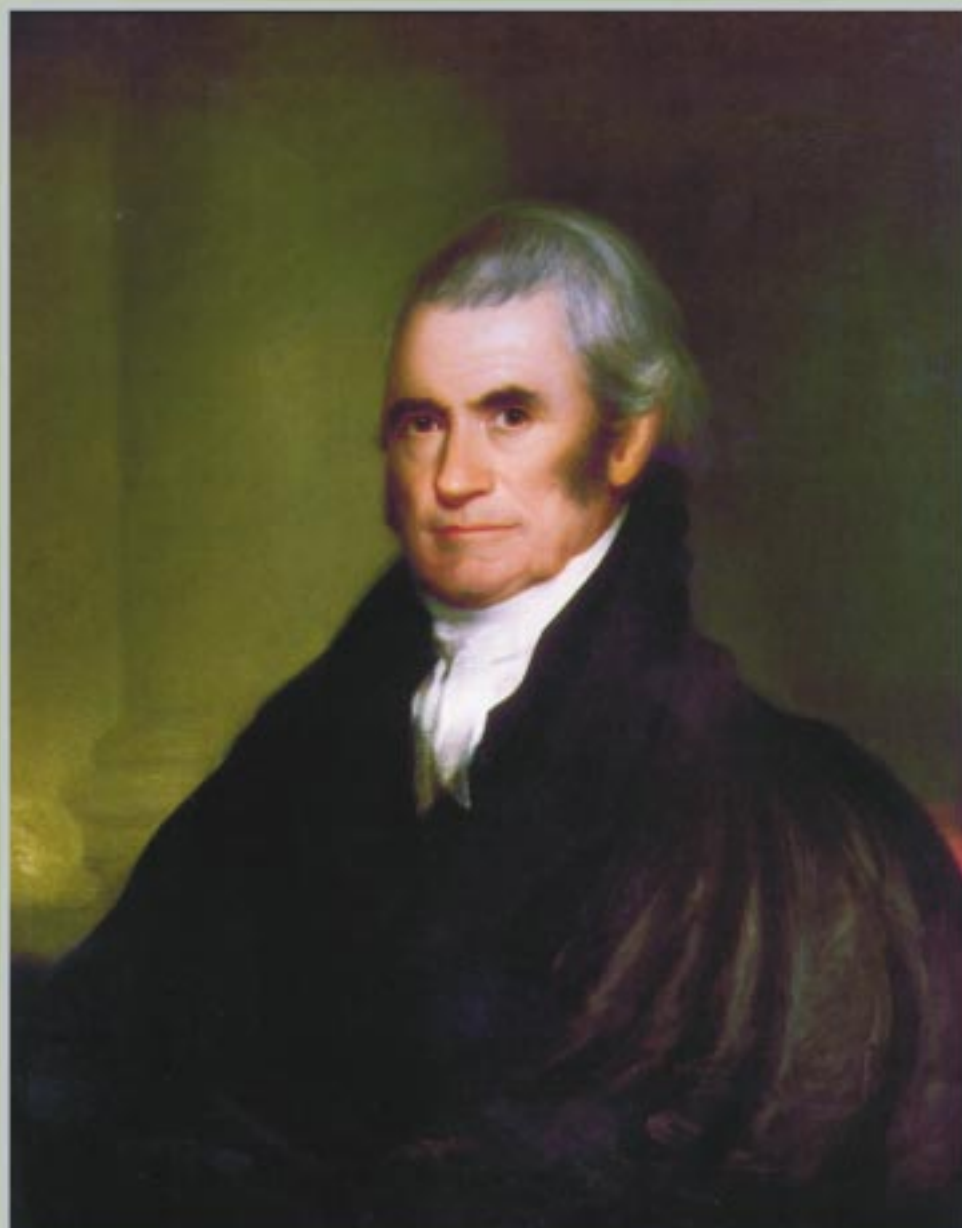


# Manual de Derecho Constitucional

## Iván Escobar Fornos



Editorial  Hispamer  
Colección Textos Jurídicos

**Cuidado de edición**

Lic. Alicia Casco Guido  
Eduardo J. Saballos Almendárez

**Fotografía de Portada**

John Marshall

**Realizada por:**

*Collection of the Supreme Court of  
the United States*

**Diseño de Portada**

Reynaldo Silva Flores

**Diseño y Diagramación**

Reynaldo Silva Flores

**Revisión de Texto**

Aníbal Ruíz Armijo

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Iván Escobar Fornos, 1998

© HISPAMER, 1998

Segunda Edición 1998

Costado Este de la UCA, Apartado A-221, Zona 13

Managua, Nicaragua

Impreso por Impreandes Presencia S. A.

# **Índice de contenido**

## **Manual de Derecho Constitucional**

### **Primera Parte**

#### **Derecho Constitucional**

#### **Capítulo I**

#### **El Derecho Constitucional y sus relaciones 21**

1. Concepto de Derecho Constitucional 21
2. El constitucionalismo 21
3. Relaciones del Derecho Constitucional con otras ramas del Derecho 22
4. Relaciones con el Derecho Procesal 22
5. Relaciones con el Derecho Penal 22
6. Relaciones con el Derecho Administrativo 22
7. Relaciones con el Derecho Laboral 23
8. Relaciones con el Derecho Civil 23
9. Otras relaciones 23

#### **Capítulo II**

#### **Contenido y fuentes del Derecho Constitucional 25**

1. Contenido constitucional 25
  - A. Ideas generales 25
  - B. Derecho Civil Constitucional 26
2. Concepto de fuente 29
3. Las fuentes como producto 30
  - A. La Constitución escrita 30
  - B. Leyes interpretativas y reglamentarias 30
  - C. La jurisprudencia 31
  - D. La costumbre 32
  - E. Las convenciones constitucionales 32
  - F. Los tratados o convenios internacionales 34
  - G. Delegación de competencia a órganos supranacionales.  
El Derecho Comunitario 34
4. Categorías normativas en nuestro sistema 36
  - A. La Constitución 36
  - B. Leyes consitucionales 36
  - C. Leyes que requieren una mayoría calificada y regulan  
materias determinadas 37
  - D. Ordenamiento y jerarquía de normas 37

|                                                                                           |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo III</b>                                                                       |            |
| <b>La norma constitucional y su interpretación</b>                                        | <b>39</b>  |
| 1. Eficacia de la norma constitucional                                                    | 39         |
| 2. Clases de normas constitucionales                                                      | 42         |
| 3. Irretroactividad de la ley                                                             | 55         |
| 4. ¿Existen normas constitucionales inconstitucionales?                                   | 58         |
| A. Introducción                                                                           | 58         |
| B. Algunas reglas sobre modificación y derogación de leyes                                | 58         |
| C. Posiciones doctrinales                                                                 | 59         |
| D. Nuestro sistema                                                                        | 63         |
| 5. Interpretación                                                                         | 65         |
| 6. Sujetos de la interpretación                                                           | 78         |
| <br><b>Capítulo IV</b>                                                                    |            |
| <b>¿Qué es el poder constituyente?</b>                                                    | <b>79</b>  |
| 1. ¿Qué es una Constitución?                                                              | 79         |
| 2. ¿Para que sirve la Constitución?                                                       | 80         |
| 3. Introducción al tema                                                                   | 80         |
| 4. Distinción entre poder constituyente y poderes constituidos                            | 83         |
| 5. Clases de poderes constituyentes                                                       | 84         |
| A. Originario                                                                             | 84         |
| B. Institucional                                                                          | 84         |
| a) Poder constituyente para la reforma total                                              | 84         |
| b) Poder constituyente para la reforma parcial                                            | 86         |
| 6. Naturaleza política del poder constituyente originario                                 | 88         |
| 7. Funciones del poder constituyente originario y del institucional para la reforma total | 88         |
| 8. Sus vicios o fallas                                                                    | 88         |
| 9. Límites naturales del poder constituyente                                              | 93         |
| 10. Condiciones para su funcionamiento                                                    | 95         |
| 11. Sus órganos                                                                           | 100        |
| 12. Las mutaciones, fraudes, quebrantamientos y suspensiones constitucionales             | 101        |
| <br><b>Capítulo V</b>                                                                     |            |
| <b>Estados unitario y compuesto</b>                                                       | <b>105</b> |
| 1. Conceptos                                                                              | 105        |
| 2. Breve historia del Federalismo                                                         | 105        |
| 3. Naturaleza jurídica del Estado Federal                                                 | 106        |
| 4. Génesis del Estado Federal                                                             | 106        |
| 5. Relaciones entre la Federación y sus miembros                                          | 106        |
| A. Relaciones de coordinación                                                             | 106        |

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| B. Relaciones de jerarquía             | 107 |
| 6. Organos del Estado Federal          | 107 |
| 7. Estado federal y Estado confederado | 108 |
| 8. La autonomía                        | 109 |

## **Capítulo VI**

### **Gobierno y estabilidad**

**111**

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| 1. Ideas preliminares                            | 111 |
| 2. Características de nuestro constitucionalismo | 115 |
| 3. Impacto de las reformas                       | 116 |
| A. Impacto legislativo                           | 116 |
| B. Impacto político                              | 117 |
| a) Peligro de un gobierno de Asamblea            | 117 |
| b) Instituciones del gobierno semirepresentativo | 118 |
| c) El quórum                                     | 121 |
| d) Decisiones generales                          | 121 |
| e) Reformas a la Constitución                    | 121 |
| f) Nombramiento de ciertos funcionarios          | 121 |
| 4. Gobernabilidad.                               | 124 |

## **Capítulo VII**

### **Estado y partido**

**127**

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| 1. El pluralismo político y los partidos         | 127 |
| 2. Naturaleza jurídica de los partidos políticos | 128 |
| 3. Su constitucionalización y regulación         | 129 |
| 4. Financiamiento de los partidos políticos      | 130 |
| 5. Apertura de los partidos políticos            | 131 |
| 6. Control de los partidos políticos             | 131 |
| 7. Funciones                                     | 132 |
| 8. El Estado de partido                          | 133 |
| 9. La partidocracia.                             | 133 |

## **Capítulo VIII**

### **Sistemas de gobiernos**

**137**

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Diferencias entre régimen políticos y sistemas de gobierno       | 137 |
| 2. Principales sistemas de gobierno de la democracia representativa | 137 |
| 3. Sistema presidencial                                             | 137 |
| 4. Sistema parlamentario                                            | 138 |
| 5. Sistema mixto                                                    | 139 |
| 6. Nuestro sistema presidencial                                     | 140 |

|                                                   |            |
|---------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo IX</b>                                |            |
| <b>El Poder Electoral</b>                         | <b>141</b> |
| 1. Introducción                                   | 141        |
| 2. Concepto del sufragio y su contenido           | 141        |
| 3. Características del sufragio                   | 142        |
| 4. Los aspectos que comprende                     | 143        |
| 5. Naturaleza del sufragio                        | 143        |
| 6. Los sujetos que votan                          | 143        |
| 7. Los sujetos que son elegidos                   | 145        |
| 8. Los sistemas electorales                       | 146        |
| 9. Organización                                   | 151        |
| <br><b>Capítulo X</b>                             |            |
| <b>El Poder Legislativo</b>                       | <b>153</b> |
| I. Origen                                         | 153        |
| II. Importancia                                   | 154        |
| III. Unicameralismo o bicameralismo               | 154        |
| IV. Estructura                                    | 157        |
| 1. Organos y poderes del Estado                   | 157        |
| 2. Organos fundamentales                          | 157        |
| A. Poderes estatales                              | 157        |
| B. Organos constitucionales                       | 158        |
| C. Organos de relevancia constitucional           | 158        |
| 3. Organización interna de la Asamblea Nacional   | 158        |
| A. La Junta Directiva                             | 158        |
| B. La Presidencia                                 | 159        |
| C. La Secretaría                                  | 159        |
| D. Las Comisiones Legislativas                    | 159        |
| E. Los Grupos Parlamentarios                      | 162        |
| F. El Plenario                                    | 163        |
| V. Funciones de la Asamblea Legislativa           | 163        |
| 1. Ideas generales                                | 163        |
| 2. Clasificación de las funciones                 | 165        |
| 3. Función legislativa                            | 165        |
| 4. Función de control                             | 166        |
| 5. Función de dirección política                  | 167        |
| 6. Funciones jurisdiccionales                     | 168        |
| 7. Otras funciones                                | 168        |
| VI. De la representación y los partidos políticos | 170        |
| VII. El nuevo estilo                              | 174        |
| 1. Relaciones con el pueblo                       | 174        |
| A. Diputados departamentales                      | 174        |
| B. Diputados nacionales                           | 174        |

|                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Relaciones con su partido                                                                                                        | 175 |
| 3. Relaciones internas en la Asamblea                                                                                               | 175 |
| 4. Relaciones con los otros poderes                                                                                                 | 176 |
| 5. Relaciones con la opinión pública                                                                                                | 176 |
| VIII. Responsabilidad del Estado, principalmente de la<br>Asamblea Legislativa (Teoría de la responsabilidad del Estado legislador) | 176 |
| 1. Responsabilidad de la administración                                                                                             | 176 |
| 2. Responsabilidad judicial                                                                                                         | 178 |
| 3. Responsabilidad por actos administrativos                                                                                        | 181 |

## **Capítulo XI**

### **Nociones sobre Derecho Parlamentario 189**

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| 1. Concepto del Derecho Parlamentario               | 189 |
| 2. Su autonomía                                     | 189 |
| 3. Características                                  | 189 |
| 4. Fuentes                                          | 190 |
| A. La Constitución                                  | 190 |
| B. Los tratados                                     | 191 |
| C. La ley                                           | 191 |
| D. Los estatutos y reglamentos parlamentarios       | 191 |
| E. Los estatutos de los partidos políticos          | 191 |
| F. Los estatutos de las Bancadas                    | 192 |
| G. Los principios generales del Derecho             | 192 |
| H. La jurisprudencia parlamentaria                  | 192 |
| I. La costumbre parlamentaria                       | 192 |
| J. Las convenciones parlamentarias                  | 192 |
| 5. Estatuto de los diputados                        | 193 |
| A. Incompatibilidades de los diputados              | 193 |
| B. Impedimentos                                     | 193 |
| C. Faltas definitivas                               | 194 |
| D. Protección política a los diputados              | 194 |
| E. Derechos y obligaciones de los diputados         | 195 |
| F. Régimen económico                                | 196 |
| 6. Ordenamiento jurídico de la Asamblea Legislativa | 196 |
| 7. Proceso de formación de la ley                   | 200 |
| A. Iniciativa                                       | 200 |
| a) Concepto                                         | 200 |
| b) Breve referencia histórica                       | 201 |
| c) Clases de iniciativa                             | 201 |
| c) Formalidades                                     | 203 |
| e) Retiro de la iniciativa                          | 203 |
| B. Dictamen y discusión en el plenario              | 203 |
| C. Sanción, promulgación y publicación              | 206 |
| D. El veto                                          | 209 |

## **Segunda Parte**

### **Los Derechos Humanos**

#### **Sección I**

##### **Ideas generales**

|                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo I</b>                                                                               |            |
| <b>Fundamento, función y defensa</b>                                                            | <b>211</b> |
| 1. Fundamentación                                                                               | 211        |
| 2. Carácter tridimensional                                                                      | 212        |
| A. Interrelación entre los derechos humanos                                                     | 213        |
| B. La participación de la sociedad civil en la promoción y cumplimiento de los derechos humanos | 213        |
| 3. Constitucionalismo clásico y social                                                          | 214        |
| 4. Defensa y cumplimiento                                                                       | 215        |
| A. Garantías políticas                                                                          | 215        |
| B. Garantías normativas                                                                         | 216        |
| C. Garantías jurisdiccionales                                                                   | 217        |
| <br><b>Capítulo II</b>                                                                          |            |
| <b>Clasificación general de los derechos humanos</b>                                            | <b>219</b> |
| 1. Dudas e imprecisiones                                                                        | 219        |
| 2. Algunas clasificaciones                                                                      | 219        |
| 3. Coordinación, interdependencia y protección                                                  | 222        |
| 4. Lista abierta o cerrada                                                                      | 223        |
| <br><b>Capítulo III</b>                                                                         |            |
| <b>Nuestra clasificación</b>                                                                    | <b>225</b> |
| 1. Clasificación de nuestra Constitución                                                        | 225        |
| 2. Derechos individuales                                                                        | 225        |
| 3. Derechos políticos                                                                           | 232        |
| 4. Derechos sociales                                                                            | 233        |
| 5. Derechos de la familia                                                                       | 233        |
| 6. Derechos laborales                                                                           | 234        |
| <br><b>Capítulo IV</b>                                                                          |            |
| <b>El Derecho Internacional y los derechos humanos</b>                                          | <b>237</b> |
| 1. Especialidades del Derecho Internacional                                                     | 237        |
| 2. Características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos                            | 237        |
| 3. Relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional de los                        |            |



|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| Derechos Humanos                                             | 238 |
| A. Carácter subsidiario de la protección internacional       | 238 |
| B. El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna | 238 |

## Sección II

### Protección internacional de los derechos humanos

|                                                      |            |
|------------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo I</b>                                    |            |
| <b>Sistema de protección de los derechos humanos</b> | <b>239</b> |

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| 1. Sistemas                                            | 239 |
| 2. Sistema universal                                   | 239 |
| A. Declaraciones sobre derechos humanos                | 240 |
| B. Convenciones internacionales sobre derechos humanos | 241 |

|                               |            |
|-------------------------------|------------|
| <b>Capítulo II</b>            |            |
| <b>Sistema interamericano</b> | <b>243</b> |

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| 1. Documentos fundamentales y órganos          | 243 |
| 2. La Comisión                                 | 243 |
| A. Legitimación                                | 244 |
| B. Requisitos fundamentales                    | 244 |
| C. Procedimiento                               | 244 |
| 3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos | 245 |
| A. Su integración y sede                       | 245 |
| B. Sus funciones                               | 245 |
| a) Función jurisdiccional                      | 245 |
| b) Función consultiva                          | 246 |

|                        |            |
|------------------------|------------|
| <b>Capítulo III</b>    |            |
| <b>Sistema europeo</b> | <b>247</b> |

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| 1. Documentos fundamentales y órganos de protección | 247 |
| 2. La Comisión                                      | 247 |
| A. Su naturaleza                                    | 247 |
| B. Las partes                                       | 247 |
| C. Procedimiento                                    | 248 |
| 3. El Tribunal                                      | 249 |
| A. Composición                                      | 249 |
| B. Competencia                                      | 249 |
| C. Partes                                           | 250 |
| D. Procedimiento                                    | 250 |
| 4. Comité de Ministros                              | 250 |

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 5. Estudio comparativo                    | 250 |
| 6. Resultados prácticos de ambos sistemas | 251 |

### **Sección III**

#### **Protección nacional**

|                                                         |            |
|---------------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo I</b>                                       |            |
| <b>Sistema de defensa o garantía de la Constitución</b> | <b>253</b> |

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| 1. Clasificación de los sistemas                       | 253 |
| A. Sistemas que atienden a la extensión de los efectos | 253 |
| a) Sistema con alcance particular                      | 253 |
| b) Sistema con alcance general                         | 253 |
| c) Sistema de alcance mixto                            | 253 |
| B. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano      | 253 |
| a) Sistema de control por un órgano político           | 253 |
| b) Sistema de defensa por órganos jurisdiccionales     | 254 |
| C. Sistema que atiende al tiempo de control            | 254 |

|                                                 |            |
|-------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo II</b>                              |            |
| <b>Control preventivo de constitucionalidad</b> | <b>255</b> |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 1. Concepto                   | 255 |
| 2. Naturaleza jurídica        | 255 |
| 3. Sistemas de control previo | 256 |
| 4. Ventajas y desventajas     | 257 |

|                                                     |            |
|-----------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo III</b>                                 |            |
| <b>Sistemas de control de la constitucionalidad</b> | <b>259</b> |

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| 1. Los dos grandes sistemas                    | 259 |
| 2. Bases fundamentales del sistema difuso      | 259 |
| 3. Inconvenientes del sistema difuso           | 260 |
| 4. Creación y bases del sistema austríaco      | 261 |
| 5. Naturaleza del Tribunal Constitucional      | 263 |
| 6. Diferencias fundamentales de ambos sistemas | 263 |
| 7. Acercamiento de ambos sistemas              | 264 |

|                        |            |
|------------------------|------------|
| <b>Capítulo IV</b>     |            |
| <b>Nuestro sistema</b> | <b>266</b> |

|                      |     |
|----------------------|-----|
| 1. Importancia       | 266 |
| 2. Medios de control | 266 |

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Unidad del amparo                                                          | 267 |
| 4. Vías para promover la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento | 268 |

## **Capítulo V**

### **Recurso por inconstitucionalidad 271**

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Materia del recurso                                                         | 271 |
| A. Su objeto                                                                   | 271 |
| B. Vicios denunciabiles                                                        | 272 |
| 2. Inconstitucionalidad de algunas leyes, decretos y de la nueva Ley de Amparo | 274 |
| 3. Competencia                                                                 | 275 |
| 4. Capacidad procesal                                                          | 276 |
| 5. Legitimación activa                                                         | 276 |
| 6. Legitimación pasiva                                                         | 277 |
| 7. Procedimiento                                                               | 277 |
| A. Interposición del recurso                                                   | 277 |
| B. Admisibilidad                                                               | 277 |
| a) Artículo 6 de la Ley de Amparo                                              | 279 |
| b) Artículo 10                                                                 | 281 |
| c) Artículo 11                                                                 | 281 |
| d) Artículo 12                                                                 | 281 |
| e) Artículo 13                                                                 | 281 |
| f) Artículo 19                                                                 | 282 |
| C. Otros trámites                                                              | 282 |
| 8. Efectos                                                                     | 283 |
| 9. Inconstitucionalidad en casos concretos                                     | 284 |

## **Capítulo VI**

### **El amparo 287**

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 1. Materia             | 287 |
| 2. Legitimación activa | 287 |
| 3. Legitimación pasiva | 287 |
| 4. Competencia         | 288 |
| 5. Tramitación         | 288 |
| 6. Efectos             | 290 |

## **Capítulo VII**

### **El recurso de exhibición personal 291**

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 1. Materia             | 291 |
| 2. Legitimación activa | 291 |
| 3. Legitimación pasiva | 291 |

|                  |     |
|------------------|-----|
| 4. Competencia   | 291 |
| 5. Procedimiento | 292 |

### **Tercera Parte** **Alcances de la reforma consstitucional**

#### **Capítulo Unico**

|                                                               |            |
|---------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Breve estudio</b>                                          | <b>293</b> |
| 1. Introducción                                               | 293        |
| 2. Líneas generales del contenido original de la Constitución | 294        |
| 3. Principios que inspiran la reforma constitucional          | 295        |
| 4. Derechos y garantías                                       | 296        |
| 5. Controles del poder                                        | 297        |
| 6. Sistema Económico                                          | 299        |
| 7. Poder Legislativo                                          | 300        |
| 8. Poder Judicial                                             | 301        |
| 9. Poder Ejecutivo                                            | 303        |
| 10. Contraloría General de la República                       | 303        |
| 11. Procuraduría General de Justicia                          | 304        |
| 12. Poder Electoral                                           | 304        |
| 13. Procurador de Derechos Humanos                            | 305        |
| 14. El Ejército y la Policía                                  | 306        |
| 15. Autonomía municipal                                       | 306        |
| 16. Instituciones de la democracia directa                    | 307        |
| 17. Cultura                                                   | 308        |
| 18. Combate al nepotismo y la corrupción                      | 308        |
| 19. Estado de derecho                                         | 308        |
| 20. Asamblea Constituyente                                    | 309        |

### **Cuarta Parte** **La justicia**

|                                       |            |
|---------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo I</b>                     |            |
| <b>El sistema en general</b>          | <b>311</b> |
| 1. Importancia de la justicia         | 311        |
| 2. Valores que se persiguen           | 312        |
| A. Justicia                           | 312        |
| B. Celeridad y seguridad              | 312        |
| C. Accesibilidad                      | 313        |
| 3. Su crisis                          | 314        |
| 4. Organos y factores que intervienen | 314        |

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5. Estado actual de la justicia en Nicaragua                                    | 315 |
| A. Influencia política                                                          | 315 |
| B. Falta de una capacitación especializada                                      | 317 |
| C. Condiciones materiales deficientes                                           | 317 |
| D. Justicia cara, lenta y no de buena calidad                                   | 318 |
| E. Alto índice de impunidad                                                     | 319 |
| F. Desconfianza                                                                 | 320 |
| 6. Carácter complejo y su enfoque unitario                                      | 321 |
| 7. Factores que intervienen                                                     | 322 |
| A. Sistema de selección de jueces y magistrados                                 | 322 |
| B. Legislación añeja                                                            | 323 |
| C. Influencia política del Ejecutivo                                            | 324 |
| D. Presupuesto inadecuado                                                       | 324 |
| E. Procuraduría General de Justicia sin independencia                           | 325 |
| F. Falta de una Policía Judicial                                                | 325 |
| G. Ausencia de una política criminal                                            | 325 |
| H. Una gran marginalidad jurídica                                               | 326 |
| I. Crisis en los gremios profesionales forenses y en la enseñanza universitaria | 327 |

## **Capítulo II**

### **La reforma penal 329**

|                                                    |     |
|----------------------------------------------------|-----|
| 1. El pentágono penal                              | 329 |
| 2. La ley penal sustantiva                         | 329 |
| 3. Proceso penal                                   | 331 |
| 4. Sistema penitenciario                           | 333 |
| 5. La Policía                                      | 336 |
| 6. La Procuraduría de Justicia                     | 338 |
| 7. Seguridad del habitante                         | 338 |
| A. Concepto                                        | 338 |
| B. Desarrollo humano sostenible                    | 339 |
| C. Causas del deterioro de la seguridad            | 339 |
| D. Extralimitación punitiva del Estado             | 340 |
| E. Negligencia, deficiencia e indiferencia estatal | 341 |
| 8. Reformas a nivel latinoamericano                | 341 |

### **Indices auxiliares**

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| Código de Abreviaturas   | 342 |
| Índice Onomástico        | 343 |
| Índice de Artículos      | 345 |
| Índice de Jurisprudencia | 348 |



## Prólogo

Comenzaba a correr el segundo lustro de la década de los años 70, cuando a raíz de haber finalizado mis estudios de postgrado en Europa, me integré a la docencia en la Universidad Centroamericana, UCA, en las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Eran años de ebullición, el país comenzaba a dar signos de transformación y estos ecos llegaban hasta los claustros universitarios. Los docentes no éramos ajenos a esos sentimientos. Se hablaba de reforma universitaria, de la proyección de la universidad a la sociedad y su vinculación con la misma, de como ella debía ser o tratar de ser la conciencia social de la nación, de un replantamiento del modelo de universidad napoleónica, de las carreras y de la justificación de las mismas en un país tercer mundista, del pénsium académico adecuado y conveniente a nuestra realidad para transformarla de contenido de las materias y la forma de enseñanza. Eran años excitantes. Se discutía con ardor, con pasión y nos alineábamos en distintos proyectos acerca de cómo debía ser y estructurarse esa futura Nicaragua cuyo cambio percibíamos en los signos de los tiempos. Fue en ese ambiente universitario donde conocí al Dr. Iván Escobar Fornos y aunque cada uno de nosotros nos identificábamos con distintas corrientes de pensamiento e intereses, simpatiqué muy pronto con él, debido a su dedicación al estudio, a la investigación y al rigor lógico de su pensamiento jurídico, expresado en diversas obras que ha venido publicando a lo largo de los años, particularmente sobre temas de derecho privado.

Pero ahora el Dr. Iván Escobar Fornos nos presenta un Manual de Derecho Constitucional, lo que supone desde luego una incursión en un territorio jurídico distinto y el manejo y dominio de un arsenal conceptual y metodológico diferente, que constituye la base y fundamento del Derecho Público y además de todo ordenamiento jurídico nacional al que sirve de soporte e inspiración. Pues, no cabe duda los principios y disposiciones contenidos en el articulado de la constitución política -como señalan los tratadistas franceses<sup>1</sup> -constituyen los encabezados o títulos de las distintas ramas del derecho positivo.

El Derecho constitucional por esencia, por contenido y por objeto está directamente vinculado con el fenómeno del poder, el cual tiende a institucionalizar, regular y limitar para salvaguardar y hacer valer los derechos de los habitantes de un país. Se trata, en otras palabras, de proteger a los gobernados de los abusos que en el ejercicio del poder pueden cometer los gobernantes.

Karl Loewenstein<sup>2</sup>, señala que los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad son: el amor, la fe y el poder, destacando e insistiendo sobre el carácter demoníaco del poder. Y que la política no es, sino, la

---

1. MAURICE HAURIOU, «Precis Elementaire de Droit Constitutionnel», cuarta edición, página VI, Sirey, París 1938.

2. KARL LOEWENSTEIN, «Teoría de la Constitución», segunda edición, Barcelona, 1976.

lucha por el poder. Ya Lord Acton, en un célebre epigrama, había observado que el poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromper absolutamente. Es decir, el fenómeno del poder ejerce una verdadera fascinación sobre los hombres, tanto sobre sus destinatarios como sobre los que tratan de alcanzarlo y ejercerlo, llegando algunas veces su búsqueda a tener un carácter dominante, compulsivo y avasallador.

