵Sobre esta consideración se hace un análisis en la tercera parte de este capítulo. Ver pág. 224

⁴²⁶Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 8aa

⁴²⁷Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, publicado en el Diario Oficial No.24.745, de 15 de marzo de 1996, art. 45

Para citar un ejemplo, en la sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia analiza los efectos de la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 que regulaba el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. Este decreto fue declarado inconstitucional por un vicio *interna corporis*, ya que violentaba el principio de reserva de ley encomendado al Congreso de aquel país. Al respecto, pudo pensarse que al ser inexecutable este Decreto, los funcionarios públicos, miembros de la fuerza pública, quedarían sin una norma que regulara lo relativo a su régimen de prestaciones laborales, pues la antigua regulación había sido derogada.

Sobre esto, la Corte sostuvo que la inexecutable de este cuerpo normativo «*no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional. Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta. Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.»⁴²⁸ (El subrayado es del investigador)*

Nótese, que además de ser utilizado el efecto de reviviscencia por el Tribunal Constitucional colombiano como método para evitar vacíos legales, también se establece como criterio el hecho de que debe existir una razonabilidad que determine la necesidad de aplicar el efecto de reviviscencia al resguardo de derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución, como la vida digna, trabajo, y el régimen de

⁴²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-432-04 de fecha 06 de mayo de 2004, expediente D-4882, magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

prestaciones. En el caso estudiado, la Sala consideró que de no preverse la reincorporación automática se pondría en riesgo los derechos fundamentales de los miembros de la fuerza pública.

Si bien en este caso se hace referencia a una «reincorporación automática», esto no quiere decir que opere de pleno derecho, y sin ningún tipo de valoración o justificación por parte del Tribunal Constitucional, porque como se determina, siempre debe existir una razonabilidad que amerite darle esos efectos y tal extremo debe constatarlo el Tribunal.

Fortalece tal afirmación, criterios posteriores asentados por la Corte de Constitucionalidad de Colombia, en casos como en la sentencia C-421-06 , en la cual se examina la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 588 de 2000 que derogaba el artículo 164 del Decreto 960 de 1970, por medio del cual se establecía un órgano encargado de velar por el ejercicio de la actividad notarial, se estableció lo siguiente: *«La posibilidad de que una disposición que había sido derogada readquiera vigencia como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la derogatoria no es automática y supone que la disposición que “revive” no sea contraria al ordenamiento superior y además que ello sea necesario para asegurar la supremacía de la Constitución (...). En cuanto a que la reviviscencia de la norma sea necesaria para asegurar la supremacía de la Constitución es claro que al derogar el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970 lo que hizo el Legislador fue dejar sin operatividad la carrera notarial por él mismo regulada y en este sentido omitió en su reglamentación un elemento esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta y específicamente con el artículo 131 superior que ordena imperativamente que el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. En ese orden de ideas es claro igualmente que para asegurar la supremacía de la Constitución y hacer efectivo el cumplimiento de los claros mandatos superiores señalados en el referido artículo 131 y consecuentemente garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la función notarial de acuerdo con el procedimiento previsto por el Constituyente no cabe duda de la necesidad de que declarada la inexecutable de la*

expresión “164” contenida en el artículo 11 de la Ley 588 de 2000 desde la fecha de su promulgación, recobre su vigencia el artículo 164 del Decreto Ley 960 de 1970»⁴²⁹

En este fallo, a pesar de que no se trate de un caso puro de reviviscencia debido a que el Tribunal aplica los efectos del fallo de manera retroactiva, sí se puede establecer que cualquier pronunciamiento que afecte (o reconozca) de alguna manera la vigencia de normas jurídicas aparentemente derogadas no puede operar de oficio. En tal sentido, se establece que debe existir un análisis previo por parte de la Corte Constitucional que establezca que la norma a reincorporar no contradiga en sí misma la Constitución, pues por su naturaleza el Tribunal Constitucional no puede «revivir» una disposición inconstitucional. Y, que del análisis también se determine que la aplicación del efecto de reviviscencia sea necesario para garantizar la supremacía y el orden constitucional.

Asimismo, en sentencia C-402/10 la Corte Constitucional de Colombia se reserva para sí la posibilidad de reconocer efectos de reviviscencia de normas a una sentencia emitida anteriormente por este Tribunal (sentencia 175 de 2009), a pesar de no haberlo establecido expresamente en la misma, e indica *«...la posibilidad de considerar reincorporadas al ordenamiento las normas derogadas dependerá de la demostración acerca del cumplimiento de las condiciones para que la Corte así pueda concluirlo. A este respecto es importante tener en cuenta el contenido y alcance de la Ley 1152/07 y las implicaciones que tendría la existencia de un vacío normativo sobre esa materia. (...) Como se observa, los asuntos regulados por la Ley 1152/07 tienen relación inescindible con derechos fundamentales de primer orden, entre ellos el mínimo vital y el acceso a la tierra agraria por parte de la población campesina y la protección de la identidad de las comunidades indígenas y afrodescendientes, (...) Estas consideraciones son para la Corte suficientes para concluir que la reincorporación de las normas derogadas por el artículo 178 de la Ley 1152 de 2007 es imprescindible para la protección de bienes y valores constitucionales interferidos por la normatividad derogada. Sobre este particular debe resaltarse que si se adoptara la tesis según la cual para el presente caso no es procedente la reincorporación y, por ende, se está*

⁴²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-421-06 de fecha 31 de mayo de 2006, expediente: D-6025, Magistrado ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis

ante un vacío normativo sobre la materia, se llegaría a conclusiones incompatibles con el Estado Constitucional (...) Por ende, a juicio de la Sala están suficientemente cumplidas las condiciones previstas por la jurisprudencia constitucional para la reincorporación de normas derogadas por preceptos declarados inexecutable. Esto implica que la Ley 160 de 1994 recobró su vigencia a partir del momento en que se declaró la inexecutable del Estatuto de Desarrollo Rural en sentencia 175 de 2009...»⁴³⁰

Al analizar el fragmento de la sentencia transcrita puede observarse que la Corte Constitucional colombiana establece como presupuesto para la aplicación de los efectos de reviviscencia la necesidad manifiesta de salvaguardar derechos fundamentales, indicando que los mismos constituyen el Estado Constitucional de Derecho. También, conforme lo expresado en la parte final transcrita, este caso corresponde a un caso puro de reviviscencia de normas en cuanto se indica que, a pesar de haber sido realmente derogadas las normas de mérito, estas se reincorporan desde la fecha de la declaración de inexecutable.

Llama la atención de que, a pesar de que el Tribunal Constitucional reconoce los efectos revitalizadores a la sentencia mencionada, también indicó que *«...una solución más rigurosa por parte de la Corte hubiera sido definir ab initio los efectos de reviviscencia en la Sentencia C-175 de 2009, utilizando para ello la fórmula adoptada en fallos anteriores, ello no es óbice para reconocer en esta oportunidad la procedencia de la reincorporación...»⁴³¹* Es decir, de conformidad con los efectos *ex nunc* que tienen las sentencias de inconstitucionalidad salvo que la Corte Constitucional declare lo contrario⁴³², la reviviscencia de las normas no puede ser automática.

⁴³⁰ Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia C-402/2010 de fecha 26 de mayo del 2010, expediente: D-7846, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

⁴³¹ *Loc. Cit.*

⁴³² *«Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.»* (Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996 Estatuaria de la Administración de Justicia, *óp.cit.*, art. 45)

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana se ha reservado la oportunidad para reconocer los efectos de reviviscencia de las sentencias de inconstitucionalidad, en medida que expresa: «... (i) Una mención en tal sentido carece de naturaleza declarativa, según lo indicado en precedencia, por lo que depende del análisis en el caso concreto de los criterios que para el efecto ha establecido la jurisprudencia constitucional y; (ii) como se ha señalado, sostener una tesis contraria para el presente asunto afectaría gravemente principios y valores axiales para el Estado constitucional.»⁴³³

Por otro lado, la Corte de Constitucionalidad colombiana también sostiene que los efectos de la reviviscencia de normas son normalmente *ex nunc*. Así, en la Sentencia C-402/10 expresa lo siguiente: «...Antes bien, las sentencias de inexecuibilidad, a pesar de tener efectos generales a futuro, incidían en la vigencia de las normas derogadas, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica. En ese sentido, para la doctrina más tradicional, asumida íntegramente por la Corte en sus primeros fallos, la inexecuibilidad de la expresión derogatoria implica la reincorporación de la normatividad derogada, predicable desde el momento en que se adopta dicha sentencia de inconstitucionalidad, dejándose con ello a salvaguarda las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma cuestionada. Esta solución, como se observa, es plenamente compatible con el efecto ordinario *ex nunc* de las sentencias judiciales, pues la reincorporación de la norma derogada no es incompatible con el reconocimiento de plenos efectos de la disposición declarada inexecutable, desde su promulgación y hasta la sentencia de inconstitucionalidad.»⁴³⁴

Haciendo una síntesis de lo anterior, se debe enfatizar en los criterios que ha tomado el Tribunal Constitucional de Colombia para determinar la procedencia de declarar en el

⁴³³ Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia C-402 de 2010 de fecha 26 de mayo del 2010, expediente: D-7846, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

⁴³⁴ Loc. Cit.

fallo la reviviscencia de normas derogadas por la que se declara inexecutable. Así estos sirven de presupuestos de procedencia y son:⁴³⁵

- A. La necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto, esto es, las consecuencias que se derivarían de la reincorporación frente a los principios y valores constitucionales; y
- B. La garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos.

Valga decir que al referirse a la realización de un análisis en «el caso concreto», no se está refiriendo a una inconstitucionalidad en caso concreto, sino a que el Tribunal Constitucional debe evaluar los presupuestos antes mencionados para el suceso específico de declarar inconstitucional una norma de carácter general con efectos *erga omnes* y los vacíos legales que esto pudiera provocar.

4.1.2. Efecto de reviviscencia en México

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, quien es el encargado de ejercer el control constitucional de normas de carácter general es la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴³⁶ Y, uno de los fallos más importantes e innovadores en la jurisprudencia mexicana sobre la aplicación del efecto de reviviscencia lo constituye la sentencia dictada por el Pleno de dicho Tribunal, de fecha 07 de diciembre de 2006. En tal

⁴³⁵Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de Colombia, sentencia de fecha 28/01/2015, Radicación interna: 2243, Número Único: 11001-03-06-000-2015-00, pág.7

⁴³⁶«La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: (...) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.» (Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, y sus reformas, art. 105)

sentido, haciendo un resumen breve del caso planteado ante tal órgano se tiene lo siguiente:⁴³⁷

La acción de inconstitucionalidad general fue promovida en contra del Decreto 419 expedido por el Congreso del Estado de Chiapas, publicado en el Periódico Oficial de aquel Estado con fecha 14 de octubre de 2006. Misma que además de introducir varias reformas a la Constitución de aquel Estado, tenía como objeto hacer coincidir las elecciones federales y locales, para que éstas se celebren concurrentemente el primer domingo de julio del año correspondiente a la elección.

A esto le sirve de antecedente el hecho que el tres de octubre de dos mil cuatro, fueron electos los integrantes de los Ayuntamientos y del Congreso del Estado de Chiapas, por un periodo comprendido entre dieciséis de noviembre de dos mil cuatro al quince de noviembre de dos mil siete. Y, en el caso de los integrantes de los Ayuntamientos, su periodo estaba comprendido del primero de enero de dos mil cinco al treinta y uno de diciembre de dos mil siete.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 111 del Código Electoral del Estado de Chiapas (antes de la reforma impugnada), el proceso electoral para la renovación de dichos cargos de elección popular, debía iniciar en el mes de enero de dos mil siete.

Pues bien, el artículo transitorio Tercero de la reforma constitucional impugnada, previó que los Diputados miembros de la Sexagésima Segunda Legislatura del Congreso del Estado, prolongarán su mandato y ejercicio de funciones hasta el día quince de noviembre del año dos mil ocho, es decir, por un año más. En ese mismo sentido, el artículo transitorio Cuarto de la reforma constitucional impugnada, dispone que los Diputados integrantes de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado, sean electos hasta el primer domingo de julio del año dos mil ocho.

⁴³⁷Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de fecha 07 de diciembre de 2006, inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumulados 49/2006, 50/2006 Y 51/2006

Por su parte, en cuanto al periodo de funciones de los miembros del ayuntamiento, la reforma atacada de inconstitucionalidad disponía que estos prolongarían su mandato y funciones hasta el día treinta y uno de diciembre del año dos mil ocho, es decir por un año más. Y en ese orden de ideas, el artículo transitorio sexto de la reforma constitucional impugnada establecía que la elección se pospusiera hasta el primer domingo de julio del año dos mil ocho.

De forma que, la Suprema Corte, en ejercicio de su papel como Tribunal Constitucional, estimó que el referido Decreto lesionaba los principios democráticos consagrados en la Constitución Federal mexicana. Tomando en cuenta que *«la palabra democrática quiere decir que el pueblo debe manifestar su voluntad mediante el voto, para que sus representantes obtengan legitimidad y tengan la capacidad para resolver por todos, como una voluntad conjunta de la república.»*⁴³⁸Y, específicamente se encontró una confrontación con la Ley Fundamental de aquel país, en su artículo 116, fracción II, segundo párrafo, de la norma suprema dispone que: *«Los diputados a las legislaturas de los Estados no podrán ser reelectos para el período inmediato.»* Ya que el principio de no reelección implica una prohibición fundamental: la no prórroga o extensión del mandato más allá del cual se ha sido electo democráticamente. Extremos que llevaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a declarar la inconstitucionalidad de este Decreto 419 del Congreso del Estado de Chiapas.

Ahora bien, lo anteriormente indicado sirve para enfatizar que el efecto de reviviscencia en México fue utilizado para un caso de materia electoral en el que se ponía en riesgo, además de la estabilidad democrática en sentido estricto, también derechos políticos como elegir y ser electo y protección de la alternabilidad en el poder. En efecto, el Tribunal pudo haber dictado simplemente la inconstitucionalidad y subsecuente expulsión del ordenamiento jurídico de la norma impugnada. De haberlo hecho así se hubiera dejado un peligroso vacío legal que pudiera, incluso, causar grandes daños al sistema democrático, ya que el proceso electoral a iniciar el mes de enero del dos mil siete, y en caso de no existir normativa vigente que regulara el mismo, el clima de

⁴³⁸Loc. Cit.

incertidumbre hubiera causado, exponía el Tribunal, «una situación de mayor inconstitucionalidad» por cuanto ninguno de los partidos políticos, electores y candidatos hubiera tenido las normas claras para poder desarrollar el proceso electoral, que valga decir, regularlo es parte de los fines de la Constitución como pináculo del sistema de derecho en una democracia.

Al respecto, para poder comprender los efectos que puede tener la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad en México, es necesario tener presente lo que establece la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional: *«Las sentencias deberán contener: (...) IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada.»*⁴³⁹

Fue precisamente en el citado texto legal que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se fundamentó para determinar que en casos excepcionales, para procurar no crear un mayor grado de incertidumbre o de inconstitucionalidad con su sentencia, aquel Tribunal máximo puede determinar *«todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda»*. En tal sentido, si lo que pretendía la Sentencia era declarar inconstitucional una norma que atentaba contra el sistema democrático de aquel país, lógico era que al dejar un vacío legal en cuanto a la forma y época en que debía llevarse a cabo el proceso electoral no se estaba cumpliendo con los fines de la sentencia y la misma devenía ineficaz para restablecer el orden constitucional. Por ello, se decidió reincorporar las normas electorales derogadas por la que fue declarada inconstitucional.

En tal sentido la Suprema Corte estimó que *«al declarar la invalidez de una determinada norma general, debe evitar invadir injustificadamente el ámbito decisorio*

⁴³⁹ Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, México, 1995, art. 41

establecido constitucionalmente a favor de otros poderes públicos, tanto federales como locales, lo que incluye al Poder Revisor de las entidades federativas. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al declarar la invalidez de una norma general debe evitar generar una situación de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica, que la ocasionada por las normas impugnadas, sobre todo en el ámbito electoral.»⁴⁴⁰

Otro aspecto interesante considerado por la Suprema Corte de Justicia de este país es la auto reflexión que evidencia en el fallo que ahora se analiza sobre la posibilidad de llenar esos vacíos legales por otro mecanismo que no sea la reviviscencia. En ese sentido este Tribunal expone que en diversas ocasiones ha reconocido que la simple expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional no es la solución al problema, ni mucho menos puede hacer de una sentencia de ese tipo eficaz para devolver el orden constitucional violentado, debiendo, en ocasiones que lo ameritan, modular el sentido de sus fallos a una sentencia no meramente desestimatoria o estimatoria en puridad. Verbigracia lo que se denomina como «sentencias atípicas». Y, por regla general se trata de expulsar únicamente las porciones normativas que el Tribunal determina inconstitucionales, en orden a no afectar las porciones no impugnadas o aquéllas que carecen de vicios de inconstitucionalidad.

Sin embargo, aquel Tribunal estima que este principio no es absoluto, y explica: *«Existen ocasiones en que las normas impugnadas en un determinado proceso conforman un sistema normativo integral, en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, de tal suerte que la exclusión de uno de los elementos del sistema termina por desconfigurarlo de manera terminante, o de rediseñarlo, creándose uno nuevo.»⁴⁴¹*

⁴⁴⁰Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de fecha 07 de diciembre de 2006, inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumulados 49/2006, 50/2006 Y 51/2006

⁴⁴¹Loc.Cit.

En tal sentido, el autor comparte el criterio del Tribunal en cuanto a que existe un riesgo a que, por medio de la facultad del órgano jurisdiccional de expulsar las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico (función de legislador negativo), esa eliminación normativa termina por reconfigurar el sistema jurídico de una manera que no había previsto el legislador democrático. De ello devendría hacerse el cuestionamiento si ¿Debería el Tribunal Constitucional reconfigurar un sistema jurídico respecto a una materia completa, por medio de la expulsión, o interpretación, o manipulación de sus sentencias? O, ¿resultaría mejor reincorporar la norma anteriormente derogada, que desde cierto punto de vista al menos refleja la voluntad fiel que en algún momento tuvo el legislador sobre la forma de normar cierta materia? Sin lugar a dudas en ambos casos el Tribunal Constitucional juega un papel de legislador positivo, pero en el plano de la mejor opción posible, y menos intervencionista con el órgano representativo (parlamento o el congreso), a criterio del autor se deberá determinar esa elección según lo ameriten las circunstancias particulares para proteger y/o restablecer el orden constitucional.

Para el caso concreto del sistema electoral que tuvo que analizar el Tribunal mexicano, este estimó que si se decidía únicamente declarar la invalidez de las porciones normativas con vicios directos de inconstitucionalidad, dejando intocadas las demás normas que no presentaban esos vicios inmediatos, ello terminaría por generar la configuración normativa de un sistema electoral por parte de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación (sustituyendo al Poder Reformador Estatal), lo que se traduciría en una afectación de manera directa del ámbito decisorio del Poder Revisor Local, poniendo en tela de juicio el principio que delimita la competencia federal y la local, así como el de división de poderes, sobre todo considerando que dicho órgano local cuenta con diversas alternativas (no sólo una) para rediseñar la transición del sistema de homologación de los tiempos de los comicios federales con los de la propia entidad federativa.

Bajo estas consideraciones, aquel Tribunal decidió utilizar el efecto de reviviscencia, indicando: «*La reviviscencia de la legislación electoral que aún no ha sido reformada,*

tiene por objeto proporcionar seguridad jurídica a los partidos políticos, a los electores y a los organismos participantes en la contienda, en atención al principio de certeza que rige esta materia y que impide que en la proximidad del proceso de renovación de los órganos de representación popular, se desconozcan cuáles serán las reglas trascendentales que regirán esta forma de acceso de los ciudadanos al poder público, como son, entre otras, los plazos relativos a la preparación de los comicios (...) de otra manera, no abrían autoridades a quienes sustituir, rompiéndose la línea de continuidad que debe haber en el Poder Legislativo y en la administración pública municipal.»⁴⁴²

A su vez, en este fallo también se consideró que el Congreso del Estado de Chiapas por lo cercano del proceso electoral, tenía un impedimento material (y constitucional debido a la anticipación que se debía tener entre la emisión de una ley que reforme disposiciones de la Constitución local y su entrada en vigor para poder legislar la materia en la cual se pudo haber creado un vacío legal como consecuencia del fallo de inconstitucionalidad. Aspecto importante, toda vez que si bien es cierto podría pensarse en que el encargado de llenar los vacíos legales de este tipo debería ser el Congreso (o en su caso el Juez integrando el derecho al conocer casos concretos), la realidad es que en ocasiones el grado de incertidumbre puede ser total, bien porque toda la regulación de la materia haya sido expulsada del ordenamiento y el legislador es omiso en la creación de una nueva regulación o por no tener la posibilidad material de hacerlo.

Para el jurista Ferrer Mc-Gregor, «desde una perspectiva material, la Suprema Corte de México ha evolucionado de una corte de casación a un tribunal constitucional. Sus atribuciones desde la reforma de 1994 le otorga la posibilidad en exclusiva de declarar la invalidez general de las normas con efectos generales hacia el futuro (...) de tal modo que en ocasiones su actuación se perfila hacia un verdadero legislador positivo, en consonancia con cierta tendencia evolutiva de los tribunales constitucionales, a través de la función activa y creadora del derecho, como lo demuestra la doctrina de la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas. No obstante, esta tendencia se ve desdibujada con criterios dubitativos e inconstantes,

⁴⁴²Loc. Cit.

como en el caso de las omisiones legislativas.»⁴⁴³ Sin embargo, debe entenderse que la sentencia de inconstitucionalidad debe prever sus efectos sociales y políticos.

4.1.3. Efecto de reviviscencia en Perú

El efecto de reviviscencia, o mejor dicho: el principio general de no reviviscencia es regulado en el derecho peruano, específicamente en su Código Civil, en el título preliminar, que establece: «*La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.*»⁴⁴⁴

Así, como se puede advertir a simple vista, el derecho peruano contempla la derogación expresa o tácita de la ley, pero lo que llama especialmente la atención es que el efecto de reviviscencia de ley se encuentra taxativamente prohibido, al igual que en varios otros países que se analizan en este trabajo.

Sin embargo, en Perú ocurrió un caso particular, en lugar de ser utilizado el efecto de reviviscencia por un Tribunal Constitucional, existe como antecedente su aplicación por parte de una municipalidad, específicamente la Municipalidad Provincial de Piura.

Esta Municipalidad emitió la Ordenanza 122-01-CMPP, por medio de la cual derogaba la Ordenanza Número 122-00-CMPP y restablece la vigencia (reviviscencia) de la Ordenanza Número 042-2001-C/CPP que aprueba el Plan Director de Piura y Castilla. Esta ordenanza tuvo como antecedentes serios señalamientos que se dieron sobre la inconsistencia y falta de soporte técnico que tenía la Ordenanza Municipal 122-00-CMPP de fecha 28 de diciembre de 2012, que aprobó el Plan de Desarrollo Urbano de Piura, Castilla y Catacaos. Ante ello, se decidió dejar sin vigencia el mismo por

⁴⁴³ Ferrer Mac-Gregor. *La Suprema Corte de Justicia de México como legislador positivo*, Uruguay, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2011, pág. 60

⁴⁴⁴ Presidente de la República de Perú. Decreto Legislativo No. 295, Código Civil, promulgado: 24/07/1984, vigente: 14/11/1984, título preliminar, art. I

considerarlo inadecuado a los intereses de la comunidad piuriana. Sin embargo, mediante esta derogación se advirtió que mientras no se aprobara un nuevo Plan de Desarrollo para aquella localidad, debía disponerse la reincorporación de la Ordenanza Municipal número 042-2001-C/PPP (derogada previamente por la norma que por esta ordenanza se deroga), a fin de permitir que los administrados puedan ejercer su derecho constitucional de petición administrativa en las materias correspondientes a los programas de Planificación de Desarrollo Rural.⁴⁴⁵

En ese orden de ideas, la Gerencia de Asesoría Jurídica de la Municipalidad de Piura emitió el Informe Legal número 465-2013-GAJ/MPP por medio del cual sobre la posibilidad de restablecer la vigencia de una norma ya derogada, indica que el último párrafo del artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil (antes analizado), a pesar que de manera general prohíbe la reviviscencia por el hecho de la derogación de la norma que la derogó, debe interpretarse que tal extremo es sin perjuicio de que la norma que venga a derogar la derogante disponga que recobra su vigencia la ley anteriormente derogada.⁴⁴⁶

Así, se crea un precedente, no por el Tribunal Constitucional de aquel país, sino por el gobierno local, que sostiene la tesis de que el efecto de reviviscencia, si bien es cierto no opera *ipso jure* por la derogación de la norma derogante, tal como lo establece su derecho positivo⁴⁴⁷, esto no obsta para que el órgano emisor de la norma y el encargado de derogarla, pueda disponer de su reviviscencia, siempre que lo haga de manera expresa. Cuestión que reviste de cierta lógica, por cuanto podría pensarse que si es el mismo ente, dentro de sus facultades legislativas, quien la derogó, este puede también declarar su reincorporación.

Ahora bien, en cuanto a la regulación del efecto de reviviscencia desde la perspectiva de la acción de inconstitucionalidad, el artículo 83 del Código Procesal Constitucional

⁴⁴⁵ Municipalidad Provincial de Piura, Ordenanza No. 122-01-CMPP, Perú, promulgada: 18/03/2013, publicada en el Diario «El Peruano» con fecha 20/04/2013, vigente: 21/04/2013

⁴⁴⁶ *Loc.Cit.*

⁴⁴⁷ Presidente de la República de Perú. Decreto Legislativo No. 295, *óp.cit.*, art. I

del Perú establece lo siguiente: «...*Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobra vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.*» Como se puede apreciar, esta disposición cierra las puertas a cualquier intento de aplicación de los efectos reincorporadores de una sentencia de inconstitucionalidad de normas jurídicas derogadas.

No obstante ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano sobre esta materia, aunque no se ha determinado un caso específico de aplicación del efecto de reviviscencia, si se han proferido varios fallos que pueden dar pie a su futura aplicación. Sin embargo, se sostiene que lo técnico es que este tipo «reviviscencia» decidida expresamente por el órgano emisor de la norma derogante debe cumplir con todo el procedimiento de creación normativa, es decir, se debe promulgar las disposiciones de la norma derogada en una norma nueva.

En la sentencia dentro de una acción de inconstitucionalidad de fecha 09 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional peruano tuvo a bien hacer varias consideraciones sobre los criterios que deben imperar al momento de emitir sentencias «atípicas», es decir, no de mera estimación o mero desistimiento, sino que, en algunas ocasiones hasta manipulativas, aditivas y sustitutivas. Y en tal sentido consideró como límites para dictar estas sentencias los siguientes:⁴⁴⁸

- A. Debe respetarse el principio de separación de poderes. Aspecto importante toda vez que en la emisión de este tipo de sentencias podría el Tribunal Constitucional llegar a tomar un rol más parecido al del legislador positivo. Sin embargo, este límite tiene sus excepciones según se explica a continuación.

- B. «*No cabe dictarlas cuando exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar*»⁴⁴⁹ Sobre esto, cabe

⁴⁴⁸ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de Inconstitucionalidad No. 0030-2005-AI/TC, fecha de publicación 09/02/2006

⁴⁴⁹ *Loc. Cit.*

pensar en que no tiene razón de ser dictar una sentencia manipulativa, aditiva⁴⁵⁰, ni mucho menos una sentencia en la cual se disponga la aplicación del efecto de reviviscencia, cuando por medio de los métodos de integración del derecho (como la analogía o aplicación supletoria) pueda suplirse ese vacío legal. En cambio, es justificativo cuando, por ejemplo, al declarar inconstitucional una norma (o cuerpo normativo en su totalidad) se afecta de forma tal la materia que regula que haga imposible suplir ese vacío legal, o esta esté sujeta a una reserva absoluta de ley de tal forma que no quepa mayor integración del derecho.⁴⁵¹

C. «Sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho»⁴⁵²En este caso, se tiene a un caso de procedencia ya reiterado por otros sistemas analizados en este trabajo en cuanto a que: los Tribunales Constitucionales deben velar por mantener el orden constitucional que no se agota simplemente con la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma inconstitucional, y en tal sentido evitar que sus propios fallos generen una situación de mayor inconstitucionalidad. Como ocurriría en el caso de la existencia de vacíos legales de tal magnitud que imposibiliten la consecución de los fines de la Constitución, siendo estos casos las excepciones a la regla general de que el Tribunal Constitucional no puede tomar el rol de un legislador positivo.

Un ejemplo de lo amplio que puede llegar a ser la jurisprudencia en este sentido, lo constituye el criterio sostenido por este Tribunal Constitucional en el sentido de que, en materia tributaria, el Tribunal puede modular el sentido de su fallo y establecer si la sentencia tendrá efectos *ex tunc* o *ex nunc*, tomando en consideración las consecuencias sociales, jurídicas económicas y políticas que podrían

⁴⁵⁰Sobre este tipo de sentencias ver pág.114 y siguientes

⁴⁵¹Un criterio similar se sostiene por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ver pág.164 y siguientes

⁴⁵² Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de Inconstitucionalidad No. 0030-2005-AI/TC, fecha de publicación 09/02/2006

desencadenarse. Es decir, el Tribunal Constitucional debe analizar todos los aspectos y no solamente proferir un fallo desestimatorio o estimatorio puro.⁴⁵³

D. «*Sólo resultan legítimas en la medida de que se argumenten debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado*»⁴⁵⁴ Aquí se encuentra un principio, no solo relativo a este tipo de sentencias, sino a las de cualquier otra índole, en el sentido de que el fallo debe ir debidamente fundamentado. Pero, esto también da la pauta para formular otro criterio, las sentencias atípicas, dentro de ellas la que pueda determinar la reviviscencia de las normas, debe llevar declaración y justificación expresa sobre tales efectos.

4.1.4. Efecto de reviviscencia en Panamá

El Código Civil panameño regula: «*Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva, o en el caso de que la ley posterior a la derogatoria establezca de modo expreso que recobra su vigencia. En este último caso será necesario que se promulgue la ley que recobra su vigencia junto con la que la pone en vigor.*»⁴⁵⁵

Este artículo, siguiendo la corriente que han adoptado otros países latinoamericanos, establece la exclusión a la aplicación del efecto de reviviscencia de normas por la simple derogación de la ley derogatoria. Eso sí, dejando a salvo la posibilidad para poder reincorporar al ordenamiento jurídico normas derogadas para los casos en que la voluntad del órgano legislativo que les dio vigencia y las derogó así lo establezca, siempre que se promulgue de nuevo. Sin embargo, no existe norma que regule la

⁴⁵³Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de Inconstitucionalidad No. 0041-2004-AI/TC, de fecha 11/11/2004

⁴⁵⁴ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de Inconstitucionalidad No. 0030-2005-AI/TC, fecha de publicación 09/02/2006

⁴⁵⁵ Asamblea Legislativa, Código Civil de Panamá, Panamá, promulgado el 22/08/1917, vigente: 01/07/1917, art. 37

reviviscencia de la ley ante la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley derogatoria, si se parte de la idea de que, como se estableció anteriormente⁴⁵⁶, la declaración de inconstitucionalidad no corresponde a la misma naturaleza que la derogación de leyes en tanto no expresa la voluntad política del órgano legislativo que la creó.

Ahora bien, en cuanto la aplicación del efecto de reviviscencia en el caso panameño, no obstante lo regulado por el Código Civil de aquel país, este se dio en virtud de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de aquel país, de fecha 25 de enero del 2011, la cual tiene competencia para conocer de acciones de inconstitucionalidad de normas generales.⁴⁵⁷

Como antecedentes del caso, entre los años 2000 y 2001 se presentaron 4 acciones de inconstitucionalidad en contra de la ley No. 49 de 24 de octubre de 1999. Ésta, en su parte conducente regulaba que: «*La Corte Suprema de Justicia tendrá cuatro Salas: la Primera, de lo Civil; la Segunda, de lo Penal; la Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, y la Cuarta, de Negocios Generales.*»⁴⁵⁸ y que «*El Pleno de la Corte Suprema de Justicia asumirá el conocimiento y decisión de los procesos de Amparo de Garantías Constitucionales y Habeas Corpus que, al entrar en vigencia la presente Ley, se encuentren en trámite ante la Sala Quinta de la Corte Suprema de Justicia. Tales procesos serán sometidos nuevamente a las reglas de reparto.*»⁴⁵⁹ Y, a su vez derogó la Ley N° 32 de 23 de julio de 1999 (Publicada en la Gaceta Oficial N° 23,848 de 26 de julio de 1999) que creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantía de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, a la cual le correspondía conocer de las garantías constitucionales encomendadas por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁵⁶Sobre vigencia y validez; derogación y nulidad de la ley, ver pág.121 y siguientes

⁴⁵⁷ «*La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre las inconstitucionalidades de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones...*» (Asamblea Constituyente. Constitución Política de la República de Panamá, 1972, art. 206

⁴⁵⁸ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, Ley No. 49 de 24 de octubre de 1999 (Publicada en la Gaceta Oficial N° 23,914 de domingo 24 de octubre de 1999, art. 73

⁴⁵⁹*Ibíd.*, art. 29 transitorio

El objetivo de esta Sala, en consideraciones de la propia Corte Suprema de Justicia de aquel país, «*fue producto de la necesidad de que se le brindara a la sociedad una administración de justicia eficaz, expedita, oportuna e ininterrumpida. En otras palabras, con la creación de la misma se pretende ofrecerle a los ciudadanos la tutela judicial efectiva de sus garantías constitucionales, lo cual no es posible en la actualidad, dado el alto volumen de procesos que se tramitan en la Corte Suprema de Justicia, que no pueden ser debidamente atendidos con la estructura existente en dicha Corporación de Justicia.*»⁴⁶⁰

En tal virtud, por medio de la citada Ley No. 49 de 24 de octubre de 1999 el Congreso Legislativo de Panamá «derogó» una Sala dentro de la estructura de la Corte Suprema de Justicia, que, sin entrar en el presente trabajo en detalles sobre los puntos de fondo esgrimidos en la sentencia que se analiza, simplemente se indica a grandes rasgos que el pleno consideró: «*...si bien es cierto, el constituyente autorizó al legislador para "expedir, modificar, reformar o derogar los Códigos Nacionales", en ninguna forma lo facultó para "derogar" una Sala de la Corte Suprema de Justicia, en pleno ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, y dejar sin efecto los nombramientos de sus integrantes constitucionalmente designados, como ocurrió con la expedición y promulgación de la Ley N° 49 de 24 de octubre de 1999 (...) la misma no puede eliminarse del ordenamiento jurídico sin menoscabar la independencia judicial y la debida separación de los poderes del Estado, estableciendo el lamentable precedente que dicha decisión acarrearía, tal y como lo hemos señalado, un fundamento jurídico para que se eliminara - por medio de una Ley - otra Sala de la Corte Suprema de Justicia, e igualmente se dejaran sin funciones a sus integrantes.*»⁴⁶¹ En tal virtud, declaró inconstitucional la Ley impugnada.

Y, al haber hecho tal declaración de inconstitucionalidad, esta Corte establece: «*...el Pleno debe indicar que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma que ha*

⁴⁶⁰ Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de inconstitucionalidad general de fecha 25 de enero 2011, Magistrado ponente: Alejandro Moncada Luna

⁴⁶¹ Loc.Cit.

derogado disposiciones anteriores, acarrea como consecuencia que dichas disposiciones recuperan su vigencia. Este fenómeno es conocido como la reviviscencia de una ley derogada (...). En virtud de lo anterior, puede concluirse que, en el caso objeto de estudio, la ahora declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley N° 49 de 24 de octubre de 1999, conlleva la reviviscencia de la Ley N° 32 de 23 de julio de 1999, es decir, que con el presente fallo recuperan su vigencia las disposiciones legislativas contenidas en la precitada Ley N° 32.»⁴⁶²

De la manera en que lo expresa la Corte en su fallo se colige que el efecto de reviviscencia puede operar de manera automática, pues lo plantea como una consecuencia natural de la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Asimismo, para añadir otro criterio, se consideró que los efectos de la sentencia eran *ex nunc* y en tal orden de ideas «*inician desde el momento en que entra a regir la decisión del Pleno de la Corte; se consideran válidos los efectos producidos hasta el momento de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley, por lo que las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la vigencia de la Ley conservan su validez.*»⁴⁶³ Razón por la cual se interpreta que los efectos de la reviviscencia también deben operar *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, y la Sala Quinta de la Corte Suprema de Justicia debía integrarse nuevamente luego del fallo de inconstitucionalidad.

Cuestión que guarda congruencia con lo actuado porque si se analiza, fue la Corte Suprema de Justicia la que conoció de esta acción de inconstitucionalidad. Por lo que, si los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 49 de 24 de octubre de 1999, y de la reviviscencia de la Ley N° 32 de 23 de julio de 1999 hubieran sido declarados *ex tunc*, es decir, hacia el pasado, entonces en ningún momento hubiera podido la Corte Suprema en pleno, bajo esa línea de argumento, haber proferido la sentencia que ahora se analiza porque la competente hubiera sido la Sala Quinta de aquel Tribunal. Guardar los efectos de la ley N° 49 de 24 de octubre de 1999 en lo que estuvo vigente significa también proteger la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer del caso.

⁴⁶²Loc.Cit.

⁴⁶³Loc.Cit.

Sin embargo, el efecto de reviviscencia de la manera en que fue aplicado en este caso ha generado grandes críticas.

Por ejemplo, se cuestiona si la reincorporación de la Ley 49 de 1999 conllevaba a la derogación de las normas aprobadas en el intervalo entre la norma derogada y el momento en que el fallo empieza a surtir efectos, específicamente sobre la Ley 54 de 2009 que establecía otra época para la elección del Presidente de la Corte Suprema. O bien, en casos como el Código Procesal Penal de 2008, que asignó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en acciones de *habeas corpus*, que en la Ley 32 de 1999 (reincorporada) tal competencia es de la Sala Quinta, por lo que se presenta la incertidumbre sobre si esta disposición del Código Procesal Penal de aquella época quedaba sin vigencia por la reviviscencia de una norma incompatible con su contenido.⁴⁶⁴

Además, hay quienes consideran que no se justificaba la reincorporación de la Ley 32 de 1999 en virtud de que no hubiera existido un verdadero vacío legal como efecto de la declaración de inconstitucionalidad. Al respecto el jurista panameño Salvador Sánchez indica: «...la Ley 49 de 1999 no había dejado ningún vacío. Había cumplido sus efectos. Al declarársele inconstitucional no se producía un vacío que debiera ser llenado por la Corte Suprema de Justicia reviviendo la Ley 32 de 1999. Seguían existiendo las instancias estatales responsables de realizar las tareas, por ejemplo, de control concreto de la constitucionalidad y el derecho adjetivo aplicable. De ahí que no puede justificarse la reviviscencia de la Ley 32 de 1999 como un efecto útil de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 49 de 1999.»⁴⁶⁵ Esto porque, en todo caso, la Corte Suprema de Justicia en pleno podía, por mandato constitucional⁴⁶⁶,

⁴⁶⁴ Sánchez González, Salvador. Reflexiones constitucionales: muerte y resurrección de la Sala Quinta, disponibilidad y acceso: <http://salvasanchez.blogspot.com/2012/04/muerte-y-resurreccion-de-la-sala-quinta.html>, consultado 14/04/2017

⁴⁶⁵ *Loc.Cit.*

⁴⁶⁶ «La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y

adjudicarse las facultades de la Sala Quinta de Garantías, como lo venía haciendo hasta ese entonces.

4.1.5. Efecto de reviviscencia en Costa Rica

Al igual que en otras legislaciones a nivel latinoamericano, el Código Civil de Costa Rica señala: *«Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.»*⁴⁶⁷ Así, también se contempla, en principio, la exclusión del efecto de reviviscencia de normas. Sin embargo, no cierra la puerta completamente, ni abarca todos los casos, sino solo en cuanto a «por la simple derogatoria», en tal sentido, solamente se establece que la reviviscencia no opera de oficio por derogación de la norma derogante, sino que debe ser expresa en la ley.

No obstante lo anterior, sobre la imposibilidad de aplicar la reviviscencia automática en caso de derogación de leyes, en cuanto a la jurisprudencia constitucional este principio ha sido considerado y utilizado por numerosas ocasiones, a saber:

En primer término, se debe indicar que para la Sala Constitucional de Costa Rica, la inconstitucionalidad de la ley equivale a su nulidad, en ocasiones con efectos meramente declarativos y retroactivos. Por supuesto, con las salvedades que dispone la ley de la materia: *«La disposición contenida en el artículo 91 (sobre los efectos retroactivos de la sentencia) no se aplicará respecto aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de*

decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre las inconstitucionalidades de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones...» (Asamblea Constituyente. Constitución Política de la República de Panamá, 1972, art. 206)

⁴⁶⁷ Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, Ley 63, art.1 que dispone la entrada en vigor de la Ley No. XXX de 19 de abril de 1885, Código Civil, vigente: 01/01/1988, luego Título Preliminar reformado por Ley No. 7020 de 06 de enero de 1986, art. 8

*sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando estos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe...»*⁴⁶⁸

En tal sentido, si los efectos del fallo se retrotraen al momento de nacimiento de la norma, se entiende que esta nunca obtuvo efectos derogatorios⁴⁶⁹, por lo que no se puede hablar de reviviscencia.

Sin embargo, cabe resaltar que la Sala Constitucional puede modular los efectos temporales y puede decidir si aplica la reviviscencia de normas o la nulidad retroactiva de los efectos derogatorios. Por ejemplo, en la sentencia número 546-90 aquella Sala al conocer sobre la inconstitucionalidad de leyes forestales que a su vez derogaban las leyes anteriores que regulaban esta materia, consideró: *«Así, al quedar insubsistente la totalidad de la Ley N°7032, es claro que la Ley Forestal debe leerse, a partir de esta declaratoria de inconstitucionalidad, con el texto vigente al 7 de mayo de 1986, fecha de entrada en vigor de la precitada Ley N°7032. Ello es así porque la anulación de estas reformas no puede generar la desaparición de la Ley Forestal anterior a ellas, pues esas disposiciones fueron modificadas por las que ahora se declaran inconstitucionales, lo que significa que si éstas están viciadas de la mayor nulidad posible, como lo es la inconstitucionalidad, las precedentes mantienen su vigencia... POR TANTO... Se declara inconstitucional y en consecuencia se anula la Ley número siete mil treinta y dos (7032) (...) Se declara vigente la Ley Forestal número cuatro mil cuatrocientos sesenta y cinco (4465) del veinticinco de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, con las modificaciones vigentes al siete de mayo de mil novecientos ochenta y seis. Se confiere a esta declaratoria efectos retroactivos a la fecha indicada...»*⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ *Ibid.*, art. 93

⁴⁶⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 7135 de 11 de octubre de 1989, Ley de Jurisdicción Constitucional, Costa Rica, 1989, art. 91

⁴⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de fecha 22 de mayo de 1990, resolución número 546-90, expediente: 89-000037-0007-CO

En el caso anterior transcrito sí se está ante un caso de reviviscencia decidido por la Sala Constitucional de Costa Rica, y sus efectos revitalizadores de la norma derogada son hacia el futuro.

Ahora bien, en cuanto a los límites propios del efecto de reviviscencia esta Sala al conocer sobre la inconstitucionalidad del artículo transitorio IV de la Ley número 6577 de seis de mayo de 1981 este Tribunal tuvo dentro de sus consideraciones que este artículo transitorio había sido derogado por el artículo 14 de la Ley de Presupuesto Ordinario Extraordinario de la República, Fiscal y por Programas, para el año 1986, Ley número 7018, misma que fue declarada nula mediante sentencia de esa Sala Constitucional número 4977. Y, en tal orden de ideas, la Sala consideró que el artículo impugnado (artículo transitorio IV) ya no tenía vigencia (y en tal sentido no podía ser objeto de control constitucional) debido a que por ser una norma temporal, no podía sostenerse tesis sobre su reviviscencia por la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo había derogado.⁴⁷¹

Así la Sala indicó lo siguiente: *«Al declararse inconstitucional la norma presupuestaria que lo había derogado, el transitorio no podía renacer a la vida jurídica, pues no se está en presencia de un caso de reviviscencia de normas derogadas, en cuanto, fenómeno sólo es posible cuando al derogarse o declararse nula la norma derogante, la vigencia de la disposición originalmente derogada no se hubiera extinguido por cumplimiento del plazo señalado al efecto por el legislador. Cuando la norma que derogó el transitorio en cuestión fue declarada inconstitucional, ya el plazo de vigencia de aquella se había sobradamente cumplido, razón por la cual es jurídicamente imposible su reviviscencia normativa en estos momentos.»*⁴⁷² Así, los efectos que pueda tener la reincorporación de normas derogadas, deberán sujetarse a los términos de vigencia que el legislador previó para la norma que se pretende revivir y en ningún caso podría pensarse que el efecto de reviviscencia puede operar arbitrariamente y que el Tribunal Constitucional puede reincorporar cualquier norma ya derogada bajo el pretexto de llenar vacíos

⁴⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de fecha 17 de octubre de 2001, resolución número 2001-10545, expediente: 01-001339-0007-CO

⁴⁷² Loc. Cit.

normativos, sino solamente aquellas directamente derogadas por las declaradas inconstitucionales y que tengan originalmente una vigencia indefinida.

Por otra parte, un caso en particular representa críticas respecto a la aplicación del efecto de reviviscencia en Costa Rica, en el cual no fue la Sala Constitucional de aquel país, sino el Tribunal Aduanero Nacional quien aplicó el efecto de reviviscencia en materia sancionatoria tributaria y aduanera en ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de una ley que hasta ese momento regulaba esa materia y que había derogado una norma anterior. Recordando que en materia sancionatoria (penal) y tributaria, en la mayoría de legislaciones opera el principio de reserva absoluta de ley para fines de tipificación de las conductas que hacen surgir sea la responsabilidad sancionatoria o la obligación tributaria. Así, este Tribunal Aduanero, mediante la sentencia número 200-2016, analiza lo siguiente:⁴⁷³

El artículo 242 de la Ley General de Aduanas, Ley No. 7557, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, el 08 de noviembre de 1995, vigente desde el 01 de julio de 1996 contenía tipificación sobre diversas acciones y omisiones en materia aduanera que eran sancionadas como infracciones tributarias. Habiendo sido reformado por la Ley número 9069. Sin embargo, este artículo volvió a ser reformado por la Ley No. 8373 de 18 de agosto de 2003, que entró en vigencia a partir del 05 de marzo del 2004. A su vez, el primer párrafo de este artículo 242 según la última reforma, que establecía una multa equivalente al valor aduanero de las mercancías, fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional.⁴⁷⁴

En tal sentido, el Tribunal Aduanero se veía ante una disyuntiva: establecer si ante este vacío legal debía entenderse que la norma anterior (es decir, el artículo 242 de la Ley General de Aduanas, con las reformas de la Ley 9069, pero sin las reformas de la Ley No. 8373) recobraba su vigencia; o si en cambio, esta materia quedaba sin

⁴⁷³ Tribunal Aduanero Nacional de Costa Rica, Sentencia número 200-2016 de fecha 02 de junio de 2016, expediente No. 138-2016, pág. 17-22

⁴⁷⁴ Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica (Sala Cuarta), Sentencia 2015-011079, de 22 de julio de 2015, Acción de Inconstitucionalidad número 12-003454-0007-CO y expedientes acumulados: 12-007733-007-CO y 12-007735-007-CO

penalización. Este último, extremo que entraba en directa confrontación con los intereses nacionales en cuanto a temas económicos-fiscales, por cuanto permitirían cometer acciones y omisiones en contra del sistema tributario y aduanero, sin tener repercusiones que sirvieran para desincentivar tal actuar.

Por lo que, este Tribunal Aduanero consideró: «...tales acciones y omisiones nunca han estado despenalizadas y el núcleo o verbo del tipo infraccional se ha mantenido incólume desde su origen. Sobre el particular, estima la mayoría del Colegiado, bajo una nueva ponderación del asunto (...) se reincorpora al Ordenamiento Jurídico la norma anterior a dicha disposición, adoptada por la Ley número 7557, que imponía una multa de tres veces el monto de los tributos evadidos, siempre que la acción o la omisión vulnera el ordenamiento jurídico y cause un perjuicio fiscal mayor de cien pesos centroamericanos (...) En otras palabras, el precepto derogado por la norma declarada inconstitucional se reincorpora al Ordenamiento Jurídico, aún y cuando el Tribunal Constitucional no lo estableciera en la parte dispositiva de su Sentencia, dado que se trata de un principio general en la materia, que debe seguirse o aplicarse en situaciones similares, aún y cuando la respectiva sentencia omita hacer referencia a él.»⁴⁷⁵

De forma que este constituye un caso en el que un órgano ajeno al Tribunal Constitucional (quien debería ser el llamado a prever el alcance de sus fallos) aplica el efecto de reviviscencia para evitar la existencia de vacíos legales que provoquen una situación de incertidumbre, de mayor inconstitucionalidad, o que vayan en detrimento de los intereses del Estado, verbigracia asegurarse que la materia tributaria y aduanera sea clara y predecible.

Además, de este fallo pueden extraerse varios aspectos dignos de análisis:

⁴⁷⁵ Tribunal Aduanero Nacional de Costa Rica, Sentencia número 200-2016 de fecha 02 de junio de 2016, expediente No. 138-2016, págs. 19 y 20

- A. El Tribunal Aduanero aplicó por sí mismo el efecto de reviviscencia, a pesar de que este no se había establecido expresamente en la Sentencia de Inconstitucionalidad. Ello, porque este Tribunal lo consideró como un principio general aplicable cuando se declara la inconstitucionalidad de normas. Ello a pesar de que la Ley de Justicia Constitucional de Costa Rica regula que el único competente para modular los efectos de la sentencia, como es lógico, debe ser la propia Sala Constitucional.⁴⁷⁶
- B. El fallo se apoya en los efectos *ex tunc* de la sentencia de inconstitucionalidad. Y, sobre esto se tiene presente lo que regula el artículo 91 de la Ley de Justicia Constitucional de aquel país que establece: «*La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.*»⁴⁷⁷⁴⁷⁸

Así, el Tribunal aduanero determinó: «...*Esta posición planteada, corresponde a la teoría de la “reviviscencia o reincorporación de las normas”, que significa la recuperación de la vigencia de los preceptos derogados, por la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma derogante, y tiene como sustento el hecho de que cuando el desaparecimiento de la norma tiene por base un fallo del órgano controlador de la integridad constitucional, siendo este declarativo en cuanto reconoce la existencia de un vicio nacido con la vigencia de la misma, sus efectos*

⁴⁷⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 7135 de 11 de octubre de 1989, Ley de Jurisdicción Constitucional, Costa Rica, 1989, art. 91

⁴⁷⁷ *Loc. Cit.*

⁴⁷⁸ Es importante resaltar que, para resguardar la seguridad jurídica se dispone: «*La disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando estos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe...*» (Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 7135 de 11 de octubre de 1989, Ley de Jurisdicción Constitucional, Costa Rica, 1989, art. 93)

en el tiempo se cumplen desde tal vigencia, configurándose la ficción jurídica que esta norma inconstitucional nunca estuvo en vigor...»⁴⁷⁹

Por lo que, este fallo constituye un caso en que los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad (anulación de la ley) pueden servir de apalancamiento para que un órgano que no es precisamente el Tribunal Constitucional aplique el efecto de reviviscencia de las normas derogadas, entendiendo que los efectos derogatorios nunca ocurrieron. En los sistemas jurídicos en donde esos efectos no se establecen, sino solamente los efectos *ex nunc*, no podría usarse, por lo tanto, esta lógica.

- C. En cuanto al respeto del principio de reserva de ley es importante destacar el análisis que realizó el Tribunal Aduanero, sobre todo en cuanto a que *«...tales acciones y omisiones nunca han estado despenalizadas y el núcleo o verbo del tipo infraccional se ha mantenido incólume desde su origen...»⁴⁸⁰* En ese sentido, por dicho tribunal se considera que en tanto la tipificación siga intacta, a pesar de que en cuanto a que su sanción haya sido derogada, puede aplicarse el efecto de reviviscencia para no dejar sin sancionar una acción que por voluntad del legislador siempre lo ha estado.

Sin embargo, esta resolución por parte del Tribunal Aduanero fue motivo de una acción de inconstitucionalidad planteada ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, alegando que resultaba *«...improcedente que cualquier órgano de la Administración Pública o cualquier operador jurídico pueda disponer sobre la reviviscencia automática de la norma derogada o reformada por una disposición legal que sea, posteriormente, declarada inconstitucional, en tanto esto corresponde, en exclusiva, a esta Sala Constitucional. Y que no obstante lo anterior el Tribunal Aduanero Administrativo decidió adjudicarse la competencia de revivir una norma ya*

⁴⁷⁹ Tribunal Aduanero Nacional de Costa Rica, Sentencia número 200-2016 de fecha 02 de junio de 2016, expediente No. 138-2016, pág. 20

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 19

derogada, una vez esta Sala declaró inconstitucional el párrafo primero del artículo 242 de la Ley General de Aduanas...»⁴⁸¹

Lamentablemente esta acción fue rechazada de plano y no se entró a conocer del fondo del asunto en virtud de que había sido planteada como una acción de inconstitucionalidad, pero la inconformidad versaba sobre actos de autoridad, susceptibles de ser analizados por medio de la garantía constitucional de amparo.⁴⁸²

No obstante no se conoció el criterio de la Sala Constitucional sobre la aplicación de este principio por un órgano ajeno a este tribunal, es necesario traer a colación lo que sí estimó en una Consulta Judicial formulada por el Juzgado de Tránsito del Primer Circuito Judicial de San José, relativa a la inconstitucionalidad del artículo 129 inciso ch) de la Ley de Tránsito, en virtud de que había quedado un vacío, al quedar impune, por virtud de la deficiente construcción del tipo legal, una conducta a todas luces ilícita.⁴⁸³

Así, la Sala Consideró que: «...*Procede entender restablecido el texto de la norma reformada, cuando la norma reformante ha sido declarada inconstitucional, dadas las condiciones anulatorias, declarativas y retroactivas que tal pronunciamiento tiene. En las sentencias N°479-90, 546-90 y 3495-92, entre otras, la Sala tuvo por restablecida la vigencia de la normativa anterior. Cabe agregar ahora, a propósito de este importante tema, que aunque la jurisprudencia constitucional lo ha declarado así en casos específicos, ha de entenderse que se trata de un principio general, que debe seguirse o aplicarse siempre en situaciones similares, aun cuando la respectiva sentencia omita hacer una referencia concreta a él.*»⁴⁸⁴

En ese orden de ideas, queda solventada la interrogante y se puede establecer que en Costa Rica puede entenderse que los efectos retroactivos del fallo, que establecen con

⁴⁸¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015, resolución número 2016003476, expediente: 16-002757-0007-CO

⁴⁸²*Loc.Cit.*

⁴⁸³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de Consulta Judicial (Facultativa) de constitucionalidad, de fecha 08 de junio de 2001, Resolución número: 2001-04888 expediente 00-001184-007-CO

⁴⁸⁴*Loc.Cit.*

carácter declarativo la invalidez de las disposiciones derogatorias de la norma inconstitucional pueden operar automáticamente, entendiendo reincorporadas las normas derogadas (pero no es lo mismo que la reviviscencia automática, sino que se trata de un efecto natural de una nulidad *ex tunc* de la derogación).

4.1.6. Efecto de reviviscencia en España

Luis Díez Picazo sostiene que en el caso de la legislación española la declaración de inconstitucionalidad de ley tiene efectos de nulidad de la misma. Y sobre ello indica: «...así, pues, hay que partir del dato de que, en el Derecho español, la declaración de inconstitucionalidad conlleva la declaración de nulidad de la ley...De aquí se desprende, en buena lógica, la reversión del efecto derogatorio y la consiguiente reviviscencia de la ley derogada, ya que *quod nullum est nullum effectum producit*. Si la ley derogatoria resulta ser inconstitucional y nula y, por tanto, son anulados todos sus efectos, también debe caer su efecto derogatorio, que no es, tal como se vio en su momento, sino un efecto normativo más de la ley. La declaración de inconstitucionalidad de la ley derogatoria, de este modo, sería un supuesto de reviviscencia de la ley en sentido propio, ya que aquí la recuperación de la vigencia no procede de un nuevo acto positivo de ejercicio de la potestad legislativa - como ocurre en la derogación de la disposición derogatoria -, sino de la propia ley derogada. Al desaparecer el efecto derogatorio, la ley derogada, por sí sola, recupera la vigencia que aquél había hecho cesar.»⁴⁸⁵

Sin embargo, el autor difiere de tal criterio porque, si bien es cierto por ese tipo de pronunciamiento pareciera ser que se afecta el ámbito temporal de validez y la vigencia de la norma derogada, lo cierto es que esta nunca dejó de estar vigente. Pero, también se comprende que sin la declaración del Tribunal Constitucional tal efecto nulificador de la derogación nunca hubiera podido darse en virtud del principio de *indubio pro legislatoris*, que propugna la validez de la norma y su apego a la constitución salvo declaración del Tribunal Constitucional en contrario.

⁴⁸⁵Díez-Picazo, Luis M. *La derogación de las leyes*, *óp.cit.*, pág. 251.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, al igual que el caso del Tribunal Constitucional colombiano, cuestiona la imposibilidad de reincorporar, por efectos del fallo de inconstitucionalidad, a una norma derogada que también confronta al texto constitucional. Es decir, la inviabilidad de «revivir» normas igualmente inconstitucionales.