Por otra parte, el derecho constitucional aparece íntimamente vinculado al constitucionalismo, es decir al movimiento por el cual la burguesía, el tercer estado, comienza a afirmar sus principios ideológicos e intereses frente al absolutismo de los reyes y a los privilegios que detentaba la nobleza; tratando una vez conseguido el poder, de destruir las desigualdades, limitaciones y diversas formas de sometimiento del ancien regime que frenaba su ascenso y ansias de dominio político del que estaba excluida dada su creciente importancia y fuerza económica, mediante la adopción de los principios de la igualdad y de la libertad. Ahora bien, la lucha no fue solamente política, sino que también se planteó en lo jurídico, para respaldar y dotar de fuerza a los nuevos valores y principios llegando inclusive a incorporarlos en las nuevas codificaciones y en los nuevos textos jurídicos, dotando a algunos de ellos de una superlegalidad, denominados constituciones que obligan a todos por igual, inclusive a los gobernantes. En ese sentido el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 establecía de manera tajante que: «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución.»

Las constituciones y el derecho que las estudia, se convierten de esta manera, en sus primeras etapas en una herramienta de primera magnitud para salvaguardar la libertad de los habitantes. Posteriormente -y en algunos casos- han servido para afirmar los intereses de quienes detentan el poder, limitando los derechos de los gobernados. Y, modernamente diríamos, podrían ser útiles para ayudar a construir un sistema democrático participativo y pluralista y además, como reza expresamente la reforma constitucional de 1995 en el art. 130 Cn., en un estado social de derecho.

Otras de las características fundamentales del derecho constitucional es su vinculación estrecha con el Estado, viniendo a constituir ambos conceptos y disciplinas de estudio: derecho y estado, realidades íntimamente ligadas, comprensibles en su esencia adoptando un punto de vista histórico y una perspectiva dinámica. Y esto es fácilmente entendible porque es desde el Estado donde se adoptan las principales decisiones de política económica y es la institución que mantiene y detenta el poder coactivo para ejercer la dominación necesaria en la sociedad.

El derecho constitucional adquiere, de acuerdo a esta concepción, un carácter instrumental, conformador, cuya justificación última se encuentra en si es útil o no para configurar un estado comprometido con atender y satisfacer las necesidades básicas de la población, creando las condiciones necesarias para que las distintas fuerzas sociales puedan expresarse y participar realmente y de manera



creativa en la construcción de su sociedad, no bastando con la participación formal y esporádica de los procesos electorales; o si por el contrario, el estado está orientado a mantener o perpetuar privilegios a favor de unas minorías, desatendiendo la misión que la justicia y el bien común exigen en un país que -no hay que olvidarlo- figura en el segundo lugar dentro de los más pobres del continente americano.

El primer tipo de estado corresponde a la concepción del estado social de derecho al que algunos, dentro de la corriente de valores de los sistemas participativos, han añadido la característica de democrático. El segundo tipo corresponde al del estado facilitador. El primero parte de la desigualdad real existente en la sociedad, a las que el estado debe de tratar de equilibrar y compensar, el segundo alude a una supuesta igualdad jurídica y a las fuerzas reguladoras y conformadoras del mercado, mediante la intervención de una especie de mano invisible, que compensaría al final las desigualdades sociales y económicas producidas, es decir el estado neoliberal.

Por otra parte, una de las piedras fundamentales del derecho constitucional lo constituye el principio de la división o separación de poderes, basado en el pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVII y XVIII. Inicialmente surge junto a la filosofía de los derechos del hombre como otro baluarte ideológico frente al absolutismo real, pues según la formulación de Montesquieu para que haya abusos del poder, es preciso que el poder contenga el poder, evitando la concentración de poderes en una sola mano o de un grupo de hombres, y si los tres poderes se concentraran en una sola mano -dice- todo estaría perdido.

Cuando los movimientos políticos del tercer estado o burguesía resultaron triunfantes a través de sus revoluciones, comenzaron a establecer inicialmente sus principios como en la mencionada Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Sin embargo una vez consolidados en el poder, la doctrina de la división de poderes y sus consecuencias sirvieron posteriormente para convertirse en un medio para asegurar el orden, la gobernabilidad de un país, mediante la técnica de asignar atribuciones o funciones a los poderes del estado, en detrimento, según algunos, de los principios de la libertad e igualdad que habían inspirado los movimientos revolucionarios, prefiriéndose a Montesquieu sobre Rousseau.

De manera especial la doctrina de la división de poderes, su interpretación y aplicación se ha convertido actualmente en uno de los puntos centrales del debate político en América Latina, en Centroamérica y particularmente en Nicaragua, donde el sistema democrático comienza a afirmarse con mayor o menor grado y con distinta intensidad, no estando exento de riesgos y peligros que en cualquier momento pudieran hacer retroceder los espacios arduamente conquistados.

Se trata de un tema que trasciende la historia de las ideas políticas, del derecho público, particularmente del derecho constitucional, de la ciencia política, de la teoría general del estado, tan grata al pensamiento alemán, para convertirse en objeto de discusión integral y trascendente puesto que de la solución o puntos

de coincidencia y acuerdos a los que se llegue, dependerá en buena medida no sólo la gobernabilidad del país, sino su futuro. Y es que advertimos en nuestro subcontinente, pese a las aperturas democráticas recientes, una fuerte y marcada tendencia histórica hacia el cesarismo presidencial, al presidencialismo (forma degenerada del sistema presidencial), que convierte o puede convertir en ilusorias y formalistas los controles interpoderes, los pesos y contrapesos<sup>3</sup> del pensamiento racionalista. Aunque últimamente y a partir de Loewenstein se prefiere hablar en la moderna literatura constitucional de controles de los poderes o interpoderes.

El «Manual de Derecho Constitucional» que nos presenta el Dr. Iván Escobar Fornos, sigue la tradición de esos excelentes manuales que se han publicado en Latinoamérica, inicialmente para uso de los estudiantes de la licenciatura, como el de Mario Bernaschina González, editado por la editorial jurídica de Chile, nos. 37 y 38 de la colección manuales jurídicos y que por su contenido y tratamiento de las materias expuestas, han rebasado los límites inicialmente propuestos y han ejercido una notable influencia entre los prácticos del derecho y los especialistas del mismo, influyendo positivamente en el pensamiento jurídico contemporáneo.

La obra ofrecida al público está escrita conforme a una estricta metodología jurídica, dividida en cuatro partes: una primera parte referida al Derecho Constitucional propiamente dicho, una segunda referida a los derechos humanos; una tercera dedicada a los alcances de la reciente reforma constitucional; y una cuarta parte, a la justicia.

La primera parte del manual inicia siguiendo un esquema que se ha vuelto clásico presentado un concepto del derecho constitucional y sus relaciones, el contenido y las fuentes del mismo, la norma constitucional y su interpretación, el poder constituyente originario y su diferencia con los poderes constituidos, los estados unitarios y compuestos, al gobierno y los sistemas de gobiernos, los poderes electoral y legislativo, destacando especialmente el tratamiento que concede al llamado derecho parlamentario. Este último ha sido acertadamente incluido dada la importancia especial que ha adquirido y el tratamiento que se le ha dado en temas monográficos y artículos en revistas y periódicos, a partir de la revalorización e independencia que adquirió la Asamblea Nacional a raíz de las reformas constitucionales de 1995.

La segunda parte, además de incluir una amplia exposición sobre los derechos humanos, su clasificación y los medios de protección internacional, incluye otros temas como el control preventivo de la constitucionalidad, el recurso por inconstitucionalidad, el amparo y el recurso de exhibición personal.

---

<sup>3</sup>. MONTESQUIEU, «Del espíritu de las leyes». Editorial Tecnos, Madrid 1970. En el mismo sentido, EL FEDERALISTA, particularmente MADISON, Editorial Libro Libre, Costa Rica 1986. El pensamiento de Montesquieu está inspirado e influido por John Locke y aunque la teoría de la división o separación de poderes había sido expuesta antes por Scipiano Mafei, su obra no alcanzó la difusión ni los vuelos intelectuales de Montesquieu.

La tercera parte se refiere al alcance de la reforma constitucional de 1995, que marcó un nuevo contenido a la constitución presidencialista de 1987, insistiendo en una mejor distribución de atribuciones y competencias para los poderes del estado y que introdujo nuevas instituciones para un mejor control de la actividad de los gobernantes, tales como la división de la Corte Suprema de Justicia en salas, especialmente la sala de lo constitucional y la sala de lo contencioso-administrativo, la procuraduría de derechos humanos (ombudsman), la responsabilidad patrimonial del estado, la caracterización de Nicaragua como un estado social de derecho, la no reelección presidencial en el período inmediato sucesivo y que en el pasado ha sido fuente de tensiones, guerras civiles y ha conducido al autoritarismo y centralización de poderes; éstas y otras formas marcaron, a partir de esa fecha, un nuevo rumbo a la filosofía del constitucionalismo nicaragüense.

La cuarta y última parte aborda el tema de la justicia en general y la reforma penal en particular, con recomendaciones altamente interesantes. Echamos de menos en la obra una referencia a los aspectos sociológicos y económicos que tienen que ver con el hecho político y que están en la base misma de la actuación del poder y a través del cual se expresan las diversas relaciones entre gobernantes y gobernados, además de una ausencia de la historia general del constitucionalismo y particularmente al nicaragüense y a las causas históricas e intereses, no siempre legítimos, que han impactado nuestra agitada vida constitucional.

El Manual de Derecho Constitucional del Dr. Escobar Fornos, además de ser una obra bien documentada desde el punto de vista bibliográfico, presenta un excelente manejo de la jurisprudencia nacional, mediante la cita adecuada de las diversas sentencias y opiniones que la Corte Suprema de Justicia ha venido elaborando. Está escrito en un lenguaje sencillo y elegante, fácilmente comprensible y accesible, lo que hace de ella una obra recomendable no solamente para los estudiantes, sino para los especialistas y estudiosos del derecho constitucional y porque no decirlo, para nuestra clase política que a menudo tiene que tomar decisiones trascendentales que podrían encontrar su fundamentación y explicación en obras como la que comentamos y también para el público en general deseoso de obtener una mayor información sobre aspectos y decisiones que les afectan.

Me place además escribir este prólogo a la obra del compañero en el ejercicio de la docencia y al jurista que me sucedió en la Presidencia del primer poder del estado, la Asamblea Nacional, al instalarse una nueva legislatura en 1997, y que los diputados del período de 1990 a 1996 elevamos a la categoría de ser el foro por excelencia, el más importante de la nación.

Finalmente y pese al esfuerzo que los juristas realizamos por crear instituciones adecuadas para reconducir el poder y la actuación de los gobernantes a los cauces formales y principios que contiene la constitución, el poder presenta aspectos que trascienden lo jurídico y que no podemos obviar su pena a quedarnos en un frío formalismo, ausente al tratamiento de las realidades, de los factores reales

de poder, así lo advirtió con singular profundidad el filósofo, jurista y político alemán del siglo XIX, Ferdinand Lasalle, al señalar en su obra *¿Qué es una Constitución?*, que «Los problemas constitucionales no son primariamente, problemas de derecho, sino de poder»<sup>4</sup>.

***Cairo Manuel López***

*Managua, junio de 1998*

---

<sup>4</sup>. FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una Constitución*, Ediciones Ariel, 2a. edición, 1976, Barcelona, España.

# Primera Parte

## Derecho Constitucional

### Capítulo I

#### El Derecho Constitucional y sus relaciones

SUMARIO: 1. Concepto de Derecho Constitucional. 2. El constitucionalismo. 3. Relaciones del Derecho Constitucional con las otras ramas del Derecho. 4. Relaciones con el Derecho Procesal. 5. Relaciones con el Derecho Penal. 6. Relaciones con el Derecho Administrativo. 7. Relaciones con el Derecho Laboral. 8. Relaciones con el Derecho Civil. 9. Otras relaciones.

#### 1. Concepto de Derecho Constitucional

El Derecho Constitucional es el conjunto de normas, principios y doctrinas que tratan sobre la organización del Estado, su función y competencia y sobre los derechos y garantías de las personas. Es una rama del Derecho Público.

#### 2. El constitucionalismo

El constitucionalismo encarna la lucha de la humanidad por conquistar la libertad y los medios para defenderla frente al fenómeno del poder. Tiene por objeto limitar el ejercicio del poder.

El constitucionalismo clásico tiene su auge en el siglo XVIII. Este fenómeno jurídico y político consagra en textos fundamentales o constitutivos las doctrinas de los grandes filósofos como Aristóteles, Rousseau, Locke y Montesquie.

Sus antecedentes mediatos se encuentran: en la antigüedad de Oriente, Grecia y Roma; en la edad moderna con la evolución política inglesa. Sus inmediatos con las revoluciones norteamericana y francesa.

La Constitución de 1787 de los Estados Unidos es la Constitución escrita más antigua y recoge los principios clásicos del constitucionalismo, entre ellos la división de poderes.

El capitalismo provocó tensiones sociales, lo que obligó a incorporar, a partir de la primera guerra mundial, disposiciones de carácter económico y social a las constituciones, en defensa de las clases más desposeídas. Esta tendencia se denomina constitucionalismo social. Ejemplo de estas constituciones son la de México de 1917 y la de Weimar (Alemania) de 1919.

Nuestro constitucionalismo clásico se produce desde la Constitución Federal de 1824 hasta la de 1911. El social desde la Constitución de 1939 hasta la vigente.

Es transformador: en materia de educación, vivienda, trabajo, salud, ambiente, cultura, economía, siempre sus normas disponen que se tomarán las medidas para promover la efectividad de tales valores<sup>1</sup>.

### **3. Relaciones del Derecho Constitucional con otras ramas del Derecho**

La abundante y compleja cantidad de materias que comprende esta rama nos induce a pensar sobre la numerosa cantidad de relaciones con otras ramas del derecho, disciplinas y ciencias. Las ideologías políticas no son ajenas a esta materia, basta recordar que las breves constituciones liberales clásicas solamente contenían reglas de gobierno y garantías individuales.

Con la influencia del socialismo el Estado ha crecido, lo mismo que sus actividades y se ven florecer los derechos sociales. Así vemos surgir constituciones extensas que estructuran sobre el Estado de derecho un Estado de Bienestar.

### **4. Relaciones con el Derecho Procesal**

El Derecho Procesal Orgánico trata sobre la organización, función y competencia del Poder Judicial. La Constitución sienta los principios y normas generales sobre esta materia la cual es desarrollada por una Ley Orgánica del Poder Judicial. Además la Constitución regula principios y materias del Derecho Procesal Adjetivo: señala varios principios procesales, crea algunos recursos como el de amparo y el de inconstitucionalidad de la ley y consagra un buen número de derechos y garantías para el procedimiento penal.

### **5. Relaciones con el Derecho Penal**

La Constitución consagra varios principios, derechos y garantías relacionados con el Derecho Penal: la pena no trasciende de la persona del condenado de acuerdo con el art. 37 Cn.; no se impondrá pena o penas, que aislados o en conjunto, dure más de treinta años de acuerdo con el art. 37 Cn.; la ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezcan al reo, de acuerdo con el art. 38 Cn.; los menores no pueden ser objeto de juzgamiento ni internados en centros de readaptación penal y serán atendidos en Centros Especializados, de acuerdo con el art. 35 Cn.; el sistema penitenciario tiene por objeto la reintegración del interno en la sociedad de acuerdo con el art. 39 Cn.; no hay cárcel por deuda de acuerdo con el art. 41 Cn., salvo en materia alimenticia; la pena de muerte no es permitida, de acuerdo con los arts. 33 y 39 Cn.

### **6. Relaciones con el Derecho Administrativo**

El Derecho Administrativo se refiere a los servicios públicos y al personal que realiza la función administrativa del Estado. En la Constitución se señalan las normas

---

<sup>1</sup>. Arts. 39, 56 y sigts, 70 y sigts, 80 y sigts y 98 y sigts Cn.

básicas del Derecho Administrativo. Por ejemplo: la expropiación por utilidad pública.

## **7. Relaciones con el Derecho Laboral**

Al Derecho Laboral le dedica la Constitución el Capítulo V, del art. 80 al 88. Se consagran una serie de derechos y garantías a los trabajadores. Por ejemplo: salario igual por trabajo igual; inembargabilidad del salario mínimo y las prestaciones sociales; la estabilidad en el trabajo; la seguridad social, el derecho de huelga; la gestión en la empresa; y la libertad sindical.

## **8. Relaciones con el Derecho Civil**

La Constitución incorpora conceptos, principios, normas y valores fundamentales de carácter civil. Como tendremos ocasión de leer en el capítulo siguiente se están dando las condiciones para desarrollar un Derecho Civil Constitucional.

## **9. Otras relaciones**

Se encuentran vinculaciones de esta rama del derecho con la historia, la sociología, la moral, la religión, la filosofía y otras.





## **Capítulo II**

### **Contenido y fuentes del Derecho Constitucional**

1. Contenido constitucional: A. Ideas generales. B. Derecho Civil Constitucional. 2. Concepto de fuente. 3. Las fuentes como producto: A. La Constitución escrita. B. Leyes interpretativas y reglamentarias. C. La jurisprudencia. D. La costumbre. E. Las convenciones constitucionales. F. Los tratados o convenios internacionales. G. Delegación de competencia a órganos supranacionales. El Derecho Comunitario. 4. Categorías normativas en nuestro sistema. A. La Constitución. B. Leyes constitucionales. C. Leyes que requieren una mayoría calificada y regulan materias determinadas. D. Ordenamiento y jerarquía de normas.

#### **1. Contenido constitucional**

##### **A. Ideas generales**

La Constitución se ocupa del poder y de sus relaciones con las personas. Esto comprende la organización del Estado y la consagración de los derechos, garantías y libertades de las personas. De aquí se deriva la distinción entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución.

No obstante, el constitucionalismo moderno incorpora a la Constitución una gran cantidad de materia de variada índole, casos y situaciones con el objeto de cubrirlos con su manto protector: laborales, civiles, mercantiles, económicas, ambientales, penales, etc, muchas de ellas propias de las relaciones privadas entre los particulares. En algunas constituciones se consagra el abuso del derecho<sup>1</sup>, los daños y perjuicios<sup>2</sup>, y el divorcio unilateral<sup>3</sup>.

La Constitución permea todo el Derecho. Como consecuencia, las leyes, resoluciones o actos de las autoridades reciben orientación de la Constitución.

Por otra parte, existen controles constitucionales en manos de jueces (la jurisdicción constitucional) que fijan el sentido del orden constitucional.

A esta situación se le ha denominado «dictadura constitucional». Algunos juristas la rechazan porque consideran que representa un atraso al avance del Derecho y a su adecuación a las circunstancias de cada época. La ley ordinaria ya no es el instrumento del cambio político, pues está limitada por la Constitución y la jurisprudencia que la interpreta. Pierde el Derecho su relativismo, y con ello la posibilidad de recoger el producto político y social de la dinámica cotidiana. Disminuye su valor como opción de solución, hasta que los hechos avasallan al ordenamiento existente y surge uno nuevo por la fuerza fáctica.

---

<sup>1</sup> Art. 95 Cn. de Colombia

<sup>2</sup> Art. 2 Cn. de El Salvador.

<sup>3</sup> Art. 72 Cn.

## B. Derecho Civil Constitucional

En un principio, impulsado por los intereses de la burguesía, arraigó la idea de que el Derecho Civil no era político y que ocultaba las directrices económicas, sociales y políticas liberales que encerraban. La técnica de la codificación con sus figuras, conceptos abstractos y soluciones lógicas, ayudaban esta desvinculación. La prueba de tal afirmación son las codificaciones que subsistieron bajo regímenes distintos sin sufrir grandes modificaciones. Ejemplos: el Código de Napoleón se aplicó en tres monarquías y en muchos gobiernos republicanos y rige hasta hoy; el Código Civil alemán vigente, soportó el Imperio, la Constitución de Weimar, el régimen nazi y la Constitución de Bonn; el Código Civil italiano vigente, promulgado bajo el régimen de Mussolini, es el actualmente vigente con pocas modificaciones. Esta supervivencia se debe a la influencia de las ideas liberales de la clase dominante y el surgimiento de leyes separadas que dejaron incólume el texto de los códigos.

Pero la realidad es otra. Toda ley tiene un fundamento político y este proviene a su vez básicamente de la Constitución, la cual establece los principios superiores del sistema de vida, acción y libertades de las personas.

La Constitución contiene las directrices, principios y normas fundamentales de carácter políticos, sociales y económicos. Todas sus normas son vinculantes, sirven para interpretar el orden jurídico y no pocas de ellas constituyen mandatos al legislador.

A principios de los años treinta se comienza a plantear el tema de la importante influencia de la Constitución en el Derecho Civil, pero es últimamente que se ha desarrollado una abundante literatura hasta llegar a delimitarse y elaborarse, a base de las numerosas normas civiles incorporados en la Constitución, el Derecho Civil constitucional, el cual no puede ser una rama del Derecho constitucional porque no contiene materias distintas del Derecho Civil, ni tampoco una parte del Derecho Civil porque su delimitación formal proviene de su integración en la Constitución y no de su colocación dentro del Código, sino como su infraestructura, según Joaquín Arce y Flores-Valdez, quien lo define así: «En atención a las notas características conceptuales expresadas, podemos definir ya el Derecho Civil constitucional como sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la Constitución, relativos a la protección de la persona en si misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones jurídico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases más comunes y abstractas de la regulación de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicación inmediata o pueden servir de marco de referencia de la vigencia, validez e interpretación de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> El Derecho Civil Constitucional. Cuadernos Civitas. Madrid, 1991, pags. 178 y 179.

Lo que *in extenso* regula el Código Civil lo consagra en breves principios y directrices el Derecho Constitucional. Contempla las facetas más próximas al hombre, aquellas que se relacionan con su nacimiento, su capacidad, sus relaciones familiares, su tráfico jurídico y disfrute de las cosas, y su muerte (Derecho Sucesorio).

Todas las normas, valores y principios del Derecho Civil constitucional son superiores jerárquicamente al Código Civil y a las demás leyes y, por tal razón, el legislador ordinario y el intérprete deben seguir sus orientaciones. Esto le da una nueva dimensión al Código Civil, el cual tendrá que ajustarse a los valores y legalidades constitucionales, llevando así transformaciones a las instituciones tradicionales<sup>5</sup>.

Podemos citar algunas normas constitucionales que el civilista debe tener en cuenta y recurrir a ellas en su oportunidad. Esta lista no es taxativa y es la siguiente:

a) Según el art. 5 son principios de la nación nicaragüense: la libertad; (reproducida en el art. 25 inc 1.); la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos.

b) El art. 180 y sigts. garantiza a las comunidades de la Costa Atlántica el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales.

c). El art. 160 dispone que la administración de justicia garantiza el principio de legalidad y protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia.

---

<sup>5</sup> Cuatro fenómenos importantes han incidido seriamente en el alcance y contenido del Derecho Civil: a) La denominada constitucionalización del Derecho Civil (ya expresada brevemente en el texto). b) La descodificación del Código Civil. Se principia a hablar de descodificación en esta década. El fenómeno consiste en la separación de ramas especializadas y la proliferación de leyes especiales. Por otra parte se duda, debido a la desactualización ideológica del Código Civil, que los criterios y categorías básicas de la convivencia y técnicas del sistema se encuentren en dicho Código, lo cual no significa su desaparición. Por tal razón es importante prestarle atención a las leyes especiales y reunir los preceptos y principios constitucionales del Derecho Civil para reconstruir el sistema teniendo en cuenta todas las piezas. Esto es un poco complicado, pero es necesario hacerlo. Hay dos tipos de descodificación. Una que no destruye la unidad del Derecho Civil, pues el Código Civil sigue siendo el núcleo central donde aparecen las normas básicas que desarrollan las leyes especiales. La otra destruye tal identidad, mediante la promulgación de leyes especiales con principios autónomos y hasta contradictorios en el Código Civil, el cual ya no aparece como núcleo central, al ser sustituido por la Constitución y su contenido disgregado. Se pasa del monosistema con el Código Civil como núcleo a un polisistema de leyes especiales y autónomas. Esta descodificación no es aceptable. c) La patrimonialización entendida como preponderancia del valor económico frente a los valores personales, lo cual se ha ido superando mediante la exaltación de la persona y la familia, apareciendo el fenómeno contrario de la despatrimonialización de las leyes y la doctrina. d) La socialización, que consiste en la ingerencia del Estado en las relaciones privadas, negando la voluntad individual para proteger a las masas desprotegidas y defenderse dicho Estado de los grandes grupos sociales y económicos del capitalismo. Así vemos surgir limitaciones a la propiedad y a la libre contratación, la responsabilidad objetiva, etc. Todo lo expuesto tiene que conducir a una revisión de los códigos civiles.

d) El art. 25 inc. 2 garantiza la seguridad jurídica.

e) El art. 38 consagra el principio de irretroactividad de las leyes, salvo a favor del reo.

f) El Título III, Capítulo Unico, regula la nacionalidad nicaragüense.

g) El art. 23 establece el derecho a la vida y, en consecuencia, proscribe la pena de muerte.

h) El art. 26 le concede a toda persona el derecho a su vida privada y a la de su familia, el respeto a su honra y reputación, a la inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicación de todo tipo, a conocer toda información que sobre ello hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.

i) De acuerdo con el art. 25 inc. 3 toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica, que junto con el anterior son fundamentales para la regulación y estudio de los derechos de la personalidad.

j) El art. 27 inc. 1 consagra el principio de igualdad ante la ley de todas las personas, lo mismo que el derecho a igual protección, eliminando toda discriminación por nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.

k) El art. 27 inc. 2 dispone que los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses excepto sobre los derechos políticos y los que establezcan las leyes, prohibiéndoles intervenir en la política interna.

l) De acuerdo con el art. 24 inc. 1 toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad, la patria y la humanidad.

m) Los arts. 30, 31 y 49 establecen los derechos de libertad de circulación y residencia, la libertad de expresar libremente el pensamiento por cualquier medio y el derecho de asociarse libremente.

n) Los arts. 5 inc.4, 44 y 99 garantizan la propiedad privada y le señala una función social. Por otra parte, reconoce en el art. 99 que el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares y garantiza la libertad de empresa y el art. 104 reconoce que la iniciativa económica es libre, todo ello fundamental para el Derecho Privado Patrimonial.

ñ) El Capítulo IV, del Título IV, regula el Derecho de Familia.

o) El art. 131 inc.2 establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios que causen a los particulares.

p) El art. 41 prohíbe la cárcel por deudas, salvo por orden judicial por incumplimiento de deberes alimenticios y también dispone que los nacionales o extranjeros tienen el deber de pagar lo que deben.

q) El art. 75 establece que todo los hijos tienen iguales derechos y que no se podrán utilizar designaciones discriminatorias de filiación, lo cual conlleva un cambio sustancial en las reglas de la sucesión intestada.

r) El art. 78 establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad.

s) El art. 71 inc. 2 protege a la niñez y le concede plena vigencia a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

El contenido amplio del Derecho Civil constitucional y el carácter superior de las normas civiles incorporadas a la Constitución dan base para delimitarlo y desarrollarlo. Cubre el aspecto material y formal. Dentro de esta corriente se habla de Derecho Económico constitucional, Derecho Penal constitucional, Derecho Laboral constitucional, etc. Esto explica el interés que despierta el Derecho Constitucional en los ius publicistas y en los ius privatistas, lo cual ayuda a la interrelación del ordenamiento jurídico a través de la Constitución. Esta permea todo el ordenamiento jurídico en forma general y parcela por parcela, pero de manera más concreta y directa en el Derecho Civil.

## **2. Concepto de fuente**

Atendiendo a su origen, la fuente es la autoridad, poder o medio de donde emana el Derecho Constitucional: el poder constituyente, el poder legislativo, el poder judicial, el poder electoral, el poder ejecutivo, los sujetos u órganos del Derecho Internacional. Atendiendo al producto de estas entidades, las fuentes son: la constitución, sea escrita o consuetudinaria, como en Inglaterra; la jurisprudencia; la costumbre; las convenciones; los tratados o convenios internacionales. Sobre estas últimas fuentes haremos un breve análisis en este capítulo. De las primeras trataremos a lo largo de esta obra.

Algunos autores agregan a las fuentes los principios generales del Derecho. Tal criterio no es aceptable porque los principios más generales son estudiados en otras disciplinas, y los propiamente constitucionales, ya sean los explícitos (soberanía popular<sup>6</sup>, igualdad<sup>7</sup>, pluralismo<sup>8</sup>, libertad<sup>9</sup>, justicia<sup>10</sup>, la dignidad humana, la propiedad en su diferentes formas<sup>11</sup>, la libre cooperación internacional<sup>12</sup>, la autode-

---

<sup>6</sup> Art. 2 Cn.

<sup>7</sup> Art. 48 Cn.

<sup>8</sup> Art. 5

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

terminación de los pueblos<sup>13</sup>) o los implícitos, tienen validez, rango y eficacia constitucional.

### **3. Las fuentes como producto**

#### **A. La Constitución escrita**

La fuente fundamental y suprema del Derecho Constitucional es la Constitución. Es escrita en el sistema latinoamericano y europeo continental. El sistema escrito es el general, salvo la excepción del Reino Unido.

La Constitución es la norma superior del sistema. Esta superioridad tiene su origen inmediato en el constitucionalismo de los Estados Unidos. Surge del famoso caso *Marbury vrs. Madison* en el año de 1803, pero con un antecedente en la opinión de Hamilton en *El Federalista*.

Las normas inferiores están sometidas en su creación e interpretación a los preceptos constitucionales, como consecuencia de esa superioridad jerárquica, expresada gráficamente en la pirámide kelseniana.

#### **B. Las leyes interpretativas y reglamentarias**

##### **a) Leyes interpretativas.**

En nuestro sistema los dos grandes intérpretes de la Constitución son el poder legislativo y el judicial.

Cuando un precepto constitucional es oscuro, dudoso o ambiguo, la ley lo puede aclarar interpretando su contenido. La interpretación pasa a formar parte complementaria de la Constitución. Existe el peligro de los abusos y usarla para evadir el procedimiento de reformas a la Constitución. En materia de Derecho Privado, la interpretación auténtica es muy criticada porque generalmente conduce a la retroactividad de la ley.

La interpretación judicial difiere de la interpretación auténtica: la auténtica proviene del legislador, en cambio la judicial de los jueces y magistrados; la judicial sólo produce efecto entre las partes, salvo que declare la inconstitucionalidad de una ley, la cual desaparece del Derecho positivo para todos, en cambio la auténtica produce efectos para todos.

##### **b) Leyes reglamentarias.**

Generalmente las constituciones contienen disposiciones generales básicas, muchas imprecisas o vagas, conceptos indeterminados. Otras remiten a la ley or-

---

<sup>13</sup> Idem.

dinaria su desarrollo. La técnica constitucional no aconseja la regulación minuciosa, casuística. Tampoco la incorporación de materias ajenas al Derecho Constitucional.

Sin estas leyes muchos preceptos constitucionales no tendrían aplicación. Pero también debe advertirse que pueden desnaturalizar el Derecho o mandato constitucional, lo cual las convertiría en inconstitucionales.

Son leyes complementarias de la Constitución, entre otras: Ley de Municipalidades, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Electoral, Ley del Presupuesto, Ley de Amparo.

### **C. La Jurisprudencia**

Los tribunales de justicia ordinarios (sistema difuso) o el Tribunal Constitucional (sistema austríaco) al aplicar la Constitución, interpretan, determinan, aclaran o completan sus preceptos. En esta actividad van adaptando la Constitución a las actuales realidades políticas, sociales y económicas, lo cual contribuye al avance en estas materias y evita continuas derogaciones totales o parciales de la misma. El ejemplo de esto lo podemos encontrar en los Estados Unidos. Tienen una Constitución muy breve, y con más de doscientos años de vigencia y pocas enmiendas, la cual es interpretada y adaptada al medio en forma exitosa por la Suprema Corte. Apenas existen artículos de la Constitución que no hayan sido orientados o determinados por este tribunal.

El desarrollo de la justicia constitucional ha venido a judicializar el ordenamiento jurídico, pues éste debe someterse a la Constitución, la cual a su vez va siendo fijada por los jueces.

En el Derecho moderno el juez y la jurisprudencia, ha cobrado gran importancia por las razones siguientes: el desprestigio de la ley como expresión de la libertad, al ser en la actualidad generalmente limitativa o represiva; el surgimiento de la justicia constitucional que coloca al juez como el máximo intérprete de la Constitución y capaz de eliminar del ordenamiento jurídico las leyes que se opongan a ésta; los abundantes hechos y actos no regulados por el Derecho se producen a una velocidad muy superior con relación a la aprobación de las leyes que pretenden regularlos, obligando a los jueces a llenar esas lagunas, dando lugar a una jurisprudencia voluminosa alrededor de las leyes y códigos, sin cuyo conocimiento es imposible entender y aplicarlos; la intervención de la justicia constitucional tratando de corregir la omisión del legislador de desarrollar por leyes el contenido de la Constitución; han surgido escuelas que vigorizan la función y figura del juez.

En nuestro sistema la jurisprudencia tiene una fuerza importante: los jueces deben mantener uniformidad en sus decisiones<sup>14</sup>, se permite la casación en el fondo cuando se viola la jurisprudencia<sup>15</sup>; y la ley, decreto o reglamentos

<sup>14</sup> Art. 13 inc. 2 LOPJ, aprobada por la Asamblea y vetada en otros artículos, pero no en éste.

<sup>15</sup> Art. 2057 inc. 2 Pr. No contempla la infracción por doctrina e interpretación errónea, pero un buen sector de la doctrina ha sostenido que ambas infracciones pueden ser demandadas por medio de esta causal.

declarados inconstitucional se anulan, eliminándolos del ordenamiento jurídico<sup>16</sup>. Las sentencias interpretativas pueden fijar el único sentido conciliable de un precepto legal con la Constitución o las interpretaciones inconciliables, señalando las válidas o conciliables con la misma. En otras ocasiones los tribunales toman criterios innovadores, integrativos, dándole al artículo constitucional un sentido que a simple vista no expresa.

#### **D. La costumbre**

Las costumbres constitucionales son repeticiones de usos o prácticas de los poderes públicos que afectan el contenido de la Constitución. Pueden ser anteriores o posteriores a la Constitución.

Tiene como función integrar (llenar lagunas), adaptar la Constitución a realidades nuevas y orientar la eficacia de una norma en un sentido u otro. Es importante advertir que la costumbre no debe ser contraria a la Constitución, con mayor razón si el precepto es inequívoco. En nuestro sistema la costumbre tiene escasa aplicación y su jerarquía es inferior a la ley escrita. En el Derecho británico tiene fundamental importancia, pues su Constitución es básicamente consuetudinaria y convencional.

La pérdida por desuso del contenido de una competencia del titular del órgano, no tiene aplicación en nuestro sistema, aunque en España se considera que en algunos supuestos se aplica con efectos derogatorios. Se cita como ejemplo el no ejercicio secular del veto regio en las monarquías constitucionales. Otro ejemplo, aunque dudoso, es la no presentación de una tercera candidatura presidencial en los Estados Unidos, antes de la reforma y de que Washington rehusara la tercera elección, exceptuando a F.D. Roosevelt que triunfó en cuatro elecciones.

La violación de la costumbre, dado su inferioridad jerárquica frente al Derecho escrito, no puede encontrar fundamento para ser invocada como una violación constitucional.

#### **E. Las convenciones constitucionales**

Son acuerdos entre los órganos constitucionales para regular el ejercicio de sus facultades y relaciones mutuas. Se refieren a materias omitidas por la ley escrita o estructuradas por ésta en forma discrecional. Este acuerdo de voluntades puede ser manifestado en forma expresa (verbal o escrito), o en forma tácita mediante la realización de hechos que lo conformen. Son de libre cumplimiento y como consecuencia, de difícil exigencia jurisdiccional.

En España se citan prácticas que podrían constituirse en costumbre: la apertura de la legislatura por el Rey; la disolución simultánea del Congreso y del Senado.

---

<sup>16</sup> Art. 18 y 19 L.A.



Como puede observarse, son convenios que buscan el acuerdo, la concertación entre los altos órganos del Estado para trabajar en forma armónica. Es el camino contrario al que orientan las normas constitucionales en busca del control político mutuo.

Estos convenios son coyunturales, flexibles y no exigibles. Su función es complementar las normas escritas y precisar las facultades discrecionales. Es fuente abundante de normas consuetudinarias o de derecho escrito, principalmente del Derecho Parlamentario.

Presentan el problema de su difícil diferenciación con la costumbre <sup>17</sup>. En Nicaragua podemos citar como ejemplo, aunque le dieron el carácter de ley escrita, a la denominada Ley Marco de 1996, y al convenio entre los cuatro poderes del Estado de junio de 1997, en virtud del cual se comprometen a ayudarle al Poder Electoral para la celebración de las elecciones en la Región Autónoma del Atlántico.

La doctrina cita como ejemplo de convenciones las que regulan el nombramiento del Primer Ministro, la responsabilidad ante la Cámara de los Comunes, la neutralidad de Speaker, la disolución de la Cámara de los Comunes por el Primer Ministro, etc., en el Reino Unido; la abstención de presentar la candidatura presidencial para un tercer período antes de la enmienda XXII, considerada por un sector doctrinal como costumbre, en los Estados Unidos; la proposición de nombramiento de los Ministros por los partidos coaligados para la formación del gobierno y la presunción de quórum en las Cámaras mientras no se solicite su comprobación, en Italia; la celebración del debate sobre el Estado de la Unión y la consulta del Rey exclusivamente a los grupos políticos del Congreso de los Diputados antes de proponer candidatos a la Presidencia del gobierno, en España.

La naturaleza de estas convenciones es dudosa. Depende mucho del ordenamiento jurídico de cada país. Se considera que son normas jurídicas carentes de sanción; normas sociales; normas jurídicas sujetas a la *rebus sic stantibus*, lo cual significa que se mantendrían vigentes cuando no cambien las circunstancias imperantes al momento de la celebración, decayendo si cambian; y que su estudio es irrelevante o puramente académico.

No admitimos convenciones contrarias a la Constitución, aunque en la realidad han tenido vigencia, como la antedicha Ley Marco de 1996.

Existen las correcciones constitucionales, difíciles de distinguir de las convenciones. Son reglas de comportamiento que cumplen los poderes públicos en sus relaciones mutuas sobre cortesías, deferencias, criterios de discreción, etc. Se citan como ejemplos: la deferencia a la Corona y la discreción del comportamiento de ésta, en Inglaterra; el respeto mutuo de las Cámaras, en Italia; la abstención del gobierno de opinar sobre los actos del Rey, en España.

<sup>17</sup> En el Derecho inglés se consideran costumbres las anteriores al 1189 y convencionales las demás. Por otra parte, se duda si el sistema de gabinete es consuetudinario o convencional.

## **F. Los tratados o convenios internacionales**

Los juristas preguntan si la Constitución tiene alguna instancia superior. Se han dado tres respuestas: a) Partiendo del apego a la declaración de 1789 y de las últimas constituciones francesas que remiten a ella, un sector doctrinal sostiene que los derechos humanos en ella declarados forman parte de una instancia positiva que está por arriba de la Constitución, de forma que aunque no existiera esa remisión o no se incorporara al documento, los derechos humanos disfrutaran de un rango superior a la Constitución. Es un supervértice respecto a la Constitución. b) En las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional internos, se han sostenido por un sector doctrinal que el primero prevalece sobre el Derecho interior, incluyendo el Constitucional. Otros restringen el alcance de la prelación y piensan que sólo el Derecho Internacional de los derechos humanos prevalece sobre la Constitución. c) Incorporar los tratados, declaraciones y documentos sobre derechos humanos a la Constitución, dándoles rango constitucional, un nivel o rango igual al de la Constitución. Esta tendencia es la más moderna y es aceptada por nuestro constitucionalismo moderno.

Los tratados enumerados en los arts. 46 y 71 de la Constitución tienen jerarquía constitucional y la violación de los derechos consignados en los mismos pueden dar lugar a los recursos de inconstitucionalidad de la ley (decreto o reglamento) o amparo. Estos derechos complementan y no derogan los establecidos en la Constitución.

Los derechos consagrados en tales tratados fueron incorporados por el legislador constituyente y, como consecuencia, no se derogan ni contradicen entre sí con las normas del resto de la Constitución que se refiere a los derechos humanos.

En la Constitución del Perú<sup>18</sup> y la de Guatemala<sup>19</sup>, los tratados en general tienen preeminencia sobre las leyes internas. La Constitución argentina de 1944, a semejanza de la nuestra, reconocen varios tratados y documentos sobre derechos humanos, a los cuales les concede jerarquía constitucional. También les concede jerarquía constitucional a los otros tratados y derechos humanos que sean aprobados por el Congreso posteriormente por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Como regla general, se les concede a los tratados y concordatos jerarquía superior a las leyes ordinarias.

## **G. Delegación de competencia a órganos supranacionales. El Derecho Comunitario**

Después de la segunda guerra mundial, en Europa aparece el Derecho Comunitario. Se comienza el acercamiento mediante el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero de 1952 y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, etc.

<sup>18</sup> Art. 105 Cn. de 1979.

<sup>19</sup> Art. 46.

Las características de estos tratados son las siguientes: crean órganos con competencia para regular derechos comunes, se extienden al ámbito interestatal de soluciones y producen efectos con relación a las personas que habitan los países de la comunidad. Por ejemplo, en Europa, los órganos estatales de cada país delegan sus competencias (administrativas, legislativas y judiciales) en órganos supranacionales ajenos y diferentes a los Estados.

Para llegar a tal avance, después de conflictos internacionales y constitucionales, los países europeos fueron reformando y adaptando sus constituciones. El avance es mayor en lo económico que en lo político. La comunidad supranacional tiene órganos similares para los órganos estatales de cada país, de donde emanan las normativas comunitarias: el Parlamento Europeo, el Tribunal de Luxemburgo, etc.

Los órganos básicos de la comunidad europea son: a) El Consejo de Ministros (de Primeros Ministros y Jefes de Estados). Es el de mayor poder de decisión y es el verdadero poder legislativo. b) La Comisión Europea, que ocupa el lugar del gobierno, pero sólo es un órgano administrativo, porque el gobierno reside en el Consejo de Ministros. c) El Parlamento Europeo, elegido por sufragio universal directo en cada Estado. Colabora con el Consejo de Ministros en la labor legislativa, pues puede rechazar y enmendar los proyectos, pero es el Consejo el que decide en última instancia. d) El Tribunal de Justicia resuelve los litigios entre la comunidad y un Estado miembro o entre éstos, siempre que afecte a una norma comunitaria.

Se critica tal distribución: es debilitante del poder del Parlamento, que ni legisla ni controla al Consejo de Ministros; produce la división del poder ejecutivo entre la Comisión y el Consejo, con predominio del último; permite la concentración en el Consejo de Ministros de poderes ejecutivos y legislativos.

Se atribuyen estos inconvenientes al apego a la soberanía e intereses locales. Se proponen cambios de marcado carácter político como los siguientes: convertir al Parlamento en un verdadero poder legislativo, con el Consejo de Ministros como segunda cámara representativa de los Estados; postulación de parlamentarios sin límites fronterizos por partidos europeos con estructura federal, pudiéndolo hacer en cualquier circunscripción. Esta transferencia de competencias sería una limitación a la soberanía de los Estados.

Muchos países han reformado sus constituciones para incorporarse a la vida comunitaria. El art. 75 inc. 24 de la Constitución de Argentina dice: «Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes».

El art. 93 de la Constitución Española dice: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuyan a una organización o

institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

El art. 9 de nuestra Constitución apoya los esfuerzos de la integración política y económica y la cooperación en América Central, asimismo la unidad de América Latina y el Caribe. Para tal efecto Nicaragua participará en la creación o elección de los órganos necesarios para tales fines y deja a la legislación y tratados respectivos su regulación.

#### **4. Categorías normativas en nuestro sistema**

No se trata de hacer una enumeración y estudio de todas nuestras categorías o tipos normativos, sino de explicar la forma en que se ordenan partiendo de los principales tipos.

##### **A. La Constitución**

La Constitución es la ley suprema del país. Además de las leyes ordinarias, que requieren para su aprobación la mitad más uno de los diputados presentes, habiendo quórum, existen otras leyes que exigen una mayoría calificada y un procedimiento especial. Estas leyes se dictan teniendo en cuenta la trascendencia de la materia que regulan. De ellas nos ocuparemos más adelante.

##### **B. Leyes constitucionales**

Son complementarias de la Constitución, la materia que regulan determinan la función de los órganos que las aplican, participan del rango constitucional y requieren para su reforma del quórum y del procedimiento para la reforma parcial de la Constitución, con excepción del trámite de las dos legislaturas, de conformidad con el art. 195 Cn. De acuerdo con el art. 184 Cn. son leyes constitucionales la Ley de Amparo, la Ley de Emergencia y la Ley Electoral.

El art. 190 Cn. señala que la Ley de Amparo tendrá por materia el recurso de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, el recurso de amparo y la exhibición personal. Los arts. 2,3 y 4 de la ley de amparo confirman lo expuesto.

La Ley de Emergencia regula la suspensión de los derechos y garantías, cuando lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas o en caso de catástrofe nacional. No obstante, no se permite la suspensión de un buen número de derechos y garantías, según lo dispone expresamente el art. 186 Cn.

La Constitución le dedica al poder electoral el capítulo VI del Título VIII. Entre otras cosas, regula la organización y función del poder electoral. La Ley Electoral

desarrolla la materia electoral, lo mismo que otros artículos de la Constitución que se refieren a ella<sup>20</sup>.

### **C. Leyes que requieren una mayoría calificada y regulan materias determinadas:**

#### **a) Ley de Municipios.**

De acuerdo con el art. 177 Cn., esta ley regula la autonomía municipal y requiere para su aprobación y reforma, de la votación favorable de la mayoría absoluta de todos los diputados. Entre los puntos que debe regular, de acuerdo con el artículo citado, se encuentran las competencias municipales, las relaciones con el gobierno central, con los pueblos indígenas de todo el país y con los poderes del Estado, lo mismo que la coordinación interinstitucional.

b) La Ley de Autonomía para los Pueblos Indígenas y las Comunidades de la Costa Atlántica (Estatutos de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica. Ley No. 28 del 7 de Septiembre de 1987).

Las leyes citadas se caracterizan por su contenido, las mayorías calificadas y por los procedimientos especiales. Pero básicamente se fundan en un concepto material, el cual se rige por el principio de competencia, como veremos más adelante.

### **D. Ordenamiento y jerarquía de las normas**

La función de ordenar y jerarquizar el ordenamiento jurídico se rige por los principios de jerarquía y de competencia o distribución de materias.

De acuerdo con el principio de jerarquía, la norma o fuente superior prevalece sobre la inferior. Por ejemplo: la Constitución sobre la Ley; la Ley sobre el Reglamento. Nuestra Constitución no establece un orden jerárquico completo del ordenamiento jurídico. Sólo consagra en el art. 182<sup>21</sup> la supremacía de la Constitución sobre leyes, tratados, órdenes o disposiciones. No obstante, el art. 194 Pr. establece un orden normativo de prelación dirigido a los jueces. No es completo ni se ajusta a la actual estructura normativa.

Según este principio la norma superior deroga el inferior y la inferior es nula cuando contradice a la superior.

El principio de competencia es complementario del principio de jerarquía. Atribuye a un órgano o ente la potestad de normativizar determinada materia, excluyendo a los otros órganos o entes. Para tal fin la Constitución autoriza la

<sup>20</sup> Art. 2, 47 y sigts, 132 y sigts, 146 Cn.

<sup>21</sup> Algunas de nuestras constituciones establecieron un orden jerárquico similar al art. 194 Pr. ( Art. 122 Cn. 1911; art. 261 Cn. 1939; art. 217 Cn. 1948; art. 233 Cn. 1950; y art. 311 Cn. 1974).

creación de ordenamientos normalmente emanados de órganos autónomos. Así se explica la inaplicación en los ordenamientos jurídicos autónomos (o subsistemas) del principio de jerarquía. Estos ordenamientos son: el Reglamento y los Estatutos de la Asamblea Nacional, el Reglamento del poder electoral y el Reglamento de la Corte Suprema<sup>22</sup>, los Reglamentos u Ordenanzas municipales o de los Concejos Regionales.

Como consecuencia, protege a estos sistemas normativos de las demás normas del ordenamiento jurídico de igual o superior rango, al no permitir que éstas las pueda modificar o derogar, lo que sólo puede hacer la Constitución, la norma atributiva de la competencia u otra de su mismo sistema.

Estos ordenamientos no pueden regular materias extrañas a las que le son propias, ni invadir otros subsistemas, bajo pena de nulidad. Por ejemplo: el Reglamento y los Estatutos de la Asamblea no pueden ser derogados por una ley ordinaria, sólo lo puede hacer una Reforma constitucional o la reforma hecha al Reglamento o Estatuto por la Asamblea. La ley o norma que vulnere este principio es nula porque la autoridad que la dictó carece de competencia. Por otra parte cuando exceden su competencia, invadiendo el campo de la ley ordinaria<sup>23</sup> o de otro subsistema, son nulos parcial o totalmente, según el caso.

Las leyes constitucionales también gozan del principio de jerarquía al prevalecer sobre las leyes ordinarias, pero también están sujetas al principio de competencia por razón de la materia a que deben concretarse.

---

<sup>22</sup> En España están cubiertos por el principio de competencia el Reglamento de las Cámaras Legislativas, los Estatutos de los Colegios Profesionales, las Leyes o Reglamentos autonómicos (de las comunidades autónomas) y los Reglamentos y Bandos municipales (corporaciones locales).

<sup>23</sup> La Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de varios artículos del Estatuto de la Asamblea Nacional por ser objeto de ley y no de dicho Estatuto (S. 11:00 a.m. del 24 de noviembre de 1992, B.J., p. 254).

## **Capítulo III**

### **La norma constitucional y su interpretación**

SUMARIO: 1. Eficacia de la norma constitucional. 2. Clases de normas constitucionales. 3. Irretroactividad de la ley. 4. ¿Existen normas constitucionales inconstitucionales?: A. Introducción. B. Algunas reglas sobre modificación y derogación de leyes. C. Posiciones doctrinales. D. Nuestro sistema. 5. Interpretación. 6. Sujetos de la interpretación.

#### **1. Eficacia de la norma constitucional**

Recientemente se le reconoció a la Constitución el valor de norma jurídica aplicable directamente. Antes se le consideraba con valor meramente programático. No tenía el carácter de norma jurídica y sus disposiciones no se aplicaban mientras no se desarrollaban por leyes ordinarias.

Los efectos jurídicos constitucionales se manifiestan en varias formas: eficacia directa; eficacia derogativa; eficacia invalidatoria; eficacia interpretativa; eficacia informadora o directiva.

##### **A. Eficacia directa**

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

Los derechos sociales, familiares y del trabajo tienen normalmente eficacia derogatoria, invalidatoria, interpretativa y hasta directiva en su caso.

##### **B. Eficacia derogatoria**

Es una eficacia directa, aunque negativa.

De acuerdo con el art. 196 Cn. la Constitución regirá desde su publicación en la Gaceta, Diario Oficial.

El mismo art. 196 Cn. deroga expresamente a los Estatutos de 1979 y a cualquier otra disposición legal que se le oponga. Esto lo vuelve a reafirmar en el art. 198 Cn.

La derogación de la Constitución o leyes fundamentales, lo mismo que la omisión de alguna figura jurídica, no lleva la derogación o ineficacia de las leyes anteriores que las desarrollaban, lo cual viene a ser confirmado por el art. 198 C. Esto abarca también la forma de producir la ley, la cual debe ser respetada, pues de lo contrario se daría un desastre jurídico. Las leyes posteriores a la Constitución son válidas siempre que sean tramitadas de acuerdo con ella, lo mismo que las anteriores aprobadas de conformidad al procedimiento de la Constitución anterior.

Es muy discutido en la doctrina el efecto retroactivo de la derogación hecha por la Constitución. Existen tres posiciones: una que sostiene la irretroactividad de la Constitución; otra mantiene el criterio de que es retroactiva; y otra como la de la jurisprudencia española que acepta la retroactividad en forma casuística y tímida, no sentando directrices generales.

### **C. Eficacia invalidatoria**

De acuerdo con el art. 182 Cn., la ley posterior que se oponga a la Constitución es nula. La sentencia que la declara tiene efecto retroactivo, pero debe respetarse situaciones consolidadas dignas de protección.

La inconstitucionalidad puede referirse a toda la ley o una parte de la misma. En el primer caso desaparece del ordenamiento jurídico. En el segundo sólo la disposición declarada inconstitucional y las que tengan conexión estrecha con la misma o sean su consecuencia. También podría declararse la inconstitucionalidad de los principales artículos de la ley que deje sin valor aplicativo al resto del articulado.

La inconstitucionalidad por omisión será estudiada más adelante. La jurisprudencia española dice que sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace<sup>1</sup>.

Con ocasión de la falta de Ley Orgánica postconstitucional sobre el derecho de reunión dice, que, ante la omisión del legislador, debe suplirse el vacío legislativo, para no hacer ineficaz el derecho, con la aplicación de la legislación preconstitucional específica, de forma literal, o ajustándola, *mutatis mutandis*, a las disposiciones y principios que surgen de la Constitución, y cuyo contenido pudiera aceptar el hipotético legislador postconstitucional<sup>2</sup>. Es una forma de llenar lagunas. En esta forma da vida a la sentencia integrativa que colma lagunas.

### **D. Eficacia interpretativa**

La Constitución, como hemos explicado, tiene normas y reglas de interpretación que le son propias.

<sup>1</sup> S. del 13 de mayo de 1982.

<sup>2</sup> S. del 16 de junio de 1982.



Por otra parte, las normas preconstitucionales y postconstitucionales y en general todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo con la Constitución.

### **E. Eficacia informadora**

Las normas, principios y declaraciones tienen eficacia informadora para el legislador y todo el ordenamiento jurídico. Su valor se expresa al constituir un límite al legislador ordinario, quien no las puede desconocer. Muchas veces la función directiva llega a constituir un mandato al legislador, lo que puede dar lugar al funcionamiento de la inconstitucionalidad por omisión.

El mero carácter programático de las normas constitucionales y, como consecuencia, su no aplicabilidad directa, se funda:

a) En el alto grado de abstracción y generalidad de las normas constitucionales, pero esta generalidad no le resta el carácter de norma, por el contrario la generalidad es un requisito de la norma.

b) En el concepto restringido de la Constitución, ésta se limita el espacio a la organización de los poderes y órganos del Estado, sus relaciones y competencias. En el supuesto que se establecieran derechos y libertades, estos necesitan del desarrollo legislativo. Es la legislación ordinaria la que vendría a dar la eficacia. Pero en realidad la Constitución organiza al Estado, separa los poderes para controlar el poder y establece los derechos y libertades. La Constitución de los Estados Unidos en un principio fue preponderantemente orgánica, en la creencia de que la enumeración de los derechos y libertades limitaría su número, pero después se consagraron en las enmiendas.

c) El destinatario de las normas constitucionales es el legislador, no se dirigen directamente a los particulares y a los órganos de ejecución. Es la tesis más representativa del carácter programático de la Constitución. Si no se desarrolla por medio de la legislación ordinaria no es aplicable el ciudadano. Sólo el legislador es el vinculado directamente por las normas constitucionales. Esto no tiene cabida en nuestra Constitución que subordina a los cuatro poderes del Estado a la Constitución<sup>3</sup>; son de ningún valor las leyes, reglamentos decretos y actos que se oponen a la Constitución<sup>4</sup>; el Presidente debe cumplir la Constitución y las leyes y hacer que las cumplan<sup>5</sup>; la Corte Suprema es la que controla el cumplimiento de la Constitución<sup>6</sup>, la cual se aplica de preferencia<sup>7</sup>. Por otra parte, no todas las disposiciones constitucionales se dirigen al legislador. Generalmente los derechos y libertades tienen como titular a la persona y el Estado debe respetar o desarrollarlos en su caso. La Constitución vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos.

<sup>3</sup> Art. 129 Cn.

<sup>4</sup> Art. 182 Cn.

<sup>5</sup> Art. 150 inc. 1 Cn.

<sup>6</sup> Art. 164 inc. 3 y 4 Cn. y 188 y sigts. Cn.