Sobre este extremo el referido Tribunal, al conocer no una acción de inconstitucionalidad, sino una acción de amparo instada por una persona a quien se le había condenado por un delito económico según la tipificación que hizo el Juzgado de Instancia Penal apoyándose en una ley derogada por otra que posteriormente fue declarada inconstitucional, aplicando el efecto de reviviscencia de forma automática, ha considerado lo siguiente: *«En cuanto a la cláusula derogatoria, ha sido discutido en la doctrina penal qué sucedería si la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, cuya inconstitucionalidad es unánimemente proclamada por la doctrina penalista, fuera, en fin, declarada inconstitucional por este Tribunal. Se ha apuntado alguna vez que la inconstitucionalidad de la Ley de 1979, haría “revivir” la Ley de 24 de noviembre de 1938, al efecto de la represión de las conductas desarrolladas entre la entrada en vigor de la Ley 40/1979, y la de la Ley Orgánica 10/1983. Pero esta “resurrección” es jurídicamente imposible, ya que es evidente la radical incompatibilidad de la Ley de 1938 con la Constitución, en tal grado que ninguna interpretación “constitucionalmente conforme” puede sanar, y hay razones todavía más contundentes que se añaden a las aludidas, para impedir la vuelta a la vida de cadáver legislativo de la Ley de 1938.»*⁴⁸⁶

Esto plantea, por supuesto no desde el plano de la acción de amparo, sino de la de inconstitucionalidad, si acaso ¿puede el Tribunal Constitucional ir más allá y también analizar la posible inconstitucionalidad, no solo de la norma impugnada, sino también de la norma que podría reincorporarse como efecto de su fallo? Aspecto que se discutirá en el apartado respectivo del presente capítulo.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶Tribunal Constitucional de España, Sentencia No.140/1986, de 11 de noviembre de 1986

⁴⁸⁷Se análisis sobre este extremo en la pág. 238

4.1.7. Efecto de reviviscencia de normas en Alemania

En el caso de Alemania, la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene efectos de nulidad de la misma. Así lo establece el artículo 78 de la Ley de la Corte Consitutcional Federal (*bundesverfassungsgericht*) «*Si la Corte Constitucional Federal llega a la conclusión de que la ley federal es incompatible con la Ley Fundamental (...) esta debe declarar nula la ley...*»⁴⁸⁸ La nulidad se retrotrae, pues, al momento de creación de la norma, y por ello se define como nulidad *ex tunc*. Sin embargo, este mismo cuerpo legal establece que las decisiones basadas en una ley que fue anulada en virtud de la declaración de una inconstitucionalidad no se verán afectadas para conservar el principio de seguridad jurídica. Y estos procesos no pueden reabrirse, salvo en materia penal.⁴⁸⁹ Agregado a ello, el Tribunal Constitucional Federal puede dictar también una «declaración de incompatibilidad sin nulidad», que en palabras del autor Javier Coripuna «*Este tipo de decisiones se justifica cuando, a pesar de haberse identificado que la disposición controlada es contraria a la Constitución, no se declara la nulidad para evitar una situación jurídica insoportable.*»⁴⁹⁰

Es más, el propio Tribunal Constitucional Aleman se ha pronunciado al establecer que «*En general, el Tribunal Constitucional Federal declara nula toda ley inconstitucional. La vacuidad también se aplica retroactivamente y, en términos de ley, resulta en una situación como si la ley nunca hubiera sido promulgada, y no produce ningún efecto. En ciertos casos, el Tribunal Constitucional Federal se limita a declarar que una disposición es incompatible con la Ley Fundamental y establece una fecha a partir de la cual ya no puede aplicarse. Esto se hace especialmente si el legislador tiene varias posibilidades de eliminar la violación de la Constitución o si la ley que deja de estar en vigor tiene mayores desventajas que las desventajas de que permanezca en vigor por un período limitado de tiempo. Esto suele ser el caso de las leyes fiscales, ya que la base legal*

⁴⁸⁸ Ley de la Corte Constitutional Federal (Law on the Federal Constitutional Court Act [Bundesverfassungsgerichts-Gesetz (BVerfGG)], de 12 de marzo de 1951, art. 78

⁴⁸⁹ *Ibid.*, art.. 79

⁴⁹⁰ Coripuna, Javier Adrián. «Los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad» Revista de Derecho THEMIS No. 55, Perú, 2008, pág. 111

*para la aplicación de un impuesto sería total o parcialmente abolida.»*⁴⁹¹ Siguiendo ese orden de ideas, debe entenderse que si se toma a una ley declarada inconstitucional como si nunca fue promulgada, los efectos derogativos de esta no pueden subsistir. De lo contrario, se estaría favoreciendo a una ley nula sobre otra que fue emitida válidamente, a una ley irregular sobre la que no lo es.

En el mismo sentido sostiene su tesis el autor Cerrina Ferroni, al explicar que la declaración de incompatibilidad con la Constitución en Alemania tiene como consecuencia jurídica un «bloqueo de aplicación» (Anwendugssperre) cuyos efectos se retrotraen al momento en que se ha verificado la colisión normativa y que desde el punto de vista del derecho constitucional tiene el mismo efecto de la declaración de nulidad, no pudiendo surtir ningún efecto.⁴⁹² Vale decir, tampoco los derogatorios.

4.1.8. Efecto de reviviscencia de normas en Guatemala

Luego de haber analizado diversos casos de derecho comparado en los cuales se ha utilizado el efecto de reviviscencia, y de establecer algunos alcances y límites del mismo, corresponde ahora analizar la situación de Guatemala. Al respecto se debe indicar que los casos en que se ha utilizado este principio por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca han sido extremadamente escasos y también controversiales.

En un principio la Ley del Organismo Judicial, al desarrollar el tema relativo a la derogación de la ley establece lo siguiente: «...*Las leyes se derogan por leyes posteriores: (...) d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad (...)* Por el hecho de la derogación de una ley no recobra vigencia las que ésta hubiere derogado.»⁴⁹³ Es decir,

⁴⁹¹ Bundesverfassungsgericht, Effect of Decisions, disponibilidad y acceso: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung.html>, consultado: 15/04/2017

⁴⁹² Ferroni, Cerrina. *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Reppublica federale tedesca: tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalita*, Italia, Giappichelli, 2002, pág.212

⁴⁹³Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989, art. 8

tal normativa guarda congruencia con numerosas otras legislaciones en las cuales, como se estableció anteriormente, también contemplan el principio general de no aplicación del efecto de reviviscencia.

Además, cataloga a la declaración de inconstitucionalidad como una derogación, aspecto con el que este autor no está de acuerdo, porque, a pesar de que en Guatemala tal declaración surte efectos *ex nunc* a partir de su publicación en el Diario Oficial⁴⁹⁴, como se sostuvo anteriormente, no se trata de un acto de emanación de voluntad del poder legislativo, sino más bien de un estimación que hace el Tribunal Constitucional sobre un vicio que le hace ser «*nula ipso jure*»⁴⁹⁵, a pesar de que tal nulidad tenga efectos *pro futuro*, asemejándose más a una «anulabilidad» que a una «nulidad ab initio». Por lo que, a simple vista, esta norma parece prohibir también la aplicación del efecto de reviviscencia en caso de declaración de inconstitucionalidad de carácter general de la disposición derogatoria, como una suerte de prohibición del efecto derogatorio para todos los casos.

Sobre este segundo supuesto, en Guatemala son escasas las sentencias en las que se ha abordado el efecto de reviviscencia. Uno de estos casos dentro de la Acción de Inconstitucionalidad General, expediente 2849-2012.⁴⁹⁶

En ese expediente se alegaba la inconstitucionalidad del artículo 180, inciso 4) de la Ley de Actualización Tributaria, Decreto 10-2012 del Congreso de la República, la cual derogó la exención contenida en el artículo 12 del Decreto 80-2000 del Congreso de la República, la cual disponía lo siguiente: «*Se exceptúan del impuesto del diez por ciento (10%) que establece el inciso a) del artículo 45 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, los pagos o acreditamientos e cuanta de intereses por concepto de préstamos*

⁴⁹⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986, arts. 140 y 141

⁴⁹⁵ Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 175

⁴⁹⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de fecha 28 de mayo de 2013, Expediente 2849-2012, Publicada en el Diario Oficial No. 25 el 17 de junio de 2013

otorgados por instituciones bancarias y financieras de primer orden, debidamente registradas como tales en el país de origen(...)»⁴⁹⁷

Por otra parte, el artículo 104, inciso 2), literal a), segundo párrafo de la Ley de Actualización Tributaria, establece: «*Se exceptúa del impuesto a que se refiere el presente numeral, los pagos por acreditamientos en cuanta de intereses por concepto de préstamos otorgados por instituciones bancarias y financieras a entidades debidamente autorizadas y reguladas en su país de origen (...)*»⁴⁹⁸

Es decir, en la nueva ley se mantenía la exención sobre esta actividad; sin embargo, el problema era que esta ley disponía que el libro relativo al impuesto sobre la renta, entraría en vigencia el uno de enero del dos mil trece⁴⁹⁹, mientras que el artículo 180 que contenía la disposición derogatoria entraba en vigencia ocho días luego de su publicación en el Diario Oficial⁵⁰⁰, lo que generaba un espacio de tiempo en el que tal actividad quedaba sin exención, y por lo tanto resultaban afectas al Impuesto Sobre la Renta todas las personas individuales y jurídicas no domiciliadas en Guatemala que perciban o le sean acreditadas en cuenta pagos por concepto de intereses por préstamos otorgados por instituciones bancarias o financieras del extranjero. Además, se argumentó que la disposición impositiva conllevaba un efecto retroactivo, pues se aplicaría retención de impuesto sobre la renta a intereses causados antes de la vigencia de la derogatoria de la ley anterior del Impuesto Sobre la Renta (Decreto 26-92 del Congreso de la República), en virtud de que la remesa de los intereses causados se realizaba dentro del período de tiempo en que no estaría vigente la exención.

Así las cosas, la Corte de Constitucionalidad consideró: «*...no es razonable que el mismo legislador haya aprobado la derogatoria de una disposición normativa que regulará la exoneración de un impuesto hasta una fecha cierta y determinada, en la cual entre en vigencia una nueva disposición que restituya esa exoneración, por haber*

⁴⁹⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 80-2000, art.12

⁴⁹⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 10-2012, Ley de Actualización Tributaria, 2012, art.104, inciso 2), literal a)

⁴⁹⁹ *Ibid.*, art.. 181, numeral 1)

⁵⁰⁰ *Loc.Cit.*

*aprobado otra norma que regulará el contenido total de aquella y, por ende, será la que deberá tomarse en cuenta para su aplicación. De esta manera, se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica en materia tributaria...»*⁵⁰¹ Declarando así inconstitucional la norma que contenía la disposición derogatoria.

En cuanto al efecto de reviviscencia, el mismo se aplicó *primea fase*, no en la sentencia, sino en el auto de diez de agosto de dos mil doce, es decir, en el auto que suspendió provisionalmente el artículo impugnado, haciendo reincorporar al ordenamiento jurídico el artículo 12 del Decreto 80-2000 del Congreso de la República, por considerarse que la laguna jurídica existente podría provocar un efecto gravoso.⁵⁰²

En la sentencia la Corte sostiene la tesis de que la eficacia de la sentencia de inconstitucionalidad no se encuentra relacionada con los vacíos normativos que pueda generar, así: *«...en principio, la eficacia de la sentencia de control constitucional y el vacío normativo que esta pueda originar, son cuestiones completamente diferentes, sin que la segunda tenga una clara incidencia sobre la primera. En efecto, si en virtud de la declaración de inexequibilidad de un cuerpo normativo se genera una laguna en el ordenamiento no necesariamente tiene que acudirse a la tesis de la reviviscencia para colmar tal vacío normativo, por lo que la constatación de esa situación nada dice respecto a la mayor o menor eficacia de la sentencia de control constitucional.»*⁵⁰³Aspecto que contrasta, en parte, con la jurisprudencia emanada por otros tribunales constitucionales de la región, como el caso de la Suprema Corte de Justicia mexicana que sí considera que la existencia de un vacío legal producto del fallo de inconstitucionalidad pone en juego la eficacia del mismo, en cuanto no se cumpliría con el objetivo de restaurar debidamente el orden constitucional afectado.⁵⁰⁴ Criterio con el que el autor concuerda.

⁵⁰¹Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de fecha 28 de mayo de 2013, Expediente 2849-2012, Publicada en el Diario Oficial No. 25 el 17 de junio de 2013

⁵⁰²*Loc.Cit.*

⁵⁰³*Loc.Cit.*

⁵⁰⁴Sobre el tema de México, ver pág. 154 y siguientes

Ahora bien, resulta interesante como la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en el fallo que se analiza, intenta conciliar sus consideraciones respecto a la irretroactividad de la declaración de inconstitucionalidad general de una norma, con la aplicación del efecto de reviviscencia. Para ello, sostiene la tesis de que esta declaración no es igual a la nulidad *ab initio* de la norma impugnada, en el sentido de que los efectos producidos entre su entrada en vigor y la sentencia de inconstitucionalidad (o la suspensión provisional, en su caso), se mantienen incólumnes, pudiendo ser aplicados ultractivamente, apegándose sus efectos a los de una derogación. Sin embargo, se interpreta que la reincorporación de la norma derogada (artículo 12 del Decreto 80-2000 del Congreso de la República), no atiende a la nulidad *ab initio* del artículo 180 inciso 4) de la Ley de Actualización Tributaria, que haría desaparecer todos sus efectos, con ello los derogatorios, sino más bien en la necesidad de preservar el orden constitucional, a pesar de la prohibición que contiene la Ley del Organismo Judicial.⁵⁰⁵

En tal sentido la Corte considera: *«Tal como lo señala el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial, la reincorporación de una norma derogada en manera alguna puede suceder en virtud de la declaratoria de inexecuibilidad de la disposición derogatoria, sin embargo, conforme a la jurisprudencia comparada [haciendo referencia específica al caso del Tribunal Constitucional colombiano], es pertinente esa acción jurídica, cuando del estudio se puede determinar que la disposición revivida no es contraria al ordenamiento jurídico y, además, necesaria para la supremacía de la Constitución (...) esta Corte consideró válido y necesario que recobrará vigencia la norma que había sido derogada por la atacada de inconstitucional, porque no solo, conforme las estimaciones referidas (...) sino porque tiene íntima relación con el cumplimiento de reserva legal en la creación de tributos, tal cual es la determinación de una exención (uno de los elementos de las bases de recaudación) (...) debido a que esta dispensaba de la obligación de gravar con el Impuesto Sobre la Renta... los pagos o acreditamientos en cuenta de intereses por concepto de préstamos otorgados en la forma, condiciones y por las instituciones financieras ahí indicadas, lo que resulta ser conforme al ordenamiento jurídico en materia tributaria y necesario para garantizar la*

⁵⁰⁵Loc.Cit.

supremacía del texto constitucional, en cuanto a la determinación de la exención del pago del mismo tributo...»⁵⁰⁶

Es decir, se adoptó la reincorporación de la norma derogada al ordenamiento jurídico, no obstante la contradicción con el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial porque así lo demandaban las circunstancias a modo de preservar el orden constitucional. Específicamente, de la parte transcrita de la sentencia, se interpreta que al haber declarado inconstitucional la norma derogatoria por contener contradicción con el principio de seguridad y certeza jurídica (consagrado en el artículo 2 constitucional), la Corte no tenía otra opción más que devolver a la vida la norma anterior que regulaba lo concerniente a la exención del tributo, pues este tribunal no podía, con base al principio de reserva absoluta de ley en materia tributaria⁵⁰⁷ sustituir la voluntad del legislador y establecer por sí mismo los parámetros en que esta base de recaudación debía operar en lo que adquiriría vigencia el libro relativo al impuesto sobre la renta, sino que la opción constitucionalmente más válida era reincorporar la norma derogada porque, en última instancia, esta era una expresión de la voluntad legislativa.

Algo interesante a resaltar, no obstante el tema tributario no es el eje central del presente trabajo, es que en la sentencia analizada la Corte de Constitucionalidad, apegada a los efectos *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad, ligeramente retroactivos (*ex tunc*) en caso de suspensión provisional, los efectos del fallo se retrotrajeron al diez de agosto del dos mil doce, fecha en que fue decretada tal suspensión, y desde esa fecha se tuvo por reincorporado el artículo 12 del Decreto 80-2000 del Congreso de la República, lo que quiere decir que del trece de marzo de dos mil doce, fecha en que entró en vigencia el artículo 180 de la Ley de Actualización Tributaria (norma derogatoria), hasta la de la publicación de la suspensión, no existió la exención al Impuesto Sobre la Renta antes indicada.

⁵⁰⁶ *Loc. Cit.*

⁵⁰⁷ «**Principio de legalidad.** Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales (...) así como determinar las bases de recaudación, especialmente las siguientes: (...) b) Las exenciones; (...)» (Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 239)

Otro ejemplo de aplicación del efecto de reviviscencia en la Justicia Constitucional guatemalteca lo constituye la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 13 de agosto de 2003, dentro de los expedientes acumulados 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000. Sobre esto, el planteamiento de la inconstitucionalidad fue promovido en contra de los artículos 21 y 23 del Decreto 44-2000 del Congreso de la República «Ley de supresión de privilegios y beneficios fiscales, de aplicación de la base y regularización Tributaria» que derogó parcialmente el artículo 28 del «Ley de Timbres Fiscales y de Papel Sellado especial para Protocolo», en la frase: *«...Adicionalmente, el Ministerio de Finanzas Públicas por el conducto correspondiente pagará en efectivo, un cuatro por ciento sobre el monto de cada adquisición efectuada por los Notarios, que se entregará directamente al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, con destino exclusivo a financiar sus planes de pensiones, jubilaciones, montepíos y otras prestaciones a favor de los colegiados, y los comprobantes que se extiendan a la dirección como constancia del pago de la comisión a que se refiere este artículo, no están afectos al impuesto de timbres fiscales»*.⁵⁰⁸

En ese sentido, la CC consideró que el derecho adquirido de los colegios profesionales no podía ser afectado; sin embargo, si se declaraba la inconstitucionalidad de la norma impugnada *«...ante el vacío normativo que produciría la estimación de una inconstitucionalidad, debe realizarse dicha labor intelectual orientada a evitar el absurdo de que el efecto derogatorio que tal declaración conlleva, implique la supresión del derecho adquirido, cuya eliminación se produciría al expulsar la norma del ordenamiento jurídico, situación que por su contrasentido con la función esencial de esta Corte, no puede permitirse (...) por el derecho que incorpora [refiriéndose al artículo 28 citado], deben entenderse que nunca han perdido vigencia y su observancia por parte de la administración pública es obligatoria...»*⁵⁰⁹

⁵⁰⁸Congreso de la República de Guatemala, Decreto 37-92, Ley del Timbre Fiscal y de Papel Sellado Especial para Protocolo, art. 28

⁵⁰⁹Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia 13 de agosto de 2003, expedientes acumulados: 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000, pág. 16

En ese caso, no obstante se declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad para evitar la existencia de un vacío legal, se aplicaron los efectos revitalizadores en cuanto a la parte que había sido derogada. Se considera este caso como una variante en el sentido de que no se impugnó la norma derogatoria, sino la norma que había sido reformada por la anterior. En tal orden de ideas, no era posible el absurdo de expulsar la norma impugnada y aplicarle los efectos revitalizadores (sin reformas) al mismo tiempo.

A su vez, existe otro fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad en donde se analiza este principio, pero no se aplica y es dentro de los expedientes acumulados 1-2015, 6-2015, 7-2015, 44-2015, 68-2015, 71-2015, 101-2015 y 167-2015.

En esta sentencia, de fecha 17 de septiembre de 2015, la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad de los artículos del 61 al 78 y 80 del Decreto 22-2014 del Congreso de la República por estimar transgredidos los principios de seguridad jurídica y de legalidad tributarias, consagrados en los artículos 2 y 239 constitucionales, pues de conformidad con la Ley Orgánica del Presupuesto, la disposición que apruebe el presupuesto de ingresos y egresos de la nación, por su carácter eminentemente temporal, no podrá establecer normas de carácter permanente, ni se crean entidades administrativas, ni creación, modificación o supresión de tributos; cuestión que no había ocurrido en presente caso pues con esta Ley se introducían reformas a la Ley de Minería, Código Penal, Ley del Impuesto Específico a la Distribución de Cemento, y creación del Impuesto a las Líneas de Telefonía Fija y Móvil.

Ante esto, se presentaron solicitudes de ampliación planteadas por la Superintendencia de Administración Tributaria y Cámara de Comercio de Guatemala. La primera de estas entidades la presentó con el objeto de que se puntualizara sobre la vigencia de las normas que fueron objeto de reforma por medio de los artículos que se declararon inconstitucionales (61, y del 76 al 78 del Decreto 22-2014 del Congreso de la República), por la aplicación del efecto de reviviscencia de las disposiciones legales.⁵¹⁰

⁵¹⁰*Loc. Cit.*

Al desarrollar el auto que resolvió los recursos de ampliación planteados, sobre los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad la Corte consideró: *«Se ha indicado también, que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma implica su expulsión del ordenamiento jurídico a partir del día siguiente de la publicación Integra de la sentencia correspondiente en el Diario Oficial, y que dicha expulsión no afectaría las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma cuestionada, solución que resulta, plenamente compatible con el efecto ordinario ex nunc de las resoluciones emitidas en esa materia (...) en función de legislador negativo, sus efectos se producen hacia el futuro, toda vez que lo contrario provocaría impredecibles consecuencias, porque se podrían eliminar los efectos o los actos producidos o consumados durante su validez.»*⁵¹¹

Sin embargo, y a pesar que anteriormente se explicó que la Corte de Constitucionalidad ha dicho que la eficacia de la sentencia en materia del control constitucional de normas es totalmente diferente e independiente de los vacíos legales que esta pueda provocar, en la Sentencia que ahora se analiza sí se reconoce la labor del Tribunal para evitarlos, así: *«...se ha indicado que es labor de este Tribunal evitar que situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe puedan verse afectados por la declaratoria de inconstitucionalidad, por lo que para no incurrir en el incertidumbre de abrogar derechos fundamentales o inobservar mandatos constitucionales al expulsar por declaratoria de inconstitucionalidad disposiciones legales, se debe graduar en el espacio y tiempo los efectos de la declaratoria aludida, previniendo daños en la seguridad jurídica, como uno de los valores que el Estado está obligado a preservar, de acuerdo con el artículo 2º constitucional, ante el vacío normativo que produce la declaratoria de inconstitucionalidad, pues las normas se derogan -entre otros casos- por la declaración de inconstitucionalidad dictada en sentencia firme por esta Corte.»*⁵¹²

Sobre la capacidad modificadora, derogativa y creadora de normas tributarias de la Ley que aprueba el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado la Corte de

⁵¹¹Loc.Cit.

⁵¹²Loc.Cit.

Constitucionalidad indica: «...la disposición que aprueba el presupuesto de Ingresos y egresos del Estado es una "ley de mera aprobación", que contiene una simple concreción cuantitativa de la ley presupuestaria en vigor; así también se afirmó que es un "acto administrativo en forma de ley" que permite la vigencia efectiva de leyes de ingresos y egresos públicos, lo que implica que el hecho de que determinados actos legislativos lleven el nombre de leyes, no significa que éstas lo sean en puridad, porque no contienen ninguna norma de carácter general, sino que únicamente son actos legislativos formales –actos condición (...) por lo tanto, no debe incluir deberes y obligaciones, porque este campo corresponde a la ley ordinaria, que es la única creadora de normas de aplicación general (...) se puede concluir que el mismo no puede tener efectos derogatorios sobre las disposiciones tributarias establecidas en una Ley propiamente dicha, en las cuales se fijaron y regularon obligaciones sobre regalías y bases de recaudación (...) es decir que cuando se trata de una variación o estimación de un tributo o establecimiento de una obligación -para el caso de regalías- habrá de cumplirse forzosamente con la exigencia constitucional de que la misma este prevista en una ley sustantiva, por exigencia de los principios de legalidad y reserva de ley, ello implica que las disposiciones contenidas en los artículos 61, 76,77 y 78 del Decreto 22-2014, no pueden derogar las acotadas en los artículos 63 del Decreto 48-97 (Ley de Minería) y 2, 4 y 5 del Decreto 79-2000 (Ley del Impuesto Específico a la Distribución del Cemento).....»⁵¹³

Lo anterior, a criterio del investigador, se asemeja más a un vicio de inconstitucionalidad *interna corporis*, por falta de requisitos en la formación o derogación de leyes en materia tributaria, que de conformidad con el artículo 239 deben estar contenidas en una norma jurídica con rango de ley (sustantiva) –principio de legalidad y reserva de ley-. Dichas consideraciones llevaron al Tribunal Constitucional guatemalteco a establecer que los efectos derogatorios del Decreto 22-2014 del Congreso de la República contenían un vicio de inconstitucionalidad y no podían aplicarse.

⁵¹³Loc.Cit.

Pero, lo curioso fue que en este fallo se estableció que los efectos derogatorios nunca sucedieron, más parecido a lo que en reiteradas ocasiones se ha identificado en este trabajo como una *nulidad ab initio* de los mismos. Por lo que las normas supuestamente derogadas nunca lo fueron, adquiriendo plena vigencia desde siempre.

Sobre esto último, la Corte muestra renuencia a admitir otro caso de reviviscencia y lo explica de la siguiente forma: «*Lo anteriormente indicado no debe confundirse con el efecto de reviviscencia, invocado por los recurrentes, referido y aplicado por esta Corte en otro fallo sobre un caso similar al presente, y el cual implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de normas que fueron derogadas por las denunciadas como violatorias a la Constitución; pues como quedó indicado en el presente caso, por las características propias del Decreto cuestionado, las disposiciones tributarias establecidas en los artículos 61, 76, 77 y 78 del mismo, no pueden tener efectos reformadores o derogatorios sobre las establecidas en las Leyes de Minería y del Impuesto Específico a la Distribución del Cemento, respectivamente.*»⁵¹⁴

Tesis con la que se concuerda porque no es lo mismo declarar la nulidad de los efectos derogatorios, que la reviviscencia de la norma derogada. Sin embargo, lo cuestionable es la facultad que tenía la Corte de Constitucionalidad de emitir este pronunciamiento. Lo anterior, porque el sostener que la Corte emitió una sentencia decretando la *nulidad ab initio* de la norma impugnada puede generar conflicto, especialmente en cuanto a los efectos *ex nunc* de la sentencia de inconstitucionalidad, ya que la nulidad se retrotraería al momento mismo en que la norma debió empezar a regir, y se tiene que esto nunca sucedió.

Al parecer de quien escribe, la Corte lo hizo así porque era difícil consentir que una norma no apta para reformar, crear o derogar tributos tuviera vigencia por un tiempo, por mínimo que fuera entre la fecha de su supuesta vigencia hasta la de la declaración de inconstitucionalidad, no aceptando, ni siquiera la aplicación ultractiva de sus

⁵¹⁴Loc. Cit.

preceptos, como ocurre normalmente en caso de inconstitucionalidades generales de leyes.

Empero, el mismo argumento puede ser utilizado para el resto de casos en que las normas resultan ser inconstitucionales sea por fondo o por un vicio *interna corporis*, pues al aplicar los efectos del fallo de manera *ex nunc*, se consiente que por un lapso de tiempo aquella norma fue válida aún en contra de la propia Constitución. Si se quiere ver más radicalmente, se admite que esta norma superó la jerarquía de la Constitución por un breve período de tiempo. Cuestión que no ocurre para los sistemas que admiten que el Tribunal Constitucional pueda modular los efectos en el tiempo de sus fallos, aplicándolos incluso de manera retroactiva (*ex tunc*), debiendo respetar únicamente los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones o relaciones jurídicas consolidadas en resguardo de la seguridad jurídica y el estado de derecho mismo.

Sin embargo, no se puede ignorar el hecho de que sí pueden existir vicios de inconstitucionalidad *interna corporis* más graves que otros. Como en este caso en el que se intentó reformar una ley permanente y alterar bases de recaudación tributaria por medio de la ley que aprueba el presupuesto anual de ingresos y egresos del Estado que como se explicó, no es más que un acto de mera aprobación (Imaginemos el caso extremo u absurdo que un Consejo Municipal dicte un acuerdo en el que deroga el código civil, es claro que ese tipo de derogatoria nunca surtirá efecto). Por lo que, lo que se puede apreciar del fallo analizado es que la Corte de Constitucionalidad solamente aclaró este punto, pero no se excedió en sus atribuciones.

4.2. PARTE SEGUNDA

Presentación de resultados: criterio de los expertos

Con la finalidad de explicar la forma en que opera el efecto de reviviscencia, la manera en que puede ser utilizado para llenar vacíos legales al momento de declarar la inconstitucionalidad de una norma, las posibles colisiones entre el efecto de reviviscencia y otras figuras jurídicas como: la derogación, reserva de ley, los efectos ex

nunc/ ex tunc de las sentencias. Y en general, para determinar los alcances y límites de este principio, se realizaron ocho entrevistas a distintos profesionales del derecho, expertos en la materia constitucional.

Se entrevistaron a tres catedráticos universitarios; los primeros dos, catedráticos de los cursos de derecho constitucional y cursos afines tanto en licenciatura como en maestría de la Universidad Rafael Landívar, y el segundo, catedrático de derecho constitucional a nivel de maestría y doctorado de la Universidad de Buenos Aires y de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, reconocido jurista a nivel latinoamericano. A su vez, se entrevistó a tres profesionales, Magísteres en Derecho Constitucional, que se dedican al litigio en esta materia. Y a dos profesionales que trabajan para la Corte de Constitucionalidad de Guatemala; la primera, es magíster en Investigación Jurídica, y el segundo, Doctor en Derecho y Director del Instituto de Justicia Constitucional de la referida Corte.

En ese orden de ideas, a continuación, se presentan los resultados obtenidos de las entrevistas, no en forma de preguntas y respuestas, sino de temas e impresiones. Sin embargo, es necesario indicar que el análisis y discusión correspondiente, tanto de este apartado, como del anterior sobre el derecho comparado se realiza en la tercera parte de este capítulo. Oportunidad en la cual el autor también brinda su criterio final respecto al tema investigado. Por lo que en este apartado únicamente se brindan los datos obtenidos en su forma pura, sin mayor acotación ni consideración al respecto.

4.2.1. Sobre la forma de operar del efecto de reviviscencia

Independientemente de su postura a favor, en contra o ecléctica sobre la aplicación de la reviviscencia de normas, todos los entrevistados acordaron en que este ocurre cuando una norma derogada «vuelve a la vida» en virtud de la declaración de inconstitucionalidad y eventual expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que la derogó.