<sup>7</sup> Art. 194 Pr.

d) La Constitución como metanorma, cuya función consiste en regular los actos productores de normas. En la Constitución se regulan los órganos y el procedimiento para elaborar las normas. Pero no es este el único contenido de la Constitución. La Constitución vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos.

e) Las normas constitucionales no delimitan supuestos del hecho, ni le atribuyen consecuencias jurídicas. Esto no es exacto, las normas constitucionales reúnen los caracteres y estructura de las normas jurídicas. Poseen generalidad y delimitación, supuesto de hecho y atribuyen consecuencias jurídicas. Cuando se hace referencia a la falta de sanciones y de consecuencias jurídicas de la norma constitucional, se olvida que los supuestos de hecho y la sanción se encuentran textualmente separados en toda clase de normas; de la eficacia de las normas constitucionales: aplicación directa, derogación, interpretación, invalidación e información; que el carácter secundario de la sanción es la característica primaria del Derecho que tiende a la organización de la vida en sociedad.

f) Se permite el recurso de casación en el fondo por violación directa de la Constitución con base en la causal primera del art. 2057 Pr. y si fuere violada en forma indirecta a través de leyes ordinarias se usarán las otras causales<sup>8</sup>. En otros países no existe esta causal, y como consecuencia de que la Constitución no puede aplicarse en forma inmediata en las sentencias y así poder violarla, no se permite denunciar la violación constitucional en forma directa. Sólo puede llegarse a conocer de la violación de la Constitución cuando ésta ha sido violada por leyes. Es importante reconocer que en las Constituciones existen textos no normativos y algunos anecdóticos<sup>9</sup>. Ciertos autores españoles citan dentro de este tipo la obligación del Estado de facilitar la adecuada utilización del ocio<sup>10</sup>, el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona<sup>11</sup>, el derecho al trabajo<sup>12</sup>.

## 2. Clases de normas constitucionales

La Constitución contiene normas de diferente naturaleza. Atendiendo un criterio finalista las normas constitucionales pueden ser:

---

<sup>8</sup> S. 10 a.m. del 22 de febrero de 1966, B.J., pág. 41; S. 9:45 a.m. del 22 de febrero de 1967, B.J., pág. 41; S. 11 a.m. del 12 de mayo de 1967, B.J., pág. 75. S. 8:30 a.m. del 5 de septiembre de 1967, B.J., pag. 175; S. 10:35 a.m. del 22 de diciembre de 1967, B.J., pág. 258; S. 8:30 a.m. del 13 de agosto de 1970, B.J., pág. 186; S. 9:45 a.m. del 15 de diciembre de 1971, B.J., pág. 242; S. 10 a.m. del 24 de febrero de 1972, B.J., pág. 14; S. 9:45 a.m. del 14 de marzo de 1972, B.J., pág. 39; S. 8:30 a.m. del 15 de agosto de 1972, B.J., pág. 190.

<sup>9</sup> El art. 6 de la Constitución de Cádiz establecía que el amor a la patria, el ser justo y benéfico es una de las principales obligaciones de los españoles. La Ley de la Revolución Francesa de 18 de Floreal del Año 2, afirma que el pueblo francés acepta la existencia de Dios y la inmortalidad del alma.

<sup>10</sup> Art. 3.3 in fine.

<sup>11</sup> Art. 45.1. Corresponde al art. 60 Cn., nuestro.

<sup>12</sup> Art. 35.1. Corresponde al art. 80 Cn., nuestro.

## **A. Normas Permisivas**

Son aquellas que permiten una acción o una omisión. Permiten un proceder u omisión lícitos. Son de carácter positivo. Ejemplos:

### **a) Acción**

Art. 52Cn. «Los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca.»

Art. 53Cn. «Se reconoce el derecho de reunión pacífica; el ejercicio de este derecho no requiere permiso previo.»

### **b) Omisión**

Art. 29Cn. «Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión. Nadie puede ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar estos derechos ni a ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias.»

Art. 34Cn. «Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

...

7) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable».

## **B. Normas Prohibitivas**

Son aquellas que prohíben una acción (un hacer) o una omisión (un no hacer). Tratan de impedir conductas ilícitas. Son de carácter negativo. Ejemplos:

### **a) Acción**

Art. 20Cn. Ningún nacional puede ser privado de su nacionalidad, excepto que adquiera voluntariamente otra; tampoco perderá su nacionalidad nicaragüense cuando adquiera la de otro país centroamericano o hubiere convenio de doble nacionalidad.

Art. 44 párrafo 4C.: «Se prohíbe la confiscación de bienes. Los funcionarios que infrinjan esta disposición responderán con sus bienes en todo tiempo por los daños inferidos».

Art. 74 párrafo 3Cn. «Nadie podrá negar empleo a las mujeres aduciendo razones de embarazo ni despedirlas durante éste o en el período post-natal; todo de conformidad con la ley».

Art. 75Cn. «No se utilizarán designaciones discriminatorias en materia de filiación. En la legislación común, no tienen ningún valor las disposiciones o clasificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos».

#### b) Omisión

Art. 51 párrafo 2Cn. «Es deber del ciudadano desempeñar los cargos de jurado y otros de carácter concejil, salvo excusa calificada por la ley.»

Art. 33 párrafo 1Cn. «Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal».

Art. 40Cn. «Nadie será sometido a servidumbre. La esclavitud y la trata de cualquier naturaleza están prohibidas en todas sus formas.»

Art. 41Cn. «Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente por incumplimiento de deberes alimentarios. Es deber de cualquier ciudadano nacional o extranjero pagar lo que adeuda.»

Art. 43Cn. «En Nicaragua no existe extradición por delitos políticos o comunes conexos con ellos, según calificación nicaragüense. La extradición por delitos comunes está regulada por la ley y los tratados internacionales.»

Art. 44 párrafo 4Cn. «Se prohíbe la confiscación de bienes. Los funcionarios que infrinjan esta disposición responderán con sus bienes en todo tiempo por los daños inferidos.»

Art. 92 párrafo 3Cn. «Se prohíbe el establecimiento de bases militares extranjeras en el territorio nacional. Podrá autorizarse el tránsito o estacionamiento de naves, aeronaves y maquinarias extranjeras militares para fines humanitarios, siempre que sean solicitadas por el Gobierno de la República y ratificados por la Asamblea Nacional.»

### **C. Normas preceptivas (imperativas) y discrecionales**

Son normas preceptivas (imperativas) que imponen un proceder. Tienen carácter positivo, y es jurídicamente permitida la conducta que prescriben o imponen. Los órganos y particulares no pueden disponer discrecionalmente de ellas.

Estas normas tienen como efectos la derogación de las normas constitucionales o leyes anteriores que se le oponen; las posteriores que se dicten tendrán el

vicio de inconstitucionalidad; confirman a las leyes anteriores que fueren concordantes con ellas.

### Ejemplos de leyes imperativas

Art. 39 párrafo 2Cn. «Las mujeres condenadas guardarán prisión en centros penales distintos a los de los hombres y se preocupará que los guardas sean del mismo sexo.»

Art. 75Cn. «Todos los hijos tienen iguales derechos. No se utilizarán designaciones discriminatorias en materia de filiación. En la legislación común, no tienen ningún valor las disposiciones o clasificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos.»

Art. 95Cn. «El Ejército de Nicaragua se regirá en estricto apego a la Constitución Política, a la que guardará respeto y obediencia. Estará sometido a la autoridad civil que será ejercida directamente por el Presidente de la República, en su carácter de Jefe Supremo del Ejército de Nicaragua, a través del ministerio correspondiente.»

Art. 105Cn. «Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso.»

Art. 183Cn. «Ningún poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República.»

Son normas discrecionales aquellas cuyo cumplimiento queda a la voluntad de su destinatario, ya sea un órgano público, ya sean los particulares. Pero en la otra cara de la moneda de estos derechos está la prohibición de hacer lo contrario, prohibición de carácter imperativo.

Las discrecionales derogan las anteriores constitucionales. Las leyes anteriores no quedan afectadas en su constitucionalidad debido al carácter facultativo que tiene el legislador, consintiendo así el régimen jurídico vigente. No obligan al legislador a dictar la legislación prevista en la disposición constitucional.

Se puede hacer una combinación con las normas operativas, programáticas, imperativas y discrecionales, pues no se excluyen: **normas operativas discrecionales**, como el ejercicio de los derechos individuales por los particulares; **normas operativas imperativas**, como el plazo de duración del presidente, vicepresidente, diputados, alcaldes, concejales y demás funcionarios con plazo señalado en la

Constitución; **normas programáticas imperativas**, como las que disponen señalar parte del presupuesto o un presupuesto adecuado a las alcaldías y a la Asamblea Nacional; **normas programáticas discrecionales**, como la del art. 4 Cn. que dispone la promoción y garantía de los avances de carácter social y político para asegurar el bien común, por lo que el Estado asume la tarea de promover el desarrollo humano de todos y cada uno de los nicaragüenses, protegiéndolos contra toda forma de explotación discriminación y exclusión.

#### **D. Normas sancionadoras y perfectas, y de gradual eficacia**

La Constitución es la norma superior de todo el ordenamiento jurídico. Para asegurar tal superioridad establece en el art. 182 la nulidad de la ley, tratado, decreto, reglamento o cualquier norma que se le oponga o alteren. También establece o permite otro tipo de sanciones penales, civiles y administrativas. Por otra parte, incorpora mecanismos políticos y procesales para su defensa<sup>13</sup>.

El art. 182 Cn. establece que la Constitución Política es la Carta Fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se opongan o alteren sus disposiciones. Es la sanción perfecta.

Es conveniente advertir que la omisión, principalmente en las normas programáticas, como forma de violar la Constitución cuando ordena un comportamiento o proceder, tiene escaso control judicial.

La realización de los derechos sociales es muy difícil. Depende de varios factores, entre los que tenemos los económicos, los propios de la justicia distributiva y una defensa judicial escasamente operante. Por tal razón muchas normas constitucionales no se concretan en realidades que palpe el pueblo.

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

No obstante, existe una tendencia doctrinal, jurisprudencial y legislativa (ésta en menor escala), de ampliar los poderes de la jurisdicción constitucional a cam-

---

<sup>13</sup> Algunos autores sostienen que las normas constitucionales no son sancionatorias que permiten crear normas de conductas (sancionatorias); pues mientras en el Derecho común ordinario el incumplimiento de las obligaciones contractuales se sanciona con el pago de la indemnización correspondiente, en el Derecho Constitucional, al que se le priva de un derecho constitucional se le restablece en el disfrute del mismo. Tal forma de pensar no es correcta por las razones siguientes: en el Derecho ordinario al contratante afectado se le concede en forma optativa el cumplimiento del contrato y los daños y perjuicios, o la resolución del contrato y los daños y perjuicios para restablecer la situación anterior a la celebración del contrato; en el Derecho Constitucional, la violación de la misma tiene una sanción fuerte como es la nulidad de la ley, decreto, norma o acto que se le opongan, el restablecimiento del derecho violado o la indemnización en su caso.

pos extraños a su competencia mediante su intervención como legislador positivo o como colegislador, impulsada, entre otras razones, por el carácter transformativo y material (abundantes textos materiales) del constitucionalismo del Estado social de Derecho.

Dos aspectos se relacionan con el tema: el control de constitucionalidad de los proyectos legislativos y el control de inconstitucionalidad por omisión, ambos sin regulación expresa en nuestras leyes<sup>14</sup>.

El primer aspecto tiene su consagración en algunos países a través del control previo o de la consulta de la constitucionalidad del proyecto de ley a la justicia constitucional<sup>15</sup>. En nuestro país en la mayoría de las constituciones se exigía sin carácter vinculante la consulta a la Corte Suprema de Justicia de toda reforma a los códigos<sup>16</sup>. Se controlaba no sólo la constitucionalidad, sino también la conveniencia y oportunidad del proyecto o del articulado. Este sistema presenta el peligro de que el Tribunal participe e influya en el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de medios y fines de las leyes, determinando así la toma de opciones constitucionales que le corresponden exclusivamente al poder legislativo, cuya función legislativa no se ajusta a ningún programa previo, es innovadora y discrecional, todo dentro del marco constitucional.

En general la autonomía de la Asamblea Legislativa es vista como violada por cualquier tipo de control del procedimiento legislativo. Se aprecia una intervención de la justicia constitucional. Sin embargo, esta tesis está superada y se admite el expresado control, entre otras razones porque la Constitución es la ley suprema que tiene que ser respetada por todos los poderes del Estado; el proceso legislativo en su mayor parte es regulado por la Constitución; las constituciones modernas contienen una gran cantidad de preceptos materiales; la ley y la Asamblea Legislativa se han desprestigiado; la autonomía parlamentaria está en buena parte avasallada por el poder ejecutivo; la autonomía parlamentaria ha sido estructurada con

---

<sup>14</sup> Otro aspecto del tema es el relacionado con el control de los trámites legislativos. La Ley de Amparo de 1948 admitió expresamente la inconstitucionalidad de la Ley por defecto de forma y de fondo. Lo fundamental de todo sistema moderno es que se permita la impugnación por violación de disposiciones sustantivas. Muchos países admiten el control por ambos motivos, pero se dan casos de algunos países que sólo aceptan el control judicial por motivos de forma, como sucedió en Italia bajo el flexible estatuto Albertino de 1848 y se admite aún en los sistemas en que se rechaza el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Nuestra Corte Suprema inicialmente rechazó los recursos fundados en irregularidades de forma. Ha sostenido que los requisitos de forma o de procedimiento no dan motivo para el amparo, pues no dañan en sus derechos y garantías al quejoso (S 11:30 a.m. del 25 de enero de 1928, B.J., pag. 6238; S. 10:00 a.m. del 6 de agosto de 1929, B.J., pág. 7097; S. 12 m. del 27 de septiembre de 1929, B.J., pág. 7163. No obstante, en reciente sentencia de las 11 a.m. del 24 de noviembre de 1992, B.J., p. 254, aceptó el recurso de inconstitucionalidad por cuestiones de forma, aceptando la opinión que había sostenido en mi estudio *Líneas Fundamentales de la Nueva Ley de Amparo*, publicado en 1989.

<sup>15</sup> Art. 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.

<sup>16</sup> Constitución del 10 de diciembre de 1893 (art. 92); Constitución de 1905 (art. 71); Proyecto de Constitución del 4 de abril de 1911 (art. 105); Constitución del 21 de diciembre de 1911 (art.99); Constitución non nata del 3 de abril de 1913 (art. 107); Constitución del 22 de marzo de 1939 (arts. 200 y 257); Constitución del 22 de enero de 1948 (arts. 165 y 213.18); Constitución del 1 de noviembre de 1950 (arts. 179 y 229.18); Constitución del 13 de abril de 1974 (arts. 178 y 293.9). Sólo las de 1939 y de 1948 exigían la consulta únicamente en materia judicial cuando el proyecto no provenga de la Corte Suprema.

base en las relaciones con el ejecutivo para evitar las injerencias de éste, aunque en la democracia moderna de partidos, las tensiones se dan entre mayorías y minorías de los partidos políticos.

El segundo aspecto presenta mayores problemas, por las razones siguientes:

a) El Poder Legislativo, como ya expresamos, es el llamado a crear el Derecho y dentro de esa atribución se estima condicionalmente contenida la posibilidad de no actuar, asimismo muchas disposiciones constitucionales hacen reservas de ley, todo lo cual hace difícil la intervención de la jurisdicción constitucional en materias encomendadas a la Asamblea Legislativa.

b) No existen recursos o instrumentos expresamente contemplados para denunciar violaciones por omisión del legislador.

No obstante, frente a casos concretos, ya sea en presencia de una omisión absoluta o relativa, podría la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la omisión, en las situaciones siguientes:

i) Frente a una omisión absoluta de desarrollo legislativo de un derecho fundamental, mediante una medida provisional para protegerlo mientras se dicta la ley correspondiente. En España, a pesar de no haberse desarrollado mediante ley los arts. 30 y 53.2, que contempla la objeción de conciencia, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1982, dispuso el aplazamiento de la incorporación de los objetores del servicio militar hasta la publicación de la ley. Se consideró que la omisión legislativa vulneraba dicho precepto constitucional y que, por lo tanto, la espera de la ley aconsejaba tomar una medida provisional.

Esta es una forma de aplicar en forma inmediata la Constitución cuando se trata de derechos fundamentales.

ii) En presencia de una omisión relativa, cuando la ley que desarrolla la Constitución vulnera el principio de igualdad al no contemplar a grupos o sectores que deberían estar contemplados en la ley junto con los otros protegidos. La sentencia los incorporaría.

Es conveniente advertir que cuando la disposición constitucional dirigida al legislador para que desarrolle por ley una disposición constitucional se refiera a la estructuración de órganos no es permitida la intervención de la justicia constitucional.

Por otra parte, como ya lo expresamos, el control por omisión sólo puede darse mediante una violación de los derechos fundamentales y no en abstracto, haciendo uso del recurso de inconstitucionalidad.

Estimo que puede suplirse la omisión del procedimiento judicial cuando está de por medio el ejercicio de un derecho fundamental. La Corte Suprema de Justi-



cia rechazó varios recursos de inconstitucionalidad antes de que se dictara la Ley de Amparo, argumentando que no podía aplicarse por carecer de reglamentación, olvidando que también las leyes procesales pueden ser suplidas o integradas por medio de leyes análogas y principios generales del Derecho y por los medios señalados en el artículo 433 Pr. Bien pudo aplicar el procedimiento del amparo propiamente dicho en ese entonces vigente. En algunos países el amparo ha sido creación jurisprudencial (Argentina) y en otros se ha aplicado a pesar de no existir ley reglamentaria (Venezuela y Uruguay).

En la Constitución de los Estados Unidos no se dijo en forma explícita de que forma se protegería la Constitución ni categóricamente el órgano que lo haría. Surge de la sentencia del *Marbury vrs. Madison*, redactada por el juez Marshall, quien pretendió fundarla en dos disposiciones de la Constitución, el Art. III, Sección ii y el Art. VI inc. ii. Sus antecedentes se desprenden de la opinión de Alexander Hamilton en el *Federalista*, al expresar: «La interpretación de las leyes es la propia y peculiar competencia de los tribunales. Una Constitución es en el hecho, y así debe mirarse por los jueces, como una ley fundamental. A ellos pertenece por lo tanto interpretar su significado, como el sentido de cualquier norma particular que proceda del cuerpo legislativo y, en caso de diferencia irreconocible entre las dos, preferir el deseo del pueblo declarado en la Constitución al de la legislatura expresado en el estatuto legal»<sup>17</sup>.

Se ha dicho que la justicia constitucional solamente llegará a su máxima expresión cuando se le permita, respetando la autonomía de la Asamblea Legislativa, conocer de la violación de la Constitución por omisión del deber constitucional de legislar. Para ello se han ideado diferentes formas de actuar de la justicia constitucional: recomendaciones al legislador; sentencias aditivas; sentencias de mera inconstitucionalidad.

El país que más lejos ha llegado en esta materia, en la búsqueda del control abstracto de la omisión, es Portugal. En el artículo 283 de la Constitución establece una acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Los sujetos legitimados para interponerlos son el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo y en su caso los presidentes de las Asambleas Regionales. La sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión es meramente declarativa, verificadora. Su parte resolutive se concreta a poner en conocimiento al órgano legislativo competente la inconstitucionalidad por el incumplimiento del deber de legislar.

Por otra parte, no es posible señalar un plazo al legislador para que dicte una ley que la Constitución remite a ella o que sea necesaria para el ejercicio de un derecho porque el artículo constitucional no contempla ciertas modalidades que dicha ley debe desarrollar para su aplicación. Ejemplo: el art. 71 Cn. garantiza el patrimonio familiar y somete a la ley su regulación. El legislador es el que determi-

---

<sup>17</sup> Carta LXXVIII. Publicación de Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, p. 203.

na la necesidad, fines y la oportunidad para dictarlas. Pocas veces se ve que el legislador constituyente señale un plazo para dictar leyes.

La omisión puede ser absoluta y es cuando el legislador no dicta la ley a que se remite la Constitución. En ese caso no es aceptable que la jurisdicción constitucional le señale un plazo al legislador para que lo haga, pues se vería como una intervención. Cuando la omisión es parcial, sobre todo cuando se omitió la protección a determinados grupos, el juez constitucional podría corregir ese error llenando la laguna y aplicando el principio de igualdad, como ya expresamos.

La justicia constitucional podría señalarle plazo al ejecutivo para que dicte las resoluciones o reglamentos en situación de omisión. Pero en nuestro país el ejecutivo tiene un plazo no mayor de sesenta días para reglamentar las leyes cuando éstas dispongan ser reglamentadas, según lo preceptúan los arts. 141 párrafo 8 y 150 inc. 10 Cn. Considero que al mismo legislativo podría señalarle un plazo para que nombre o elija al Procurador General y al Subprocurador de Derechos Humanos (lo que no se ha hecho hasta el momento, a pesar de haberse dictado la ley que reglamentó la institución creada por la Constitución).

La atribución de la Asamblea Legislativa de reglamentar por morosidad del ejecutivo no es una solución aceptable por dos razones: el legislativo no debe intervenir en la reglamentación de las leyes y además no tiene tiempo para hacerlo. En un principio se creyó que los preceptos programativos no tenían fuerza vinculante, y, por lo tanto, tampoco fuerza normativa, ni inmediata ni diferida. Para otros, por el contrario, eran aplicables. Hoy se sostiene la aplicabilidad inmediata de toda la Constitución, pero debe reconocerse la existencia de normas que requieren desarrollo legislativo o administrativo. En todo caso tienen un valor jurídico señalado al principio de este capítulo. Dentro de estas normas programáticas pueden esconderse imposibilidades reales o falsas para impedir un cambio. Son muchas las normas programáticas que indican al legislador ordinario no dictar normas que las contradigan.

### **E. Normas principistas**

Son aquellas ideas fundamentales a través de las cuales se organiza jurídicamente el país. Sirven para la integración e interpretación de todo el ordenamiento jurídico. Ejemplo: Art. 5 Párrafo primero Cn. «Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos».

### **F. Normas programáticas y operativas**

Son programáticas aquellas que necesitan ser desarrolladas por la ley o por actos de las autoridades competentes. Están dirigidas fundamentalmente a los

órganos de creación normativa. Mientras no se apruebe la norma, los jueces o autoridades competente no pueden aplicar la disposición constitucional, pero como vimos al principio e insistiremos al final, las programáticas tienen efectos operativos inmediatos. En muchos casos se requiere, además de voluntad política, recursos económicos y humanos para ponerlas en práctica.

Las normas programáticas pueden ser expresas o tácitas. Si la norma constitucional en forma clara remite el desarrollo de su contenido a la ley estamos en presencia de una norma programática expresa. Cuando la norma constitucional no remite su desarrollo a la ley pero regula el derecho en forma general de tal manera que no se pueda ejercitar sin un desarrollo legislativo, estamos en presencia de una norma programática tácita.

Como ejemplo de normas programáticas tenemos: Art. 39Cn. «En Nicaragua el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objetivo fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad. Por medio del sistema progresivo promueve la unidad familiar, la salud, la superación educativa, cultural y la ocupación productiva con remuneración salarial para el interno. Las penas tienen un carácter reeducativo.

Las mujeres condenadas guardarán prisión en centros penales distintos a los de los hombres y se procurará que los guardas sean del mismo sexo.»

Art. 56Cn. «El Estado prestará atención especial en todos sus programas a los discapacitados y los familiares de caídos y víctimas de guerra en general».

Art. 57Cn. «Los nicaragüenses tienen el derecho al trabajo acorde con su naturaleza humana».

Art. 61Cn. «El Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo, en la forma y condiciones que determine la ley».

Art. 63Cn. «Es derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos».

Art. 64Cn. «Los nicaragüenses tienen derecho a una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la privacidad familiar. El Estado promoverá la realización de este derecho».

Art. 74Cn. «El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana.

La mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social».

Art. 77Cn. «Los ancianos tienen derecho a medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado».

Art. 78Cn. «El Estado protege la paternidad y maternidad responsable. Se establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad».

Art. 80Cn. «El trabajo es un derecho y una responsabilidad social. El trabajo de los nicaragüenses es el medio fundamental para satisfacer las necesidades de la sociedad, de las personas y es fuente de riqueza y prosperidad de la nación. El Estado procurará la ocupación plena y productiva de todos los nicaragüenses, en condiciones que garanticen los derechos fundamentales de la persona».

Art. 81Cn. «Los trabajadores tienen derecho de participar en la gestión de las empresas, por medio de sus organizaciones y de conformidad con la ley».

Como ya expresamos al principio, existen disposiciones constitucionales, generalmente de carácter programáticas, que encierran derechos económicos y sociales para cuya aplicación efectiva en ciertos supuestos es preciso la erogación de recursos económicos y/o la actividad de los poderes políticos (leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, etc.). Piénsese en aquellas que promueven la vivienda, la salud, la educación, etc. Las disposiciones constitucionales pueden ser violadas por omisión cuando la autoridad no hace lo preceptuado, y ante tal situación un sector de la doctrina moderna piensa que no se puede negar protección al perjudicado en el derecho económico y social por la omisión reglamentaria, la cual debe ser llenada por el Tribunal. Sin embargo, el control judicial en tales supuestos no es determinante de la acción que deben tomar los otros poderes, y los tribunales deben actuar con prudencia. La Constitución del Perú de 1979, en disposición transitoria, preceptúa que las normas constitucionales que representan gastos e inversiones se aplicarán progresivamente y el presupuesto anual cubrirá tal cumplimiento. El control y efectividad a los derechos económicos y sociales constituye un gran reto de la democracia moderna<sup>18</sup>.

Son normas operativas aquellas que no requieren para su aplicación de normas o leyes ordinarias que las desarrollen o de otro acto normativo. Están dirigidas para su aplicación a los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo: los derechos y garantías de los arts. 23, 34, 36, 38, 40 y otros Cn.

La doctrina también contempla las normas operativas de eficacia limitada o contenida. Son aquellas sujetas a la limitación por la aprobación de una ley o acto futuro que opera como condición resolutoria. Por ejemplo: la regulación por ley de los derechos constitucionales o la declaración del estado de emergencia, en virtud de la cual los demás son restringidos.

---

<sup>18</sup> Cfr. Jorge Mario García. La Constitución y su función en el desarrollo y defensa de los derechos humanos. Educación y Derechos Humanos, Libro Libre, Costa Rica, 1986, págs. 101 y sigts.

Las normas programáticas tienen cierta operatividad: a) Constituyen un marco legal y, como tal, un límite que no puede violar el legislador, dictando, por ejemplo, una ley que prohíba totalmente el jurado o la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. b) Cuando la Constitución establece una reserva de ley para determinada materia, la Asamblea no puede delegar esta función en otro poder. Si la dicta este poder incompetente o cualquier otro órgano también incompetente, no tiene validez. c) Sirven para interpretar el Derecho positivo vigente. d) Tienen aplicación inmediata provisional cuando se viola un derecho fundamental. e) Tienen fuerza derogativa. f) Tienen fuerza invalidatoria.

Como hemos podido observar las normas programáticas están sujetas a una condición suspensiva, ya que los plenos efectos de la norma se producirán al cumplirse la condición mediante la aprobación de la ley o norma, pero aún antes que se cumpla la condición producen los efectos antes señalados.

Las normas operativas despliegan sus efectos en forma inmediata, produciendo la derogación de las normas anteriores que se le opongan; se aplican de inmediato por los órganos judiciales o administrativos; las leyes posteriores que se le opongan a la Constitución son nulas.

Las normas operativas de eficacia limitada, a las cuales nos referimos anteriormente, presentan los efectos siguientes: la legislación futura limita sus efectos; mientras no se dicta la ley tienen plena eficacia; y tienen aplicación directa e inmediata.

## **G. Casuísticas**

Son aquellas que regulan una cuestión concreta. Ejemplo:

Art. 23Cn. «El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte.»

Art. 40Cn. «Nadie será sometido a servidumbre. La esclavitud y la trata de cualquier naturaleza están prohibidas en todas sus formas».

Art. 41Cn. «Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente por incumplimiento de deberes alimentarios. Es deber de cualquier ciudadano nacional o extranjero pagar lo que adeuda».

## **H. Normas de garantía**

Garantías son todas aquellas institucionales o medidas que ponen en movimiento la función jurisdiccional del Estado para proteger los derechos; el amparo, el habeas corpus, el recurso de inconstitucionalidad contra la ley, decreto o reglamento. Expresa el art. 45Cn. «Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer

el Recurso de Exhibición Personal o de Amparo, según el caso y de acuerdo con la Ley de Amparo.

También se llaman garantías a ciertos límites que se imponen a las autoridades. Por ejemplo: el artículo 44 Cn. protege la propiedad y exige en el supuesto de expropiación previo pago de justa indemnización u otra forma de pago para los latifundios incultivados; el principio de igualdad garantizado en el art. 27 Cn., excluye toda discriminación por motivo de nacimiento, credo político, etc.; el artículo 36 Cn., no permite la tortura, tratos ni penas crueles, inhumanas o degradantes; el art. 38 Cn., no permite que se apliquen leyes con efecto retroactivo, excepto a favor del reo; el art. 34 inc. 11 Cn., no permite que las personas sean procesadas y condenadas por hechos que no han sido tipificados previamente como delito por la ley; de conformidad con el art. 34 inc. 7 Cn., al procesado no se le puede obligar a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable.

## **I. Normas organizativas y personales**

Son organizativas aquellas que regulan a los órganos o poderes referidos en la Constitución. Ejemplo.

Art. 132Cn. «El Poder Legislativo lo ejerce la Asamblea Nacional por delegación y mandato del pueblo. La Asamblea Nacional está integrada por noventa diputados con sus respectivos suplentes elegidos por voto universal, igual, directo, libre y secreto, mediante el sistema de representación proporcional. En carácter nacional, de acuerdo con lo que se establezca en la Ley Electoral, se elegirán veinte diputados, y en las circunscripciones departamentales y regiones autónomas setenta diputados.

Se establece la obligatoriedad de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República a la Asamblea Nacional.»

Son normas personales las dirigidas a todos los habitantes del país, estableciendo derechos individuales, políticos y sociales.

La doctrina señala ciertas diferencias entre las normas organizativas y los derechos personales: a) Los derechos y garantías se rigen por el principio de que lo que no está prohibido está permitido; en cambio, las organizativas se rigen por el principio que sólo lo expresamente establecido está permitido (lo no permitido está prohibido). b) Las atribuciones públicas a los órganos no son delegables, en cambio los derechos personales de contenido patrimonial pueden enajenarse. c) Las normas de organización tienen un número cerrado, son taxativas; en cambio los derechos sólo son enumerativos, pues existen otros propios del sistema democrático de gobierno. d) Las normas de organización son irrenunciables por parte de los órganos que deben cumplirlas, aunque pueden ser discrecionales, pero en tal caso

el órgano no puede violar el marco constitucional; en cambio los derechos personales, son renunciables, pero no los colectivos o sectoriales. e) Los derechos personales discrecionales lo son en todo momento; en cambio la norma de organización discrecional deja de ser una vez que se ejercita. Ejemplo: declarado el estado de emergencia entra en vigencia la Ley de Emergencia.

Las normas operativas como las personales pueden ser: a) Normas de organización programática discrecional, como la que tiene la Corte Suprema de Justicia para crear órganos judiciales inferiores, el art. 4 Cn. que dispone la promoción y garantías de avances de carácter social y político. b) Normas de organización operativas discrecionales, como la interpelación de los ministros y demás funcionarios señalados en la Constitución. c) Normas de organización operativas imperativas, como la forma de organización del Estado consignada en el art. 130 y otros Cn. d) Derechos personales imperativos operativos, como las desigualdades prohibidas por los arts. 4, 27 y otros Cn. e) Derechos operativos discrecionales, como los derechos individuales. f) Derechos programáticos imperativos, como los derechos del trabajador. g) Derechos personales programáticos discrecionales, como la declaración del estado de emergencia.

Los derechos sociales, colectivos o sectoriales deben tener señalada la otra parte que debe cumplirlos y la prestación que debe entregarse, para poder exigirlo ante las autoridades competentes. Esta situación no se da en la mayor parte de los países. En los derechos individuales no se necesita esa contraparte, pues basta que el Estado garantice su ejercicio.

### **3. Irretroactividad de la ley**

No sin ingentes sacrificios, la humanidad ha dado al traste con graves restricciones a la libertad, a la igualdad, al desarrollo del proceso democrático y a la dignidad de la persona. Un buen día histórico se terminó con la tortura, otro con la esclavitud; después con la servidumbre, más adelante con la monarquía, estableciendo el principio de la soberanía popular, seguidamente consagró el sufragio universal, eliminando el censatario; etc.

Son decisiones políticas fundamentales que deben entrar en vigencia en forma inmediata. No se permite abrir debates sobre si se destruyen o afectan derechos adquiridos (*ius quaesitum*) en forma retroactiva. De haber sido así, difícilmente se hubiera dado el avance político o social. El Derecho y los avances históricos hacia el mejoramiento de la humanidad no pueden quedar congelados por principios de tal naturaleza. Así lo exige el interés general.

En esos tiempos y en el actual del constitucionalismo escrito y rígido, decisiones de tal envergadura entran en vigencia en forma inmediata, sin que se puedan alegar derechos adquiridos. En materia de legislación constitucional no rige el principio de la irretroactividad. Partimos de la idea de un constituyente que transita por los caminos de la justicia y el progreso, y tiene como límite, entre otros, el respeto

a los derechos humanos, los que no pueden ser anulados por una reforma parcial o total de la Constitución. Tanto la reforma total como la parcial de la Constitución entran a regir en forma inmediata.

El art. 38 de la Constitución Política expresa que «la ley no tiene efectos retroactivos, excepto en materia penal cuando favorezca al reo». Se refiere a la ley ordinaria. Es una limitación al legislador ordinario y no al constituyente. La razón radica en que éste, con mandato del pueblo, en el cual reside la soberanía, es el encargado de organizar el Estado, señalar los derechos fundamentales y establecer el procedimiento democrático para que el pueblo tome las decisiones políticas, sociales y económicas fundamentales de acuerdo con el ser y querer del pueblo, o sea, su Constitución Política real. En esta tarea no puede quedar bloqueado por tal principio.

Esta opinión es sustentada por distinguidos constitucionalistas como Rubén Hernández Valle e Ignacio Burgoa. También por la Corte Suprema de Justicia de México, que ha expresado:

1. Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común, o las expide el constituyente al establecer los preceptos del Código Político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberá aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin que ello importe violación de garantía alguna individual.

2. Siendo innegables estos derechos como inherentes a la soberanía, las reformas a la Constitución que vienen a establecer una nueva situación jurídica, aun cuando afecten situaciones o derechos creados al amparo de una ley anterior, no son violatorias de garantías individuales, ya que éstas, que no tienen otra vida jurídica que las que les da la propia Constitución, están sujetas a las restricciones que determine la propia Carta Magna, como se expresa en el artículo I, mismo que proclama la existencia de la garantía del individuo.

Por otra parte el ilustre administrativista, Guillermo Varas, dice: «En cuanto a las leyes políticas estimamos que la nueva ley debe ser íntegramente aplicada, en virtud del principio de que estas clases de leyes tienen por misión establecer y reglar las bases de la sociedad y prevalecen, desde el momento que se dictan, sobre cualesquiera disposiciones anteriores; principio, ha dicho la Corte Suprema, que toma un carácter absoluto tratándose de preceptos constitucionales; los cuales, por su naturaleza fundamental, borran el pasado y lo constituyen *incontinenti* con un nuevo orden de cosas, sea relativo a la organización del Estado o de los poderes públicos, sea referente al ejercicio y atribuciones de los derechos civiles de los ciudadanos.

El principio de la no retroactividad es principalmente una regla o programa para encaminar el raciocinio judicial en la interpretación de las leyes, que no obliga al legislador sino en el caso de que avance sus pasos en el terreno constitucional



y que no tiene influencia alguna en el poder constituyente, el cual procede e impera en la confección de sus mandatos con la más absoluta libertad, como que no tiene más límites en el ejercicio de sus facultades discrecionales que los que le dictan su misma prudencia y previsión y su propio patriotismo»<sup>19</sup>.

De lo expuesto puede concluirse diciendo que si en el orden civil se aplica ampliamente el principio de la irretroactividad de las leyes, no ocurre lo mismo en el orden administrativo y penal, ni mucho menos en el político, caso este último en que las leyes tienen efecto retroactivo, desde que se promulgan.

El citado artículo solamente dice que las leyes no tienen efecto retroactivo, pero no explica en que consisten esos efectos retroactivos. De aquí que la formulación del concepto de retroactividad quede reservado a la doctrina, la ley y la jurisprudencia.

La opinión más aceptada sostiene que una ley es retroactiva cuando afecta derechos consolidados, asumidos, pertenecientes al patrimonio del afectado, a situaciones ya agotadas o perfectas, y no a expectativas jurídicas, a derechos pendientes, futuros o condicionales.

En el caso de los impedimentos, restricciones e inhibiciones para optar a determinados cargos públicos establecidos en la reforma constitucional de 1995, el problema tiene ciertas características especiales; no podemos hablar de derechos adquiridos porque repugna a la idea del sufragio pasivo (optar a cargos públicos) vincularlo a un concepto patrimonial del poder, el sufragio pasivo tiene naturaleza política y pública, por lo cual con cierta amplitud y facilidad, a fin de proteger el sistema democrático, puede ser condicionado, siempre que no se viole el derecho de igualdad o cualquier otro individual.

Las reformas constitucionales, pues, tenían aplicación inmediata. Pero aún suponiendo que hubiese sido aplicable el art. 38 Cn. y la teoría de los derechos adquiridos a esta relación de carácter público, fácilmente puede observarse que no existía ninguna situación consolidada o derecho adquirido. Cuando entraron en vigencia las reformas a la Constitución, ni siquiera se había abierto el proceso electoral recién pasado y muchos aspirantes a presidentes, diputados, alcaldes, etc. no habían sido postulados por sus partidos políticos, y menos registradas sus candidaturas. Lo más que podría haberse tenido hasta ese día era un eventual derecho o posibilidad a obtener dichos cargos públicos. Era una simple expectativa o posibilidad, la cual no podía ser protegida por el principio de la irretroactividad de la ley, porque no representaba ningún derecho o situación adquirida o consolidada.

---

<sup>19</sup> Derecho Administrativo. Editorial Nascimento. Santiago Chile. 1941, pag. 32 y 33.

## 4. ¿Existen normas constitucionales inconstitucionales?

### A. Introducción

En seminarios, diarios y emisoras se discutió con amplitud la posibilidad de declarar inconstitucionales, de manera parcial o total, las reformas a la Constitución.

¿En la Constitución pueden existir disposiciones inconstitucionales que se opongan a otras de superior rango? ¿Las reformas a la Constitución pueden ser tachadas de inconstitucionales? La contestación a estas dos preguntas es la materia de este tema. Es difícil y de actualidad en el Derecho Constitucional. Esta situación tenía en tensión al pueblo nicaragüense, la lluvia de recursos con los que ministros y políticos le plantearon a la Corte Suprema el conflicto.

Antes de entrar al análisis es preciso sentar ciertas premisas.

### B. Algunas reglas sobre modificación y derogación de leyes

Veamos las que corresponden a nuestro tema:

a) Una ley posterior de igual rango puede derogar o modificar a otra anterior de igual rango. La Constitución puede ser sustituida o reformada por otra ley de igual rango constitucional.

b) Una ley posterior de inferior rango no puede derogar o modificar a otra de superior rango. La ley ordinaria no puede derogar o modificar a la Constitución. El reglamento no puede modificar o derogar a la ley ordinaria o a la Constitución. No se aplica el principio de que la ley posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat prior*). Como la norma inferior es nula o ineficaz por oponerse a la superior no la puede derogar o modificar.

c) La ley posterior de superior rango puede derogar a la anterior de inferior rango. La Constitución a la ley y al reglamento; la ley al reglamento.

De acuerdo a lo expuesto, una ley de reformas a la Constitución no podrá ser tachada de inconstitucional porque tiene igual rango que la Constitución. No puede existir oposición o violación a ella, sino derogación o modificación en virtud del principio de que la ley posterior modifica o deroga a la anterior en lo que se le oponga.

La inconstitucionalidad se presenta cuando una norma de inferior rango a la Constitución, la ley ordinaria o el reglamento, por ejemplo, entra en contradicción con ella por no poder derogarla. Para corregir esta anomalía se concede el recurso por inconstitucionalidad. Su objeto es impugnar los reglamentos o leyes ordinarias que se oponen a la Constitución a fin de anularlos y eliminarlos del ordenamiento jurídico. No se establece para impugnar reformas a la Constitución, pero por re-

ciente reforma a la Ley de Amparo<sup>20</sup> se dispone que no procede el recurso de inconstitucionalidad contra la Constitución y sus reformas, excepto por vicios de procedimiento en su tramitación, discusión y aprobación, una vez que entre en vigencia. No admite el recurso por motivos de fondo.

### **C. Posiciones doctrinales**

Existen dos corrientes doctrinales antitéticas relacionadas con la inconstitucionalidad de ciertas normas de la Constitución y las reformas a la misma; la positivista y la iusnaturalista.

#### **a) La positivista**

Un sector doctrinal piensa que no es posible que existan disposiciones o reformas a la Constitución que puedan ser impugnadas por medio del recurso de inconstitucionalidad de la ley. Parten de que este es un tema político que escapa al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. La justicia, la oportunidad política y el contenido de la reforma constitucional le corresponde determinarlas en forma exclusiva a la Asamblea Nacional como poder constituyente institucional. Este criterio fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en el siglo pasado, aunque a principios del presente cambió de opinión.

La jurisprudencia norteamericana ha sostenido que son motivos políticos la falta de disposición jurídica aplicable al caso; la resolución que pueda afectar al principio de división de poderes; o cuando la solución del problema le corresponde en principio al electorado.

No existe duda de que la reforma constitucional es una decisión que le corresponde al poder constituyente institucional que está más cercano al pueblo. Su decisión es de alta política. La Corte Suprema carece de competencia para conocer de tal decisión política.

Dentro del positivismo jurídico no se concibe una disposición constitucional que sea inconstitucional. Es un contrasentido. Todas las normas incorporadas a la Constitución tiene el mismo rango: o son constitucionales o no lo son.

Declarar la inconstitucionalidad de una reforma viene a ser una herejía jurídica, un golpe de Estado o bien una revolución pacífica, según la extensión e intensidad de las reformas.

Dentro de esta tesis y como excepción se acepta la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por violación de las normas de los procedimientos establecidos para su aprobación porque al afectarle tales vicios no se pueden considerar como ley.

---

<sup>20</sup> Ley No.205 publicado en el Diario La Tribuna del 30 de noviembre de 1995.

Deben pues cumplirse los procedimientos establecidos para la aprobación de la reforma constitucional: unos son iguales a los establecidos para la ley ordinaria y otros especiales para la reforma de la Constitución. Con laxitud se podría anular la ley de reformas a la Constitución por incumplimiento de cualquiera de los trámites de procedimiento, pero las cosas no deben ser llevadas a tales extremos. Los trámites que puedan ser causa de nulidad tienen que ser sustanciales. Por ejemplo: la falta de iniciativa; incumplimiento de la doble legislatura; ausencia de quórum legal; hacer reformas totales encubiertas en parciales, siguiendo el procedimiento de éstas.

En nuestro medio su procedencia era dudosa. Se argumentaba en contra de su procedencia alegando que no estaba contemplado expresamente y que la supresión del recurso por vicios procesales de la ley ordinaria al derogarse la Constitución de 1948, que lo regulaba expresamente, es una muestra de su no aceptación; el recurso de inconstitucionalidad de la ley o reglamento sólo cabe cuando se violan derechos fundamentales consagrados en la Constitución<sup>21</sup> y, como consecuencia, al no consagrar las normas de procedimiento legislativos derechos fundamentales de las personas, es improcedente el recurso.

No obstante antes de dicha reforma, con criterio amplio de respeto a la Constitución se argumentaba a favor del recurso alegando las razones siguientes: la Constitución para conceder el recurso de inconstitucionalidad, no distingue entre violación de leyes materiales y de procedimiento legislativo (instrumentales) como puede verse en los arts. 164 inc. 4 y 182 Cn; solamente para el recurso de amparo se exige la violación de los derechos establecidos en la Constitución<sup>22</sup>; en realidad, se estaría violando el derecho de la seguridad jurídica establecido en el art. 25 inc. 2 Cn. y eventualmente otros como el derecho de defensa, el principio de publicidad del acto legislativo; se rompe la rigidez constitucional establecida en el art. 182 Cn. y otros; el art. 164 inc. 3 de la Ley de Amparo, que exige la violación de derechos constitucionales para interponer el recurso de inconstitucionalidad de la ley no tiene validez frente a la Constitución, de jerarquía superior.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo mi criterio, expuesto en varios estudios, acepta el recurso de inconstitucionalidad por cuestiones de forma<sup>23</sup> en contra de la jurisprudencia sentada de los años de 1928 y 1929 que lo rechazaban<sup>24</sup>.

Se admite también el recurso de inconstitucionalidad cuando existen artículos o principios declarados irreformables en forma expresa. Ejemplo: no cambiar el sistema de gobierno republicano<sup>25</sup>, no contradecir los principios que integran la

---

<sup>21</sup> Art. 5 LA.

<sup>22</sup> Art. 164 inc. 3 Cn.

<sup>23</sup> S. 11:00 a.m. del 24 de noviembre de 1992, B.J. p. 254).

<sup>24</sup> Cfr. Iván Escobar Fornos. Constitución y Derechos Humanos. Editorial UCA. 1996, pag. 83 y sigts.

<sup>25</sup> Art. 139 Cn. italiano).

Constitución<sup>26</sup>. También cuando la Constitución expresa que no puede ser reformada dentro de un determinado período<sup>27</sup>.

Es conveniente advertir que la admisión del recurso de inconstitucionalidad sólo se concede en esta tesis cuando el ordenamiento positivo lo permite; jamás para reconocer normas constitucionales superiores aceptadas en forma expresa o tácita que permita la existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

#### b) La iusnaturalista

Por el contrario, otro sector doctrinal piensa que existen disposiciones o reformas constitucionales inconstitucionales que pueden ser impugnadas en virtud de recurso de inconstitucionalidad de la ley.

Está influenciado por el iusnaturalismo que vuelve a aceptarse después de la segunda guerra mundial. Este movimiento lo encabeza la doctrina y jurisprudencia alemanas. La Ley Fundamental de Bonn incorporó un buen contenido de iusnaturalismo dentro de esta especie de dualismo jurídico (normas positivas y naturales). Es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales por quebrantar el derecho natural o no concordar con los principios positivos constitucionales inspirados en el mismo. Es conveniente advertir que para la doctrina alemana la parte de derecho natural recibida por la Ley Fundamental de Bonn no agota el contenido del mismo. La existencia de una ley superior incorporada expresa o tácitamente por la Constitución explica la inconstitucionalidad de otras normas constitucionales de menor rango que se le opone. Esta superioridad es tomada por la Constitución (Derecho positivo) de otro orden jurídico como es el Derecho Natural, estimado como superior, suprapositivo, pues vincula al positivo. El Derecho natural limita al mismo poder constituyente.

La doctrina alemana encabezada por Bachof es amplia en esta materia y contempla la posibilidad de que se den normas constitucionales inconstitucionales mediante la ruptura de la Constitución escrita o del Derecho Constitucional no escrito.

Dentro de la primera se pueden presentar los casos de inconstitucionalidad de normas o reformas constitucionales ilegales; de leyes de reforma a la Constitución por no señalar en forma expresa la norma o normas constitucionales objeto de la reforma por exigirlo así la seguridad jurídica; por contradecir normas de rango superior incorporadas a la Constitución; por contradecir normas de Derecho natural recibidas por la Constitución.

Con relación a la segunda se pueden presentar los siguientes casos: inconstitucionalidad por contradecir los principios esenciales no escritos en la Cons-

---

<sup>26</sup> Art. 112 Cn. Noruega 1814.

<sup>27</sup> Arts. 196 Cn. 1838, 103 Cn. 1858, 156 Cn. 1893, 163 Cn. 1913, 328 Cn. 1950.

titución; por violación de normas del Derecho natural no recibido expresamente en la Constitución.

Con esta tesis se produce un ensanchamiento de la materia que conoce la justicia constitucional. Vemos a una Corte Suprema con grandes poderes.

Pasaremos a examinar brevemente algunos supuestos; la inconstitucionalidad de las reformas frente a principios o decisiones políticas fundamentales y la inconstitucionalidad de normas constitucionales que contradicen a otras de rango superior.

#### i) Inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución

Nos referimos al caso de aquellas reformas que contradicen principios o decisiones fundamentales de la Constitución que la caracterizan y, por lo tanto, no pueden ser objeto de una reforma parcial hecha por el poder constituyente institucional (Asamblea Legislativa actuando como poder constitucional institucional). Esta limitación se da aunque no se diga expresamente que dichos principios no son reformables. Y eso es así porque el poder constituyente originario no puede permitir que un poder constituido o de reforma destruya su obra, el Estado de Derecho o social, la libertad o igualdad. Podemos citar como principios fundamentales la forma presidencial o parlamentaria de gobierno, la división de poderes, la forma unitaria o federal del Estado. Estas son limitaciones implícitas que sólo pueden ser cambiadas por el poder constituyente originario en una reforma total.

#### ii) Inconstitucionalidad de una norma constitucional.

En la Constitución puede existir una norma de Derecho natural positivizada de rango superior contradicha por otra norma constitucional de menor fuerza. En esta forma se reconoce que la Constitución puede contener un derecho superior. Como consecuencia una norma constitucional puede chocar con este derecho que está en y sobre la Constitución. Por ejemplo: el derecho de igualdad, la libertad personal son derechos naturales anteriores al Estado que una vez incorporado a la Constitución continúan siendo derechos superiores. Por ejemplo, si el art. 1 establece la igualdad y el art. 2 señala como requisito ser varón para poder ser diputado, ministro o magistrado, se produce una contradicción de normas constitucionales. Prevalece el art. 1 que establece la igualdad en forma general por ser superior y se declara la inconstitucionalidad del art. 2 por ser inferior.

Cualquier norma constitucional que se oponga a la norma superior constitucional es inconstitucional, y la Corte Suprema o Tribunal Constitucional puede así declararlo.

El tema es polémico y un sector doctrinal no acepta este tipo de inconstitucionalidad. Presento un breve resumen de las diversas posiciones doctrinales.

i) Un sector doctrinal acepta que no todas las normas de la Constitución son iguales en jerarquía, lo cual lleva a la búsqueda de las que tienen un peldaño superior que las otras. Por ejemplo, son superiores los artículos que encierran valores o principios, los cuales prevalecen y son superiores sobre otros específicos. En resumen no todas las normas son iguales.

ii) Por el contrario, otro sector doctrinal sostiene que todas las normas constitucionales son iguales y tienen igual jerarquía. Ejemplo: el derecho a la vida es igual al derecho a la huelga, el derecho de propiedad es igual a la libertad religiosa.

iii) Otros distinguen entre las normas y los derechos que encierran. Las normas constitucionales son todas iguales en jerarquía, pero los derechos que encierran no lo son. Al igualar las normas no se admite que una norma constitucional considerada inferior sea inconstitucional por oponerse a otra estimada superior. Por ejemplo, no se pueden tildar de inconstitucionales las reformas a la Constitución que incorporen reformas sociales porque pugnan con los derechos individuales, las reformas a la Constitución que consagra la contratación colectiva por oponerse a la libertad de contratación.

Por el contrario, al reconocerse la desigualdad de los derechos, surge un problema de interpretación, especialmente cuando hay pugna o conflicto entre derechos distintos. Debe resolverse confrontando ambos derechos, determinar su jerarquía, y conciliarlos dentro del contexto de la Constitución y la idea de la dignidad humana. Por ejemplo, ante el obstáculo puesto por el padre por motivo de que le hagan al hijo una transfusión de sangre para salvarle la vida, prevalece el derecho a la vida sobre la libertad religiosa y la patria potestad.

#### **D. Nuestro sistema**

La Constitución y la Ley de Amparo únicamente permiten el recurso de inconstitucionalidad contra normas de inferior rango que violan la Constitución, como son la ley ordinaria, los tratados, decretos o reglamentos<sup>28</sup>. No se concede contra normas de la Constitución o reformas a la misma pues todos tienen el mismo rango superior constitucional. La reforma a la Constitución es una cuestión enteramente política al margen de la competencia de la Corte Suprema de Justicia.

Le corresponde al poder constituyente institucional la determinación del interés tutelado, su justicia y la oportunidad de la reforma constitucional. Esta decisión no puede ser anulada o revisada por la Corte Suprema de Justicia, ya que se convertiría en un poder constituyente, desnaturalizando su función.

Lo expresado está de acuerdo con la tesis positivista que sigue la Constitución. Es difícil sostener que la Constitución incorpore en su seno el iusnaturalismo para poder fundar la inconstitucionalidad de disposiciones o reformas constitucionales.

---

<sup>28</sup> Arts. 1, 2, 6, 7 entre otros LA y 164 inc. 4 y 182 Cn.

Pero aún suponiendo que hubo tal incorporación, no creo que en materia de ejercicio de los derechos políticos se hayan aprobado desigualdades en contra de funcionarios públicos. Por el contrario, se han eliminado desigualdades de acuerdo con el art. 48 Cn. no reformado que obliga al Estado a eliminar los obstáculos de hecho que impiden la igualdad entre los nicaragüenses y su participación en la vida pública, económica y social del país.

La renuncia de ciertos funcionarios públicos en períodos anteriores a la elección y las inhabilitaciones (parientes del Presidente, etc.) eliminan desigualdades en relación al común de los ciudadanos que han tomado la decisión de competir con tales funcionarios que se supone gozan o podrían gozar de la ventaja del enorme poder estatal. Por otra parte, a los ministros no se les suprime el derecho a optar, y en la esencia del Estado moderno está evitar el continuismo y la dinastía. Esta solución no se opone a los arts. 23 y 24 del Pacto de San José, en los cuales campea el derecho de igualdad para evitar la discriminación política. Existe una regla de justicia para establecer la igualdad que dice: en situaciones iguales, tratos iguales; pero ante situaciones diferentes, trato desiguales. Este último es el caso de las mencionadas restricciones.

Es un criterio valorativo de carácter enteramente político que le corresponde apreciar exclusivamente al poder constituyente institucional dentro de la tesis positivista. Esta decisión puede ser revisada por la Corte Suprema en la tesis iusnaturalista, mediante el contraste de la norma constitucional superior con la también constitucional inferior.

En cuanto a los requisitos de residencia por determinado período y pérdida y recuperación de la nacionalidad en determinado período tampoco existe discriminación y, como consecuencia, desigualdad. El mismo Pacto de San José permite reglamentar el ejercicio y oportunidad del sufragio pasivo (optar a cargos públicos) y al activo (votar) del sufragio por razones de residencia y nacionalidad.

La Corte Suprema remitió la solución de las inhabilitaciones y todo lo relacionado con la materia electoral al Consejo Supremo Electoral, de acuerdo con el art. 173 Cn. Existieron dos órganos superiores interpretando la Constitución: La Corte Suprema y el Consejo Supremo Electoral en esta materia.

Pero el problema ya fue resuelto por la Ley No. 205 brevemente explicada. Siguiendo mi opinión la Asamblea Nacional aprobó la Ley No. 205, reformadora de la Ley de Amparo, que permite impugnar de inconstitucional las reformas a la Constitución por violación de normas de procedimiento, pero no de fondo. Por otra parte, si se pueden anular las reformas a la Constitución por vicios del procedimiento con mayor razón se puede hacer lo mismo con las leyes ordinarias y así lo confirma la Corte Suprema de Justicia, como se dijo anteriormente.



## **5. Interpretación**

### **A. Introducción**

Para aplicar la ley hay que interpretarla. El resultado de tal interpretación es el producto de un cúmulo de apreciaciones fácticas y jurídicas que terminan dándole sentido a la norma, pasando a ser el Derecho vivo aplicable, entonces las normas constitucionales prácticamente tendrán el alcance que le den los jueces. La norma constitucional siempre es objeto de interpretación, son pocos los casos claros, la generalidad es la duda, aunque no faltan autores que sostienen que a la interpretación se recurre cuando del texto no se obtiene respuesta concluyente.

De lo expuesto salta a la vista lo fundamental de la interpretación constitucional. Antes de la mitad del presente siglo, no se le concedía importancia, pero actualmente es considerado como uno de los temas principales del Derecho Constitucional.

Se asegura por algunos juristas que no ha existido una teoría de la interpretación de la Constitución diferente a la teoría jurídica general, tal como ha ocurrido en otras disciplinas como el Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo, el Derecho Mercantil, etc. Cuando se ha hecho, es completamente distinta a la tradicional.

La hermenéutica tradicional no ha resultado suficiente para la interpretación de la Constitución, por lo que se han formulado principios y reglas propias para dicha interpretación, sin desprestigiar o dejar de recurrir a la teoría tradicional de interpretación para resolver el caso.

### **B. Teoría tradicional**

La más conocida es la formulada por Savigny en el siglo pasado. Establece cuatro reglas. Estas cuatro reglas no necesariamente tienen que conducir a interpretaciones distintas, aunque no se descarta que se puedan dar. Si coinciden las cuatro reglas en la interpretación se logra un mejor resultado.

En el caso de que las reglas no coincidan en la solución del caso se escogerá una de ellas, no habiendo preferencia entre las reglas gramaticales, sistemáticas y teleológicas, ya que cualquiera de ellas puede servir para solucionar el caso, menos la histórica, al no valer por sí sola pues se trata de una norma complementaria.

Las reglas señaladas por Savigny son las siguientes:

a) La interpretación gramatical

El intérprete se vale, para interpretar la norma, del texto literal y gramatical que usa el legislador. El sentido debe buscarse rigurosamente de su letra.

b) La interpretación teleológica

El intérprete toma como base la finalidad que percibe de la norma constitucional.

c) Interpretación sistemática

La norma se interpreta con relación a las otras del cuerpo legal en que está insertada.

d) Interpretación histórica

Se ocupa del proceso que ha seguido la ley desde su iniciativa (incluyendo antecedentes) hasta su aprobación. Todos los estudios de su proceso se toman en cuenta principalmente las iniciativas y sus razones, los dictámenes de las comisiones legislativas, las exposiciones de motivos o preámbulos, las discusiones parlamentarias, los debates parlamentarios, los contraproyectos para averiguar el sentido de la norma. La exposición de motivos, no tiene valor normativo<sup>29</sup>. Los antecedentes y debates del proceso constituyente pueden dar luz para aclarar algunas disposiciones constitucionales. Muchas veces esta solución es indispensable.