Sin embargo, la mayoría no dejó de expresar su preocupación en cuanto esta aplicación podría llegar a atentar en contra de la división de poderes y la necesidad de restringir la labor de legislador positivo del Tribunal Constitucional únicamente para aquellos casos que lo justifiquen. Al respecto, se tienen los siguientes criterios:

Uno de ellos empleaba el término exacto de RAZONABILIDAD para determinar en qué casos debía aplicarse el efecto revitalizador de normas derogadas en caso de declaración de inconstitucionalidad general de leyes. Al respecto, resaltaba la necesidad de limitar esta razonabilidad para la protección de derechos fundamentales, entendiendo que la propia CPRG, en una interpretación finalista, tiene como principal objetivo precisamente eso: proteger y garantizar los derechos humanos.

Otro utilizaba la delimitación para DERECHOS SENSIBLES O CRISIS INSTITUCIONAL, en el sentido que la reviviscencia únicamente debe operar para la protección de derechos humanos fundamentales y para procurar el debido funcionamiento del andamiaje orgánico del Estado.

Asimismo, otro de los expertos entrevistados hacía referencia a que la posibilidad de aplicar la reviviscencia de normas derogadas en caso de inconstitucionalidad general de la norma derogante no debía implicar que el Tribunal Constitucional lo pudiera hacer por cualquier motivo, casi de manera arbitraria. Señala que «no debe darse el HORROR VACUI⁵¹⁵ en todos los casos». En ese orden de ideas, no cualquier vacío legal producto de la declaración de inconstitucionalidad general de una norma viabiliza el alcance de reviviscencia de la norma derogada por la que ha sido expulsada del ordenamiento jurídico. Sino que únicamente puede ser posible cuando se utilice para evitar crear, como indicaba otra experta entrevistada, una «situación de mayor inconstitucionalidad», en los que el vacío que se genera es más gravoso que la norma inconstitucional en sí misma.

⁵¹⁵**Horror Vacui:** Es una expresión latina que significa «miedo al vacío». Comúnmente utilizada en el arte para describir el relleno de todos espacio en una obra de arte con algún tipo de diseño o imagen. Ver pág. 132 y siguientes

4.2.2. Sobre los casos en que ha sido declarada la reviviscencia de normas derogadas por la Corte de Constitucionalidad

Todos los entrevistados nacionales hicieron referencia a que el caso en que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala utiliza de manera expresa el efecto de reviviscencia fue en el expediente 2849-2012, en el cual se plantea acción directa de inconstitucionalidad de carácter general en contra del artículo 180, inciso 4) de la Ley de Actualización Tributaria Decreto 10-2012 del Congreso de la República, en el cual, primero mediante el Auto que declara la suspensión provisional y luego en sentencia se reincorpora la norma derogada por la norma declarada inconstitucional, es decir, se revitaliza el artículo 45 de la Ley del Impuesto sobre la Renta contenido en el Decreto 80-2000 del Congreso de la República.

Ahora bien, dos de los expertos también hicieron referencia a que el antecedente primigenio de la utilización del principio se encuentra en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad en la que se resolvió la inconstitucionalidad de carácter general promovida en contra del artículo 50 del Código Procesal Civil y Mercantil, expediente de inconstitucionalidad general 27-2005, sentencia de fecha 07 de febrero de 2006. En este caso, indicaban los entrevistados, si bien es cierto se declaró con lugar la acción y se expulsó del ordenamiento jurídico la frase «así como los timbres forenses», considerando que su no adhesión no podía ser imputable a los solicitantes ni se les podía restringir su derecho de petición por ese supuesto, la Corte de Constitucionalidad también estimó que ante la posible laguna legal debía regularse la materia, exhortando al Congreso de la República para que normara y subsanara de esa omisión.

Es decir, si bien no se habla del efecto de reviviscencia, es un antecedente en el cual la Corte de Constitucionalidad al advertir la existencia de una laguna legal que afectara la recaudación de ese «tributo»⁵¹⁶ decidió emitir una sentencia atípica.

⁵¹⁶La discusión sobre si ese tipo de prestaciones pueden catalogarse como tributo o no resultaría tema de otra tesis. Para efectos prácticos se utiliza dicha denominación.

Otros dos entrevistados se refirieron al antecedente que constituye la sentencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca de fecha 13 de agosto de 2003, dentro de los expedientes acumulados 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000.⁵¹⁷

Argumentaban que este puede ser otro de los casos de procedencia del efecto de reviviscencia en las sentencias de inconstitucionalidad general de normas porque en este la elección del legislador a todas luces había sido derogar la obligación que tenía la Administración Tributaria de trasladar cierto porcentaje de lo recaudado en concepto de timbre fiscal y papel sellado especial para protocolo al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.⁵¹⁸ De manera que, a su criterio, cuando la inconstitucionalidad de una norma jurídica recae precisamente en su intención derogatoria procederá entonces la reviviscencia de esta, tomando en cuenta que en el sistema de control constitucional Guatemalteco no es posible retrotraer los efectos de la declaración de inconstitucionalidad para compaginarla con una nulidad *ab initio* de los efectos derogatorios.

4.2.3. Sobre las normas que son susceptibles de aplicación de reviviscencia

En cuanto a la posible aplicación de los alcances de reviviscencia tanto para normas derogadas expresamente como para los casos de derogación tácita cinco de los entrevistados concordaron en que, en caso de aceptar la tesis de la reviviscencia de una norma, no debería de existir distinción entre si la norma fue derogada expresa o tácitamente. Al final, lo que se busca es que esta recobre sus efectos reguladores para evitar la existencia de vacíos legales en caso de que existan circunstancias que lo justifiquen. Es decir, siempre y cuando la consecuencia de la derogación genere efectos

⁵¹⁷Sobre el desarrollo de este caso ver pág. 177

⁵¹⁸Se derogaba prácticamente un párrafo del artículo 28 del Decreto 37-92 del Congreso de la República que establecía: «...Adicionalmente, el Ministerio de Finanzas Públicas por el conducto correspondiente pagará en efectivo, un cuatro por ciento sobre el monto de cada adquisición efectuada por los Notarios, que se entregará directamente al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, con destino exclusivo a financiar sus planes de pensiones, jubilaciones, montepíos y otras prestaciones a favor de los colegiados, y los comprobantes que se extiendan a la dirección como constancia del pago de la comisión a que se refiere este artículo, no están afectos al impuesto de timbres fiscales.»

incompatibles con los valores que acoge la Constitución o con el normal desempeño de las funciones encargadas a las instituciones dentro de una democracia.

Por su parte dos de los entrevistados manifestaron que constituye un riesgo para la seguridad jurídica aplicar la reviviscencia de normas para cualquier caso de derogación, seguramente hoy una gran parte de las normas jurídicas han derogado otras y han regido ya por mucho tiempo. Ello involucraría, en algunos casos, reincorporar normas demasiado antiguas y desfasadas totalmente con el contexto y realidad nacional actual.

Y, también uno de los expertos entrevistados sostiene el criterio de que, en primer lugar la reviviscencia de normas no debe operar bajo ningún caso, sea expreso o tácito. Tal facultad no la debe tener el Tribunal Constitucional en un sistema republicano.

4.2.4. Sobre la posible vulneración al principio de «no reviviscencia» contenido en la Ley del Organismo Judicial

Todos los entrevistados estuvieron de acuerdo sobre que la prohibición de reviviscencia contemplada en el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial tenía como sustento a la seguridad jurídica. Sin embargo, se vertieron diferentes opiniones como las siguientes: Dos de los entrevistados concordaron en que sí constituía una aparente vulneración, pero que ello era aplicable para la derogación realizada por el Congreso de la República y no la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico como resultado de un proceso constitucional. Existió también la opinión de un experto entrevistado que sostuvo que al declarar inconstitucional la norma esta no se deroga, es por ello que no aplica esta prohibición a pesar de que el legislador en la Ley del Organismo Judicial confunde la inconstitucionalidad con un caso de derogación.

Otro de los entrevistados señalaba como cuestionable el hecho de que una norma de carácter ordinaria contuviera restricciones a las facultades del Tribunal Constitucional y limitara los alcances de la declaración de inconstitucionalidad general de normas

cuando los legisladores constitucionales no lo previeron así, ni en la propia CPRG, ni en la LAEPC. Indicaba que esta norma era inconstitucional y que en tal sentido, el Tribunal Constitucional no tenía más limitación que la propia seguridad jurídica y los principios de división de poderes. Extremos que tenía que considerar y resguardar en su fallo, pero sin verse limitado de manera expresa para reincorporar normas derogadas en casos que lo justificaran.

A su vez, otro experto entrevistado sostuvo que en casos excepcionales la Corte de Constitucionalidad puede tomar medidas excepcionales, incluso, ir en contra de lo preceptuado en el referido artículo. Es decir, idealmente el «principio de no reviviscencia» debe prevalecer, pero ante una circunstancia excepcional–razonabilidad–puede reincorporar normas derogadas para proteger derechos fundamentales.

Y uno de los entrevistados enfatizó en la prohibición que contenía el referido artículo e indicó que era inviable reincorporar normas derogadas porque atentaría contra los principios de seguridad y certeza jurídica.

Asimismo, cuatro de ellos expresaban que no debería utilizarse el efecto de reviviscencia para todas las ramas del derecho, sino solamente en ciertas materia en las que se manifiesta más un riesgo para el orden constitucional. Por ejemplo: en materia tributaria para no afectar el sistema financiero del Estado, en materia electoral, o bien en materia de salud y previsión social.

Por otro lado, otros expertos fueron del criterio de que, sin importar la rama del derecho, el alcance revitalizador de normas de la sentencia de inconstitucionalidad general de leyes se justifica en función de la protección de los derechos fundamentales (o «derechos sensibles»). Sin embargo, su uso siempre debe ser limitado para aquellas situaciones en que no exista otra manera de proteger el Estado Constitucional de Derecho.

4.2.5. Sobre la posible colisión entre la reviviscencia con el principio de reserva de ley (y el Tribunal Constitucional como Legislador positivo)

De manera general los expertos entrevistados sí consideran la reviviscencia como una violación al principio de reserva de ley, que convierte al Tribunal Constitucional en un Legislador positivo.

Sin embargo, dos de los expertos que sostenían esta postura indicaban que de cierta forma la voluntad del legislador se mantenía. Es decir, la norma reincorporada fue igualmente creada por el Congreso en el caso de las leyes (o de otros órganos en caso de reglamentos o disposiciones de carácter general). En tal sentido, el Tribunal Constitucional no tenía una función legisladora propiamente dicha.

Uno de los entrevistados sostuvo que la reviviscencia de las normas derogadas es un abuso por parte del Tribunal Constitucional en el que se violenta flagrantemente el principio de reserva de ley. Agregó que el gobierno de los jueces es una patología de los sistemas democráticos y debe desecharse. El Tribunal Constitucional no debe ser legislador positivo, sino solo negativo como lo previó Kelsen, su fundador.

Sin embargo, a tal criterio se opone el sostenido por la mayoría restante de los expertos quienes con ciertas variantes entienden que la función del Tribunal Constitucional como un simple legislador negativo, aunque esa debería ser su funcional normal, en ocasiones se ha visto ante la necesidad de actuar como legislador positivo para tutelar los derechos fundamentales y en general, defender el orden constitucional ante circunstancias que así lo requieran.

4.2.6. Sobre el momento en que la norma derogada se reincorpora al ordenamiento jurídico por la aplicación de la reviviscencia

La mayoría de expertos sostuvieron el criterio de que la reincorporación de una norma en caso de control constitucional abstracto debía de seguir la misma suerte que el fallo

de inconstitucionalidad general. Es decir, tal y como lo establece la LAEPC, debe empezar a surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación en el Diario Oficial (*efectos ex nunc*). O en caso de haberse otorgado suspensión provisional de la norma impugnada, retroactivamente hasta la fecha de dicha suspensión. Sin embargo, se dieron las siguientes acotaciones interesantes:

Tres de los expertos indicaban que a pesar de que el anterior criterio debía privar de manera general, no se descartaba que la Corte de Constitucionalidad se viera en la necesidad de proferir su sentencia con efectos *ex tunc*, incluyendo la retroactividad de la reincorporación de la norma derogada. Siempre y cuando haya razones que lo justifiquen. Es decir «dependerá de cada caso».

Por su parte, un entrevistado indicaba que el exceso de activismo judicial ha hecho que en otros sistemas los Tribunales Constitucionales pudieran «dictar lo que quisieran». Aplicando la misma línea para los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad y eventual reincorporación de normas. Reafirmaba lo peligroso que a su criterio es permitirle a los Tribunales Constitucionales tener facultades inobjetables (que pueden convertirse en arbitrarias).

4.2.7. Sobre la reviviscencia como un efecto *ipso jure* o como facultad del Tribunal Constitucional

La mayoría de los entrevistados sostuvieron el criterio de que ninguna otra autoridad podría declarar la reincorporación de una norma derogada cuando la norma derogante ha sido declarada inconstitucional si el Tribunal Constitucional no lo ha expresado así en la sentencia.

Uno de los entrevistados fue enfático en recalcar que si ni la Corte de Constitucionalidad debería hacer tal declaración (pudiendo, a su criterio, conllevar responsabilidad para el Juez constitucional), mucho menos debería hacerlo otra autoridad distinta a dicha Corte

A su vez, cinco de los entrevistados aclararon que no bastaba con que en la sentencia declarara la reviviscencia, sino que debía existir una motivación que expresara exhaustivamente la razonabilidad o justificación de los efectos revitalizadores de la norma derogada. Incluso, dos de ellos cuestionaron la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de fecha veinticinco de mayo de dos mil doce, dentro del expediente 2849-2012⁵¹⁹, en la que, a su criterio, el Tribunal Constitucional no expresa de manera clara los razonamientos que lo llevaron a declarar la reviviscencia de la norma.

Sin embargo, otro experto indicaba que al final lo que importaba era que los derechos fundamentales fueran protegidos y bajo ese punto de vista práctico no importaba que ante el silencio por parte del Tribunal Constitucional de declarar la reviviscencia de la norma derogada la autoridad que conociera el caso en concreto podría decidir sobre su reviviscencia. Pero, admitía que ello podría generar cierta incertidumbre en el sentido de que casos similares fueran resueltos de manera totalmente distinta y utilizando diferentes normas. Se abordó, a manera de ejemplo, el caso del control constitucional de normas en Argentina, el cual sigue un sistema difuso. De aplicarse el efecto de reviviscencia en este sistema, indicaba, podría juzgársele a una persona con una norma revivida y a otro, bajo iguales circunstancias pero en procesos y ante autoridades judiciales distintas, podría no aplicársele la reviviscencia de la norma para el caso concreto. Ese es el problema de que este tipo de decisiones no provengan de un Tribunal Constitucional centralizado el que decretará su aplicabilidad *erga omnes*.

4.2.8. Sobre la aplicación de la reviviscencia como el medio idóneo para llenar vacíos legales

También existió consenso sobre este punto respecto a que el Tribunal Constitucional debía buscar otros mecanismos para evitar cualquier tipo de vacío que provocara la sentencia de inconstitucionalidad general de normas.

⁵¹⁹Sobre este caso ver pág.173

Uno de los entrevistados indicó que existen otros medios aplicables dependiendo del caso concreto. Por ejemplo, en la inconstitucionalidad de la ley del presupuesto en donde se decretó un aumento al impuesto a la minería decidió tomar otro camino. Señaló que la norma no tuvo efectos derogatorios en vez de revivir la anterior.

Otra experta señaló que la Corte de Constitucionalidad podía dictar una «sentencia programática», por medio de la cual no expulsaba inmediatamente la norma inconstitucional, sino que lo hacía paulatinamente, dando tiempo al Congreso para volver a legislar la materia a modo de evitar vacíos legales.

A su vez, otros tres expertos fueron del criterio que el Tribunal Constitucional, en sus consideraciones debía agotar la posibilidad de dictar otro tipo de fallo atípico, como el interpretativo buscando una «interpretación más conforme» a modo de preservar la vigencia de la norma impugnada y no generar un vacío legal si se llegare a expulsar. O bien, una sentencia exhortativa en la que se le indicara al Congreso de la República (o el órgano emisor de la norma reglamentaria o disposición general, en su caso) que debía legislar tal materia para evitar un vacío normativo.

Sobre este último punto, se dieron dos criterios interesantes. Uno de ellos fue la posibilidad de dictar una «sentencia programática» en la cual no se expulsa de manera inmediata la norma inconstitucional, sino que este efecto se difiere por cierto tiempo (incluso puede disponerse de que ciertas partes de la norma impugnada sigan vigentes por más tiempo) a modo de evitar crear un vacío normativo gravoso, al mismo tiempo que se exhorta al órgano facultado para emitir nueva normativa. Y otro criterio estimara la facultad que puede llegar a tener la Corte de Constitucionalidad para señalar un plazo en el que el órgano llamado a legislar proceda a emitir la norma correspondiente. Es decir «una sentencia exhortativa con plazo». Cuestionando también si ello es posible a la luz de la independencia de cada uno de los organismos de estado.

4.3. TERCERA PARTE

Análisis y discusión de resultados Alcances y límites del efecto de reviviscencia

En los apartados anteriores del presente capítulo se presentaron los resultados de la investigación encontrados tanto en el derecho comparado como los extraídos del criterio de los expertos en la materia del Derecho Constitucional. Ahora, es de gran satisfacción para el autor presentar al lector el análisis y la discusión de los resultados, contrastando los alcances y límites dentro de los cuales opera el efecto de reviviscencia en cada uno de los sistemas jurídicos abordados, los lineamientos que a criterio de los expertos entrevistados deben de informar la aplicación de la reviviscencia de normas, y presentando el propio análisis realizado para cada sub tesis que se plantea.

Para ello, se analizarán y discutirán los resultados desarrollando afirmaciones precisas sobre el alcance y los límites del efecto de reviviscencia, fundamentando cada una de ellas e incorporando también la opinión final de quien elabora este trabajo. Debiendo advertir que si bien es cierto la división se hace en dos apartados (alcances y límites) dentro del desarrollo de cada uno de ellos se desarrolla parte del otro, en tanto los alcances y los límites se integran unos a otros.

4.3.1. De los alcances del efecto de reviviscencia

De los resultados obtenidos de la investigación y del análisis del autor puede concluirse que los alcances de la aplicación de este principio son los siguientes:

A) El Tribunal Constitucional puede aplicar el efecto de reviviscencia para evitar situaciones «de mayor inconstitucionalidad» por la existencia de vacíos normativos

En definitiva, sobre este punto existe un alto grado de consenso, mayormente en el derecho comparado: la reincorporación de una norma derogada resulta ser un

mecanismo por medio del cual el Tribunal Constitucional puede cumplir con su finalidad primordial que es la DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.

En ese orden de ideas, al advertir que el fallo que declara la inconstitucionalidad de una norma puede llegar a causar un vacío legal de tal magnitud que ocasione «una situación de mayor inconstitucionalidad», se podrá entonces decidir sobre la reincorporación de la norma derogada por la que es declarada inconstitucional en sustitución de esta última.

Sin embargo, y cumpliendo este presupuesto con una función dual, no solo de alcance, sino también de límite, resulta necesario establecer **¿Qué se entiende por «situación de mayor inconstitucionalidad»?**

Colombia, por ejemplo, como uno de los países que cuenta con un Tribunal Constitucional sumamente vanguardista y garantista, ha establecido a través de su jurisprudencia ciertos parámetros en los que puede operar este principio, y los mismos son:⁵²⁰

- i. La necesidad de establecer el peso específico que le asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica. Es decir, las consecuencias materiales que se derivarían de la expulsión de la norma derogante del ordenamiento jurídico, y también, las consecuencias de la reincorporación de la norma derogada; y
- ii. La necesidad de garantizar la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos.

Sin embargo, haciendo acopio de la aplicación del principio en los diferentes sistemas jurídicos analizados, puede llegarse a la conclusión de que, además de los

⁵²⁰Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de Colombia, sentencia de fecha 28/01/2015, Radicación interna: 2243, Número Único: 11001-03-06-000-2015-00, pág.7 (Ver pág.152 en donde se desarrolla más el tema de los parámetros establecidos sobre la reviviscencia en el caso colombiano.)

presupuestos establecidos para el caso de la jurisprudencia colombiana, se agrega otro más que es parte de evitar «una situación de mayor inconstitucionalidad», y es:

- iii. Que la reincorporación de tales normas al ordenamiento jurídico sea necesario para mantener la integridad y la armonía del andamiaje orgánico establecido constitucionalmente.

Así, el efecto de reviviscencia puede ser aplicado cuando por el vacío legal que generaría el fallo de inconstitucionalidad sea necesario proteger los derechos fundamentales en general (dentro de ellos incluidos la seguridad y certeza jurídica) y evitar casos de crisis institucional que hagan pragmáticamente imposible asegurar esos derechos.

Sustentan este tercer punto, por ejemplo, la utilización de la reviviscencia de normas en materia electoral analizada en el caso de los Estados Unidos Mexicanos.⁵²¹ En dicho caso se pudo observar que la reincorporación de la norma derogada tuvo como pretexto el procurar la estabilidad del sistema democrático, a modo de evitar una situación más gravosa que las propias normas declaradas inconstitucionales. Y así, tanto partidos políticos, candidatos y electores pudieran tener las normas claras para elegir a sus representantes.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación de aquel país ha establecido que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma de carácter general debe indicar todas aquellas medidas que la hagan eficaz en todos sus alcances. Considerando la aplicación del efecto de reviviscencia como uno de esos mecanismos posibles para lograr la eficacia de la sentencia y restablecer el orden constitucional. Y en esta ocasión, del sistema democrático.

⁵²¹ Sobre la presentación de resultados en el caso de México, ver pág.145 en adelante

Sin embargo, el autor comparte la opinión de uno de dos de los expertos entrevistados⁵²², y se hace acopio de lo sostenido en el primer capítulo de esta tesis⁵²³ en cuanto a que la Justicia Constitucional debe operar siempre a favor de proteger los derechos humanos. Y que como medida de *ultima ratio*, ante casos extremos como lo puede ser un vacío legal más gravoso que la inconstitucionalidad de la norma *per sé* se debe actuar para resguardar a los derechos fundamentales. Esto, viendo a la Constitución no como un cuerpo normativo de ordenación político solamente, sino con una interpretación finalista *pro homine*. El «orden constitucional» es por naturaleza una garantía a los derechos fundamentales.

En otras palabras, por «evitar una situación de mayor inconstitucionalidad» debe entenderse «procurar garantizar los derechos fundamentales». En cualquiera de los supuestos antes planteados. Sea para resguardar la certeza y seguridad jurídica; o sea para proteger la estructura orgánica del Estado; o el sistema político; o el sistema de gobierno, siempre existe un trasfondo tendiente a procurar los derechos humanos. En el caso de México analizado anteriormente, lo que realmente se estaba protegiendo eran los derechos políticos de las personas involucradas en el proceso electoral, que se lograba manteniendo estable el sistema democrático. El aparato orgánico del Estado debe ser visto como el medio para la concretización de los derechos que la Constitución garantiza, y no como un fin en sí mismo.

A todo esto, el Tribunal Constitucional tiene la facultad y el deber de anticipar los efectos que sus sentencias puedan tener en la realidad político-jurídica de un Estado. Y evitar «situaciones de mayor inconstitucionalidad» es parte de su función defensora del orden constitucional, entendida esta como de «protección de los derechos fundamentales.» Y, a criterio del autor, esta medición de los alcances del fallo puede hacerla aún cuando los accionantes que solicitan la declaración de inconstitucionalidad de la norma no han solicitado que el Tribunal se pronuncie sobre la reviviscencia de las

⁵²² Sobre la presentación de resultados consistentes en la opinión de los expertos ver pág. 202 y siguientes

⁵²³ Sobre el desarrollo de los temas Justicia Constitucional y Orden Constitucional ver pág. 31 y siguientes

normas derogadas. Ese análisis y pronunciamiento puede y debe hacerse aún de oficio, de nuevo, aplicando una teoría finalista de resguardo a los derechos constitucionales.

A su vez, se tiene presente lo que indicaba otro de los expertos entrevistados al analizar la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 13 de agosto de 2003, dentro de los expedientes acumulados 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000 ⁵²⁴, sosteniendo que cuando una norma jurídica tiene como único efecto el derogatorio y tal efecto es el que causa la inconstitucionalidad de la misma entonces sí procede la reviviscencia de la norma derogada. Ello tomando en cuenta que en el sistema de control constitucional Guatemalteco no es posible retrotraer los efectos de la declaración de inconstitucionalidad para compaginarla con una nulidad *ab initio* de los efectos derogatorios. Además, en caso de no reincorporar la norma derogada el fallo que declara la inconstitucionalidad de los efectos derogatorios no tendría ningún efecto ni razón de ser.

Sin embargo, a tal criterio es necesario agregar que la Corte de Constitucionalidad debe ser cuidadosa en cuanto a determinar qué normas con efectos únicamente derogatorios pueden adolecer de una inconstitucionalidad tan gravosa que haga al Tribunal Constitucional revivir la norma derogada. A criterio del autor, esa no debería ser la regla sino la excepción y solo procedente cuando estén en juego derechos fundamentales o la institucionalidad que permite alcanzar la satisfacción de estos derechos fundamentales y no exista una justificación según el *logos* de lo razonable para tal derogatoria. En todo caso, el Tribunal Constitucional debe desarrollar en su fallo una tesis de razonabilidad que legitime su decisión.

En conclusión, el control constitucional abstracto de normas jurídicas no cumpliría su papel como uno de los mecanismos procesales de defensa del orden constitucional si por la expulsión de la norma derogada se creara un vacío jurídico de tal trascendencia que conllevara a que en la realidad jurídica, política y social del Estado se diera «una situación de mayor inconstitucionalidad» y que conllevando una vulneración a derechos

⁵²⁴Sobre el desarrollo de este caso ver pág.196

fundamentales consagrados por el texto supremo; en esos casos procede reincorporar la norma derogada y evitar estas consecuencias.

Por último, cabe hacer mención que el título original de este trabajo de tesis era «El principio de reviviscencia...» por estar así desarrollado a nivel teórico en escasos textos y fallos de los Tribunales Constitucionales de la región. Sin embargo, a raíz de una de las entrevistas efectuadas se decidió cambiar su denominación por la de «Efecto de reviviscencia...». Ello porque se adoptó el criterio de uno de los expertos entrevistados en cuando a cuestionar realmente si la naturaleza de la reviviscencia atiende a un principio, comprendiendo estos como parámetros dentro de los cuales se enmarca el derecho. Al respecto se concluyó que, en efecto, la reviviscencia no es un principio de general aplicación, sino todo lo contrario. Entonces, resulta ser más conforme con su naturaleza jurídica la denominación de «efecto», puesto que en el marco de la Justicia Constitucional este se deriva como una consecuencia *sui géneris* de la sentencia, que el Tribunal Constitucional puede decidir con exclusividad al momento de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

B) La aplicación del efecto de reviviscencia hace de la sentencia de inconstitucionalidad un caso de fallo atípico

Como se estableció en el apartado correspondiente del presente trabajo de tesis⁵²⁵, una sentencia «típica» tiene dos efectos: desestimatorio, en el cual se aprecia que la norma impugnada de inconstitucionalidad no contiene contradicción con el texto fundamental; o bien el estimatorio, en el caso de que sí exista tal confrontación y sea necesario expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto al mencionarse «sentencias atípicas» se hace referencia a aquellas que no son de estimación pura ni de estimación plena, sino que se modula el *ratio decidendi* para que, sin anular el precepto impugnado, condicionen su constitucionalidad a cierta interpretación o restricción de su ámbito de aplicación, limiten

⁵²⁵ Sobre el desarrollo del tema sobre sentencias típicas y atípicas, ver pág. 114 y siguientes

su sentido o maticen su eficacia jurídica⁵²⁶, a criterio del investigador, tal concepto no abarca la totalidad de las sentencias atípicas que pueden suscitarse.

Así, se considera más precisa la definición adoptada por el jurista Humberto Nogueira de Alcalá quien indica: *«las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales son creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infra constitucional a la Constitución...»*⁵²⁷

De la opinión de los expertos, independientemente de que estar de acuerdo o no con la aplicación de la reviviscencia, se puede establecer que este constituye un caso de sentencia atípica que opera «en casos excepcionales». Por lo que, tomando esta premisa, el investigador concluye que en efecto se trata de una sentencia atípica tomando en consideración que el Tribunal Constitucional no se limita solamente a declarar la expulsión de la norma que contraviene la Ley Fundamental, sino también reincorpora una norma ya derogada. En este caso el Tribunal Constitucional «va más allá» de lo que en situaciones de «normalidad» debería de ir.

Específicamente se emite una sentencia atípica manipulativa sustitutiva porque expulsando una norma del ordenamiento jurídico, sustituye la misma mediante la reincorporación de la norma derogada que toma su lugar con el mismo ámbito regulador.

C) En principio, puede aplicarse la reviviscencia de normas derogadas en todas las áreas del derecho (pero el enfoque de esta proposición debe ser diferente)

Siendo este un tema en el que existe mayor debate según el criterio de los expertos, por una parte, unos y unas argumentan que este sólo es justificable en áreas del

⁵²⁶Salguero Salvador Geovani, *Op.Cit.*, pág. 7

⁵²⁷Nogueira Alcalá, Humberto. «Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur», *Revista Jurídica Ius et Praxis*, Vol. 10, núm. 1, 2004, Universidad de Talca, 2004, Chile, pág. 137

derecho en que se manifiesta más el riesgo al orden constitucional. A su criterio, para evitar incertidumbre en áreas solamente relacionadas con el régimen fiscal-tributario, electoral o administrativo del estado, por la importancia de estos para mantener la estabilidad orgánica dentro de un orden constitucional. Y también, para proteger «derechos especialmente sensibles», como el derecho de salud y de previsión social. Esto para no poner en mayor riesgo a la seguridad y certeza jurídica que es precisamente lo que se trata de proteger. Sería irónico que por una aplicación extensiva del efecto de reviviscencia se creara aún más inseguridad.