La doctrina también ha formulado una división bipartita:

a) Una primera teoría se dedica a buscar la voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*) para darle sentido a la norma. La norma expresa lo que el legislador quiso expresar. Aquí cobran importancia los debates legislativos, la exposición de motivo, los trabajos preparatorios, los dictámenes de las comisiones legislativas, etc. Esta teoría era la seguida por la escuela de la exégesis que durante el siglo pasado comentaba el Código de Napoleón.

Ha sido objeto de críticas, entre otras las siguientes: limita hasta la servidumbre el criterio del juez, producto del absolutismo moderno, acogido después por las revoluciones en el concepto de soberanía popular, lo que supone un legislador omnisciente y omnipotente; en las normas antiguas la voluntad del legislador pierde interés y no se adecúa a los tiempos nuevos; es difícil encontrar una voluntad en las decisiones mayoritarias de la Asamblea; en la mayoría de los casos los proyectos de ley, son preparados por el poder ejecutivo (voluntad del ejecutivo); con frecuencia las decisiones son duales y transaccionales, lo que dificulta la interpretación; la división de poderes propicia en cierta forma la desvinculación de la volun-

---

<sup>29</sup> En muchos países se discute si tiene valor interpretativo o normativo: Francia, Argentina, etc. En Francia la confrontación es más fuerte. Varios juristas se inclinan a darles valor legal al preámbulo y su contenido, pues en la Constitución de 1958 en dicho preámbulo el pueblo francés se adhiere a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional, conformada y ampliada en el Preámbulo de la Constitución de 1956, la cual consagra un buen número de derechos individuales y sociales. Otros por el contrario le niegan tal valor. Pero el Consejo Constitucional, por resolución del 16 de julio de 1971, estimó que el preámbulo es parte de la Constitución y, por tanto, medida de la constitucionalidad de las normas sometidas a su control.

tad del legislador; no pocas veces es difícil encontrar antecedentes legislativos para determinar tal voluntad.

Nuestro Código Civil sigue el sistema de la voluntad del legislador. El art. XVI del Título Preliminar del Código Civil, aplicable a todo el ordenamiento jurídico, dispone: «Al aplicar la ley, no puede atribuírsele otro sentido que el que resulta de los términos empleados dada la relación que entre los mismos debe existir y la intención del legislador»

De la disposición transcrita se deduce que si el texto es claro no hay que indagar sobre la intención del legislador. Por el contrario, si es dudoso, oscuro o admite varias interpretaciones, es preciso buscar la voluntad del legislador.

b) La segunda teoría, llamada objetiva, busca la voluntad de la ley (*voluntas legis, non legislatoris*) en la propia ley y no en la intención del legislador. La ley cobra en esta forma un valor propio que hay que interpretar de acuerdo con el sistema que permite adecuar la ley a las circunstancias actuales que el legislador originario no tuvo en consideración. Tal criterio debe prevalecer aunque se demuestre que discrepe del que se le quiso atribuir a la ley. Se expresa que la ley a la postre es más inteligente que su autor. Se desvincula del mismo y cobra vida propia.

Se han formulado también teorías mixtas y hasta se ha propugnado por la sustitución de la voluntad del legislador por el libre arbitrio del juez, bajo los auspicios de la Escuela del Derecho libre. Por otra parte, en virtud de la teoría de la jurisprudencia de interés en juego, al juez que se le presenta el conflicto de intereses resuelve a favor de aquel interés que el legislador le ha conferido preponderancia.

Es conveniente advertir que las tesis normativistas<sup>30</sup> parten de la supremacía de la ley, de la confianza en un parlamento independiente y la desconfianza en el juez, limitando su función a la aplicación e interpretación de la ley, contriéndolo a obedecerla y ejecutarla. Pero esa confianza en la ley se ha perdido porque generalmente es represiva o limitativa, el parlamento ha perdido su independencia por el control que ejerce el ejecutivo, gran cantidad de leyes proceden del ejecutivo, las leyes pierden generalidad al regular frecuentemente situaciones concretas y singulares. Ante esta situación aparecen las tesis que giran en torno a las decisiones o los hechos, las cuales confían en el poder judicial como contralor de las arbitrariedades del poder y, como consecuencia, fortalecen las facultades del juez en el proceso. Estas escuelas son: el sociologismo, el decisionismo y la Escuela del Derecho Libre<sup>31</sup>.

Existe una teoría mixta en la cual se agrega la voluntad del intérprete a la voluntad del legislador o a la voluntad de la ley. El intérprete se valdrá de los

<sup>30</sup> La voluntad del legislador, la voluntad de la ley, el conceptualismo, la racionalización de la norma y la valoración crítica.

<sup>31</sup> Para mayor ilustración me refiero al uso alternativo del derecho, preconizado a principios del siglo por el buen juez Magnaud, quien expresaba ser favorable a los pobres y severo con los privilegiados. Sirve para propiciar un proceso emancipador de la clase trabajadora en contra de la clase burguesa y capitalista. Frente al derecho clasista burgués se justifica el uso alternativo del derecho (en el plano legislativo y principalmente en el judicial) para proteger a aquellos sujetos que se encuentran sometidos a dominación o explotación.

datos de ambas voluntades y la preponderación de cualquiera de ellas queda a su criterio.

Son interesantes las teorías de Hart y Kelsen, en la que el juez tiene un papel importante.

El profesor H.L.A.Hart no duda que las decisiones de los tribunales se dan como para dar la impresión de que ellas son consecuencias necesarias de reglas predeterminadas, cuyo significado es fijo y claro. Advierte que para casos simples esto puede realizarse así, pero en la amplia mayoría de los casos ni las leyes ni los precedentes contienen reglas que permitan un único resultado, siempre existe una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de la ley o entre interpretaciones discrepantes del contenido de un precedente. Las reglas pueden tener un núcleo central cuyo significado sea indiscutible y en algunos casos es difícil pensar sobre un debate acerca del significado de la regla.

Para ilustrar lo anteriormente expuesto expresa: «No parece probable que la cláusula de la sección 9 de la Ley de Testamentos de 1837, que exige dos testigos para un testamento, suscite problemas de interpretación. Sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas. Aun el significado de la cláusula aparentemente inocente de la Ley de Testamentos que dispone que el testador debe firmar el testamento, puede resultar dudoso en ciertas circunstancias. ¿Qué pasa si el testador usó un seudónimo?, ¿o si otro guió su mano?, ¿o si escribió únicamente sus iniciales?, ¿o si puso su nombre completo, correctamente, sin ayuda de nadie, pero en la parte superior de la primera hoja en lugar de colocarlo en la parte inferior de la última? En todos estos casos, ¿ha «firmado» según el significado de aquella regla jurídica? Si puede aparecer tanta incertidumbre en humildes esferas del derecho privado, ¿cuánto más no encontraremos en las grandilocuentes frases de una Constitución, tales como las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que establecen que nadie será «privado de la vida, de libertad, o de la propiedad sin debido proceso legal?»<sup>32</sup>»

Más adelante ilustra con un ejemplo estas explicaciones: Supongamos que encontramos en un parque infantil de juegos, a la entrada un aviso que diga que está prohibido el tránsito de vehículos por el interior de este parque. Entonces tenemos la zona central, el núcleo de la norma. Es evidente, si nos preguntan si un camión puede transitar por el parque, que contestemos que no puede transitar por el parque un automóvil. Pertenece al núcleo. Una motocicleta, posiblemente diremos que no puede transitar por el parque. Pero cuando pensamos en una bicicleta, una bicicleta es un vehículo y tampoco puede transitar por el parque. ¿Y un triciclo?, ¿y unos patines? Porque si le aplicamos la definición del diccionario a vehículos, el patín resulta ser un vehículo y los patines también. Pero entonces podremos

---

<sup>32</sup> El Concepto del Derecho. Abeledo Perrot, pags.14 y 15.

llegar a esto: está prohibido el tránsito de triciclos, cuando muy posiblemente el sentido de la norma es permitir que los niños tranquilamente jueguen en sus triciclos dentro del parque. ¿Y si es un juguete dirigido a control remoto? Con eso simplemente quiere Hart empezar a ilustrar lo que es esa zona de penumbra dentro del cual el juez debe moverse, y el juez ha de decidir teniendo en cuenta el propósito de la norma<sup>33</sup>.

La tesis de Kelsen parte del orden jerárquico. Las normas superiores condicionan a las inferiores; la Constitución a la ley ordinaria y el reglamento, la ley ordinaria al reglamento; todos éstos a las normas individualizadas, como la sentencia.<sup>34</sup>

La norma de rango superior determina a la inferior, pero no puede ser completa, siempre interviene la iniciativa del órgano aplicador de la norma, ante la imposibilidad de ésta de reglamentar en un todo sus pormenores el acto de aplicación. El mandato, expresa Kelsen, la orden más concreta, tiene que abandonar una multitud de determinaciones al ejecutor de los mismos. Si el órgano A dispone que el órgano B debe detener al súbdito C, el órgano B ha de decidir, según su libre apreciación, cuándo, dónde y cómo ha de realizar la orden de detención; y estas decisiones dependen de circunstancias externas que el órgano A no ha previsto en su mayor parte, ni podía prever<sup>35</sup>.

La ley no tiene un sentido único y el juez es libre para escoger una de ellas; no solamente pone en juego su inteligencia, sino también su voluntad, la cual es política. De aquí que la doctrina hable, ante la valoración jurídica del juez, de una política jurídica de éste en la interpretación de la norma, lo que también se da en el administrador y el legislador.

Es corriente observar que en todo acto de aplicación se debe conceder un margen de libertad para poder llevarla a efecto. La indeterminación de la ejecución puede ser intencional<sup>36</sup>, del propio orden jurídico, de las redacciones equívocas, de las discrepancias entre la ley y la voluntad del legislador o en las contradicciones.

Kelsen admite la creación dentro de la subsunción y niega que la aplicación de las normas a casos más concretos sean una mera subsunción lógica, pues todos los grados de la pirámide jurídica entrañan siempre creación del Derecho.

German J. Bidar Campos reconoce la multiplicidad de interpretaciones aplicativas de una norma por el operador. Son muchas las normas que se prestan a múltiples interpretaciones, principalmente las generales indicativas o las que establecen parámetros constitucionales que se refieren al bienestar general, al desa-

---

<sup>33</sup> Ob. cit, pags. 160 y 161.

<sup>34</sup> Se consideran normas individualizadas el testamento, las resoluciones administrativas, los contratos y las sentencias judiciales.

<sup>35</sup> Kelsen. El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho. Madrid, 1933, p. 62.

<sup>36</sup> Kelsen. El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho. Ob. Cit., p. 65.

rollo humano, al progreso económico con justicia social, a la promoción de los valores democráticos, a la igualdad real de oportunidades y de tratos, etc.

Para ilustrar lo expuesto presenta la siguiente norma hipotética: «Debe respetarse la objeción de conciencia fundada en razones morales o religiosas», y formula seis interpretaciones, en las cuales no se reniega del significado de la norma, y hasta es posible en algún caso no darle aplicación alguna. Veamos las seis interpretaciones:

i) Se interpreta la norma como eximente para no cumplir el servicio militar obligatorio.

ii) Se interpreta la norma como eximente para tampoco vestir uniforme militar ni portar armas durante el período de servicio obligatorio, pero no para impedir la incorporación a las fuerzas armadas con el único fin de presentar en su ámbito un servicio civil.

iii) Se interpreta la norma como eximente para no cumplir con dicho servicio solamente en tiempos de paz, pero no en tiempos de guerra, en los que directamente se dice que no puede aplicarse.

iv) Se interpreta la norma para admitir la negativa de una persona mayor de edad que, con discernimiento, al momento de tener que practicársele una transfusión de sangre, se opone a la terapia por pertenecer al culto de los Testigos de Jehová.

v) Se interpreta la norma para admitir esa negativa solamente cuando la persona mayor de edad se opone con discernimiento al momento preciso de tener que practicársele la terapia, pero no se la aplica si se encuentra inconsciente y no está en condiciones de expresar entonces su voluntad, aun cuando lleve en su documentación personal una constancia anticipada de negarse siempre a las transfusiones sanguíneas, como tampoco cuando la oposición proviene de sus familiares directos (esposos, padres, hijos, hermanos, etc.)

vi) Se interpreta la norma para admitir la negativa referida únicamente en supuestos como el señalado en el precedente inciso v), pero no se le aplica si se trata de un niño que no ha llegado a la edad del discernimiento propio, aun cuando sean sus padres los que, en ejercicio de la patria potestad y de su opción religiosa, formulen negativa expresa»<sup>37</sup>.

La Escuela Realista norteamericana es la más radical frente a la Escuela de la Exégesis y todas las positivistas. Esta parte de la exaltación de la ley, la ley es todo. Por el contrario los realistas presentan un escepticismo normativo, pues para

---

<sup>37</sup> Casos de Derechos Humanos. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera EDIAR. Argentina, 1977, pags. 38, 39, 40 y 41.

ellos la ley no es nada, la sentencia lo es todo. De aquí el uso de expresiones como estas: «el derecho es lo que los jueces declaran como tal, el derecho es lo que los jueces hacen, el derecho es lo que los jueces dicen».

Son famosas las palabras del Juez Oliver Wendell Holmes en una conferencia en la Universidad de Harvard: «Entiendo por derecho las profecías acerca de lo que harán los jueces. Al abogado no le basta saber lo que la ley expresa para el caso, sino conocer lo que hará, porque no se ajusta al proceso de dictar sentencia a un cuadro silogístico como lo conciben los exégetas».

## **B. Reglas especiales**

Partiendo de la especial estructura de las normas constitucionales, se han creado nuevas técnicas, principios, reglas e indicaciones para la interpretación constitucional. Veamos las principales:

### **a) El principio de interpretación de contexto**

En virtud de este principio las normas de la Constitución se interpretan dentro del todo armónico de sus preceptos. La Constitución es un todo orgánico. Los artículos de la misma se entrelazan y unifican a través de sus valores y principios.

No es de nueva creación, pues es consagrada en casi todos los primeros Códigos Civiles en materia contractual. Aparece en la interpretación de la voluntad de los contratantes. El art.2500 C. expresa que las cláusulas de un contrato deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

### **b) El principio de unidad**

En la interpretación la Constitución debe buscar preservar la unidad de la misma, la cual es la base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo a la Constitución.

### **c) El principio de integración**

La Constitución debe procurar la integración y no la desintegración de la comunidad. Este principio tiene que tenerlo muy presente el intérprete de la Constitución.

### **d) El carácter normativo de la Constitución**

Las interpretaciones constitucionales no deben avasallar a la Constitución. Esta es un límite para las leyes, las que no pueden, bajo pretexto de interpretaciones, desnaturalizarla, ni reformarla. Eso significaría su destrucción. Este límite es

una medida de seguridad que otorga el ordenamiento jurídico. Fácilmente se puede ver la importancia que tiene la interpretación.

En cumplimiento de este principio podría adoptarse la regla establecida en el art. 2499 C. que establece que si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

e) El principio de corrección funcional

En virtud del cual el juez debe de mantenerse dentro de su competencia. No puede excederla a través de la interpretación.

f) La interpretación tiene un sentido político

Ya que se usan, además de los estrictamente jurídicos, criterios y teorías que no son propiamente tales. En el criterio del juez influyen concepciones políticas, los valores vigentes y la situación de la realidad del país. Todo este cúmulo de circunstancias y las reglas de interpretación conducen al juez constitucional a dar una sentencia impregnada de una tendencia política.

Por otra parte, las normas constitucionales están impregnadas de una carga política, moral y social.

Todo lo expuesto nos conduce a ver a la Constitución en una triple dimensión: como norma jurídica, como receptora de valores y como un ordenamiento vinculado a la realidad social, económica y política sobre el cual descansa.

Todo lo expuesto nos lleva a pensar en un juez constitucional que debe trabajar con la colaboración y apoyo de las ciencias sociales auxiliares, especialmente la economía, la sociología, la geopolítica y la histórica. De estas materias debe manejar los conceptos más usuales.

g) La naturaleza de la norma

El juez constitucional, por ejemplo, debe apreciar si la norma tiene aplicación inmediata o requiere de un desarrollo normativo.

h) El tipo de régimen político

Esta es otra forma que condiciona la aplicación. Con tal expresión nos estamos refiriendo a los estados federales, unitarios, a los sistemas presidenciales, parlamentarios o mixtos.

i) Carácter creativo

El juez constitucional realiza su labor dentro del cuadro siguiente:



i) Las constituciones, contrariamente a las leyes ordinarias, son generales, sintéticas, frecuentemente programáticas, vagas, ambiguas, llenas de vacíos y de conceptos generales de valor (la igualdad, la dignidad, la honradez, la democracia, etc.) por lo que el juez tiene que completar y concretar sus disposiciones; ii) el juez constitucional tiene, entre otras facultades, según el sistema que se siga, la de inaplicar o declarar sin valor general la ley, convirtiéndose así en legislador negativo y el legislativo en positivo; iii) la Constitución consagra las ideas fundamentales de organización política, social y económica de una nación; y iv) de aquí que la interpretación de las normas constitucionales, principalmente las concernientes a los derechos humanos, difiere de la empleada en las leyes ordinarias.

Si el juez constitucional llena vacíos legales, concreta con cierta discrecionalidad conceptos vagos y generales, anula actos (incluyendo leyes) y decide puntos fundamentales y generales de la vida nacional, todo de acuerdo a las realidades en el momento de sentenciar, no se puede negar que tiene una función creadora y de carácter político, aunque cuantitativamente inferior a la legislativa.

El Derecho natural ha servido en los Estados Unidos, por más de un siglo, como superconstitución no escrita que sirvió para ejercitar el control constitucional que se caracteriza como el gobierno de los jueces. Se crea Derecho no encontrado en el documento constitucional. Penetró tanto esta idea que se pensó que la reforma a la Constitución implica una violación o desconocimiento de la superconstitución. Este concepto ha sufrido los efectos de la evolución, principalmente en materia social.

La actuación creativa y discrecional no constituye una invasión del juez constitucional en los otros poderes del Estado, sino una actividad de control la cual, aunque de carácter político, contribuye, principalmente en el campo de los derechos individuales y sociales, al mejoramiento del sistema de la justicia constitucional, tornándola efectiva y sustrayendo al poder judicial del letargo en que se encuentra, dándole intervención importante en el desarrollo social, económico y político de la nación.

#### j) Los diferentes tipos de constituciones

Cada tipo de Constitución refleja una orientación política, económica y social. Esto es una guía para el intérprete constitucional.

#### k) Las relaciones internacionales y la integración supranacional

Las comunicaciones, la globalización, las grandes inversiones de capital, el desarrollo económico y tecnológico son factores que están propiciando en el mundo estrechas relaciones internacionales e integraciones supranacionales. Por otra parte, existen problemas comunes a la humanidad: la protección del ambiente, la delincuencia internacional organizada, el peligro de una guerra nuclear. Los Esta-

dos son cada día más interdependientes, por lo que la autarquía, la autosuficiencia y la soberanía absoluta pierden fuerza en la época moderna.

Por lo expuesto, las constituciones sufren una influencia del exterior y reflejan la tendencia hacia la integración de bloques, supranacionales y continentales. Los tratados, las decisiones de los organismos supranacionales, los usos y costumbres de las relaciones entre los Estados, se proyectan sobre el Derecho nacional.

Nuestra Constitución ha elevado a rango constitucional varios tratados y documentos internacionales relacionados con los derechos humanos. Además propicia la integración política y económica en América Central<sup>38</sup>.

#### l) Principio de concordancia

Se parte de la idea de que no existen bienes jurídicos superiores a otros en la Constitución. No obstante, es posible que los derechos o libertades choquen entre sí. Por ejemplo: el honor, la unidad, el derecho a la defensa y la libertad de información; la libertad y la seguridad, la libertad y la igualdad; la propiedad y el interés público. El intérprete debe evitar que un derecho destruya al otro, para lo cual es preciso que separe los campos de acción de los derechos en conflicto, de tal manera que puedan funcionar armónicamente y sin confrontaciones. Esta es una operación de ponderación o valoración de los bienes o valores constitucionales con el objeto de establecer una proporcionalidad adecuada a los campos de acción de ambos derechos, siempre dentro del texto de la Constitución.

Dentro de la proporcionalidad se presenta el problema de si un principio o valor tiene mayor fuerza que otro. La solución no es fácil, no obstante se reconoce la existencia de principios preferentes como el *pro libertate*, salvo que en el caso concreto favorezca al individuo y perjudique al interés general. Este principio se deriva del art. 24 Cn.

#### m) Principio de razonabilidad de la ley

El principio de igualdad es considerado como un valor superior del sistema democrático identificado por el orden de valores que establece. Sin embargo, no es poco frecuente que el legislador regule situaciones de manera desigual, en virtud de otros principios o valores consagrados en la Constitución, sin que por esto se anule la ley en sede jurisdiccional. Se pretende igualar a los desiguales. Este tipo de regulación es atendible cuando las razones están fundadas en el derecho y los valores constitucionales.

Encontradas las razones de la desigualdad y la clarificación de la finalidad de la ley es preciso también encontrar la relación pacífica entre la finalidad y los medios consagrados en las normas para loglarla.

---

<sup>38</sup> Arts. 8, 9 y 46 y 71 Cn.

Existe lo que se denomina test de razonabilidad. Este es favorable cuando: se aportan pruebas del tratamiento razonable diferenciado; el juez las analiza y considera que son suficientes; la finalidad de la ley cuestionada es compatible con los objetivos generales de la Constitución; y se comprueba que existe la proporcionalidad entre los fines y medios los contemplados por la ley.

El principio de razonabilidad es generalizado por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. No se detiene en la igualdad, aunque es su fundamental sostenimiento. La ley debe ser razonable para que pueda tener vigencia. No tienen razonabilidad cuando violan el sentido de la justicia que encierran las normas constitucionales o cuando afectan los derechos individuales más de lo debido hasta llegar a ser injustas, de modo que perjudican los intereses sociales. Por el contrario, cuando la ley afecta los derechos individuales pero benefician los derechos sociales, ella es razonable, salvo que esa afectación sea de tal intensidad que los mismos intereses sociales resulten afectados.

Según la doctrina, la razonabilidad puede ser interna o externa. Es interna cuando la adecuación en la relación de medios y fines queda dentro de la ley. Es externa cuando esa adecuación se da entre la ley y la Constitución.

La razonabilidad interna aparece como una técnica social. Motivos de carácter social determinantes inducen al legislador a tomar medidas (medios) proporcionados al fin social que se propone favorecer. Por ejemplo: en Argentina, la Corte Suprema de Justicia declaró : a) Que era constitucional la Ley Número 11.157 que congeló los alquileres y prorrogó la vigencia de los contratos y, como consecuencia, restringió el derecho de propiedad. Consideró que el monopolio virtual de la vivienda por un sector de la población afectaba el interés público, ya que distorsionaba el precio de los alquileres haciéndolos excesivos por lo que justificaba la medida de la ley, estimándola apta para lograr el fin social buscado como era la solución del déficit de la vivienda. b) Que es razonable la Ley Número 14.226, que estableció la obligación para los propietarios de los cinematógrafos de ofrecer espectáculos variados (números vivos), debiendo para ello contratar artistas con la finalidad de promover la ocupación de los mismos, desplazados por muchos medios, y poder así conservar el patrimonio de la comunidad.

La razonabilidad externa se presenta como razonabilidad jurídica. Es una concordancia del acto legislativo con valores constitucionales. Si se violan esos valores es irrazonable. La ley puede ser razonable en lo técnico-social, pero irrazonable por la justicia<sup>39</sup>. Esta razonabilidad puede tener las modalidades siguientes:

i) Razonabilidad de ponderación. Exige una relación de equivalencia entre las prestaciones y las sanciones por incumplimiento. Por ejemplo: es razonable, si se incumple el contrato, pedir su ejecución y los daños y perjuicios, o su resolución

---

<sup>39</sup> Expresa Humberto Quiroga Lavié: «Por ejemplo: técnicamente es razonable no aumentar los salarios, cuando la producción del país es insuficiente para evitar la inflación, pero dicha medida es injusta cuando no evita que aumenten los precios de los productos». (Derecho Constitucional. Depalma. Argentina, 1993, p. 454).

y los daños y perjuicios, y no la cárcel; es razonable que no se acceda a la resolución del contrato cuando lo que queda por cumplir es poco; la razonabilidad de la lesión enorme en materia contractual no es aceptada en los inicios del liberalismo, pero la tendencia moderna la admite, lo mismo sucede con el riesgo imprevisible, dependiendo pues de la circunstancia y de la voluntad del legislador aceptarlos o no; es irrazonable establecer penas altas por delitos de poca dañosidad social. Cuando existe duda sobre la razonabilidad debe estarse a favor de la libertad.

ii) Razonabilidad de selección. Se da frente al principio de igualdad. Se puede traducir expresando que se imponen sanciones o prestaciones iguales para situaciones iguales. Cuando son diferentes razonablemente, las sanciones o prestaciones deben ser diferentes. Ejemplo: es razonable exigir mayores edades, títulos académicos o experiencias para ejercer determinados cargos públicos (magistraturas, procuradurías, etc.)<sup>40</sup>.

iii) Razonabilidad de fines. No existe razonabilidad de fines cuando los fines o medidas de la ley violan los fines de la constitución. Ejemplos: impuestos por montos que resulten confiscatorios, lo que prohíbe la Constitución<sup>41</sup>; establecer sistemas penitenciarios o penas contrarias a la rehabilitación de los condenados; establecer juicios penales escritos que produzcan dilación en el juzgamiento.

Esta razonabilidad es preciso analizarla con mucho cuidado, porque con frecuencia se puede invadir el campo estrictamente político-legislativo. Por ejemplo, no faltan autores con criterios jurisprudenciales que sostienen que: a) No corresponde a la jurisdicción constitucional conocer sobre la razonabilidad de los fines de la ley, ni la conveniencia ni eficacia económica o social tenida en cuenta por la Asamblea al dictarla: la elección de los fines y de los medios en relación a su eficiencia es una cuestión política no justiciable. b) La Corte sólo puede analizar la proporcionalidad entre las obligaciones establecidas en la ley con la consiguiente restricción a la libertad individual y los fines de la ley. c) Se puede analizar la pro-

---

<sup>40</sup> La Corte Suprema de Argentina declaró: a) Que cuando un impuesto se establece sobre ciertas bases de bienes o personas, debe existir alguna base razonable para las clasificaciones adoptadas, lo que significa que debe existir alguna razón sustancial para que las propiedades o las personas sean catalogadas en grupos distintos. En base a tal razón declaró que no se viola el principio de igualdad al crear un impuesto a las caballerizas de caballos de carrera y no a los establecimientos dedicados a cuidar caballos destinados al tráfico común de la ciudad, porque estos están amparados por el interés público dada su función social. b) Es nula la ley sobre agremiación obligatoria de los abogados de Santiago del Estero por entrañar regulación irrazonable del derecho de asociarse y ejercer la profesión con título profesional. La Suprema Corte de los EE.UU. declaró nula una ordenanza municipal de San Francisco que creó una comisión encargada de examinar y negar permisos para habilitar casas de planchado que no estuvieran construidas con piedra y ladrillos para evitar los incendios. Al comprobarse que sólo afectaban a los chinos y japoneses que tenían instalados sus negocios en casas de madera y cuyos modestos ingresos no le permitían instalarse en casas de otros tipos, se declaró dicha nulidad porque violaba la regla de la igualdad.

<sup>41</sup> Arts. 44 y 114 Cn. Por ejemplo: imponer impuesto a un bien de C\$10.000 la cantidad de C\$9.000. Es conveniente advertir que el criterio de confiscatoriedad debe surgir de las circunstancias del caso y no simplemente de la mera aplicación matemática de una tasa, a menos que sea groseramente excesiva. La Corte Suprema Argentina declaró inconstitucional la ley que obligaba a instalarse fuera del radio urbano de la ciudad a los hospitales y sanatorios particulares, debiendo los afectados trasladarse en el término de treinta días. El recurrente probó que su hospital era higiénico y que existían otros oficiales no higiénicos en el centro de la ciudad. Se violó el derecho del uso de la propiedad.

porcionalidad entre las restricciones impuestas (medios) y las circunstancias del caso (motivos) con los motivos de la ley y todo ello con los fines públicos (valores jurídicos). Si de todo ello resulta que la ley no busca provecho de grupo (razonabilidad de selección), reviste interés público y general (razonabilidad de fin) y las restricciones impuestas a los derechos no los menoscaban en substancia (razonabilidad de ponderación), la ley será razonable.

Sin embargo, creo que hay irrazonabilidad de fines cuando la finalidad de la ley es groseramente violatoria de la ley o sus valores, o absurda (represiva, racista, etc).