Por otra parte uno de los expertos indicaba que no veía impedimento para que la reviviscencia se aplicara en todas las áreas del derecho. Explicaba que en cualquiera de estas podría llegar a causarse una grave falta de certeza jurídica y del mismo modo, el Tribunal podría utilizar este mecanismo para suplir el vacío legal.

Sin embargo, el investigador secunda la opinión de otros de los entrevistados quienes mantienen una postura no enfocada en las áreas del derecho, sino enfocada a la protección de los derechos de la persona.

En ese orden de ideas, no interesa el área en el que sea aplicada la reviviscencia de las normas, en tanto se haga con el fin de conservar el orden constitucional que como se dijo anteriormente: debe verse como el resguardo a los derechos fundamentales de la persona. El determinar su aplicación no debe atender a cuestiones tan simplistas como «en esta área del derecho sí y en aquella no», sino a la razonabilidad explicada en el punto A). Ante un vacío normativo producto de la declaración de inconstitucionalidad general de una norma tanto puede estar en juego un derecho fundamental de extrema importancia como el derecho de identidad o de alimentos(en materia civil) como el de elegir y ser electo (en materia electoral), o el de salud, o el derecho implícito de todos los habitantes de que la Constitución se cumpla, siendo para muchos autores el principio de primacía constitucional el primero de todos los derechos a garantizar.⁵²⁸

⁵²⁸ Sobre el principio de primacía constitucional, ver pág. 25

Así se determina que la aplicación de la reviviscencia de normas no debe estar limitada por áreas del derecho en estricto sentido, sino en la razonabilidad que determine el Tribunal Constitucional al conocer de cada planteamiento particular.

D) Puede aplicarse la reviviscencia para incorporar normas que hayan sido derogadas de forma expresa o tácita

Como se estableció en apartados anteriores del presente trabajo, la derogación es el modo que tiene el órgano legislativo de dejar sin efecto la norma jurídica y existe a su vez dos formas en que puede ser manifestada esta voluntad legislativa: la derogación expresa y la derogación tácita.

Ahora bien, sin ánimos de redundar se considera indispensable hacer una breve referencia a lo que se consideró en el capítulo 3 sobre la diferenciación en los efectos de ambos «tipos de derogación». Así, se recuerda que en el caso de la derogación expresa la norma pierde su vigencia formal y ya no puede regular ninguna situación que en el futuro acaezca, pues carecerá de efectos reguladores.

En cambio, en el caso de la derogación tácita o por incompatibilidad total o parcial de su contenido con lo regulado en una ley posterior, el autor sostiene el criterio de que no se trata de un caso de derogación *per se*, sino más bien de una de los mecanismos para resolver antinomias entre normas, como lo serían, por ejemplo, el criterio de jerarquía o de especialidad también lo es la temporalidad de la norma. En otras palabras, se está más ante un caso de inaplicación de la norma que de una verdadera derogación que los juzgadores utilizan al resolver cada caso en concreto.⁵²⁹

Este aspecto es de tremenda importancia para la tesis que se sostiene en este punto al tratar los alcances de la reviviscencia de normas derogadas tácitamente porque ante la eventual circunstancia de que se declare inconstitucional general de una norma jurídica que abarcaba el contenido material de otra, en un plano teórico no sería

⁵²⁹ Para un mayor desarrollo del tema de la derogación tácita de normas, ver pág. 125

necesario aplicar el alcance revitalizador de la norma anterior para que esta vuelva a surtir efectos jurídicos. Esto porque la norma posterior que con base en el criterio de temporalidad la hacía inaplicable ya no existe más dentro del ordenamiento jurídico por efectos del fallo del Tribunal Constitucional, situación que le hace recobrar los efectos porque la «incompatibilidad de contenido» ya no existe más como obstáculo para que pueda regular las situaciones de hecho que se subsuman en ella.

Sin embargo, tomando en consideración lo regulado en el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial y la opinión de una experta entrevistada, esta disposición prohíbe también la reviviscencia de una norma derogada de manera tácita, de forma que los jueces al conocer cada caso concreto no podrían estimar que la norma derogada tácitamente recobra su ámbito de aplicación de manera *ipso jure*. Pues ello les obligaría a ir en contra del contenido del indicado artículo.

Por lo que, más allá de la discusión teórica que pudiera darse en relación a la verdadera naturaleza de la derogación tácita, se entiende que solamente una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que contenga una declaración expresa de reviviscencia con efectos *erga omnes* podría vincular a los juzgadores para aplicar este efecto en el caso de la derogación tácita para cada caso concreto.

Lo anterior en concordancia con lo que se ha sostenido en esta tesis en cuanto a que el único órgano para declarar la reviviscencia de normas dentro del marco de la justicia constitucional es la propia Corte de Constitucionalidad dentro de ciertos parámetros de razonabilidad. Y en aquellos casos se justifica que pueda irse incluso de la norma positiva que prohíbe de manera general los efectos revitalizadores de normas de la sentencia de inconstitucionalidad general. Además, como se estableció anteriormente, para evitar cualquier grado de inseguridad jurídica se recomienda al Tribunal Constitucional que en el fallo que declare la inconstitucionalidad general de una norma y advierta que el contenido de esta abarca total o parcialmente la materia regulada en otra ley anterior, se pronuncie también con efectos *erga omnes* sobre los efectos reguladores que producirá la norma derogada tácitamente.

E) La reviviscencia de normas en caso de control constitucional abstracto implica que el Tribunal Constitucional tome un rol de legislador positivo, pero esto se justifica ante circunstancias extremas

Como punto de partida para aclarar este punto, es necesario hacer la interrogante en cuanto a si ¿en caso de aplicar la reviviscencia de la norma derogada ello implicaría que los efectos derogatorios son meramente suspensivos?

Sobre esto, la respuesta es que no. Como se ha sostenido anteriormente al tratar el tema de la derogación de la ley se puede establecer los efectos derogatorios de una norma no son solamente suspensivos, sino que la voluntad plena y consiente del legislador es dejar sin vigencia –hacia el futuro y para siempre- a la norma derogada. En su misma competencia creadora, el que emite la norma puede también disponer de su extinción.

De tal cuenta, al reincorporar la norma derogada no puede entenderse que el Tribunal Constitucional está poniendo fin a los efectos suspensivos de la norma derogante, sino que lo que en realidad se encuentra haciendo es otorgando nueva vigencia a la norma ya derogada y que no es parte más del ordenamiento jurídico. Este último extremo asemeja a la labor de legislador positivo que le corresponde al Congreso de la República (y a los otros órganos o entidades con facultades reglamentarias o dispositivas). Su justificación es un punto de álgido debate que pudo evidenciarse en las diferentes posturas de los expertos entrevistados

Uno de los expertos entrevistados sostenía que esta clase de sentencias constituye una directa y silvestre violación al sistema democrático y republicano del Estado de Guatemala. Opinaba que esta clase de pronunciamiento no debían de suscitarse porque desde un principio Hans Kelsen al crear el primer Tribunal Constitucional (Austria 1920) lo consideró siempre como un legislador negativo. Además, indicaba que estos abusos por parte de la Justicia Constitucional no eran más que una manifestación

del gobierno de los jueces, una patología de los sistemas democráticos que debía desecharse.

Sin embargo, el investigador se aparta de tal criterio y señala que tal actuación por parte del Tribunal Constitucionales correcta. Esto porque al declarar la inconstitucionalidad de una norma el Tribunal debe preveer los efectos de su sentencia. Y si para «evitar una situación de mayor constitucionalidad» es necesaria la reincorporación de la norma derogada, así deberá disponerse.

En tal sentido se tiene presente lo que indicaban seis de los expertos entrevistados (la mayoría), quienes opinaban que si bien el hecho de que el Tribunal Constitucional tomara labor de legislador positivo no era lo ideal y en cierta medida ponía en riesgo el sistema democrático y republicano, ante circunstancias extremas eran dables soluciones también extremas. Asimismo, estos expertos compartían el criterio de que, en última instancia lo importante era que cualquier medida tomada en este sentido fuera solamente adoptada con el fin de proteger los derechos fundamentales.

Así, si el Tribunal Constitucional se ve obligado a actuar de manera extraordinaria para resguardar el orden constitucional y proteger los derechos humanos entonces de cierta manera su actuar se justifica.

El anterior, criterio que comparte el investigador debido a que en la actualidad y con los avances en el Derecho Constitucional, especialmente en cuanto a la corriente Neoconstitucionalista⁵³⁰, el investigador considera que la simple visión kelnesiana del Tribunal Constitucional como un legislador negativo –y nada más- ya ha sido superada. En efecto, prueba de ello lo constituyen el desarrollo de las sentencias atípicas. Y, como se explicó anteriormente, el presente caso se debe considerar como una sentencia atípica dictada con base en criterios de razonabilidad.

⁵³⁰Sobre el Neoconstitucionalismo ver pág.31 y siguientes

Sin lugar a dudas, la tendencia de la Justicia Constitucional actual implica dotar de mayores facultades a los Tribunales Constitucionales para que puedan proteger el orden constitucional. De tal cuenta, las sentencias manipulativas son cada vez más comunes en el ámbito internacional.

Al respecto, a manera de ejemplo el caso de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidades parciales que son mucho más comunes y que ni siquiera son clasificadas como atípicas. En ellas, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional fragmentos, frases o incluso palabras de una disposición que cambian totalmente su sentido original y le dan uno quizá más apegado al Texto constitucional, pero en todo caso distinto a aquel que era la intención del legislador. Es decir, se está realizando una suerte de “reforma” o “modificación” de la norma por parte del Tribunal Constitucional. Competencia que corresponde al parlamento.

Además, otra de las expertas entrevistadas hacia la siguiente reflexión: en algunos casos la Corte de Constitucionalidad ha optado por extralimitarse aún más y tomar un verdadero papel de legislador, habría que preguntarse ¿Qué resulta en verdad más gravoso, legislar directamente o reincorporar lo anteriormente legislado por el auténtico legislador (recordando que las normas reincorporadas son precisamente la voluntad que en algún momento se tuvo por parte del legislador que las creó)? A criterio del investigador, la respuesta a esta interrogante vuelve a tener sustento en la razonabilidad del pronunciamiento.

F) La reviviscencia de normas frente al artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial

Sobre la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial sobre la equiparación de la declaración de la inconstitucionalidad general de una norma a una derogación de ley y del principio de no reviviscencia de las normas derogadas. Se tiene presente lo que expresaron algunos de los entrevistados en cuanto a que tal extremo responde a razones de seguridad jurídica.

Ahora bien, en cuanto al criterio de algunos expertos sobre que tal disposición solamente aplicaba para el legislador ordinario y no para la Corte de Constitucionalidad, el autor sostiene que de una simple exégesis de la norma se puede establecer que esta prohibición está dada para ambos casos.

Sobre esto cabe hacerse la reflexión que indicaba otro de los expertos ¿es acaso esta norma inconstitucional por restringir los alcances de la sentencia de inconstitucionalidad? Y la respuesta que se encuentra es que no. Ello porque si bien es cierto este tipo de disposiciones deberían estar contenidas en la CPRG o en la LAEPC, no se encuentra confrontación entre lo regulado en la LOJ y lo normado por el legislador constituyente. Más bien, lo establecido en el artículo que se analiza sirve para reforzar el principio de separación de funciones y de seguridad jurídica consagrados constitucionalmente.

Por otra parte, se considera riesgosa la interpretación que hace la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha 13 de agosto de 2003, expedientes acumulados 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000 en la que se argumenta: «...*este tribunal atiende el mandato legal de que “por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado” (artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial), siempre que el efecto de la ley derogada por inconstitucionalidad no haya sido exclusivamente el de derogar el precepto anterior...*»⁵³¹(el subrayado es del autor)

En casos en que se impugne de inconstitucionalidad una norma con efectos exclusivamente derogatorios, como indicaron dos de los expertos entrevistados, la CC debe ser cuidadosa y solo declarar la expulsión de la misma y la reincorporación de la anterior cuando con el órgano emisor de la norma derogatoria ponga en manifiesto riesgo un derecho fundamental obviando el sustento constitucional en que se apoya este derecho.

⁵³¹ Corte de Constitucionalidad, sentencia de fecha 13 de agosto de 2003, expedientes acumulados 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000, págs. 11 y 12

Es decir, como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, la reviviscencia de normas siempre debe ir acompañada de una razonabilidad por cuanto representa que el Tribunal Constitucional vaya en contra de la prohibición contenida en el artículo 9 de la LOJ y más aún, que tome el papel de legislador positivo. Pudiéndolo hacer, aún en contra de la norma indicada, pero bajo circunstancias justificadas, no circunscribiéndose al supuesto que de manera interpretativa fijó la Corte de Constitucionalidad en la sentencia mencionada.

4.3.2. De los límites del efecto de reviviscencia

De los resultados obtenidos de la investigación y del análisis realizado por el investigador autor puede indicarse que los límites de la reviviscencia de normas en caso de control constitucional abstracto son los siguientes:

A)Procede aplicar la reviviscencia de la norma derogada únicamente para evitar situaciones «de mayor inconstitucionalidad» por la existencia de vacíos normativos

Este tema fue anteriormente abordado como uno de los alcances a la reviviscencia de normas jurídicas en caso de declaratoria de inconstitucionalidad de carácter general. Sin embargo, por su importancia y sin ánimos de ser redundante, se hace mención del mismo en este apartado porque debe entenderse que el activismo judicial (constitucional) en esta materia (reviviscencia) debe ser tremendamente medido y ponderado.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional solamente podrá reincorporar normas derogadas cuando concurren los presupuestos de razonabilidad anteriormente individualizados, que de manera general atienden a la protección de los derechos fundamentales puestos en riesgo por la real existencia de un vacío legal como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y expulsión del ordenamiento jurídico de una norma determinada.

Sobre esto, existe consenso dentro de los entrevistados quienes, cada quien en mayor o menor medida expresó su preocupación por los abusos que una aplicación abusiva de la reviviscencia de normas podría causar al Estado Constitucional de Derecho mismo, generando, incluso, una situación de mayor inseguridad jurídica que es precisamente lo que se pretende evitar.

Aunado a ello, es de recordar, como señalaba uno de los entrevistados que en el caso guatemalteco, los magistrados de la Corte de Constitucionalidad no fueron nombrados, ni mucho menos electos, para legislar. Ese simplemente no es su papel dentro del sistema republicano. En tal forma, como órgano de control jurídico su actuación debe circunscribirse a resguardar el orden constitucional y actuar como legislador positivo solamente en los casos en que las circunstancias gravosas para los derechos fundamentales así lo ameriten.

A manera de ejemplo se puede recordar el fallo de inconstitucionalidad por omisión dictado por la Corte de Constitucionalidad en contra de las «Normas temporales de Gobierno» dictadas por el ex presidente de la República Jorge Serrano Elías. En esta ocasión y hasta la actualidad, indicaba el experto entrevistado, la Corte evidentemente carece de facultades para conocer de una inconstitucionalidad general de oficio; sin embargo, por las circunstancias extraordinarias del caso se vieron en la obligación de hacerlo para mantener a flote el orden constitucional que lleva de trasfondo el derecho de todos los habitantes de que se respete la Norma Suprema.

Es decir, en principio la Corte de Constitucionalidad no puede actuar como legislador positivo reincorporando normas derogadas, como tampoco puede declarar una inconstitucionalidad general de una norma de manera oficiosa. Empero, en última instancia su deber es proteger el orden constitucional y en ocasiones debe actuar extraordinariamente, eso sí, fundamentándose.

Ahora bien, el caso analizado en apartados anteriores sobre la aplicación del efecto de reviviscencia en Panamá tiene fuertes implicaciones en cuanto a este tema. En aquella

oportunidad la Corte Suprema de Justicia de aquel país, como Tribunal Constitucional, declaró la inconstitucionalidad de la Ley No. 49 de 24 de octubre de 1999 que derogaba la Ley No. 32 de 23 de julio de 1999 por medio de la cual se creaba la «Sala Quinta de Instituciones de Garantía de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá» argumentando que el Congreso no tenía facultades para «derogar» una Sala del Organismo Judicial. En tal sentido, dándole al fallo un alcance revitalizador de la norma derogada restablece la funcionalidad de la indicada Sala Quinta.⁵³²

Sin embargo, tal como se expuso en el apartado correspondiente, la aplicación del efecto de reviviscencia en este caso ha tenido varias críticas, con las cuales el autor del presente trabajo concuerda.

En realidad no revestía de razonabilidad la reincorporación de la norma deroga porque no existía un vacío legal de tal importancia que resultara gravoso para el orden constitucional. En este caso si bien se «derogaba» una Sala dentro de la estructura orgánica de la Corte Suprema de Justicia de aquel país, este último Tribunal de mayor jerarquía subsumía la competencia de la Sala. Por lo que, en todo caso, aquellas personas que necesitaran instar cualquier acción de orden constitucional podían hacerlo directamente ante la Corte Suprema, es decir, seguían existiendo las instancias estatales responsables de realizar esas tareas y no se vulneraba el derecho de acción, defensa, debido proceso o acceso a la justicia de las personas.

Este caso resulta emblemático y su crítica muy importante porque compagina perfectamente con lo manifestado por otro de los expertos entrevistados en cuanto a que no debe utilizarse la reviviscencia de normas derogadas por el simple pretexto de preservar el andamiaje orgánico del Estado, sino que el verdadero móvil debe ser el resguardo de los derechos fundamentales, tal y como se expuso en el primer punto de los alcances de la reviviscencia. La estructura orgánica es para las personas, y no las personas para la estructura orgánica. Esta estructura tiene por función asegurar los derechos de las personas desde una postura finalista.

⁵³²Para mayor desarrollo de este caso de reviviscencia en Panamá ver pág. 175 y siguientes

Asimismo, en el derecho comparado los tribunales constitucionales también estiman necesario que la Justicia Constitucional y el activismo judicial sean medidos.

La Suprema Corte de Justicia de México, por ejemplo, que al conocer de un caso en materia electoral realiza una especie de autoreflexión para determinar si no era factible llenar ese vacío legal por otro mecanismo que no fuera la reviviscencia, indicando que por lo general se trata de expulsar únicamente las porciones normativas inconstitucionales para que pueda suplirse la laguna legal por otros mecanismos de integración del derecho. Sin embargo, cuando esa eliminación normativa recae sobre toda una materia es viable aplicar la reviviscencia para proteger el orden constitucional.⁵³³

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano determina como parámetros de la aplicación de este tipo de sentencias (manipulativas sustitutivas) los siguientes: i) El respeto al principio de separación de poderes, salvo excepciones justificadas en las que el Tribunal Constitucional puede tomar el rol de un legislador positivo las cuales ya se han explicado exhaustivamente; ii) No es viable dictar una sentencia manipulativa cuando existe más de una forma para cubrir el vacío normativo que la inconstitucionalidad pueda generar. Es decir, cuando sean eficaces métodos de integración del derecho y que no permitan inseguridad jurídica; iii) De igual forma que lo sostenido anteriormente en este trabajo, este Tribunal Constitucional peruano considera que solo se justifican este tipo de sentencias cuando por el vacío normativo puede caerse en una «situación de inconstitucionalidad más gravosa»; y iv) Este tipo de fallos debe contener una debida fundamentación que los justifiquen.

Se reitera, entonces, que los parámetros de razonabilidad no solo determinan el alcance de la aplicación de la reviviscencia de normas ante la declaración de inconstitucionalidad de normas, sino también sirven de límite a observar por parte del Tribunal Constitucional.

⁵³³Sobre el caso de aplicación de la reviviscencia en México, ver pág. 164 y siguientes

B) La aplicación del efecto de reviviscencia debe ser una facultad exclusiva del Tribunal Constitucional y no un efecto *ipso jure* de la sentencia

La mayoría de los encuestados consideran que de aceptarse la tesis de la reviviscencia de normas esta solamente podría operar como una facultad exclusiva del Tribunal Constitucional y sustentan su posición en principios de seguridad jurídica y de respeto al sistema republicano de gobierno que dispone la existencia de una separación de poderes, de forma que cualquier otro operador administrativo o judicial que intente abrogarse esta facultad estaría cayendo en un abuso y abarcando esferas que le corresponden al órgano al cual le corresponde la función legislativa (o reglamentaria si fuera el caso).

Igual criterio es sostenido por los Tribunales Constitucionales en la mayoría de países que se analizaron y se establece que la reviviscencia de las normas derogadas no es un efecto natural de la sentencia de inconstitucionalidad general, sino una facultad encargada a la Justicia Constitucional. En Colombia, por ejemplo, a pesar de que en un principio se concebía a la reincorporación de la norma derogada como un efecto «automático» de la sentencia, posteriormente se fueron estableciendo requisitos que el propio Tribunal Constitucional debía considerar para declarar o no la reincorporación de la norma derogada.⁵³⁴

Además, la afirmación de que la aplicación del efecto de reviviscencia es una facultad exclusiva del Tribunal Constitucional tiene otra implicación, lógica, pero que vale la pena resaltar: ningún otro órgano o institución pública puede abrogarse esta facultad bajo pretexto de defender el orden constitucional.

Al respecto, uno de los expertos entrevistados argumentaba que con el fin de proteger los derechos fundamentales las autoridades no deberían de verse limitadas para subsanar la existencia de vacíos legales aplicando la tesis de la reviviscencia y en tal

⁵³⁴Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de Colombia, sentencia de fecha 28/01/2015, Radicación interna: 2243, Número Único: 11001-03-06-000-2015-00, pág.8 (Además, ver pág... de este trabajo)

sentido aún y cuando el fallo no hiciera pronunciamiento sobre la vigencia de las normas derogadas por la declarada inconstitucional el operador administrativo sí podría advertir tal circunstancia y entender reincorporada la norma.

Apoya esa postura casos como el ocurrido en Costa Rica en donde la reincorporación de normas derogadas fue establecida en una oportunidad por un ente administrativo aún cuando la Sala Cuarta de aquel país no realizó ningún pronunciamiento sobre este tema en la sentencia.

En este caso, la reviviscencia de normas fue utilizado por el Tribunal Aduanero Nacional de aquel país, ante la disyuntiva de revivir una disposición que establecía ciertas sanciones a determinadas infracciones en materia aduanera la cual había sido derogada por una norma que posteriormente fue declarada inconstitucional; o en cambio, admitir que esta materia quedaba sin penalización con grave daño para el sistema aduanero de aquel país.⁵³⁵

Sobre ello, si bien a simple vista las motivaciones que podrían tenerse resultarían igualmente nobles que aquellas que utilizaría el Tribunal Constitucional para aplicar el efecto de reviviscencia: «evitar una situación de mayor inconstitucionalidad», este autor comparte la opinión vertida por la mayoría de expertos encuestados en cuanto a que:

«Aceptar que cualquier otro órgano administrativo o judicial pueda aplicar el efecto de reviviscencia cuando la Corte de Constitucionalidad no lo ha dispuesto así en la sentencia constituye un gran riesgo para la seguridad jurídica y un abuso.»

Así, se toma como propio lo señalado por dos de los expertos entrevistados que rebaten la postura de que la reviviscencia de la norma derogada pueda ser aplicada por cualquier otra institución pública. El primero de ellos indicaba que era tremendamente peligroso dar un margen de discrecionalidad a la reviviscencia de normas jurídicas,

⁵³⁵Sobre este caso de aplicación del efecto de reviviscencia por el Tribunal Aduanero de Costa Rica, ver pág. 179 y siguientes

señalando que al final todo dependería de los jueces al conocer de los casos concretos, no en una justicia constitucional sino ordinaria, y podría generar situaciones en las que para ciertos casos sí aplique y para otros en idénticas condiciones no, generando así un clima de mayor incertidumbre del que se pretendía evitar. Y el segundo, quien argumentaba que a pesar de tener un fin noble (el deseo de proteger el estado de derecho independientemente de ser un órgano administrativo o judicial ordinario), el medio empleado resultaba más gravoso que el mal que se quería evitar, y resultaría en una dislocación de todo el aparato republicano.

En concordancia con lo manifestado por los expertos, este autor concluye que aceptar lo contrario conllevaría a dos situaciones en extremo peligrosas: A) Aceptar la idea que cualquier otro órgano administrativo o judicial pueda determinar los alcances de una sentencia de inconstitucionalidad emanada por el Tribunal Constitucional cuando este no se ha pronunciado al respecto. Es decir, en la práctica cualquier órgano administrativo o judicial podría invadir esferas de competencia que no le corresponden y podría extender esta interpretación para otros casos en los que sean estos quienes decidan « ¿qué quiso decir o cuales fueron las verdaderas intenciones de la Corte de Constitucionalidad?», generando una enorme inseguridad jurídica. Y, B) Aceptar que otro órgano o institución pública, ajeno al Congreso de la República, pueda tomar el rol de un legislador positivo, violentando así el principio de separación de poderes.

En tal orden de ideas, es preciso hacer hincapié en la enorme responsabilidad que tiene el Tribunal Constitucional como el órgano designado constitucionalmente para ejercer la defensa del Orden Constitucional es la Corte de Constitucionalidad⁵³⁶, teniendo que prever los efectos de su fallo y ante la posibilidad de que su fallo produzca un vacío que dé lugar a una «situación de mayor inconstitucionalidad», declarar expresamente la reincorporación de la norma derogada si considera que esa es la única alternativa posible para resguardar el orden constitucional.

⁵³⁶Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985, art. 268

A la luz de lo analizado, para quien escribe la aplicación del efecto de reviviscencia por parte del Tribunal Constitucional no constituye más un tema de duda, sino más bien un deber si las circunstancias así lo ameritan.

C) El efecto de reviviscencia opera con efectos *ex nunc* (Análisis de su posible procedencia *ex tunc* si se plantea la inconstitucionalidad en caso concreto)

La reincorporación de la norma derogada tiene efectos *ex nunc*, esto es, desde el momento de publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma derogatoria y la declaración de reviviscencia de la norma derogada. O bien, desde la fecha de la declaración de la suspensión condicional. Ello con base en los propios efectos en el tiempo de la inconstitucionalidad general contemplados en la LAEC.⁵³⁷

En este sentido, la mayoría de los expertos entrevistados fueron contestes sobre que los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad general de normas en el caso de Guatemala no pueden ser otros que *pro futuro*. Ello para conservar la seguridad jurídica y no afectar situaciones jurídicas consolidadas. Sin embargo, uno de ellos sí indicaba que la nulidad *ipso jure* a que hacen referencia los artículos 44 y 174 constitucionales podría interpretarse como una nulidad con efectos *ex tunc*. El anterior, tema previamente abordado en el presente trabajo.⁵³⁸

Sin embargo, otro punto de vista constituyó el sostenido por otro experto entrevistado quien indicaba que ante circunstancias extremas la Corte de Constitucionalidad podía reincorporar normas derogadas con efectos retroactivos con el fin de proteger eficazmente los derechos fundamentales consagrados por la Constitución y los estándares internacionales. Que no sería lo mismo que considerar los efectos derogatorios nulos desde el principio, sino que se diera una verdadera acción revitalizadora de la norma ya plenamente derogada.

⁵³⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86, art. 140 y 141 (Además, para un análisis sobre estos efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad general en Guatemala, ver pág. 91)

⁵³⁸ Sobre los efectos *ex nunc* de la sentencia de inconstitucionalidad de carácter general ver pág. 106

Al respecto investigador no se separa totalmente de la posibilidad de que el Tribunal Constitucional de Guatemala pueda en un futuro modular el alcance en el tiempo de sus fallos con el fin de resguardar el orden constitucional. Es necesario recordar que la propia tesis que se plantea de la reincorporación de normas derogadas constituye también un rompimiento al esquema limitado con que puede analizarse el derecho procesal constitucional, el cual no es más que el medio procesal para la concretización de los postulados del derecho constitucional y más recientemente desde una óptica neo constitucionalista.

Sin embargo, se puede llegar a un consenso en cuanto a que, en congruencia con el criterio sentado en otros países, como el caso de Panamá⁵³⁹, México⁵⁴⁰ y analizando los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad general establecidos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala⁵⁴¹, se puede indicar que la reincorporación de la norma derogada al ordenamiento jurídico guatemalteco puede suceder sólo que se publica el fallo que contenga esta disposición en el Diario Oficial.

Guardando congruencia con lo expresado anteriormente: este es un caso de fallo atípico, manipulativo, sustitutivo por medio del cual, si bien una norma es expulsada del ordenamiento jurídico por efectos de la sentencia, otra es reincorporada en sustitución de aquella en el mismo momento. Por lo que, se entiende que habrá cierto ínterin de tiempo en el que la norma derogante tuvo vigencia, y en el que la norma posteriormente revivida quedó realmente derogada.