Veamos la razonabilidad frente a los valores seguridad y orden; paz y poder; solidaridad y cooperación.

Con relación a la seguridad las leyes o reglamentos de policía son razonables cuando se asegura el desplazamiento sin riesgo de las personas, no invaden el campo jurisdiccional juzgando y condenando, sus investigaciones no determinan el fallo de los tribunales, y en fin no sirven de instrumento de represión política <sup>42</sup>.

Con relación al orden, por ejemplo, la Ley de Emergencia o la declaración de la emergencia deben tener por justificación evitar conmociones interiores. Sólo así serán razonables. No lo son cuando su verdadera finalidad es restringir las libertades con propósitos políticos.

Con relación al poder, las leyes electorales, por ejemplo, serán razonables cuando aseguren el pluralismo político y no cuando se inclinen a favor de determinados sectores. También lo serán cuando respeten la división de poderes.

Con relación a la solidaridad, por ejemplo, las leyes de jubilaciones serán razonables cuando establecen regímenes igualitarios a sus beneficiarios, pero son irrazonables cuando sólo benefician a un sector en perjuicio de otros.

Con relación a la paz, por ejemplo, las leyes de Reforma Agraria deben conjugar los intereses privados, la producción y la igualdad, para ser razonables.

Con relación a la cooperación, por ejemplo, las leyes sobre cooperativas deben dar facilidades para su constitución y operación.

n) Los actos o normas que emanan de los poderes del Estado gozan de la presunción de constitucionalidad.

Esto significa que la carga procesal de la prueba corre básicamente a cargo de la que invoca la inconstitucionalidad. Se aplica el Derecho Procesal común.

---

<sup>42</sup> Expresa Juan Francisco Linares que no es razonable una ley de policía que para evitar el paludismo ordena el cierre de las iglesias, pues el paludismo no se contagia directamente (Razonabilidad de las leyes. Editorial Astrea . Buenos Aires. 1989, p. 149).

Se parte de la necesidad de conservar el Derecho y no de la hipótesis, contraria como lo exige el sentido común. Supone, pues, que la autoridad o el legislador han actuado dentro de la legalidad y que el que alega lo contrario debe probarlo, pues la ley está amparada por la presunción.

Este principio no aparece consagrado expresamente, pero se deduce de los arts. 4, 5, 24, 25, 27 y 44 Cn., y en general del principio de legalidad. Esta garantía juega también en contra de reglamentos, decretos y decretos leyes de gobierno de facto y revolucionarios.

## **6. Sujetos de la interpretación**

Ciudadanos, juristas, políticos y autoridades interpretan la Constitución. Pero son tres los sujetos fundamentales autorizados para ello, sin perjuicio de la aceptación o prestigio que tengan las opiniones de los otros sujetos. Estos son: La Corte Suprema de Justicia en forma directa o a través de la Ley de Amparo o de la casación en el fondo en los casos judiciales; el Consejo Supremo Electoral, en la materia electoral; y la Asamblea Nacional al desarrollar por ley las disposiciones constitucionales o a través de la interpretación auténtica.

Para un sector doctrinal esta división amplía el ámbito de la interpretación, lo que puede provocar opiniones antitéticas sobre un mismo artículo o tema. Para otros, es de mucho provecho al permitir un mayor desarrollo de las disposiciones constitucionales. Se da una riqueza interpretativa por órganos diferentes. Para perfeccionar el sistema y evitar contradicciones se pide una profunda cooperación entre los sujetos interpretantes.

El problema surge con relación a la primacía de estos tres tipos de interpretación. El Consejo Supremo Electoral conoce de la materia electoral y es la última instancia. Sus interpretaciones en materia de su competencia prevalecen sobre cualquiera de los otros sujetos.

La Corte Suprema de Justicia debe respetar la interpretación hecha por la Asamblea (al desarrollarla por ley o interpretarla) siempre que estén dentro del marco constitucional. Excedidos esos límites, pueden declarar la inconstitucionalidad, en cuyo caso prevalece la hecha por la Corte Suprema. En España expresamente se dispone que la interpretación del Tribunal Constitucional es suprema.

La interpretación auténtica hecha por el legislador tiene primacía porque su alcance es general y se hace sin estar obligado a motivarla; en cambio el juez o Tribunal tiene que motivar su sentencia y esta sólo tiene efecto para el caso.

El legislador es, en primer lugar, el que interpreta el derecho. Lo hace en cada ley porque cada ley desarrolla un precepto constitucional. Pero ese lugar lo viene a ocupar el ejecutivo, al perder el legislativo la posibilidad de hacer la mayor parte de las iniciativas de ley. Al provenir la mayor parte de dichas iniciativas del poder ejecutivo, éste es el que primero interpreta la Constitución.

## **Capítulo IV**

### **¿Qué es el poder constituyente?**

**SUMARIO:** 1. ¿Qué es una Constitución? 2. ¿Para qué sirve la Constitución? 3. Introducción al tema. 4. Distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. 5. Clases de poderes constituyentes: A. Originario. B. Institucional: a) Poder constituyente para la reforma total. b) Poder constituyente para reforma parcial. 6. Naturaleza política del poder constituyente originario. 7. Funciones del poder constituyente originario y del institucional para la reforma total. 8. Sus vicios o fallas. 9. Límites naturales del poder constituyente. 10. Condiciones para su funcionamiento. 11. Sus órganos. 12. Las mutaciones, fraudes, quebrantamientos y suspensiones constitucionales.

#### **1. ¿Qué es una Constitución?**

Es el ordenamiento legal superior que organiza los poderes del Estado, consagra los derechos civiles, políticos y sociales y recoge los principios fundamentales de muchas ramas del Derecho (penales, civiles, procesales, administrativos, sistema económico, etc.) en busca del alero protector <sup>1</sup>.

La Constitución es la ley fundamental y superior. Lo primero, porque sienta las bases esenciales del Estado y los derechos básicos del individuo y de la sociedad. Lo segundo, porque es la ley de mayor jerarquía del Estado, la que representa la superlegalidad y, como consecuencia, no tienen validez las leyes, reglamentos, decretos o cualquier disposición o acto que se le oponga.

Dada su importancia, han surgido dos sistemas fundamentales para protegerla de las violaciones: el sistema difuso o americano y el sistema austríaco o continental europeo. El primero, en manos de los jueces y tribunales ordinarios; y el segundo, en manos de un tribunal constitucional. En la doctrina se estudia la jurisdicción constitucional, uno de los temas centrales del Derecho Procesal Constitucional.

En nuestro país, la Revolución Liberal del 93 consagró el sistema difuso. Para tal efecto, promulgó una Ley de Amparo. Actualmente tenemos otra Ley de Amparo que, de acuerdo con la Constitución, siempre deja en manos del poder judicial su defensa, pero con alguna influencia del sistema continental europeo.

---

<sup>1</sup> Con relación al contenido de la Constitución se han discutido dos aspectos fundamentales: a) Los que sostienen que la Constitución sólo debe dedicarse a la organización del Estado, omitiendo los derechos y libertades por considerar que es innecesario, ya que son inherentes a la persona y al establecer una lista en la Constitución se corre el riesgo de pensar que sólo son los señalados en la lista. Así pensaron los Padres de la Revolución Norteamericana, pero después los incorporaron en forma de diez enmiendas. En los actuales momentos del constitucionalismo no se concibe una Constitución sin su parte dogmática dedicada a la consagración de los derechos y libertades. Además deben consagrarse instrumentos procesales y políticos para su protección y desarrollo. b) Un sector doctrinal considera que no deben recargarse las constituciones con tantas materias ajenas al ámbito constitucional. Se vuelven extensas, difíciles de interpretar y atrasan la reforma de lo que es propio de las leyes ordinarias.

La Constitución se suele dividir en dos partes: la dogmática y la orgánica. La primera contiene los derechos, libertades y garantías, básicamente consagrados en varios capítulos especiales, aunque algunos aparecen en otros capítulos. La segunda se dedica a la organización del Estado: organización, función y distribución de competencia del poder judicial, del poder ejecutivo, del poder legislativo, el poder electoral y de otras instituciones u órganos estatales (Contraloría, Policía y Ejército, etc.).

La Constitución es debatida y aprobada por el poder constituyente originario, el cual puede resultar de una revolución o golpe de estado o de la voluntad de la Asamblea Nacional.

## **2. ¿Para que sirve la Constitución?**

La Constitución tiene varias funciones: ordenar el país bajo un Estado de Derecho; darle estabilidad al ordenamiento por su tendencia a la permanencia, aunque adaptable a los nuevos tiempos; promover la unidad del orden jurídico; organizar al Estado; limitar el poder del Estado mediante la técnica de división de poderes y controles mutuos; y consagrar los derechos, libertades y garantías.

Para Eduardo García de Enterría el fin de la construcción constitucional es implantar el Derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, a los que expresamente proclama valores superiores del ordenamiento jurídico. En el imperio del Derecho que pretende imponer entran, además de las leyes formales, todos los valores constitucionales desde los proclamados superiores hasta todos los aparecidos en el texto constitucional, incluyendo los derechos fundamentales, lo mismo que los principios y las garantías institucionales. Es un imperio del Derecho y la Ley<sup>2</sup>.

Sus normas son muy generales, lo cual permite la escogencia de opciones y la amplitud de interpretación a los poderes legislativos y judiciales en la toma de sus decisiones.

## **3. Introducción al tema**

### **A. Planteamiento**

Esta introducción tiene por objeto exponer algunas ideas previas y básicas al tema del poder constituyente, sin perjuicio de ampliar sobre ellas en el resto del estudio.

En el antiguo régimen (anterior a la Revolución Francesa de 1789), la sociedad estaba dividida en tres estamentos: la nobleza, el clero y el estado llano o

---

<sup>2</sup> Derecho, Jueces y Control de la Administración. Editorial Civitas, España, 1996 pags. 126 y sigts.



tercer estado. Bajo la monarquía absoluta, el rey los convoca en asamblea y como la votación no era por cabeza sino por clase, el tercer estado sólo contaba con un voto, pues el rey siempre obtenía la mayoría porque controlaba a la nobleza y al clero. El tercer estado estaba compuesto en su mayoría por la burguesía.

Con el liberalismo se introduce la idea de que el hombre y sus derechos naturales son anteriores al Estado. El abate Sieyes, un poco antes de la Revolución Francesa, publica su conocida obra denominada ¿Qué es el Estado Llano?<sup>3</sup>

En ella concreta las ideas del iusnaturalismo. Resalta la importancia del tercer estado y pide para él la soberanía del Estado. Parte de la idea de que los individuos aislados acuerdan formar una sociedad política. Pero como es imposible que se reúnan todos los integrantes por ser numerosa la población y grandes las extensiones territoriales, otorgan poder para que sean representados por ciertas personas, con lo cual nace el gobierno representativo. Estos escogidos representan a la nación.

Distingue entre poder constituyente y poderes constituidos. El poder constituyente reside en la nación y es originario, imprescriptible e incontrolable, pues ninguna norma puede limitarlo, ya que es el nacimiento y fundamento de todas las normas. Los poderes constituidos actúan dentro de los límites señalados por el poder constituyente. Sieyes acepta la reforma parcial o total de la Constitución.

Para Carl Schmitt el poder constituyente es la «voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz para adoptar la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la existencia política».<sup>4</sup>

La Constitución no se apoya en una norma, sino en el propio poder constituyente. En la Constitución de Weimar se encuentran varias decisiones políticas fundamentales que no pueden ser reformadas por el poder constituyente derivado, al cual no considera verdadero poder constituyente. Estas decisiones son: la decisión a favor de la República, la decisión a favor de una norma fundamentalmente parlamentario-representativa de la legislación y el gobierno, y, por último, la decisión a favor del Estado burgués de Derecho con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes.

## **B. Características**

Se señalan ciertas características al poder constituyente. Se ha dicho que es:

a) Originario, porque no hay otro anterior y superior. Como consecuencia fundamenta y le da validez al ordenamiento jurídico.

---

<sup>3</sup> Centros de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.

<sup>4</sup> Teoría de la Constitución. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982, pag. 86.

b) Es extraordinario, porque no aparece con frecuencia, sólo excepcionalmente.

c) Es autónomo, porque no tiene límites o condicionamientos. No existen poderes constituyentes con límites, aunque como veremos la moderna doctrina le señala límites.

d) Es discontinuo, porque surge esporádicamente y vuelve a reposar.

### **C. Su ubicación**

Algunos autores ubican al poder constituyente fuera del sistema normativo. Tiene un sentido eminentemente político y lo impulsa una energía eminentemente social capaz de producir normas de carácter constitucional.

Otros politólogos consideran que el poder constituyente originario no es jurídico, sino de Derecho natural. Como consecuencia no puede modificar normas que sostienen a este sistema.

### **D. Titularidad**

a) Existen dos teorías modernas.

La primera, denominada eficientista, sostiene que son decisiones tomadas por el pueblo que tiene el deseo y el poder de hacerlo. Esta teoría está encabezada por Carl Schmitt<sup>5</sup>.

La segunda puede ser democrática o autocrática. Es democrática cuando la organización política resulta de la mayoría electoral mediante el sufragio universal. Es autocrática cuando la titularidad descansa en minorías, élites, oligarquías o monocracias.

b) La división clásica de la titularidad es la siguiente:

i) La titularidad del poder constituyente puede estar en una sola persona, la cual puede ser Dios (teocracia) o el Rey (absolutismo).

ii) Puede estar en un estamento, como el tercer estado o llano; en la nación; o en el pueblo. En estas tres variantes es un sujeto colectivo el titular del poder constituyente.

iii) La titularidad puede compartirse entre el rey y el parlamento.

En los Estados Unidos y Europa existen concepciones diferentes del poder constituyente.

---

<sup>5</sup> Teoría de la Constitución. Ob. cit, p. 86 y sigts.

La concepción norteamericana tiene su origen en el Derecho Común inglés. Los primitivos ingleses hacían mediante contratos la fundación de sus congregaciones religiosas y organismos políticos, en los que respectivamente se indicaban las reglas del culto, se obligaban a preservar en su credo y en la organización de su iglesia. Unos se hacían por mayoría y otros por unanimidad. Se contemplaba la posibilidad de una convención para redactar su texto, aunque su aprobación exigía ulteriores ratificaciones en asambleas o por el mismo pueblo.

En cambio en el sistema francés, Sieyès parte de la idea de que la titularidad del poder constituyente pertenece a la nación. Este puede hacer, deshacer o modificar la Constitución. La titularidad se ejerce por medio de representantes extraordinarios.

Ambas concepciones coinciden en reconocer la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos.

#### **4. Distinción entre poder constituyente y poderes constituidos**

El poder constituyente es el encargado de hacer la Constitución de un país. Los poderes constituidos son los creados por el poder constituyente originario y consignados en la Constitución; a saber: el poder legislativo, el poder ejecutivo, el poder judicial y el poder electoral, encargados de las tareas ordinarias del Estado.

La doctrina del poder constituyente tiene una triple finalidad:

Primera. Demostrar que su fundamentación es política. De aquí que es un poder originario, extrajurídico, ilimitado (no sometido a normas jurídicas anteriores) y reside en el pueblo.

En el proemio a la Constitución, Sieyès expresó: «El poder constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una Constitución previa. La nación que ejerce entonces el más grande y más importante de todos los poderes debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento y de todas formas otros que aquellos que decidiera libremente adoptar<sup>6</sup>.»

Segunda. Justifica que la Constitución tiene legitimidad porque el pueblo tiene el poder de otorgarla en ejercicio de su soberanía. El poder constituyente es la máxima expresión de la soberanía popular.

Tercera. Subordina a los poderes constituidos, lo mismo que a sus actos, a la Constitución (principio de supremacía de la Constitución). Es en los Estados Unidos en donde se presenta por primera vez la Constitución como auténtica ley superior. Al aprobarse la Constitución, la constituyente deja de operar y su poder

---

<sup>6</sup> Escritos y Discursos de la Revolución. Centros de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990, p.100.

político soberano se convierte en un poder jurídico soberano plasmado en la Constitución. En el concepto de supremacía va implícito el carácter de rigidez (procedimiento más complejo y agravado para reformar la Constitución que el señalado para la ley ordinaria) controlado por un Tribunal Constitucional o Corte Suprema.

La rigidez constitucional se ha generalizado mundialmente por lo que la división de Jame Bryce en Constituciones rígidas y flexibles ha perdido interés<sup>7</sup>. El principio de supremacía de la Constitución ha pasado a ser una de las principales bases de la democracia moderna y se sustenta en el principio de la soberanía popular. Como el poder constituyente desaparece al aprobar la Constitución, el principio de la supremacía es el impedimento para que los poderes constituidos y el reformador de la Constitución destruyan la integridad e identidad de la misma. La importancia de la rigidez es tal que se considera un principio inmodificable y no susceptible de revisión por el poder reformador.

## **5. Clases de poderes constituyentes**

### **A. Originario**

Es el que se instala especialmente para hacer la Constitución al surgir un Estado o romperse el orden constitucional anterior. Puede aparecer después de la independencia de un país<sup>8</sup>, de su separación de una Federación<sup>9</sup>, después de un golpe de Estado, de una guerra<sup>10</sup> o de una revolución<sup>11</sup>. Destruído el orden constitucional anterior (suprimida la Constitución) es preciso dictar una nueva Constitución y legitimar el nuevo gobierno con la aceptación popular.

### **B. Institucional**

La expresión soberana del pueblo para hacer o reformar la Constitución se juridifica mediante su institucionalización constitucional. Este poder institucionalizado puede estar destinado a la reforma total o a la reforma parcial de la Constitución.

a) Poder constituyente para la reforma total.

También el poder constituyente puede ser el resultado de un procedimiento establecido en la Constitución<sup>12</sup>. En este supuesto no existe una ruptura del proceso y del orden constitucional, pero desemboca en una nueva Constitución. Surge cuando se han dado las condiciones necesarias para el cambio. La Constitución es revisable, lo cual se expresa en el art. 28 Cn. francesa de 1793 y en la máxima de que el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana.

---

<sup>7</sup> Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas. Centros de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.

<sup>8</sup> Cn. de 1824.

<sup>9</sup> Cn. 1838.

<sup>10</sup> Cns. 1858, 1911 y 1987.

<sup>11</sup> Cn. 1893.

<sup>12</sup> Arts. 192 y 193 Cn.

Este poder mal podría llamarse derivado, por lo menos en nuestro constitucionalismo, como piensa un buen sector doctrinal, porque en realidad se recurre a la fuente original del poder constituyente mediante convocatoria al pueblo para la integración de una asamblea constituyente a fin de que con nuevos valores e ideales haga una nueva Constitución y derogue la anterior. Vuelve, pues, a surgir el poder constituyente en su estado original. Sólo así se puede explicar que una vez instalada haga sin límites legales una nueva Constitución.

No obstante, tiene algunos límites de organización y procedimiento: el órgano que lo ejerce está señalado (asamblea constituyente, etc.); el procedimiento de integración está señalado (elección popular directa); los trámites procesales previos a su convocatoria también están indicados. Por otra parte, el decreto de convocatoria es muy creativo y señala pautas previas a la elección e instalación de la constituyente.

La doctrina distingue entre reformas parciales y generales de la Constitución. Las primeras afectan a unos o varios artículos y las segundas a toda la Constitución o a partes sustanciales que conduzcan a un cambio radical del régimen político, económico y social. En base a ella distingue entre poder constituyente derivado y poder reformador de la Constitución.

El primero es el encargado de hacer las reformas generales y tiene su origen directo en la voluntad popular y se ejerce por una asamblea constituyente convocada por los cauces señalados en la Constitución vigente. Tiene las limitaciones procesales y de organización señaladas anteriormente, por lo que puede ser impugnado de inconstitucional el decreto de convocatoria a una constituyente si es violatorio de las limitaciones establecidas en la Constitución. Pero una vez instalado no tiene ningún límite legal para hacer la nueva Constitución. También puede aprobar su reglamento interno. La nueva Constitución no puede ser impugnada de inconstitucional por imposibilidad lógico-jurídica.

El poder reformador de la Constitución es el encargado de hacer las reformas parciales, y sobre él trataremos en el párrafo siguiente. Los procedimientos y órganos pueden variar de un país a otro. Tiene muchos límites: se encuentra previamente establecido el órgano que hace la reforma constitucional y el procedimiento a seguir; no puede reformar las disposiciones declaradas inderogables por la Constitución (cláusulas pétreas) o las que contienen limitaciones implícitas a la reforma y las partes sustanciales de la Constitución que representen un cambio radical de régimen político, económico y social. Las reformas parciales quedan sujetas al control constitucional cuando violen esas limitaciones.

La doctrina ha hecho muchas clasificaciones de los límites a la reforma constitucional. Veamos las principales:

i) Límites autónomos y heterónomos. Los primeros los impone la Constitución. Los segundos provienen de otros ordenamientos: los derechos naturales; los

límites a los Estados federados impuestos por la Constitución federal; y los que provienen de la comunidad internacional y los concordatos.

ii) Explícitos (textuales) e implícitos (no textuales). Los primeros aparecen establecidos de manera expresa en la Constitución. Ejemplos: no cambiar el sistema de gobierno republicano <sup>13</sup>; no contradecir los principios que integran la Constitución <sup>14</sup>. La doctrina denomina a estas limitaciones cláusulas de intangibilidad que no permiten ser reformadas e impiden como consecuencia la reforma total de la Constitución. Los límites temporales de no poder reformar la Constitución no se consideran cláusulas de intangibilidad porque desaparecen con el tiempo. Los segundos se deducen de los valores y principios en que descansa la Constitución: los derechos fundamentales, la división de poderes, el pluralismo político, etc. Pueden variar por razón del tiempo y del espacio.

iii) Materiales y formales. Son materiales aquellos que se refieren a disposiciones sustantivas: derechos humanos, pluralismo político, etc. Son formales aquellos que se refieren a las reglas de procedimientos para reformar la Constitución. Se estima por la doctrina que estas reglas son irreformables. Ejemplos: los dos tercios para la aprobación de las reformas, las dos legislaturas, etc.

iv) Límites absolutos o relativos. Son absolutos aquellos que no pueden ser reformados por impedirlo disposición expresa o implícita de la Constitución. Los relativos pueden ser superados por medio de lo que se denomina la reforma de doble grado. Ejemplo: el artículo que prohíbe cambiar la reforma republicana del gobierno puede ser suprimido mediante su derogación y luego en una posterior reforma puede ser sustituido por otra que establezca la Monarquía. Esto no es más que un truco para burlarse de la Constitución.

Todas las anteriores limitaciones tienen que ser respetadas por el poder reformador de la Constitución. No pueden ser derogadas y si lo hace la reforma puede ser tachada de inconstitucional. Para el pensamiento político burgués, la Constitución es un instrumento que tiende a limitar el poder del Estado y deja que las personas se desenvuelvan dentro de un amplio campo de libertad política y económica. Pero la tendencia moderna es considerar a la Constitución como el documento que recoge los valores fundamentales de la sociedad. Como consecuencia, es natural que se señalen zonas inmunes a la acción del poder reformador a fin de mantener los valores fundamentales recogidos y el principio de supremacía de la Constitución.

#### b) Poder constituyente para la reforma parcial.

Este es el encargado de hacer reformas parciales a la Constitución. El poder constituyente lo consagra en la Constitución y generalmente se le atribuye a la

---

<sup>13</sup> Art. 139 Cn. italiana.

<sup>14</sup> Art. 112 Cn. noruega de 1814.

Asamblea Legislativa, exigiéndose en muchos países la consulta popular en la iniciativa o en la aprobación final. Esto último significa que las reformas deben ser sometidas a un referéndum. El art. 140 de la Ley Electoral contempla el referéndum para la ratificación de las reformas de leyes ordinarias o de la Constitución. Lo decreta la Asamblea y no es trámite obligatorio. Tienen iniciativa, un tercio de sus miembros, el pueblo en número no menor de cincuenta mil firmas<sup>15</sup>.

En nuestro país es recomendable darle vida al referéndum en la reforma parcial o total de la Constitución para cumplir con lo establecido en el art. 2 Cn. (y otros que lo complementan) que consagran la democracia representativa como sistema principal y también las principales instituciones de la democracia semirepresentativa, como la iniciativa popular de leyes, referéndum y plebiscito, con el carácter de complementarias en la construcción del sistema económico, político y social que más le conviene a sus intereses. Es una combinación del sistema representativo, patrocinado principalmente por Montesquieu y Sieyès, con el de la democracia directa defendida por Rousseau. Nuestra Constitución lo denomina democracia participativa <sup>16</sup>.

La doctrina reciente (Ignacio Burgoa, Pedro de Vega, etc.) considera al poder reformador como un poder constituido y limitado. Es el resultado de una autolimitación del poder constituyente. Su actividad no puede ser libre y soberana.

La reforma constitucional tiene tres funciones: acomodar la Constitución a las necesidades cambiantes; no produce un rompimiento de la continuidad jurídica porque las facultades del poder reformador no son soberanas, sino jurídicas y no puede destruir la Constitución o su identidad; es un instrumento de garantía de la identidad, superioridad y rigidez de la Constitución.

El referéndum y el plebiscito son instituciones políticas y democráticas muy útiles para el control y legitimidad porque permiten la participación directa del pueblo en las decisiones fundamentales del país. Las actuales constituciones las regulan. No obstante, han sido criticadas por la aristocracia política y entre sus argumentos expresan que no caben dentro de la democracia representativa y que han sido fácilmente manipuladas por el cesarismo napoleónico y las dictaduras fascistas. La verdad es que han mejorado el sistema de la democracia representativa al buscar la participación directa del pueblo que es el titular de la soberanía, dándole mayor vigor y aceptación. Por otra parte, la manipulación de los sistemas políticos o las ambiciones personales no es un defecto de las mencionadas instituciones, sino de la personas que lo hacen.

Este es el poder reformador a que se refiere la doctrina y tiene las limitaciones expresadas anteriormente.

---

<sup>15</sup> Art. 142 L.E.

<sup>16</sup> Art. 7 Cn.

## **6. Naturaleza política del poder constituyente originario**

Su naturaleza es política porque política es la soberanía del pueblo de donde emana la Constitución. De aquí que no tenga límites de carácter jurídico, sino sólo límites naturales como veremos más adelante.

De esta misma naturaleza es el institucional destinado a la reforma total de la Constitución, pero tiene algunos límites previos de carácter procesal y de organización como vimos anteriormente. Sin embargo, una vez que surge dentro de los cauces constitucionales se presenta en forma originaria, sin limitación legal para hacer la Constitución.

## **7. Funciones del poder constituyente original y del institucional para la reforma total**

La tarea fundamental del poder constituyente es la organización política, jurídica, económica y social del país mediante la aprobación de una ley fundamental (Constitución) a la cual deben someterse las demás normas y de la cual reciben su validez. Mientras aprueba la Constitución puede dictar algunas leyes ordinarias que fueren necesarias y reorganizar los poderes estatales constituidos, en su caso. Salvo las señaladas excepciones, su única misión es aprobar la Constitución.

Es conveniente señalar los criterios encontrados sobre este asunto. Si nos atenemos al sistema norteamericano, de inspiración puritana, en el cual es bien clara la distinción entre poder constituyente y poder constituido, no se le permite al poder constituyente asumir funciones legislativas ordinarias y al poder constituido ejercer funciones del poder constituyente. Lo primero porque el poder constituyente tiene como única misión hacer la Constitución y lo segundo porque el poder constituido no puede sustituir al pueblo en el ejercicio de la voluntad constituyente. Ningún órgano representativo, ni siquiera la Asamblea Constituyente, ya que el proyecto de Constitución que ha elaborado debe ser aprobado por el pueblo, se considera depositario de la soberanía.

Pero si se sigue la tesis de Sieyès, en virtud de la cual se traslada a las asambleas constituyentes el ejercicio de la soberanía, es admisible que éstas asuman funciones legislativas ordinarias y se conviertan en asambleas ordinarias una vez aprobada la Constitución. Esta ha sido la práctica usual en Nicaragua.

## **8. Sus vicios o fallas**

En nuestro país existe hasta una mitología acerca de la constituyente. Se cuenta, por ejemplo, que existían juristas capaces de hacer una Constitución el fin de semana, políticos capaces de obtener la renuncia de los diputados en tres días para poder convocar a una constituyente, pugnas entre la constituyente y el poder militar, constituyentes brillantes y mediocres. Producto de la intensa labor de nuestro constitucionalismo son catorce las Constituciones las que se han dado en el



país, más tres no nacidas y dos proyectos, uno del 1 de julio de 1848 y el otro de 1972, preparado por el Partido Conservador.