Sin embargo, ello acarea otro problema práctico: si se presentara una inconstitucionalidad en caso concreto en contra de la norma derogante, buscando que de manera declarativa que esta sea inaplicable al caso concreto, habría que preguntarse si ¿puede declararse en caso concreto también la reviviscencia *ex tunc* de la norma

⁵³⁹Sobre el momento en que debe empezar a regir la reviviscencia de la norma derogada para el caso de Panamá ver pág.175

⁵⁴⁰Sobre el momento en que debe empezar a regir la reviviscencia de la norma derogada para el caso de México, ver pág.114

⁵⁴¹Sobre los efectos *ex nunc* de la sentencia de inconstitucionalidad de carácter general en Guatemala ver pág.191 y siguientes

derogada? O por el contrario: ¿existiría para ese caso concreto un vacío legal por ser inaplicable la norma inconstitucional y a su vez estar derogada la norma anterior?

Ante esto, el investigador es del criterio, en principio, de que en el planteamiento de la inconstitucionalidad en casos concretos no podría declararse la reincorporación de normas derogadas para efectos únicos hacia el caso concreto porque en esta clase de planteamientos lo que se declara es la «inaplicabilidad» de la norma que contraviene la Constitución, sin poder reunirse los presupuestos necesarios para la reviviscencia de normas. Es decir, no puede entenderse que se está ante una «situación de mayor inconstitucionalidad» porque esto solo puede ocurrir como consecuencia de los efectos *erga omnes* del fallo de inconstitucionalidad de carácter general, que afectan a todo el grupo social que constituye el Estado.

Sin embargo, también se toma como valedero lo expresado por uno de los expertos entrevistados en cuanto a que en caso de que la Corte de Constitucionalidad ya haya declarado la inconstitucionalidad de la norma derogante y la reviviscencia de la norma derogada y lo único que se pretenda en el planteamiento de inconstitucionalidad en caso concreto sea la declaración de inaplicabilidad para evitar la aplicación ultractiva de la norma inconstitucional, entonces sí podría declararse en caso concreto la reviviscencia extensiva de la norma jurídica derogada porque así lo ha considerado necesario la Justicia Constitucional.

D) El efecto de reviviscencia no es lo mismo que la nulidad de los efectos derogatorio de una norma declarada inconstitucional

Esta tesis sostiene que la reviviscencia de la norma solamente opera cuando la misma ha sido realmente derogada y se reincorpora posteriormente al ordenamiento jurídico. Caso contrario sucede cuando la declaración de inconstitucionalidad tiene como efecto declarar nula *ab initio* (con efectos *ex tunc*) la norma derogante, pues bajo este supuesto se tiene que tal derogación en realidad nunca sucedió. En palabras más sencillas «no se puede revivir lo que nunca murió».

Pero, también se comprende que sin la declaración del Tribunal Constitucional tal efecto nulificador de la derogación nunca hubiera podido darse en virtud del principio de *indubio pro legislatoris*, que propugna la validez de la norma y su apego a la constitución salvo declaración del Tribunal Constitucional en contrario.

En cualquier caso, ambos supuestos, tanto la reviviscencia de la norma derogada como la nulidad de los efectos derogatorios son formas en que los tribunales constitucionales pueden incidir en el ámbito temporal de validez de las normas jurídicas. Y ambos casos se dan en el derecho comparado, dependiendo de cuál sea la postura adoptada en cuanto a los efectos materiales y temporales de la declaración de inconstitucionalidad general en cada sistema jurídico.

Así, en Costa Rica, por ejemplo, se admite que el Tribunal Constitucional module de cierta forma los efectos en el tiempo de su sentencia otorgándole, incluso, efectos retroactivos propios a los de la nulidad.⁵⁴² Y en tal sentido, en el caso específico de la declaración de inconstitucionalidad a las reformas de ciertas leyes forestales de aquel país, se consideró que si aquellas estaban viciadas de la mayor nulidad posible –ser contrarias a la Constitución- las precedentes mantienen su vigencia con efectos retroactivos.⁵⁴³

Un caso similar de nulidad de las disposiciones derogatorias por declaración de inconstitucionalidad ocurre en Alemania, en el que su Tribunal Constitucional Federal (*bundesverfassungsgericht*), establece que la norma declarada inconstitucional resulta de una situación como si la Ley nunca hubiera sido promulgada y no produce ningún efecto, ni siquiera los derogatorios.⁵⁴⁴

En otras palabras, en algunos países se sostiene la tesis de que declarada la nulidad *ab initio* (con efectos *ex tunc*) de una norma por contravenir a la Constitución sus

⁵⁴² Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 7135 de 11 de octubre de 1989, Ley de Jurisdicción Constitucional, Costa Rica, 1989, art. 91

⁵⁴³ Para mayor detalle sobre este caso de efectos retroactivos de la sentencia de inconstitucionalidad en Costa Rica, ver pág.179 y siguientes

⁵⁴⁴Sobre estas consideraciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán ver pág.170

efectos, incluyendo aquellos que derogan otras normas, son iguales a la nada jurídica. En tal sentido nunca existió una norma derogada propiamente dicha.

Empero, en el caso de Guatemala el autor advierte que no puede hacerse uso de la declaración de inconstitucionalidad con efectos de nulidad *ab initio* de las disposiciones derogatorias de una norma jurídica. Ello debido a que por reiterada jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, solamente se tiene como mecanismo la posibilidad de reincorporar la norma derogada con efectos *ex tunc*, por tener la inconstitucionalidad en Guatemala un efecto equivalente a la derogación (o anulabilidad *pro futuro*) de la norma inconstitucionalidad, desde el día de la publicación del fallo en el Diario Oficial.⁵⁴⁵

Ahora bien, se dijo anteriormente que en el caso de Guatemala no puede darse la nulidad *ab initio* de los efectos derogatorios de una norma, sin embargo es necesario dejar a salvo lo que se expuso en apartados anteriores de este trabajo de tesis sobre lo declarado por la Corte de Constitucionalidad en el auto que resuelve el Recurso de Aclaración planteado dentro de los expedientes acumulados 1-2015, 6-2015, 7-2015, 44-2015, 68-2015, 71-2015, 101-2015 y 167-2015. Siendo este un caso en el que, a criterio del autor, dicho Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento de nulidad *ab initio* de los efectos derogatorios de una norma por contener un vicio de inconstitucionalidad *interna corporis* de especial trascendencia.⁵⁴⁶ De nueva cuenta, si bien es cierto la generalidad indica que los efectos de la inconstitucionalidad general de normas acarrea efectos constitutivos, en ocasiones tan gravosas como la analizada la Corte se ve en la necesidad de emitir un fallo puramente declarativo de nulidad.

E) Mediante la aplicación de la reviviscencia de normas derogadas no puede extenderse el período de vigencia inicialmente establecido por el legislador al crear la norma

⁵⁴⁵Sobre la discusión de los verdaderos efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad en Guatemala ver pág. 107 y siguientes

⁵⁴⁶Para mayor referencia sobre este caso ver pág.197 y siguientes

Resulta obvio que si la norma derogada disponía de una vigencia limitada en el tiempo entonces el Tribunal Constitucional no podría reincorporarla para regir situaciones de hecho más allá de su ámbito original de vigencia. En tal sentido, se establece que la reviviscencia únicamente puede operar para aquellas normas que por disposición de su órgano emisor tienen originalmente vigencia por tiempo indefinido.

Al respecto, un caso en este sentido fue analizado por la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el cual estimó que la reviviscencia de la norma sólo es posible cuando al derogarse o declararse nula la norma derogante, la vigencia de la disposición originalmente derogada no se hubiera extinguido por el cumplimiento del plazo señalado por el legislador.⁵⁴⁷

F) El Tribunal Constitucional no puede reincorporar normas igualmente inconstitucionales

Como se ha reiterado anteriormente, la aplicación del efecto de reviviscencia pretende evitar una «situación de mayor inconstitucionalidad» que puede ser ocasionada por la propia sentencia de inconstitucionalidad general y la eventual expulsión del ordenamiento jurídico de la norma impugnada. En ese orden de ideas, no es factible «volver a la vida» una norma igualmente inconstitucional porque bajo este supuesto no se estaría cumpliendo con el presupuesto primordial para aplicar este principio.

Mismo criterio es sostenido en Colombia, por ejemplo, al establecerse que «*la reviviscencia de las normas derogadas sería procedente siempre que las disposiciones derogadas que se restablecen no sean, a primera vista y en forma ostensible, contrarias a la Constitución...*».⁵⁴⁸ En igual sentido el Tribunal Constitucional de España descarta la posibilidad de «resusitar» una norma jurídica por existir una radical incompatibilidad entre esta y la Constitución «*en tal grado que ninguna interpretación*

⁵⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 17/10/2001, expediente: 01-001339-0007-CO (Para mayor referencia sobre este caso ver pág. 162)

⁵⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de Colombia, sentencia de fecha 28/01/2015, Radicación interna: 2243, Número Único: 11001-03-06-000-2015-00, pág.9

*“constitucionalmente conforme” puede sanar (...) para impedir la vuelta a la vida del cádaver legislativo de la Ley 1938.»*⁵⁴⁹ Sobre esto y a pesar de que ello parece un presupuesto bastante lógico en la práctica, desde el plano teórico presenta una dificultad particular: establecer si el Tribunal Constitucional puede revisar la constitucionalidad de otra norma no impugnada (la derogada).

Al respecto, es criterio del investigador de que si bien es cierto el Tribunal Constitucional debe actuar en estricto derecho y conocer únicamente el análisis confrontativo entre la norma expresamente impugnada por el solicitante y la Constitución, ello no obsta para que, en aras de procurar la defensa del orden constitucional y los derechos fundamentales, también debe analizar, incluso de manera oficiosa, la constitucionalidad de la norma que en dado caso se reincorporará al ordenamiento jurídico. Todo ello con base al estudio de razonabilidad que como se ha venido sosteniendo debe imperar en esta clase de fallos atípicos.

Tampoco es posible permitir al Tribunal Constitucional dar una solución «menos inconstitucional, pero igual inconstitucional».

G) El efecto de reviviscencia no puede ser aplicado en materia penal para reincorporar un delito o una pena, salvo casos excepcionales

Este tema revisten de importante análisis sobre la procedencia de la reviviscencia de sus normas por parte del Tribunal Constitucional, principalmente por dos motivos: i) La primera de ellas corresponde a que el Poder Constituyente determinó constitucionalmente que en materia penal para crear delitos y penas se otorgaba reserva absoluta de ley al Congreso de la República, de tal forma que este fuera el único para emitir las, reformarlas o derogarlas; y ii) Por este mismo principio (que viene siendo una expresión del principio de legalidad) tampoco se permite utilizar ninguna clase de analogía para poder crear tipos penales o sanciones.⁵⁵⁰ Es decir, en materia

⁵⁴⁹Tribunal Constitucional de España, Sentencia No.140/1986, de 11/11/1986 (Sobre este caso ver pág. 169)

⁵⁵⁰Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73 Código Penal, 1973, art.7

punitiva la única fuente de derecho es la ley en sentido formal y estricto. De ahí que si se crea un vacío legal como producto de la declaración de inconstitucionalidad general de una norma penal que contenga la descripción de una figura delictiva o su pena tal materia quedará despenalizada, pues no pueden imponerse penas sin ley anterior, principio conocido como *nullum crimen, nulla poena sine praeviae lege penale*.

Ante esto cabe plantear la interrogante, como se la planteó para sí el Tribunal Aduanero de Costa Rica⁵⁵¹, si ante el supuesto de que: habiendo estado cierta conducta penalizada por una norma anterior, derogada por una ley posterior que también la penaliza ¿es acaso factible permitir que la conducta quede despenalizada si se declara la posterior inconstitucionalidad de la norma derogante? O por el contrario ¿ante tal situación debería revivir la norma anterior para que la conducta indeseable no quede impune?

La respuesta a esta interrogante, para tres de los expertos entrevistados era afirmativa. Ellos, al igual que el Tribunal Aduanero costarricense, consideraron que no es viable que materias como las sanciones por infracciones en materia aduanera, por ejemplo, queden despenalizadas porque ello constituiría un perjuicio al sistema y la creación legislativa en la realidad actual es bastante lenta como para cubrir esos vacíos legales con prontitud. De tal forma, no puede esperarse a que el Congreso de la República regule una nueva figura tipo.

Sin embargo, el autor se aparta de tal criterio y encuentra mayor razonabilidad en lo sostenido por el resto de entrevistados en cuanto a que como principio general no puede el Tribunal Constitucional «hacer el trabajo del Congreso de la República» quien en caso de considerar una conducta como reprochable al grado de considerarla delito, así debe establecerlo en una norma jurídica con rango de ley. Además, se tiene presente que la declaración de inconstitucionalidad general de la norma tipo o su sanción se convierte en una suerte de «sanción» para el Organismo Legislativo si en el ejercicio de su función no logra crear figuras delictivas constitucionalmente válidas.

⁵⁵¹Sobre este caso particular ver pág. 179 y siguientes

Al respecto, es necesario recordar que el principio de legalidad (manifestado en la reserva absoluta de ley otorgada al Congreso) es uno de los mecanismos constitucionalmente establecidos para limitar la capacidad punitiva del Estado –el *ius puniendi*-. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional no debería ir en contra de la persona y darse a la tarea de revivir figuras delictivas. Si el Congreso de la República no concretiza correctamente el *ius puniendi*, el administrado no deberá sufrir las consecuencias, debiendo entender la conducta como despenalizada por principio de legalidad.

Esto porque además, en términos generales, no es la Corte de Constitucionalidad la idónea para catalogar una conducta como delito o falta, o incluso, determinar en su sentencia la conveniencia o el reproche de la conducta. Aún si se trata de proteger el régimen administrativo o financiero, por ejemplo, el autor reitera que la aplicación del efecto de reviviscencia no debe aplicar para defender los intereses del fisco, ni de la administración en sí mismo, sino en proteger los derechos fundamentales. Dicho eso, no se estima que exista una razonabilidad suficiente como para utilizar el alcance de reviviscencia para reincorporar tipos delictivos o sanciones ya derogadas. La supuesta solución ofrece una consecuencia aún más gravosa para el sistema republicano: el *ius puniendi* utilizado por el propio Tribunal Constitucional.

Para ejemplificar lo aquí sostenido se trae a colación lo dictado por la Corte de Constitucionalidad en el expediente 936-95, sentencia de 07/03/1996⁵⁵², fallo en el cual se declaró inconstitucionalidad de los artículos del 232 al 25 del Código Penal que, dentro de los cuales se contenía el delito de adulterio por transgredir de manera silvestre el derecho de igualdad consagrado en el artículo 4 CPRG. Aunque este fallo no trate en nada sobre la reviviscencia de normas sí ejemplifica la labor del Tribunal Constitucional ante un supuesto vacío normativo en materia penal. Esto porque si se analiza correctamente puede observarse que en esta sentencia no se declaró la inconstitucionalidad emitiendo una sentencia manipulativa para que «tanto el hombre como la mujer pudieran cometer el delito de adulterio en iguales condiciones», sino que

⁵⁵² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 936-95, sentencia de fecha 07/03/1996

se expulsó del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional quedando esa conducta despenalizada. En todo caso, si para la sociedad guatemalteca este actuar es reprochable, es al Congreso como órgano legitimado y representativo el competente para volver a penalizar el actuar adúltero, pero no podría, bajo ningún motivo, el propio Tribunal Constitucional determinar por medio de una sentencia manipulativa cual conducta es reprochable y cual no, tipificándola.

Empero, este principio general de no aplicación del efecto revitalizador de tipos penales o sanciones, a criterio del autor y según el análisis de la opinión de los expertos puede llegar a consentir ciertas excepciones. De manera más concreta, se sostiene que es viable la reviviscencia de tipos penales y sanciones siempre y cuando ello tenga por objetivo cumplir con estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Es decir, cuando la protección del bien jurídico constituya un compromiso adquirido por el Estado de Guatemala en materia de derechos fundamentales.

En tal orden de ideas, en el supuesto que el Congreso de la República decidiera crear nuevas figuras tipo con el fin de tutelar los bienes jurídicos de la vida, la libertad e indemnidad sexual de las personas o la libertad y seguridad de las personas, derogando expresamente los delitos actualmente contemplados, por ejemplo, si en un futuro estas nuevas normas penales resultaren inconstitucionales por cualquier motivo y expulsadas del ordenamiento jurídico, no es viable consentir (en ninguna sociedad actualmente) que los actos que transgredan estos bienes jurídicos tutelados queden despenalizados.

Lo anterior no solo porque ello conllevaría a un verdadero fracaso para el Estado mismo, incapaz de reprimir conductas que atenten contra los derechos de las personas reconocidos constitucionalmente, sino también porque estaría faltando a compromisos adquiridos por tratados internacionales, como: la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, entre

muchos otros. Incluso, a criterio del autor en un caso dado hasta podría alegarse incumplimiento a las normas de *ius cogens*⁵⁵³, siempre con base a una tesis *pro homine*. Aunado a lo anterior hay que tomar en cuenta que ante el compromiso adquirido por un Estado al ratificar esta clase de tratados internacionales se obliga todo el aparato estatal a proteger los derechos que se tutelan y reconocen en estos instrumentos legales. De forma que la Corte de Constitucionalidad, ante una situación extrema en que tenga que declarar inconstitucional una figura tipo o una sanción que a su vez derogó una norma penal que regulaba esta misma materia, como parte del aparato estatal deberá buscar los mecanismos a modo de que el Estado de Guatemala no incumpla con los estándares internacionales que en última instancia se traduce en la toma de acciones para la protección de derechos fundamentales de las personas.⁵⁵⁴ A criterio del autor la aplicación de la reviviscencia de la figura tipo o la sanción derogada ofrece una solución a esta eventual problemática, aún si se trata de materia penal.

H) El efecto de reviviscencia debe ser aplicado solo en los casos en que el Tribunal Constitucional no pueda hacer uso de otros mecanismos para lograr evitar «una situación de mayor inconstitucionalidad»

Por último, pero de suma importancia, el investigador desea dejar en claro algo: la reviviscencia de normas por consecuencia del control constitucional abstracto (así como el resto de fallos atípicos manipulativos y sustitutivos) deben ser medidas de *última ratio*. Ello por las implicaciones que conlleva y porque, como se sostuvo anteriormente, esto hace al Tribunal Constitucional tomar un rol de legislador positivo.

De tal forma es necesario tener presente lo que indicaba uno de los expertos entrevistados sobre los vacíos legislativos dañosos –*Horror Vacui*–, en cuanto a que no

⁵⁵³ Normas de *ius cogens*: Se entiende como normas imperativas –*normas de ius cogens*– a aquellas normas que la comunidad internacional, en su conjunto, considera que no puede existir pacto en contrario. Tampoco admiten exclusión ni alteración de su contenido, de modo que cualquier acto que realice un Estado en contra de estas será nulo, estando en una posición superior al derecho interno. Estas normas tutelan intereses de carácter público o general. (Abello Galvis, Ricardo, *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la comisión de derecho internacional*, CDI, México, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Rosario, 2011, págs. 83-83)

⁵⁵⁴ Sobre la fuerza vinculante en materia constitucional de estos tratados internacionales ver pág. 78

debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desempeña también una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que sentencias como esta que declara la reviviscencia de normas se constituyen en instrumentos procesales necesarios para la pacificación social. Sin embargo, el autor hace la indicación que en primer lugar deben intentarse otras vías, o bien, sentencias atípicas que impliquen un menor activismo judicial constitucional.

Es decir, en lo posible deben buscarse otros mecanismos menos peligrosos para el sistema democrático y republicano, a modo de suplir el vacío legal que pueda causar una «situación de mayor inconstitucionalidad».

Este criterio es también sostenido por la opinión de la mayoría de los expertos entrevistados en el sentido de que la Corte de Constitucionalidad puede, por ejemplo, dictar una sentencia atípica interpretativa por medio de la cual de a la norma impugnada un significado más conforme al texto constitucional a manera de evitar su expulsión del ordenamiento jurídico y dejar un vacío legal.

O bien, podría establecer en su fallo que los efectos de la declaración de inconstitucional surtirán de manera diferida –sentencia programática- a modo de no expulsar inmediatamente la norma del ordenamiento jurídico, sino hacerlo por etapas, y así exhortar al Congreso de la República para que se apresure en regular nuevamente la materia.

Claro está, la utilización de este tipo de sentencias (programáticas y exhortativas con plazo) es controversial debido a la estipulación de la LAEPC que determina que los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad empezarán a regir el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial. Aspecto que implicaría una modulación por parte del Tribunal Constitucional de los efectos en el tiempo de su sentencia, siendo un tema que podría ser motivo de otra tesis, pero que evitaría la controversia de si el Tribunal Constitucional toma funciones, o no, de legislador positivo por reincorporar una norma jurídica por una vía distinta a la de la creación normativa. Y por otra parte, se cuestiona

si el Tribunal Constitucional tiene la potestad para fijar un plazo al Congreso que es un órgano independiente y parte de la trilogía clásica de la división de poderes en un sistema republicano. Sin embargo, a criterio del autor y adoptando varias opiniones de los expertos y de los Tribunales Constitucionales de la región anteriormente analizados se determina que este tipo de sentencias son menos peligrosas para el sistema republicano porque en estos casos no es el Tribunal Constitucional quien realiza la labor de legislador positivo, sino que es el propio órgano facultado democráticamente para tal efecto.

A lo que seguramente surgirá la interrogante ¿Si es posible utilizar ese tipo de sentencias entonces por qué podría siquiera pensarse en utilizar el efecto de reviviscencia en el fallo de inconstitucionalidad general? Y la respuesta dependerá de cada caso. En ese orden de ideas, procederá aplicar la reviviscencia de normas derogadas cuando la norma declarada inconstitucional sea totalmente insoportable para el Estado de Derecho, tanto que no permita dictar su expulsión con efectos diferidos, ni esperar a que el órgano facultado para la emisión normativa actúe. En estos casos la Corte de Constitucionalidad, además de declarar su expulsión del ordenamiento jurídico debe actuar como un «legislador de emergencia» reincorporando las normas derogadas por la norma declarada inconstitucional porque el vacío que se generaría sería igualmente gravoso.

Otro caso importante es cuando el órgano llamado a legislar tiene imposibilidad material de hacerlo, como en el caso de la aplicación de la reviviscencia en materia electoral analizada en México⁵⁵⁵, en donde, por la proximidad de las elecciones era imposible que se emitiera nueva normativa, viéndose la Suprema Corte de Justicia en la necesidad de reincorporar las normas electorales derogadas para proteger los derechos políticos de los ciudadanos de aquel país.

⁵⁵⁵Ver pág. 164 y siguientes

CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el trabajo de investigación, el autor arriba a las siguientes conclusiones, las cuales se exponen en el orden de la pregunta de investigación y los objetivos trazados.

Sobre la pregunta de investigación: ¿Cuáles son los alcances y límites del efecto de reviviscencia en caso de control constitucional abstracto de normas jurídicas? Y sobre el objetivo general de investigación planteado se tiene que,

En cuanto a los alcances se concluye:

1. Si bien el Tribunal Constitucional puede aplicar el efecto de reviviscencia en los fallos en que declare con carácter constitutivo la inconstitucionalidad de una norma derogante de otra, esto debe tener una razonabilidad y justificación en cuanto a que el vacío normativo que se pueda generar atente contra el orden constitucional, es decir que genere una «mayor inconstitucionalidad» que se traduce en la violación a derechos fundamentales.
2. Para la procedencia del efecto de reviviscencia tanto la norma inconstitucional como el vacío legal que se generaría de su expulsión deben ser insoportables para el sistema jurídico. Más allá de ser violatorias al texto constitucional en sentido estricto, deben serlo para los derechos fundamentales que se protegen en un Estado Constitucional de Derecho.
3. Este tipo de fallos encuentra su legitimidad en la medida en que se justifiquen desde una óptica neoconstitucionalista. Es decir, en la que la labor limitada al papel de un legislador negativo no sea suficiente para que el Tribunal Constitucional pueda garantizar los derechos humanos.
4. La sentencia que declara la reviviscencia de normas constituye un caso de fallo atípico de carácter manipulativo o normativo sustitutivo en virtud de que el tribunal

no solo expulsa la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, sino que la sustituye por la que fue derogada. Tomando así el papel de un legislador positivo.

En cuanto a los límites se concluye:

5. El presupuesto que exige la existencia de una razonabilidad y una debida motivación en el fallo que declare la reviviscencia de normas derogadas es, a su vez, un límite para que este efecto no pueda ser utilizado de manera arbitraria, ni en todos los casos en que existan vacíos normativos como producto del fallo si estos no causan vulneración a derechos fundamentales.
6. La reviviscencia de normas derogadas en caso de control constitucional abstracto de normas debe ser una facultad exclusiva para el Tribunal Constitucional. De lo contrario, además de ser una peligrosa ruptura del principio de separación de poderes, supone una mayor incertidumbre jurídica de la que se pretende evitar. En ese orden de ideas, el efecto de reviviscencia no puede ser determinado por ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional.
7. Como una limitante lógica, el Tribunal Constitucional no puede revivir una norma más allá de su período de vigencia estipulado por emisor originario de la misma. De lo contrario, el fallo sería más normativo aún, cayendo incluso en el abuso de activismo judicial.
8. Al momento de reincorporar normas derogadas el Tribunal Constitucional debe evaluar la propia constitucionalidad de estas normas a revivir. De lo contrario, podría darse la situación de que se revitalice una norma igual de inconstitucional y no existiría ninguna solución al problema de «evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad». Tampoco es posible permitir al Tribunal Constitucional dar una solución «menos inconstitucional, pero igual inconstitucional».

9. En materia penal no debería proceder la aplicación del efecto de reviviscencia para reincorporar delitos o sanciones porque el ejercicio del *ius puniendi* no corresponde al Tribunal Constitucional. Sin embargo, ello podría tener lugar cuando lo que se pretende es tutelar ciertos derechos fundamentales que quedarían desprotegidos ante el vacío normativo causado.

Sobre el objetivo específico de investigación: Desarrollar los alcances del principio de supremacía constitucional en el sistema de normas jurídicas, se concluye lo siguiente:

10. El principio de supremacía constitucional constituye verdaderamente el primer derecho que tienen todas las personas dentro de un Estado. Esto es, el derecho de que el pacto social sea respetado por todos, gobernantes y gobernados.

11. Con base a una óptica neoconstitucionalista, el principio de supremacía constitucional asegura que todo el ordenamiento jurídico se encontrará acorde a la Constitución no solo en el estricto sentido de su texto, sino también conforme a los derechos fundamentales que esta consagra. Dinamizando así a la Justicia Constitucional para la protección efectiva de los DDHH como fin del orden constitucional.

Sobre el objetivo específico de investigación: Exponer los principales sistemas de control constitucional de normas, con énfasis en el aplicable a Guatemala, se concluye lo siguiente:

12. A lo largo de la historia jurídica se han desarrollado diversos sistemas de control constitucional de normas (concentrado, difuso, mixto, paralelo o dual), siendo el aplicable a Guatemala el control normativo mixto. Empero, lo más importante de todo esto, a criterio del autor, es que por medio de los mecanismos de protección constitucional –especialmente los procesales (garantías)- el constituyente encomendó en la Corte de Constitucionalidad la labor fundamental de defender la

vigencia de la Constitución. Una vigencia no meramente positiva y rígida, sino más bien evolutiva conforme así lo requieran los cambios sociales y según sea necesario para garantizar de mejor manera los Derechos Fundamentales. Incluso, la emisión de sentencias atípicas (como la que se analiza en esta tesis) es un claro ejemplo de este cambio de paradigma.

Sobre el objetivo específico de investigación: Explicar la forma en que la reviviscencia de normas jurídicas puede ser utilizada para subsanar vacíos legales provocados por la declaración de inconstitucionalidad de una ley, se concluye lo siguiente:

13. El efecto de reviviscencia puede ser aplicado solo en los casos en que el Tribunal Constitucional no encuentre otro mecanismo. En tal sentido, debe agotar primero la posibilidad de dictar otro tipo de sentencia atípica para evitar generar un vacío legal gravoso –*horror vacui*-, siempre que lo permitan las circunstancias especiales del caso.

Sobre el objetivo específico de investigación: Estudiar las posibles colisiones entre la aplicación del efecto de reviviscencia de normas y otras figuras como la derogación, la nulidad de los efectos derogatorios, la reserva de ley, los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad general, y el rol de legislador negativo del Tribunal Constitucional, se concluye lo siguiente:

14. Por medio de la aplicación del efecto de reviviscencia el Tribunal Constitucional asume el papel de un legislador positivo. Y aunque de manera general en esta tesis se sostiene que la reviviscencia no procede en las áreas que contienen una reserva absoluta de ley (como la penal o tributaria) por ser manifestaciones del *ius imperium* y el Tribunal Constitucional no debería entrar a ejercer ese poder, bajo ciertas circunstancias en que se ponen en juego los derechos fundamentales y el sistema financiero (como vía para alcanzar el bienestar general) sí es justificable el quebrantamiento del principio de reserva de ley para evitar vacíos normativos

gravosos. Más aún cuando la norma inconstitucional solo tiene por objeto la derogación de otra que es parte fundamental del sistema (financiero, por ejemplo).

15. En principio, el efecto de reviviscencia por ser declarado en una sentencia que dispone la inconstitucionalidad de una norma de carácter general tiene efectos *ex nunc*. Sin embargo, en casos excepcionales, bajo una debida fundamentación y a modo de evitar violaciones a los derechos mínimos, podría el Tribunal Constitucional dictarla con efectos *ex tunc*.

16. No debe confundirse la aplicación del efecto de reviviscencia con la nulidad por inconstitucionalidad de los efectos derogatorios de una norma jurídica. En el último supuesto la derogación nunca existió (es igual a la nada jurídica) y en tal sentido, no puede hablarse de «reincorporación de normas derogadas» si esta nunca lo fueron.

RECOMENDACIONES

1. A la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: evitar la aplicación del efecto de reviviscencia en sus autos y sentencias para no atentar contra el sistema republicano. Sin embargo, lo anterior sin desconocer su labor como órgano de control jurídico del orden constitucional y garante de los derechos fundamentales de las personas. En tal sentido, cuando se vea en casos extremos ante la disyuntiva de aplicar o no el efecto de reviviscencia en la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma derogante generando un vacío legal que apareje la desprotección de derechos fundamentales y no existiendo ninguna otra forma de solucionarlo, se legitimará la decisión de reincorporar la norma derogada.
2. A la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: que para los futuros casos en los que se vea en la necesidad de emitir una sentencia que contenga efectos revitalizadores de normas derogadas desarrolle exhaustivamente en el fallo la razonabilidad de su pronunciamiento. A criterio del investigador y haciendo acopio a los criterios de los expertos entrevistados tal motivación debe ir encaminada a exponer el riesgo de que el vacío legal derivado de la sentencia cause efectos gravosos (*horror vacui*) para el orden constitucional y específicamente la vulneración de derechos fundamentales.
3. A la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: en los autos y sentencias que emita, con el fin de evitar vacíos legales por otros medios que no sean la reincorporación de normas derogadas, se recomienda considerar primero la aplicación de otro tipo de sentencia atípica «menos normativa». Como por ejemplo: las sentencias diferidas o programáticas y las sentencias exhortativas.
4. A la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: en caso de verse en la necesidad de dictar una sentencia con alcances de reviviscencia de normas derogadas acompañe la exhortación al órgano competente para que vuelva a

normar esa materia. Ello con el objetivo de limitar lo más posible los efectos de este tipo de pronunciamiento ya que originariamente la Corte de Constitucionalidad no es el órgano democráticamente electo para cumplir funciones de legislador positivo.

5. Al Congreso de la República de Guatemala y en general a cualquier órgano con facultades de creación normativa (reglamentos u otras disposiciones de carácter general): Cumplir con las exhortaciones que la Corte de Constitucionalidad emite para normar prontamente la materia y que no exista el temor al vacío normativo – *horror vacui*- en el sentido de que si se exige el respeto al sistema republicano y la no intervención del Tribunal Constitucional en el rol de legislador positivo, entonces que no se incurra en ser un legislador omisivo.

REFERENCIAS CONSULTADAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aftalión, Enrique y José, Villanova. *Introducción al derecho*, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1988
2. Aguirre Godoy, Mario. *Derecho procesal civil*, Tomo I, Guatemala, Centro Editorial VILE, 2016
3. Alvarez Cardiol, Ariel. *Introducción a una teoría general del derecho*, Argentina, Editorial Astrea, 1986
4. Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*, Argentina, Editorial Astrea, 2015, segunda edición
5. Andrade Abularach, Larry, y Eduardo, Ferrer Mac-Gregor (Coords.) *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Guatemala, Instituto de Investigación de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar –IIJ-, 2013
6. Araujo Rentería. *Efectos de las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2005
7. Balaguer Callejón, María Luisa. *Lecciones de derecho constitucional*, España, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, 2014
8. Betegón, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*, España, Editorial MacGraw-Hill, 1997
9. Bianchi, Alberto B. *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Argentina, Ediciones Cathedra Jurídica, 2009
10. Bidart Campos, German. *La interpretación y control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Argentina, Editorial Ediar Sociedad Anónima, 1987
11. Boris González, Boris. *Derecho procesal constitucional*, Panamá, Librería y Editorial Barrios y Barrios, 2014
12. Brage Camazano, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005

13. Brewer Carias, Allan R, *El control concentrado de la constitucionalidad de leyes: estudio de derecho comparado*), Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica de Táchira, 1994
14. Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. *Derecho procesal constitucional*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fenix, 2011, tercera edición
15. Cano Lemús, Evelin Licely , y Omar Ricardo, Barrios Osorio. *Nociones esenciales de derecho constitucional*, Guatemala, Editorial Lex Artis
16. Castillo González, Jorge Mario. *Derecho administrativo*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2017
17. Contipelli, Ernani. *Teoría de la Constitución y bases de la institucionalidad*, Chile, RIL editores
18. Cordon Aguilar, Julio Cesar. *El tribunal constitucional de Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2009
19. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Opus magna constitucional*, Tomo I, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2010
20. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Opus magna constitucional*, tomo II, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad, 2011
21. Delgado Pinto, José. *Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas*, México, Artículos Doxa 7, 1990
22. Diez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, España, Editorial Ariel, 1975
23. Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, España, Editorial Ariel, 1982
24. Fabra Zamora, Jorge Luis y Luis Leonardo, García Jaramillo. *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, España, Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano, 2008
25. Falcón y Tella, María José, *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010

26. Ferrer MacGregor, Eduardo. *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2004
27. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *La Suprema Corte de Justicia de México como legislador positivo*, Uruguay, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2011
28. Ferroni, Cerrina. *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca: tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Italia, Giappichelli, 2002
29. Fioravanti, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, España, Editorial Trotta, S.A., 2014
30. Fix-Zamudio, Héctor. *La Constitución y su defensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984
31. Flores Salgado, Lucerito Ludmila. *Introducción al estudio del derecho*, México, Larousse - Grupo Editorial Patria, 2014
32. Galindo Garfias. *Derecho civil primer curso, parte general*. México, Editorial Porrúa, 1997, decimo quinta edición
33. García Belaunde, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Perú, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003, cuarta edición
34. García Cuadrado, Antonio. *Derecho, estado y constitución: el estatuto científico y otros temas fundamentales de derecho constitucional*, España, Editorial Alicante, 2002
35. García Laguardia, Jorge Mario, *Defensa del Orden constitucional*, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994
36. García Laguardia, Jorge Mario, y Edmundo, Vásquez Martínez. *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad San Carlos de Guatemala, 1984
37. Gil Domínguez, Andres. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Argentina, Editorial Ediar, 2009

38. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal Constitucional*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006
39. Gozani, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional: garantías, proceso y tribunal constitucional*, Argentina, Editorial de Palma, 1994
40. Haro, Ricardo. *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2014
41. Highton, Elena. *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2016
42. Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos normativos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2004
43. Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Traducido al español por: Tamayo y Salmorán, Rolando, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001
44. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Argentina, Eudeba, 2010
45. López Menudo, Francisco. *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas*, España, Editorial Universidad de Sevilla, 2015
46. Mora Restrepo, Gabriel. *Bloque de constitucionalidad*, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, No.4, Chía, 2000
47. Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Colombia, Editorial Temis, 2012
48. Nogueira Alcalá, Humberto. *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del tribunal constitucional y los efectos de sus sentencias*, Chile, Red Estudios Constitucionales, 2009
49. Olano García, Hernán Alejandro. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Chile, Red Estudios Constitucionales, 2009
50. Pereira Orozco, Alberto. *Introducción al estudio del derecho*, Tomo I, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012, séptima edición

51. Pereira Orozco, Alberto. *Nociones generales de derecho I*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012
52. Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *Derecho constitucional*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2013, octava edición
53. Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *La Constitución*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012, segunda edición
54. Pereira Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2015
55. Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2007,
56. Quiroa Lavie, Humberto. *Curso de derecho constitucional*, Argentina, Ediciones de Palma, 1987
57. Rebello Delgado, Lucrecio. *Derecho Constitucional I*, España, editorial BYKINSON, S.L., 2015, segunda edición
58. Reyes Reyes, Pablo Enrique. *La acción de inconstitucionalidad: derecho procesal constitucional*, México, Oxford University Press, 2000
59. Rubio Correa, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010
60. Ruiz Manteca y otros. *Introducción al derecho y derecho constitucional*, España, Editorial Trotta, 1994
61. Salguero Salvador, Geovani. *Las sentencias atípicas de la Corte de Constitucionalidad*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2015
62. Sánchez Brigas, Enrique. *Derecho constitucional*, México, Editorial Porrúa, onceava edición
63. Sierra, José Arturo. *Derecho Constitucional Guatemalteco*, Corte de constitucionalidad, Guatemala, 2000
64. Smith, Carl, *Teoría de la constitución*, España, Alianza Editorial, 1996, pág. 30
65. Valdés, Clemente. *Marbury vs. Madison: un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, México, Universidad Iberoamericana, 2005

66. Villegas Lara, René Arturo. *Introducción al estudio del derecho*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1991

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

67. Alberto Musumeci, Gustavo. *El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un estado constitucional de derecho*, [Academiadederecho.org](http://www.academiadederecho.org), disponibilidad y acceso: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/MUSUMECI.pdf>

68. Bundesverfassungsgericht, Effect of Decisions, disponibilidad y acceso: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung.html>,

69. Cortés Rodas, Francisco. «El contrato social liberal: John Locke», Revista: Coherencia, Colombia, 2010, Universidad de EAFIT, disponibilidad y acceso: <http://www.redalyc.org/pdf/774/77416997005.pdf>

70. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, caso: 5 US 137: Marbury vs. Madison, 1803, disponibilidad y acceso (traducido al español): <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Marbury-vs.-Madisno.pdf>

71. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es>

72. Fernández-Santa Cruz, Mónica Moreno. Módulo de maestría a distancia de gerencia pública: Concepto de constitución y definición del estado constitucional, España, UNED, 2006, pág. 13 (disponibilidad y acceso: http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/derecho_publico/modulo%203.pdf)

73. Landa, César. *Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, disponibilidad y acceso: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/24.pdf>

74. Lawi Enciclopedia Jurídica Online, Constitución pactada, 2016, disponibilidad y acceso: <http://leyderecho.org/constitucion-pactada/>

75. Mora Donatto, Cecilia. *El concepto racional-normativo de la Constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pág. 18 (disponibilidad y acceso: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/237/6.pdf>)
76. Oyarte Martínez, Rafael. *El caso Marbury vs. Madison*, Revista Judicial: Derecho de Ecuador, Ecuador, 2005 disponibilidad y acceso: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/el-caso-marbury-vs-madison>
77. Sánchez González, Salvador. Reflexiones constitucionales: muerte y resurrección de la Sala Quinta, disponibilidad y acceso: <http://salvasanchez.blogspot.com/2012/04/muerte-y-resurreccion-de-la-sala-quinta.html>

REFERENCIAS NORMATIVAS

Guatemala:

78. Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985
79. Asamblea Nacional Constituyente, Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1986
80. Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85, 1985
81. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, vigente en Guatemala desde 19/08/1997
82. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial
83. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 25-97, 1997
84. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 10-2012, Ley de Actualización Tributaria, 2012
85. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 936-95, sentencia de fecha 07/03/1996
86. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 1425-96 sentencia 30/12/1997

87. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 406-99, sentencia 04/11/1999
88. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 352-99, sentencia: 15/02/2000
89. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 683-2005, sentencia de fecha 31/01/2006
90. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 3088-2005, sentencia 14/03/2006
91. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente de inconstitucionalidad general 27-2005, sentencia de fecha 07 /02/2006
92. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 2022-2008, sentencia de fecha 07/11/2008
93. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 1880-2008, sentencia de fecha 23/09/2008
94. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 371-2010, sentencia de fecha 24/03/2010
95. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente: 1822-2011, sentencia de fecha 17/07/2012
96. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 2849-2012, sentencia de fecha 28/05/2013,
97. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de inconstitucionalidad general de fecha 17/09/2015, expedientes acumulados: 1-2015, 6-2015, 7-2015, 44-2015, 68-2015, 71-2015, 101-2015 y 167-2015
98. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expedientes acumulados: 1030-96, 1103-96, y 53-97, sentencia de fecha 24/02/2017
99. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente: 1895-2005, sentencia de fecha 23/03/2017
100. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 27/07/2006, expediente 416-2005 y sentencias 99/1987 de 11 de junio; 42/1986 de 10 de abril; y 129/1987 de 16 de julio

101. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 01/08/2012, expediente: 1132-2012
102. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de fecha 27/01/1993, expediente 3-93

Colombia:

103. Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, Constitución Política de la República de Colombia, 1991
104. Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, publicado en el Diario Oficial No.24.745, de 15 de marzo de 1996
105. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de Colombia, sentencia fecha 28/01/2015, Radicación interna: 2243, Número Único: 11001-03-06-000-2015-00
106. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-113/93 de fecha 25 de marzo de 1993, expediente de inconstitucionalidad D-096
107. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-432-04 de fecha 06 de mayo de 2004, expediente D-4882, magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
108. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-421-06 de fecha 31 de mayo de 2006, expediente: D-6025, Magistrado ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis
109. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-175/09, de fecha 18 de marzo de 2009, expediente: D7308, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
110. Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia C-402 de 2010 de fecha 26 de mayo del 2010, expediente: D-7846, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
111. Presidente de la República de Colombia, Decreto 2067 de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991, art. 21

Perú:

112. Asamblea Nacional Constituyente del Perú, Constitución Política de Perú, 1993

113. Congreso Constituyente Democrático de Perú. Constitución Política del Perú, 1834
114. Municipalidad Provincial de Piura, Ordenanza No. 122-01-CMPP, Perú, promulgada: 18/03/2013, publicada en el Diario «El Peruano» con fecha 20/04/2013, vigente: 21/04/2013
115. Presidente de la República de Perú. Decreto Legislativo No. 295, Código Civil, promulgado: 24/07/1984, vigente: 14/11/1984
116. Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de Inconstitucionalidad No. 0041-2004-AI/TC, de fecha 11/11/2004
117. Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de Inconstitucionalidad No. 0030-2005-AI/TC, fecha de publicación 09/02/2006

Alemania:

118. Corte Constitucional Federal de Alemania, Ley sobre la Corte Constitucional Federal de Alemania (En alemán: Bundesverfassungsgerichts, abreviado: BVerfG), 1993
119. Ley de la Corte Constitucional Federal (Law on the Federal Constitutional Court Act [Bundesverfassungsgerichts-Gesetz (BVerfGG)], de 12 de marzo de 1951

México

120. Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1916 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917
121. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, México, 1995
122. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de fecha 07 de diciembre de 2006, inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumulados 49/2006, 50/2006 Y 51/2006

Panamá:

123. Asamblea Constituyente. Constitución Política de la República de Panamá, 1972

124. Asamblea Legislativa, Código Civil de Panamá, Panamá, promulgado el 22/08/1917, vigente: 01/07/1917
125. Asamblea Legislativa de la República de Panamá, Ley No. 49 de 24 de octubre de 1999 (Publicada en la Gaceta Oficial N° 23,914 de domingo 24 de octubre de 1999)
126. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de inconstitucionalidad general de fecha 25 de enero 2011, Magistrado ponente: Alejandro Moncada Luna

Costa Rica:

127. Asamblea Constituyente de Costa Rica, Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949
128. Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 7135 de 11 de octubre de 1989, Ley de Jurisdicción Constitucional, Costa Rica, 1989
129. Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, Ley 63, art.1 que dispone la entrada en vigor de la Ley No. XXX de 19 de abril de 1885, Código Civil, vigente: 01/01/1988, luego Título Preliminar reformado por Ley No. 7020 de 06 de enero de 1986
130. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de fecha 22 de mayo de 1990, resolución número 546-90, expediente: 89-000037-0007-CO
131. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de Consulta Judicial (Facultativa) de constitucionalidad, de fecha 08 de junio de 2001, Resolución número: 2001-04888 expediente 00-001184-007-CO
132. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de fecha 17 de octubre de 2001, resolución número 2001-10545, expediente: 01-001339-0007-CO
133. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica (Sala Cuarta), Sentencia 2015-011079, de 22 de julio de 2015, Acción de Inconstitucionalidad número 12-003454-0007-CO y expedientes acumulados: 12-007733-007-CO y 12-007735-007-CO

134. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015, resolución número 2016003476, expediente: 16-002757-0007-CO
135. Tribunal Aduanero Nacional de Costa Rica, Sentencia número 200-2016 de fecha 02 de junio de 2016, expediente No. 138-2016

Otros países:

136. Asamblea Constituyente de Bolivia, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009
137. Tribunal Constitucional de España, Sentencia No.140/1986, de 11 de noviembre de 1986
138. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del El Salvador, sentencia de fecha 17/12/1992, expediente: 3-92 Ac. 6-92
139. Asamblea Constituyente de El Salvador, Constitución, 1983, art. 183

OTRAS REFERENCIAS

140. Bonilla Hernández, Pablo Andrés. Justicia constitucional y sistemas de control difuso y concentrado, Tesis de grado, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala 2007, para obtener el grado académico de: Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
141. Coripuna, Javier Adrián. «Los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, Revista de Derecho», THEMIS No. 55, Perú, 2008
142. Ernesto Richter, Pablo Ernesto. Diccionario de derecho constitucional, Guatemala, Corte de Constitucionalidad Guatemala, 2009
143. Ferrer Mac.Gregor, Eduardo y otros. Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México –UNAM-, 2014
144. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros. Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2014

145. Jiménez Campo, Javier. «Sobre la derogación de las leyes» Revista Española de Derecho Constitucional, No. 33, España, 1991
146. María Laura. Diccionario jurídico, Argentina, Valletta Ediciones, 2009, sexta edición
147. Nogueira Alcalá, Humberto. «Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur», Revista Jurídica Ius et Praxis, Vol. 10, núm. 1, 2004, Universidad de Talca, Chile, 2004
148. Nogueira Alcalá, Humberto. «La defensa de la Constitución, los modelos de control constitucional y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales de América del Sur» Revista Jurídica Ius et Praxis, Vol. 11, núm 1, 0122, Universidad de Talca, Chile, 2004
149. Olano García, Hernán Alejandro. «¿Qué es una constitución?: reflexiones a propósito del boterismo constitucional», Revista Dikaion, No. 15, Universidad de La Sabana, Colombia, 2006,
150. Rubio Correa, Marcial. «La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del tribunal constitucional», Themis-Revista de Derecho, No. 55, Perú, 2005

ANEXOS

ANEXO 1: MAPA CONCEPTUAL CAPÍTULO 1, CONSTITUCIÓN Y SISTEMA DE NORMAS

Soberanía: "Nosotros, el pueblo"



Poder constituyente



Asamblea Nacional Constituyente

Poderes constituidos

Organismo Legislativo



Organismo Ejecutivo

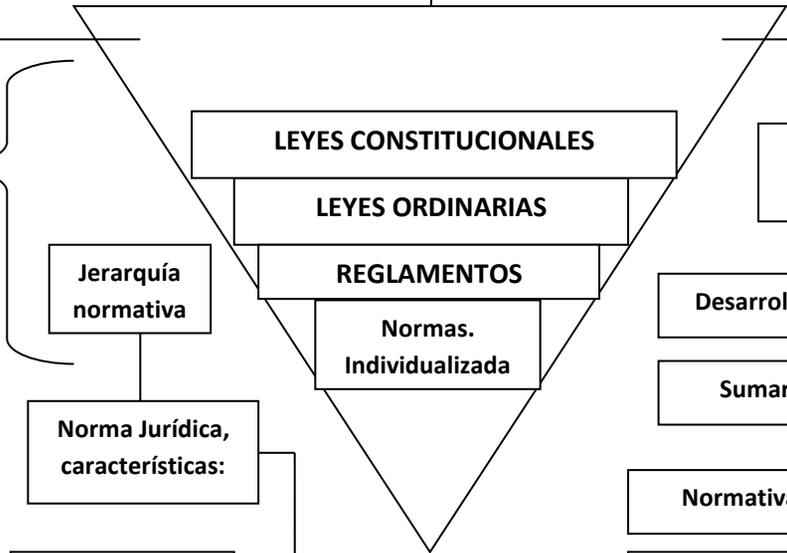


Organismo Judicial



Principios Constitucionales

- Supremacía Constitucional
- Control
- Funcionalidad
- Estabilidad
- Limitación y Razonabilidad



Jerarquía normativa

Norma Jurídica, características:

- Generalidad
- Coercitividad

Heterónomas

Tipos de Constituciones

- Desarrolladas
- Sumarias
- Normativa
- Nominal
- Semántica
- Escritas
- Consuetudinaria
- Rígidas
- Flexibles
- Escritas
- Escritas

Las imágenes utilizadas en el esquema fueron encontradas en:

Soberanía

<http://operamundi.uol.com.br/dialogosdelsur/adios-a-la-soberania/29022016/#prettyPhoto>

Asamblea Nacional Constituyente:

<http://redeschile.blogspot.com/p/que-es-una-asamblea-constituyente.html>

Palacio Nacional

http://es.123rf.com/imagenes-de-archivo/guatemala_travel.html?mediapopup=58835943

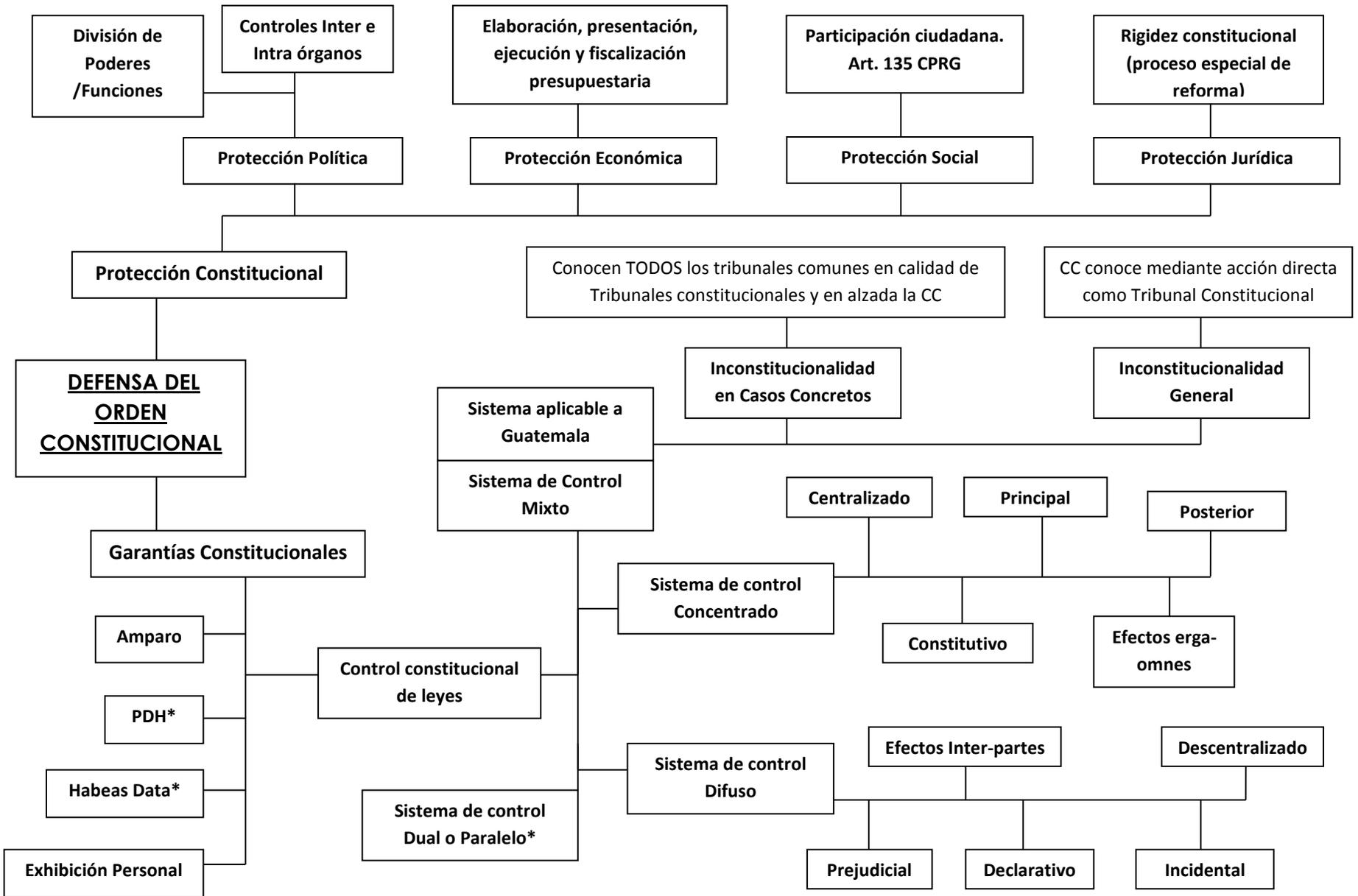
Congreso

http://www.lespanol.com/temas/grupos_parlamentarios/

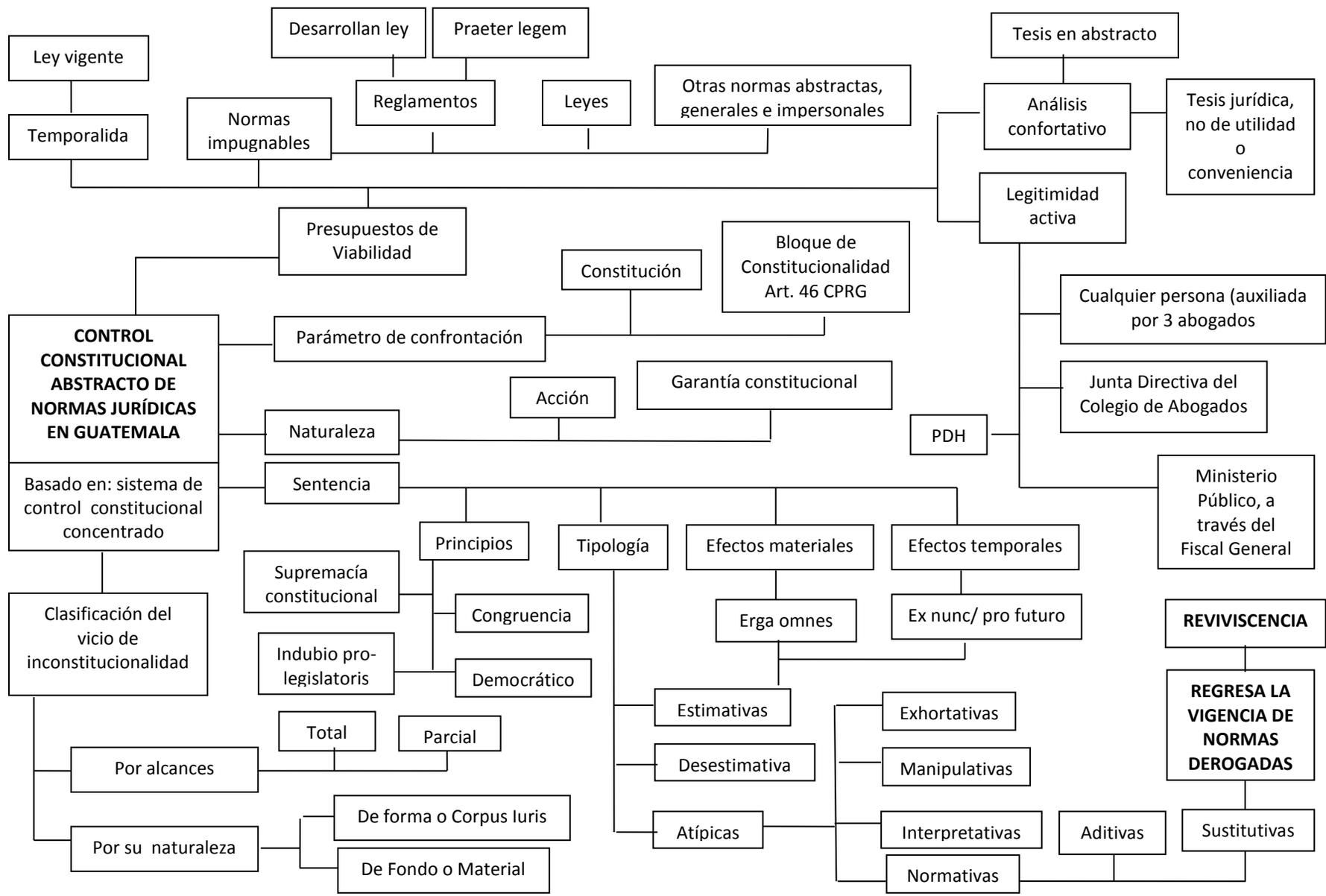
Balanza de la Justicia

<http://publicdomainvectors.org/es/vectoriales-gratuitas/Imagen-blanco-y-negro-de-la-justicia-escala/17275.html>

ANEXO 2: MAPA CONCEPTUAL CAPÍTULO 1, DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL



ANEXO 3: MAPA CONCEPTUAL CAPÍTULO 2, CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE NORMAS EN GUATEMALA

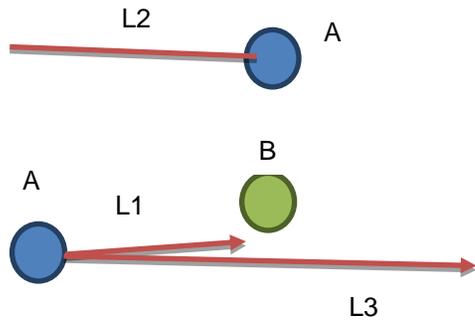


ANEXO 4: MAPA CONCEPTUAL CAPÍTULO 3, AMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LA NORMA Y REVIVISCENCIA

Vigencia de la Ley: La ley rige los hechos acaecidos durante su vigencia



A: Momento de entrada en vigor
L1: Línea de hechos acaecidos en el tiempo

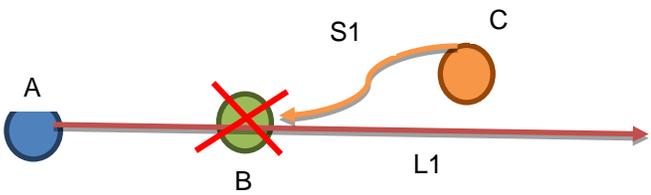


Retroactividad: La ley es retroactiva cuando tiene efectos sobre hechos acaecidos antes de su vigencia.

Ultraactividad: La ley no pierde su vigencia material para regular consecuencias de hechos acaecidos durante su vigencia

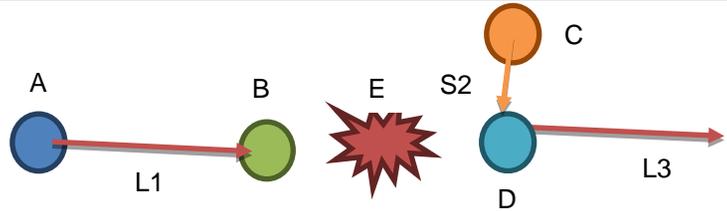
A: Momento de entrada en vigor
B: Momento de derogación
L1: Línea de hechos acaecidos en el tiempo
L2: Línea de hechos acaecidos antes de entrar vigencia
L3: Vigencia material

Nulidad de la disposición derogatoria: Por existir vicio de inconstitucionalidad la derogación nunca ocurrió (es igual a la nada jurídica) y el fallo tiene efecto retroactivo a la fecha en que normalmente hubiera sucedido la derogación (no aplica en todos los sistemas).



A: Momento de entrada en vigor
B: Momento de derogación
C: Sentencia de Inconstitucionalidad (declara la nulidad *ab initio* de la derogación)
L1: Línea de hechos acaecidos en el tiempo
S1: Efecto retroactivo del fallo (hace nula la derogatoria)

Efecto de Reviviscencia: La norma fue efectivamente derogada; sin embargo, al declarar la inconstitucionalidad de la norma derogante el Tribunal Constitucional reincorpora la norma con efecto *ex nunc* para que rija las situaciones de hecho con posterioridad al fallo.



A: Momento de entrada en vigor
B: Momento de derogación
C: Sentencia de Inconstitucionalidad (declara la nulidad *ab initio* de la derogación)
D: Momento en que la norma es reincorporada
E: Momento en que la norma no tuvo vigencia formal
L1: Línea de hechos acaecidos en el tiempo
S2: Efecto *ex nunc* del fallo que reincorpora la norma derogada
L4: Nueva línea de hechos acaecidos

ANEXO 5: CUADRO DE COTEJO CAPÍTULO 4, REVIVISCENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

País Indicador	Guatemala	Alemania	Panamá	Colombia	México	España	Costa Rica	Perú
Desarrollado normativamente	Solamente se contempla una prohibición general en el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial « <i>por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiera derogado</i> »	No se encuentra regulada taxativamente	El Código Civil panameño contempla una prohibición general en su artículo 37: « <i>Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó.</i> » Sin embargo contempla que una ley derogada puede recobrar su fuerza en la medida que aparezca reproducida en una nueva ley.	Ni en el Código Civil colombiano actual ni la Ley Estatuaria de la Administración de Justicia establecen prohibición expresa al efecto de reviviscencia. Además, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia 113/93 de 25/03/1993 estableció que únicamente la Asamblea Constituyente o la propia Corte podrían limitar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, toda otra norma que lo intente es inexecutable	El Código Civil Federal no regula expresamente la reviviscencia de las normas derogadas; sin embargo, si establece en sus artículos 18 y 19 el principio de Plenitud Hermética del derecho en caso de vacíos normativos.	No se encuentra regulado taxativamente	El Código Civil de Costa Rica (art. 8) establece una prohibición general: « <i>...Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado.</i> » Excluyendo la posibilidad de aplicar la reincorporación de normas ante la derogación de la norma derogante.	El Código Civil del Perú en su artículo 1 establece: « <i>...Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.</i> » Asimismo, el artículo 83 del Código Procesal Constitucional del Perú estipula que: « <i>... Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobra vigencia las disposiciones que ella hubiera derogado.</i> », cerrando las puertas para siquiera pensar en la reviviscencia.

Desarrollado jurisprudencialmente	Ha sido desarrollado someramente en expedientes 2849-2012; acumulados 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000.	El Tribunal Constitucional Aleman (<i>bundesverfassungsgericht</i>) ha establecido que declarada nula toda ley inconstitucional ... resulta como si la ley nunca hubiere sido promulgada y no produce ningún efecto, nisiquiera los derogatorios. Sin embargo, esto es un caso de nulidad <i>ab initio</i> de la disposición derogatoria que provoca, no de reviviscencia <i>per se</i> .	Se ha utilizado en sentencia emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de fecha 15/01/2011	En sentencia C-432 de 2004 la Corte de Constitucionalidad utilizó al reviviscencia de normas para no dejar vacíos normativos en perjuicio del régimen de pensiones de los miembros de las fuerzas públicas. En sentencia C-421 de 2006 se utilizó para reincorporar normas reguladoras de la carrera notarial. En sentencia C-402 de 2010 se utilizó para no dejar sin protección derechos como el mínimo vital, el acceso a la tierra agraria y la identidad de las comunidades indígenas y afrodescendientes	Se utilizó en un caso emblemático en materia electoral por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sentencia de fecha 07/12/de 2006, inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumulados 49/2006, 50/2006 y 51/2006. En este se reincorpora la normativa derogada que regulaba el proceso electoral a realizarse dentro de un plazo corto y no perjudicar así al sistema democrático.	Se ha abordado someramente la «resurrección» de normas derogadas por la inconstitucionalidad de la disposición derogatoria en la sentencia del Tribunal Constitucional de España No. 140/1986, de fecha 11/11/1986	Se utilizó en el expediente 89-000037-0007-CO, sentencia de fecha 22/05/1990, sentencia No. 546-90, en donde se consideró que la declaración de inconstitucionalidad equivalía a la anulabilidad de la norma impugnada y que las normas derogadas por ésta mantienen su vigencia.	No se ha abordado directamente el tema, sin embargo, al tratar el tema de las sentencias atípicas (tomando el caso de la declaración de reviviscencia como uno de estos casos) el Tribunal Constitucional peruano sí se ha pronunciado, como se hará ver en el apartado de "límites" dentro de este cuadro.
-----------------------------------	--	---	---	--	--	--	---	---

<p>Casos de procedencia</p>	<p>Para reincorporar normas derogadas por leyes que posteriormente son declaradas inconstitucionales. Pero aplicado a casos en que la inconstitucionalidad de la norma recae precisamente en su intención derogatoria, extremo que a criterio del investigador no es reviviscencia, sino nulidad <i>ab initio</i> por vicio de inconstitucionalidad de la disposición derogatoria</p>	<p>Se contempla una reincorporación con efectos <i>ex tunc</i> de leyes derogadas pero únicamente por nulidad <i>ab initio</i> de la ley derogante por contener vicio de inconstitucionalidad</p>	<p>En el caso arriba identificado se utiliza la reviviscencia para reincorporar una norma derogada que establecía la constitución de una Sala Constitucional dentro de la estructura de la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Jurisprudencialmente se pueden determinar los siguientes: (ver punto 4.1.1. del presente trabajo) I.- La necesidad de establecer el peso específico y la vulneración del principio de seguridad jurídica; II.- La garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, en caso de que el vacío normativo que generaría la inexecutable de la norma derogante suponga riesgo a los mismos, debidamente argumentado y así considerado por el Tribunal Constitucional.</p>	<p>En el caso anteriormente individualizado la Suprema Corte consideró que procedía aplicar el efecto de reviviscencia para: I.- Dar eficacia a la sentencia de inconstitucionalidad; II.- Evitar una situación de mayor inconstitucionalidad ante la posibilidad de dejar un vacío legal en materia electoral; III.- Proceder aplicarlo cuando por medio de una sentencia interpretativa o exhortativa se llegue a tomar un rol aún mayor de legislador positivo.</p>	<p>En general procede ante la declaración de inconstitucionalidad (equivalente a la nulidad) de la disposición derogante.</p>	<p>La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica tiene facultades de modular los efectos de su fallo. En tal sentido, puede o bien declarar la nulidad con efectos retroactivos de la norma derogante o bien la reviviscencia <i>ex nunc</i> de la norma derogada. En ambos casos la norma anterior se entiende reincorporada para suplir vacíos normativos gravosos para el estado de derecho.</p>	<p>Jurisprudencialmente se tienen los siguientes (que también sirven de límites): I.- Debe respetarse el principio de separación de poderes; II.- No caben cuando exista otra manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar; III.- Solo caben cuando la simple declaración de inconstitucionalidad tenga perversas consecuencias para el estado constitucional de derecho.</p>
-----------------------------	---	---	--	--	--	---	--	---

Efectos del principio de reviviscencia	Reincorpora la norma derogada por la declarada inconstitucional a partir de la publicación del fallo en el Diario Oficial (efecto <i>ex nunc</i>)	La reincorporación de la ley derogada opera <i>ex tunc</i> (nulidad <i>ab initio</i> de la ley derogante por contravenir la Constitución)	La sentencia anteriormente individualizada le otorga efectos <i>ex nunc</i> a la reviviscencia de la norma derogada, a partir de la decisión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia	La Corte Constitucional en sentencia C-402 de 2010 sostiene que la reincorporación de la normativa derogada es predicable desde el momento en que se adopta dicha sentencia de inconstitucionalidad, dejándose a salvaguarda las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma cuestionada. Es decir, sus efectos son <i>ex nunc</i> . Sin embargo, la Corte siempre se reserva la posibilidad de que en casos extraordinario pueda modular en el tiempo los efectos de su fallo.	En este caso se le declararon los efectos de la reviviscencia normativa de manera <i>ex nunc</i> para regular el inminente proceso comicial a realizarse el año siguiente a aquel en que se emitió la sentencia de inconstitucionalidad general.	No se ha desarrollado el tema, sin embargo, la sentencia de inconstitucionalidad (nulidad) según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 38) establece efectos <i>ex nunc</i> , similares a los de pérdida de vigencia de la norma inconstitucional desde el momento de la publicación del fallo en el Boletín Oficial del Estado.	La reincorporación de la norma derogada puede ser aplicada de manera retroactiva a la fecha de la declaración por parte de la Sala Constitucional de la anulabilidad retroactiva por vicio de inconstitucionalidad, pero quedando incólumes los casos fenecidos con anterioridad sin posibilidad de reabrirlos. (expediente 89-000037-0007-CO, sentencia de fecha 22/05/1990, sentencia No. 546-90)	De manera general, el Código Procesal Constitucional del Perú en su artículo 81 establece que las sentencias que se dicten en ocasión de un proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las que se pronuncian, con alcances generales y careciendo de carácter retroactivo. Deben publicarse en el Diario Oficial El Peruano y sus efectos se producen desde el día siguiente a tal publicación.
--	--	---	--	---	--	--	---	--

Cómo se suplen vacíos legales por efecto de inconstitucionalidad general de ley	En principio se buscan otros mecanismos, como sentencias atípicas interpretativas o exchorativas, de no ser posible se recurre a la reviviscencia.	En principio, ante la nulidad con efectos retroactivos de la ley derogante, no se crean vacíos porque se reincorpora por esta vía (diferente a la de la reviviscencia <i>per se</i> , sino de la nulidad) la norma derogada	Este caso es severamente criticado por no haber existido un vacío legal de tal magnitud que obligara a la aplicación de este efecto.	La Corte de Constitucionalidad de Colombia te se ha reservado para sí la facultad de modular los efectos de sus fallos, tanto en el ámbito temporal, material o incluso para la emisión de sentencias atípicas con el fin de responder a la función de contralor del orden constitucional encomendado por la Constituyente, dentro lo que se incluyen tomar las medidas necesarias para evitar vacíos normativos que vayan en detrimento de derechos fundamentales (Ver punto 4.1.1.)	La Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos establece, art. 41 « <i>Las sentencias [de inconstitucionalidad] deberán contener (...) IV. Los alcances y efectos de la sentencia (...) y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda.</i> » Fundamente utilizado por la Suprema Corte	Mediante Sentencia STC 195/98 de 01/10/1998, el Tribunal Constitucional opta por dictar una sentencia de nulidad diferida, en la que se mantiene la vigencia de la norma inconstitucional hasta que se proceda a regular la materia que podría quedar desprotegida debido a un vacío normativo producto de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, en este caso, desprotegiendo zonas de importante valor ecológico.	El efecto de reviviscencia fue utilizado por el Tribunal Aduanero Nacional de Costa Rica en sentencia No.200-2016 de fecha 02/06/2016, expediente 138-2016, entendiendo que ante una declaración de inconstitucionalidad de una norma debían tenerse por incorporadas <i>ipso jure</i> las que esta hubiera derogado. Sin embargo esta aplicación extensiva por otro órgano que no sea el Tribunal Constitucional ha sido criticada por el investigador.	No aplica
Opera <i>ipso jure</i> o debe existir	La CC se ha guardado para	Opera de manera	Por la manera en que se expresa en	En sentencia C-432 de 2004 la	La Suprema Corte de la Nación como	En sentencia del Tribunal	En la Sentencia de Consulta Judicial	El Tribunal Constitucional del

declaración expresa	sí la facultad exclusiva de determinar los casos de reviviscencia y la mayoría de los expertos entrevistados respaldan este criterio.	automática como efecto de la nulidad retroactiva de la norma derogante. (ver: http://www.bundesverfassungsgesetz.de/EN/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung.html)	la sentencia «...el pleno debe indicar que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma que ha derogado normas anteriores acarrea como consecuencia que dichas normas recuperen su vigencia...» se le otorga efectos automáticos	Corte Constitucional da matices de una reviviscencia automática; sin embargo, en posteriores sentencias (C-421 de 2006, C-175 de 2009, C-402 de 2010) ha desvirtuado tal criterio, reservándose la exclusividad de valorar y reconocer la procedencia del efecto de reviviscencia por medio de un pronunciamiento expreso, desconociendo su aplicación automática.	único tribunal competente para conocer en materia de inconstitucionalidad de normas de carácter general es quien tiene la facultad exclusiva de modular los alcances de su fallo con fundamento en el artículo 41 transcrito en el apartado anterior.	Constitucional de España No. 140/1986, de fecha 11/11/1986 se conoció un caso de amparo interpuesto por una persona que fue condenada por un delito según la tipificación ya derogada por una norma posteriormente declarada inconstitucional. El Tribunal determinó que no procedía hacerlo de oficio.	de constitucionalidad de fecha 08/07/2001, No. 2001-04888, expediente 00-001184-007-CO, la Sala Constitucional consideró que debe entenderse restablecido el texto de la ley modificada cuando se declara inconstitucional la norma reformante pues se trata de un principio general, que debe aplicarse a similares, aún cuando la sentencia omita hacer pronunciamiento al respecto.	Perú en sentencia de inconstitucionalidad No. 0030-2005-AI/TC de fecha 09/02/2006 se establece la imposibilidad de que este tipo de sentencia atípica pueda producirse por otra vía distinta a la declaración expresa del Tribunal, por lo que no opera de manera automática
Límites al principio de reviviscencia	Debe ser una medida de última ratio, solo viable para evitar que el vacío normativo	El Tribunal Constitucional Alemán tiene como únicos parámetros la propia	En el caso panameño existen críticas sobre la aplicación de la reviviscencia a este caso (ver	Por el principio de certeza y seguridad jurídica, en sentencia C-402 de 2010 la Corte	En esta sentencia la Suprema Corte de la Nación establece que este tipo de sentencias tiene	En la sentencia anteriormente individualizada el Tribunal Constitucional de España	En las sentencia No. 2001-10545, de fecha 17 /10/2001, expediente 01-001339-0007, la	En general para el caso de sentencias atípicas se han establecido jurisprudencialmen

	<p> cree «situaciones de mayor inconstitucionalidad» que la propia norma inconstitucional</p>	<p> determinación de los vicios de inconstitucionalidad de la norma derogante</p>	<p> apartado 4.1.4.) porque la Corte Suprema utilizó este principio sin existir un verdadero vacío legal que ameritara su aplicación, extremo peligroso si se admite que el Tribunal pueda discrecionalmente invadir la esfera del legislador positivo sin razones estrictas de aplicación del derecho constitucional</p>	<p> Constitucional establece como principio mismo la exclusividad de la Corte en cuanto a determinar los casos concretos en que procede la reincorporación de normas derogadas y solamente para evitar vulneración a derechos fundamentales o crisis institucionales que afecten el estado constitucional.</p>	<p> carácter de extraordinario y que solo procede dictarlas cuando la utilización de otro tipo de sentencia atípica, interpretativa o exhortativa, no fuera suficiente o bien que una sentencia normativa hiciera aún más grave la invasión del Tribunal Constitucional en la esfera de atribuciones del Organismo Legislativo (al final la norma reincorporada es producción de este último y no una creación propia del Tribunal Constitucional.</p>	<p> determina que es inviable la reincorporación de normas igualmente inconstitucionales, en cuyo caso el Tribunal Constitucional debe advertir esta circunstancia ante de revivirlas.</p>	<p> Sala Constitucional determinó como aspecto diferente a los demás países analizados que la reviviscencia de la norma no puede reincorporar normas cuya vigencia formal ya haya sido concluida por tener un plazo fijo de duración establecido por el Legislador ordinario (vigencia determinada). La declaratoria de reviviscencia de circunscribirse a tal plazo de vigencia y no sobrepasarlos.</p>	<p> te los siguientes: I.- Debe respetarse el principio de separación de poderes; II.- No cabe dictarlas cuando exista otra manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar; III.- Solo cabe dictarlas cuando la simple declaración de inconstitucionalidad tenga mayores alcances y perversas consecuencias para el estado social y democrático de derecho.</p>
--	---	---	---	--	--	--	--	--

ANEXO 6: CUADRO DE COTEJO ADICIONAL, CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO DE NORMAS EN DERECHO COMPARADO LATINOAMERICA

País Indicador	Guatemala	Bolivia	Panamá	Colombia	México	Perú	El Salvador	Costa Rica
Sistema de control constitucional adoptado	A criterio del investigador, para el caso particular de la inconstitucionalidad general de normas jurídicas se adopta un sistema concentrado (aunque para conocer en casos concretos es un sistema mixto)	A criterio del investigador, el control abstracto de constitucionalidad es de carácter concentrado, toda vez que corresponde con exclusividad a un Tribunal Constitucional Plurinacional el conocimiento y resolución de estos asuntos, delegando a los tribunales ordinarios otras acciones constitucionales pero no el control normativo (art. 2 Ley de 6 de Junio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional)	A criterio del investigador se trata de un sistema concentrado debido a que la Constitución Política de la República de Panamá (art. 206) establece lo siguiente: « <i>La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia a la Procuraduría</i>	Es un sistema de control constitucional abstracto concentrado toda vez que el art. 241 de la Constitución Política de Colombia preceptúa: « <i>A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...) cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad...</i> »	En virtud de que el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación la única con facultades para conocer de las acciones de inconstitucionalidad general de normas, se trata de un sistema de control constitucional abstracto concentrado.	En el Perú funciona un sistema de control constitucional abstracto concentrado, ya que según el artículo 201 de la Constitución Política de la República del Perú corresponde en única instancia al Tribunal Constitucional el resolver sobre la constitucionalidad de las leyes.	A criterio del investigador se trata de un sistema de control constitucional de leyes más apegado al sistema concentrado, porque no obstante no se cuenta con un Tribunal Constitucional independiente del Organismo Judicial, sí se tiene una Sala de lo Constitucional que hace las veces de aquel para el conocimiento exclusivo de este tipo de acciones.	Al igual que en el caso salvadoreño, no obstante no se cuenta con un Tribunal Constitucional independiente, Costa Rica cuenta con una Sala específica dentro de la propia Corte Suprema de Justicia con facultad exclusiva para conocer el control constitucional abstracto de normas, lo que a criterio del investigador lo hace ser un sistema concentrado.

			<i>General de la Nación... sobre la inconstitucionalidad de Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones...»</i>					
Control Preventivo / Reparador	Es un control reparador, puesto que es jurisprudencia de la CC que para que una norma pueda ser sujeta a control constitucional debe estar vigente, es decir, haber pasado el periodo de <i>vacatio legis</i> . Sin embargo, se contemplan otros mecanismos de control preventivo de constitucionalidad como lo es la petición de opinión consultiva a la CC	A pesar de que a manera general se contempla un control correctivo <i>a posteriori</i> , la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, en su artículo 202 establece varios mecanismos de control preventivo: I.- Consultas al Tribunal Constitucional; II.- Consultas por las autoridades indígenas; III.- Control constitucional previo a la ratificación de tratados	Es un control reparador, porque la inconstitucionalidad solamente puede ser advertida y puesta de conocimiento a la Corte Suprema de Justicia una vez que la norma infra-constitucional haya adquirido vigencia formal.	Se contemplan ambos controles dado que es facultad de la Corte Constitucional «(...) 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatuarios, tanto por su contenido material como por vicios en su formación...» (art. 241 numeral 7 de la Constitución Política de Colombia)	Se contempla un sistema estrictamente reparador, incluso, el artículo 105, numeral "II." establece que « <i>Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma...</i> »	En virtud de que el artículo 77 del Código Procesal Constitucional del Perú contempla la procedencia de la demanda de inconstitucionalidad en contra de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, entre otros cuerpos normativos debidamente aprobados., se entiende que únicamente procede esta garantía dentro de un sistema de control reparador,	Se contempla un sistema de control preventivo, siendo más bien un mecanismo de solución de conflicto ante la Sala de lo Constitucional cuando está en contraposición el veto presidencial por motivos de supuesta inconstitucionalidad y la primacía legislativa del parlamento. La sala que hace las veces de Tribunal Constitucional dirime la controversia. En	Si bien es cierto el control constitucional abstracto opera regularmente de forma reparativa, también es de tomar en cuenta que el artículo 10 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de este país contempla mecanismos de control preventivos, como lo son las consultas.

		internacionales				cuando la contravención ha ocurrido.	lo demás es un sistema reparador <i>per se</i> .	
Órgano competente para conocer	Es la Corte de Constitucionalidad (art. 272 CPRG) como un tribunal permanente de jurisdicción privativa que tiene a su cargo velar por la defensa del orden constitucional	El artículo 202 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece: « <i>Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional... conocer y resolver: 1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes...</i> »	De conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, es la Corte Suprema de Justicia la competente en esta clase de planteamientos en su labor de guardar la integridad de la Constitución. (La Corte no puede actuar de oficio en esta materia)	Según el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia el guardador de la integridad y supremacía de la Constitución es la Corte Constitucional y es esta la encargada de conocer todas las acciones de inconstitucionalidad general planteadas.	El artículo 105, numeral romano "II." Establece que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación la competente para conocer de «...acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución...»	De conformidad con el artículo 201 de la Constitución Política del Perú: « <i>Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en única instancia, la acción de inconstitucionalidad.</i> »	El artículo 174 de la Constitución Política de El Salvador regula: « <i>La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos...</i> »	Según el artículo 10 de la Constitución Política de Costa Rica: « <i>Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza...</i> »
Acción popular Acción / Institucional	Se contempla tanto la acción institucional como la popular, teniendo legitimación activa: la Junta Directiva del Colegio de Abogados, el Ministerio	El artículo 202 de la Constitución de este país contempla una acción institucional que solamente corresponde a: la Presidenta o presidente de la República,	La impugnación de una norma infra-constitucional puede hacerlo cualquier persona. Es decir, existe acción popular porque no es necesario que	Existe acción popular, ya que puede iniciarse por cualquier ciudadano y en defensa del interés público (art. 241 numeral "4" de la Constitución Política de Colombia)	No existe acción popular. El artículo 105 numeral "II." De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la acción de inconstitucionalidad únicamente	Si bien es cierto se permite la acción popular, el artículo 203 de la Constitución Política del Perú estipula que « <i>Están facultados para interponer acción de</i>	Existe acción popular: « <i>Cualquier persona puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la inconstitucionalidad</i>	La Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica en su artículo 75 establece que para poder presentar una acción de inconstitucionalidad es necesario

	Público, el Procurador de los Derechos Humanos, y cualquier persona con el auxilio de 3 abogados (art. 134 LEPC)	senadoras y senadores, diputadas y diputados, legisladores y legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas	quien la promueva haya sufrido los efectos de la norma inconstitucional (art. 206 de la Constitución Política de Panamá)		puede ser planteada por: «a) ... los integrantes de la Cámara de diputados del Congreso de la Unión... b) ... los integrantes del Senado... c) El Ejecutivo Federal... d) ... integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales... e) ... integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal... f) Los partidos políticos... g) La Comisión Nacional de Derechos Humanos... h) El organismo garante... i) El Fiscal General...	<i>inconstitucionalidad: (...) 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones...», como se puede advertir por la cantidad y el requisito de ser ciudadano registrado ante la autoridad electoral, resulta de alguna manera restringido el alcance de la legitimación activa.</i>	<i>ad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio.» (Art. 2 Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador)</i>	que para quien acciona exista algún asunto pendiente de resolver en tribunales, lo que a criterio del investigador tiene más lógica en el caso del control constitucional en casos concretos. Sin embargo, permite que no exista tal vinculación para la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad, precepto en el que se encuentra el asidero para aseverar la existencia de una acción popular.
Efectos <i>ex nunc</i> / Efectos <i>ex tunc</i>	Se contemplan efectos <i>ex nunc</i> únicamente (art. 140 LAEPC)	El artículo 107 de la Ley del Tribunal Constitucional	La declaración de inconstitucionalidad tiene efectos	La doctrina ha sostenido tradicionalmente que dicha	El mismo artículo 105 de la Constitución Política de los	El Código Procesal Constitucional del Perú en su	Contempla efectos <i>ex nunc</i> , desde el momento de la	De conformidad con el artículo 88 de la Ley de Jurisdicción

		<p>Plurinacional contempla: «...2. <i>La sentencia que declare la inconstitucionalidad total de la norma legal impugnada, tendrá efecto abrogatorio de ella.</i>»</p>	<p><i>ex nunc</i>, no incide, por tanto, en los efectos que ya surtió la norma invalidada (art. 2564 del Código Judicial de Panamá: «<i>Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas y obligatorias y no tienen efecto retroactivo.</i>»)</p>	<p>sentencia tiene efectos pro-futuro. Sin embargo, la Corte Constitucional mantiene el criterio de que es a la misma Corte a la que corresponde determinar el efecto de sus fallos. Y en varias ocasiones ha ejercido esa competencia dictando fallos de inexequibilidad con efectos "desde siempre" o "hacia atrás", es decir, la invalidez se retrotrae al pasado y obliga a que las cosas se devuelvan a la situación existente antes de que se produjera la norma declarada inexequible.</p>	<p>Estados Unidos Mexicanos, en su parte final, indica: «...<i>La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.</i>»</p>	<p>artículo 81 establece que las sentencias que se dicten en ocasión de un proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las que se pronuncian, con alcances generales y careciendo de carácter retroactivo. Deben publicarse en el Diario Oficial El Peruano y sus efectos se producen desde el día siguiente a tal publicación. Igual disposición contempla el artículo 204 de la Constitución de aquel país.</p>	<p>publicación del fallo en el Diario Oficial (Art. 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador)</p>	<p>Constitucional de Costa Rica la eliminación de la norma inconstitucional regirá a partir de la primera vez que se publique el aviso en el Boletín Judicial y en el Diario Oficial.</p>
--	--	---	--	---	--	---	---	---



ENTREVISTA A EXPERTOS

Para desarrollar la tesis de graduación: *“Análisis del principio de reviviscencia, sus alcances y límites en caso de control constitucional abstracto de normas jurídicas.”*

Nombre completo:	
Profesión, grado académico o cargo	
Lugar de labores:	

El propósito de la presente entrevista es reunir información para dar cumplimiento al objetivo general de investigación: *“Desarrollar los alcances y límites de la aplicación del principio de reviviscencia en caso de control constitucional abstracto de normas jurídicas”*

-----**Las opiniones vertidas serán utilizadas únicamente con fines académicos.**-----

1. Según su experiencia, ¿Cómo opera el principio de reviviscencia?
2. ¿En qué casos se ha aplicado el principio de reviviscencia por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala?
3. ¿Cuáles considera usted que son las normas susceptibles de aplicación del principio de reviviscencia?, ¿Deben ser normas derogadas expresamente o puede aplicarse también a normas derogadas por incompatibilidad con la norma posterior que fue declarada inconstitucional (derogación tácita)?
4. ¿Considera usted que la aplicación del principio de reviviscencia por parte del Tribunal Constitucional colisiona con la norma general del artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial *«...por el hecho de derogación de una ley no recobran vigencia la que esta hubiera derogado»?*, ¿Por qué?
5. ¿Considera usted que la aplicación del principio de reviviscencia colisiona con la reserva de ley asignado al Poder Legislativo, tomando los tribunales constitucionales un rol de legislador positivo?
6. En caso sea aplicado el principio de reviviscencia ¿Desde qué momento se considera que la norma derogada por la que ha sido declarada inconstitucional se reincorpora al ordenamiento jurídico?
7. ¿El principio de reviviscencia puede operar *ipso jure*, o debe haber motivación y declaración expresa en el fallo que declara la inconstitucionalidad?

8. ¿Considera usted que la aplicación del principio de reviviscencia es el medio idóneo para suplir los vacíos legales que pueden acaecer como consecuencia de la inconstitucionalidad general de una ley, o el Tribunal Constitucional cuenta con otros mecanismos?, ¿Por qué?
¡Muchas gracias! por su colaboración con la elaboración del presente trabajo de tesis.