Son muchos los vicios o fallas que se presentan en el proceso constituyente; a saber:

**A. Se ha usado para legitimar cuartelazos, golpes de Estado <sup>17</sup>, pactos políticos <sup>18</sup> y como medio de asegurar el continuismo de una dictadura o dinastía <sup>19</sup>.**

**B. Se ha engañado al pueblo con falsas reformas que en el fondo mantienen el *statu quo*. Se traiciona en esta forma las justas pretensiones y esperanzas del pueblo, que es el único titular del poder constituyente.**

**C. Muchas veces el proceso constituyente se desenvuelve dentro de un sectarismo partidista, lo que desnaturaliza su carácter nacional y popular, dando la espalda a los ideales del pueblo.**

**D. Muchas veces se recarga el texto constitucional de materias o asuntos que no son propiamente constitucionales con el fin de darles rango constitucional. Esto no es aceptable dentro de la técnica legislativa constituyente.**

**E. Con cierta frecuencia se recurre a modelos extranjeros que no se ajustan a nuestras realidades, lo que hace perder eficacia a la Constitución. Al Derecho Constitucional Comparado se recurre cuando es factible adaptar una solución de otro país al nuestro.**

**F. En muchas ocasiones se prescinde de criterios prácticos, históricos y sociológicos, lo que convierte a la Constitución en un texto teórico, programático, sin vigencia efectiva, irreal, sólo con vigencia formal (en la letra y no en la realidad).**

Los constituyentes deben extraer con profundo y cuidadoso análisis los valores fundamentales de nuestra nacionalidad y plasmarlos en la Constitución con un criterio práctico.

Por otra parte, en la Constitución deben dejar margen para el diálogo constructivo de los diversos intereses en pugna que existen en la sociedad.

**G. La representación homogénea de los intereses preponderantes en la constituyente le resta legitimidad. Debe permitirse una representación pluralista.**

---

<sup>17</sup> Cn. 1948.

<sup>18</sup> Cns. 1948, 1950 y 1974.

<sup>19</sup> Todos las Cn. de la dinastía de los Somoza; las Cns. de 1905 y 1987.

**H. La asamblea constituyente debe estar integrada por personas idóneas y con una visión global de la vida, la política y la realidad, no por miopes y oportunistas políticos, designados por procedimientos no democráticos.**

El delegado a la constituyente debe interesarse en el problema del obrero, del agricultor, del comerciante, del respeto de los derechos humanos, del empresario, del Departamento o zona, del comercio interior y exterior, etc.

Por otra parte, en el proceso constituyente se le debe dar participación al pueblo mediante plebiscitos, cabildos abiertos, diálogos con grupos de presión, asociaciones profesionales o económicas, sindicatos obreros, etc. Si se hacen algunas consultas con los códigos ordinarios, con mayor razón debe hacerse con la Constitución.

La exigencia de buenos delegados a la constituyente cobra mayor valor bajo las circunstancias que vivimos y hemos vivido. A nuestro pueblo lo hemos engañado por mucho tiempo, estableciendo un sistema democrático sólo en el papel. Ya no podemos continuar con esa política tradicional.

**I. En muchas ocasiones, con una ley de bases producto de un pacto político, se pretende limitar al poder constituyente, lo cual no es válido pues, como ya vimos, no tiene límites legales para hacer la Constitución.**

Tal cosa sucedió con el Decreto 1914 del 31 de agosto de 1971, que ya señalaba las bases fundamentales de la nueva Constitución. También en el Decreto del 15 de abril de 1950 se establecieron algunas bases para la nueva Constitución <sup>20</sup>.

**J. Su duración debe ser exclusiva y breve, pero con suficiente tiempo para elaborar y aprobar adecuadamente la Constitución y las Leyes Constitucionales. No se debe prolongar su funcionamiento después de haber cumplido con su labor. La Constituyente de 1972 duró más de dos años y aprobó muchas leyes, entre ellas el Código Penal vigente. Esto ha dado pie para que un ocurrente jurista haya dicho que tiene rango constitucional y que no puede ser derogado por leyes ordinarias. Algo semejante a lo del Rey Midas que todo lo que tocaba lo convertía en oro. Este criterio no es correcto. La constituyente no le puede dar rango constitucional a una ley como el Código Penal que es eminentemente ordinaria. Por otra parte, la constituyente lo aprobó en uso de sus facultades legislativas ordinarias que le concedió el decreto de convocatoria.**

Para ejemplo detallaremos a continuación el calendario y técnica de la constituyente de 1972, producto del convenio político libero-conservador firmado el 28 de marzo de 1971; a saber:

---

<sup>20</sup> Cn. 1950.

a) Por el Decreto No. 1914 del 31 de agosto de 1971 del Congreso en Cámaras Unidas, se declaró la reforma total de la Constitución de 1950 y se convocó a elección de diputados a una Asamblea Nacional Constituyente el primer domingo de febrero de 1972, la cual elaboraría una nueva Constitución Política y Leyes Constitucionales. Además consagró las bases de la nueva Constitución y disolvió el Congreso.

b) Por el Decreto No. 297 del 23 de marzo de 1972 se convoca para que se instale la Asamblea Nacional Constituyente el 15 de abril de ese año, como estaba previsto en el anterior decreto.

c) Por el Decreto No. 1 del 15 de abril de 1972 se declara instalada la Asamblea Nacional Constituyente.

d) En el Decreto No. 1914 citado se señaló que la Constituyente, al terminar sus labores propias, se convertiría en Congreso Nacional para ejercer el Poder Legislativo hasta el 14 de noviembre de 1974.

El proceso constituyente puede presentar ciertas modalidades, algunas de ellas consagradas en nuestro constitucionalismo:

i) En el decreto de convocatoria se disuelve al Congreso y las facultades de éste se le atribuyen a la Constituyente incluyendo la de dictar leyes ordinarias <sup>21</sup>. Tiene el inconveniente de distraer la atención de la constituyente en tareas que no le son propias. Es una solución práctica que tiene la finalidad de impedir actuaciones que puedan resultar contrarias o no ajustadas al orden jurídico de la Constitución que apruebe la Constituyente. No obstante en el decreto de convocatoria de la Constituyente de 1972 se disolvió el Congreso y se dispuso que mientras se instalaba la Constituyente las facultades legislativas las ejercería el Presidente de la República con las limitaciones indicadas en varios artículos de la Constitución.

ii) Por el contrario, en la Constitución vigente, para evitar un vacío, la asamblea ordinaria continúa funcionando hasta la instalación de la constituyente <sup>22</sup>.

iii) La convocatoria puede ser sólo para constituyente (Constituyente de 1939 y 1972) o ir acompañada de elecciones para Presidentes o autoridades municipales.

iv) Generalmente se dispone que la Constitución y leyes constitucionales quedan vigentes mientras no se aprueban las nuevas. En la convocatoria de la Constituyente de 1950 se dispuso lo mismo, pero mientras no dispusiera otra cosa la Constituyente. No es necesario expresar que quedarán vigentes la Constitución y las demás leyes del país mientras se aprueba la nueva Constitución. Además la constituyente puede reformarlas como poder soberano que es.

---

<sup>21</sup> Constituyentes de 1939, 1950 y 1972.

<sup>22</sup> Art. 193 Cn.

v) En algunas ocasiones se dispone que la asamblea constituyente al terminar su labor se convierta en congreso ordinario (1950 y 1972) o bien después se convoca a elecciones de diputados, acompañadas con la de Presidente en algunos casos.

La Ley Electoral vigente no regula la elección de diputados a una asamblea constituyente y la Constitución sólo señala los trámites especiales para decretar su reforma total y convocar a elecciones de asamblea constituyente para hacer una nueva Constitución. Esto tiene su explicación en el hecho de que dicha ley sólo se ocupa de las elecciones de ordinaria ocurrencia y no de las ocasionales como son las de constituyente. De aquí que el decreto de convocatoria tenga una buena dosis de creatividad.

Antes de todo es preciso dejar sentado que el poder electoral es el encargado de organizar, dirigir y supervigilar las elecciones que se celebren en Nicaragua <sup>23</sup>, entre las que estarían incluidas la de asamblea constituyente, aunque no lo digan expresamente los citados artículos.

Sin pretender agotar su contenido, el decreto de convocatoria contiene: a) La resolución que decreta la reforma total de la Constitución y, como consecuencia, la convocatoria a elecciones de diputados a una asamblea constituyente para hacer una nueva Constitución y leyes constitucionales. b) Señalamiento de fecha para su celebración e instalación posterior. c) Lugar donde residirá la constituyente y quorum de su instalación. d) Otorgamiento de inmunidades a los diputados a la constituyente. e) Requisitos para ser diputado. f) Número de diputados y circunscripción para su elección (nacional, regional, departamental o distrital). g) El sistema electoral (cociente electoral, etc.) h) Fecha de presentación de candidatos. Como norma general deben postular los partidos políticos, pero se puede permitir la postulación popular respaldada por un número adecuado de firmas. i) Señalamiento de plazo para la promulgación de la Constitución y la extinción de la asamblea constituyente. Se puede disponer que la constituyente se convierta en asamblea ordinaria o bien llamar a nuevas elecciones para la organización de ésta. j) Se le puede atribuir el ejercicio de las funciones legislativas ordinarias. k) Disolución de la asamblea una vez que se haya instalado la constituyente. l) Sometimiento a la Ley Electoral en lo que no se oponga al decreto de convocatoria. m) Indicar que la Constituyente nombrará una comisión para que redacte un proyecto de Constitución que sirva como documento de trabajo. En los decretos de convocatoria de las Constituyentes de 1939 y 1972 se crearon estas comisiones, pero sus integrantes eran nombrados por el ejecutivo respetando el principio de representación de minorías. Esta forma de proceder no es la correcta. La constituyente promulgará su propio reglamento.

---

<sup>23</sup> Arts. 168 y 173 Cn.

## 9. Límites naturales del poder constituyente

El poder constituyente originario no tiene límites legales, pero sí naturales, a saber: a) Respeto a los derechos humanos, inherentes a la persona, universales y anteriores al Estado; b) Las aspiraciones, forma de ser y querer del pueblo; c) Las realidades históricas, culturales, sociales, poblacionales y geográficas.

Solamente el constituyente para la reforma total que surge dentro de los cauces legales establecidos en la Constitución vigente, tiene algunos límites legales en cuanto al procedimiento de convocatoria, órgano que lo ejercerá y sistema de elección. Si en el decreto de convocatoria se violan las disposiciones constitucionales que regulan esas limitaciones puede ser impugnado de inconstitucional. Pero el poder constituyente una vez instalado no tiene límites legales, solamente los naturales anteriormente señalados.

La Constitución producto del poder constituyente no puede ser impugnada de inconstitucional, por existir una imposibilidad lógico-jurídica: no se concibe que pueda crear un instrumento jurídico para su autodestrucción.

El constituyente destinado a la reforma parcial tiene las limitaciones siguientes:

a) La Constitución puede establecer ciertas limitaciones: la no reforma de la Constitución hasta después de cierto plazo, la no reforma bajo intervención extranjera, la no reforma del tipo de gobierno, la prohibición de reformar los principios básicos o decisiones políticas fundamentales en que descansa la Constitución (lo que sólo pueden hacer el poder constituyente originario y el institucional para la reforma total).

b) Debe someterse a las leyes de procedimiento en cuanto a oportunidad, requisitos, trámites, etc.

c) Aunque la Constitución vigente no contemple expresamente la prohibición de que no se pueden reformar las bases fundamentales de la Constitución (decisiones políticas fundamentales), tal prohibición se desprende de la naturaleza misma del poder constituyente reformador.

Este es creado para que la Constitución pueda ser reformada o modificada y no para que la pueda sustituir en su totalidad o mediante el cambio de sus bases fundamentales por otras. Esto significaría un suicidio y la destrucción de la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos. El poder constituyente reformador no puede convertirse en originario o en institucional destinado a hacer la reforma total de la Constitución. No existe voluntad de este poder constituyente de renunciar a cambiar la Constitución, ni tampoco lo puede hacer (irrenunciabilidad del poder soberano del pueblo), y, como consecuencia, no puede ser sustituido por el constituyente reformador.

En resumen, en toda reforma parcial debe mantenerse la identidad y continuidad de la Constitución. Proceder en otra forma sería cometer un fraude en contra de la Constitución. Ese es el alcance que se le puede otorgar a la reforma parcial. No obstante, un sector de juristas nacionales opinan lo contrario y llegan a sostener que existe reforma parcial aunque se reformen todos los artículos de la Constitución menos uno. Reformar es agregar, suprimir o modificar lo principal, sin desnaturalizarlo o sustituirlo en sus bases fundamentales. Lo contrario sería transformación o sustitución de lo principal y no una reforma. Esta es una tesis peligrosa pues, bajo el pretexto de reformas parciales, mayorías coyunturales de la Asamblea ordinaria podrían reformar totalmente la Constitución. La reforma de 1995 es totalmente disfrazada de parcial.

Al anterior fraude se pretendió agregar otro, al intentar suprimir las dos legislaturas que exige el art. 192 Cn. para la reforma parcial de la Constitución. Se agregaron nuevos artículos y capítulos a la iniciativa de reforma, lo que no se puede por el citado artículo. Fue una maniobra política peligrosa para el presente y el futuro, pues cercenaría en forma considerable la rigidez de la Constitución, exponiéndola (y esa era la finalidad expresa de sus promotores) a sufrir revisiones generales o parciales por mayorías coyunturales que controlan la Asamblea ordinaria mediante trámites tan sencillos como los empleados para elaborar o reformar las leyes ordinarias. Ya vimos que la rigidez constitucional es un principio fundamental irreformable por el poder reformador de la Constitución.

La teoría del poder constituyente, base del constitucionalismo moderno, parte de la existencia de una ley fundamental y superior de la organización estatal (Constitución), de la cual deriva su validez el resto del ordenamiento jurídico, y que no puede ser modificada o derogada por leyes ordinarias (rigidez constitucional).

La rigidez constitucional es el principio fundamental de nuestro constitucionalismo y de la actual Constitución. Consiste en el establecimiento de procedimientos difíciles y especiales que inviten a la reflexión y al estudio, alejando a la dañina precipitación, para reformar parcialmente la Constitución.

Dos son los requisitos principales de la rigidez: una mayoría especial para la iniciativa (cuando la iniciativa proviene de la Asamblea, pues el Presidente también tiene iniciativa), y aprobación y el trámite de dos legislaturas. Suprimido este último, prácticamente la Constitución se vuelve flexible (o cuando menos semi-rígida), pues la reforma constitucional, en el fondo, sería hecha por una ley ordinaria aprobada por una mayoría especial de una Asamblea ordinaria unicameral. En el Derecho Constitucional Comparado se dan muchos supuestos en que se exigen mayorías especiales para determinados actos legislativos.

La reforma parcial que viole las reglas de procedimiento y los principios básicos de la Constitución puede ser acusada de inconstitucional ante la Corte Suprema.

Un problema importante se presenta con las constituciones que se declaran irreformables indefinidamente (constituciones eternas) o que señalan un plazo para

que puedan ser reformadas totalmente<sup>24</sup>, lo cual impide la aparición del poder constituyente. Kelsen sostiene que cualquier violación a ese tipo de disposiciones, lo mismo que de aquellas que prohíben reformar algún punto o materia, acarrea la nulidad de lo actuado. Como consecuencia podría surgir un recurso de inconstitucionalidad si se da la violación. No obstante, afirma que puede ser inoportuna e insostenible en los hechos la invariabilidad de la Constitución.

Estas constituciones eternas pueden dar pie a una revolución cuando ya no cumplan su función y sea preciso sustituirlas por una nueva elaborada por el poder constituyente originario.

Problema diferente es aquél que resulta del silencio de la Constitución con relación al procedimiento de reforma, pues no lo contempla y reglamenta. Este silencio se ha interpretado de diferentes formas: un sector doctrinal encabezado por Tocqueville afirma que tal silencio debe interpretarse en el sentido de que la Constitución es inmutable; otro sostiene, fundándose en la doctrina del paralelismo de la forma, que puede ser reformada en la misma forma en que fue aprobada; y finalmente hay quienes consideran que se puede reformar por una ley ordinaria, siendo esta tesis la que ha recibido mayor apoyo, a pesar de que abandona las distinciones entre poder constituyente y poder constituido, y entre ley constitucional y ordinaria.

## **10. Condiciones para su funcionamiento**

El poder constituyente es saltuario, ocasional. El pueblo aspira a que los valores fundamentales establecidos en la Constitución tengan cierta estabilidad y permanencia, pero no renuncia al derecho de que puedan ser revisados cuando las circunstancias y las realidades así lo exigen. Entonces es cuando surge el poder constituyente.

Como vimos se ha llegado a pensar que las constituciones son inmutables, pero esta idea ha cambiado porque no es más que una quimera. La Constitución tiene que responder a la realidad existente y para acomodarla a ella es preciso reformarla parcial o totalmente. La Constitución francesa de 1793 respondió afirmativamente a esta idea en el art. 28 que dice: «Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras».

Ya estaban dadas las condiciones para convocar a una asamblea constituyente que nos diera una nueva Constitución, pero los arreglos de pequeñas cúpulas parlamentarios permitieron aprobar la reforma.

Veamos algunas razones:

---

<sup>24</sup> Arts. 196 Cn. 1838, 103 Cn. 1858, 156 Cn. 1893, 163 Cn. 1913 y 328 Cn. 1950.

a) El pueblo ya había votado en las pasadas elecciones a favor de una nueva Constitución al aprobar el Plan de Gobierno de la Unión Nacional Opositora, en el cual figura como punto fundamental la aprobación de una nueva Constitución.

b) Se permitiría al pueblo ser el arquitecto de su propio destino y garante de la futura democracia.

c) La administración Barrios de Chamorro había fracasado, lo que podía dar pie a que se desembocara en una confrontación armada o una dictadura, y el país se hundía en el desastre económico, político y social bajo un gobierno incapaz de darle solución a los problemas que aquejaban a nuestro pueblo, por lo que la constituyente podría ser un buen instrumento de solución mediante la reestructuración del Estado.

d) Estábamos en trance de realizar dos reformas profundas: cambiar el sistema marxista-leninista establecido en la década pasada y el viejo estilo político patrimonialista y dictatorial que hemos arrastrado desde la independencia. Esta gran transformación la tenía que hacer el pueblo a través de una constituyente y no por reformas parciales pactadas por las cúpulas políticas y militares que no deseaban el cambio. El pueblo es la única fuerza capaz y sincera de hacerlo.

Los gobernantes deben de tener un diálogo permanente con su pueblo para conservar la legitimidad, mayor razón en épocas de transición hacia la democracia, que es la que vivimos.

Debemos tener confianza en que el pueblo de Nicaragua podrá hacer tal transformación, pues es vigoroso, amante de su libertad y de la Patria, creativo, valiente e inteligente, tanto en la paz como en la guerra. Ya dio ejemplo de civismo en las pasadas elecciones. Darío lo dijo en El Retorno: «A través de las páginas fatales de la historia, nuestra tierra está hecha de vigor y de gloria, nuestra tierra está hecha para la humanidad.

Pueblo vibrante, fuerte, apasionado, altivo; pueblo que tiene conciencia de ser vivo, y que, reuniendo sus energías en haz portentoso, a la Patria vigorosa demuestra que puede bravamente presentar a su diestra el acero de guerra o el olivo de la paz».

e) La Constitución vigente objeto de la reforma carecía de legitimidad y validez porque:

i) Fue impuesta a contrapelo de nuestro querer y forma de ser.

ii) La aprobó una Asamblea producto de una elección en la que no participaron las más importantes fuerzas del país, por lo que se le tilda de tener falta de legitimidad.



iii) La aprobó una Asamblea que no era constituyente sino ordinaria convocada por el Decreto No. 1400 del 21 de febrero de 1984. En este decreto sólo se convocó a elecciones de Asamblea Nacional, de Presidente y Vice Presidente. Nunca se convocó a una constituyente para que la aprobara y promulgara. La idea de elaborar una Constitución surgió con posterioridad y, como consecuencia, la Presidencia de la Asamblea designó una comisión especial para preparar un anteproyecto. Sin embargo se sostiene por algunos juristas que dicha Asamblea era la anunciada por los arts. 28 y 30 del Estatuto Fundamental, la cual haría la Constitución.

En tiempos de Zelaya se presentó algo parecido. El 10 de agosto de 1893 se convocó a una Asamblea Constituyente para elaborar una nueva Constitución. Nombró Presidente a Zelaya y aprobó la Constitución el 10 de diciembre de 1893, promulgada el 4 de julio de 1894.

En febrero de 1896 surge una revolución contra Zelaya y la Asamblea Legislativa se divide en dos: una parte se traslada a León, se convierte en Constituyente, destituye a Zelaya y nombra Presidente al Dr. Francisco Baca H.; la otra parte, se queda en Managua, se convierte en Constituyente, reforma la Constitución y nombra a Zelaya como Presidente para el siguiente período.

En 1905 la Asamblea ordinaria se convierte en Constituyente y aprueba una nueva Constitución <sup>25</sup>.

f) Las concepciones, ideales y circunstancias históricas sobre las que fue construida han desaparecido ante el fracaso estrepitoso del marxismo-leninismo a nivel nacional e internacional y, por lo tanto, era preciso hacer otra Constitución que responda a las actuales realidades políticas, sociales y económicas.

g) Fue diseñada para una dictadura y, como consecuencia, no era el instrumento adecuado para entrar al anhelado y necesario cauce democrático y de modernización del país.

h) Está plagada de errores, omisiones, trucos y conceptos vagos de difícil precisión, por lo que resultaba imposible corregirla en una reforma parcial.

i) La reforma parcial presenta dos inconvenientes: la Constitución reformada no tendría la necesaria armonía que debe tener toda Constitución o ley, pues estaría compuesta por la parte democrática de la reforma y por la totalitaria de las disposiciones no reformadas. Sería una mixtura ideológica contradictoria e inaplicable.

j) Por la parte totalitaria se podría vaciar en mayor o menor medida el contenido democrático de la reforma.

---

<sup>25</sup> Cn. de 1905.

k) No se pueden cambiar por una reforma parcial las bases fundamentales de la Constitución, lo cual representa en la realidad una reforma total que sólo puede hacer una asamblea constituyente y no el constituyente reformador (asamblea ordinaria). Tal proceder representaría una revolución o un golpe de Estado. Para convertir la actual Constitución en una democrática, que es lo que quiere el pueblo, es necesario que se cambien sus bases y valores fundamentales, lo que sólo puede hacerse por una Constituyente. Si lo que se pretendía hacer eran reformas superficiales, representaría una burla para el pueblo, y para la Constitución.

La distinción que hace la Constitución entre reforma total y parcial tiene por objeto limitar al poder reformador de la Constitución e impedir que desaparezca la identidad de la misma. Es más cualitativa que cuantitativa, porque apunta más a la esencia que al número de artículo. Pero claro está que si se reforman ochenta o cien artículos es difícil que no se modifiquen o deroguen principios fundamentales, lo que le está vedado al poder reformador de la Constitución.

Es conveniente tener presente que la Constitución no es un instrumento político neutral expuesta a transformaciones caprichosas. Por el contrario recoge los valores fundamentales de la sociedad, en forma explícita o implícita, que no pueden ser derogados por el poder reformador o cualquier otro constituido.

l) No existía legitimidad para hacer la reforma y menos capacidad para ponerla en práctica bajo las circunstancias en que se estaba realizando: i) La composición de la Asamblea Legislativa provenía de una organización hecha al margen de la Constitución (el golpe político a la Asamblea). ii) Los diputados no tenían ninguna relación o compromiso con el electorado que depositó su voto, pues fueron postulados de dedo en virtud de compromisos políticos y no por su respaldo electoral y el pueblo votó prácticamente por el Presidente y Vice-Presidente, ignorando la lista de diputados. iii) Se hizo la reforma por una mayoría legislativa nominal (devaluada) que no tenía el respaldo necesario electoral y del pueblo en general, como se demostró en las elecciones regionales de la Costa Atlántica en 1994. iv) Faltaba el referéndum que no se encontró contemplado en los planes de los que impulsaban la reforma, si aceptaba la tesis de su necesidad apoyada en el principio fundamental del art. 2 Cn.

Los miembros de la asamblea constituyente deben estar conscientes de que la constituyente no significa una simple toma del poder con fines patrimonialistas por un grupo o grupos de políticos para sustituir a otros, menos bajo las circunstancias nacionales e internacionales en que se desenvuelve el mundo. Es algo más. Es el establecimiento de la democracia, de una verdadera democracia real y participativa, no de una democracia de papel que sólo aparece en los textos constitucionales. El delegado a la constituyente debe ser práctico, creativo y sincero, identificado con su pueblo. Los temas torales que debe considerar y consagrar, entre otros, son los siguientes:

a) Un sistema prudente de revocación de las autoridades nombradas por elección popular, con excepción del Presidente y Vice-Presidente.

b) Un sistema de incompatibilidades que llegue hasta la destitución del funcionario.

c) Tiene que cambiar la estructura de la Asamblea Legislativa sobre las bases siguientes: i) Mayor responsabilidad y contacto político del diputado con el pueblo, lo cual puede lograrse mediante: su elección por Distritos o Departamentos; o por un sistema mixto de elegir la mitad de diputados por distritos y la otra mitad por circunscripción nacional; o la renovación de la mitad de diputados a mitad del período; o por la revocación de su mandato cuando no cumple con sus funciones. ii) Mayor respaldo técnico de los otros poderes del Estado y de la sociedad civil en sus labores. iii) Terminar con la delegación de los poderes legislativos al ejecutivo.

d) Debe terminar con la preponderancia del poder ejecutivo y establecer un verdadero equilibrio de poderes. En general debe perfeccionar el sistema presidencialista que hasta el momento ha resultado ineficaz en sus tareas políticas, sociales y económicas por su centralismo.

e) Conviene consagrar una lista abierta de derechos políticos, sociales y económicos garantizados con instrumentos procesales y políticos adecuados.

f) Consagrar una auténtica independencia del poder judicial mediante la carrera judicial, inamovilidad de los magistrados y jueces, un gobierno independiente del poder judicial y un porcentaje adecuado del presupuesto nacional con rango constitucional.

g) El establecimiento de lo contencioso administrativo dentro del poder judicial para controlar la legalidad de la administración pública.

h) La creación del Defensor del Pueblo como contralor político de la administración pública, nombrado por la Asamblea Legislativa con la facultad de controlar de oficio o a petición del pueblo la legalidad de la administración pública, solicitar sanciones e interponer los recursos de amparo, de inconstitucionalidad y de exhibición personal.

i) La creación de un Tribunal Constitucional o de una sala Constitucional en la Corte Suprema, encargada de velar por el efectivo cumplimiento de la Constitución.

j) Establecer una Procuraduría General de Justicia y una Contraloría General de la República independientes.

k) Profesionalizar al Ejército, democratizarlo y someterlo a la autoridad civil.

l) Establecer con rango constitucional una economía de mercado.

m) Consagrar un sistema educativo más eficiente, libre y con participación de la iniciativa privada.

n) Debe establecerse como obligatoria en los centros de estudios la educación cívica y la promoción de los valores democráticos;

ñ) Resolver el problema de la propiedad;

o) En general, hacer un cambio o revisión de las instituciones fundamentales para establecer un gobierno de leyes y no de hombres.

## **11. Sus órganos**

Dos grandes corrientes de pensamiento se han confrontado para determinar la forma en que el pueblo ejercita el derecho de soberanía; a saber:

a) La tesis del principio democrático de la soberanía popular, propiciada por los colonos puritanos de Norteamérica, según la cual el ejercicio del poder constituyente precisa de la intervención directa del pueblo, por lo que no sería suficiente la aprobación de la Constitución por una asamblea constituyente, pues requiere además la ratificación del pueblo (titular de la soberanía y del poder constituyente) por medio de un referéndum. Ni la constituyente ni ningún órgano representativo sería depositario de la soberanía popular.

b) La tesis de Sieyès, que le atribuye la soberanía a la nación y no al pueblo, la cual por ser abstracta expresa su voluntad por medio de representantes. De aquí que la potestad constituyente sólo puede ejercitarse a través de Asambleas integradas por representantes de la nación, lo que significa que el poder constituyente que reside en el pueblo y lo ejercita directamente, pasó a ser el poder de la asamblea de delegados de la nación (asamblea constituyente). Esta tesis triunfó en el constitucionalismo europeo posterior porque satisfizo a la burquesía triunfante, fue aceptada luego por la democracia de partidos. Se apoderaron de las asambleas y apartaron al pueblo, quedando prácticamente como depositarios de la soberanía popular.

La doctrina y el Derecho Constitucional Comparado registran la existencia de varios sistemas o formas en que aparece el poder constituyente destinado a hacer una Constitución: a) El pueblo en una asamblea aprueba la Constitución. Imposible de aplicar en la democracia moderna que funciona en países de numerosa población, y en la mayoría de los casos, con considerable extensión territorial. b) El pueblo en elección popular directa nombra sus representantes a una asamblea constituyente que hará la Constitución. Es el sistema de nuestro constitucionalismo y de otros países. c) Aprobada por la constituyente, la Constitución se somete a la consulta popular por medio de un referéndum. Se ha usado en varios países.

En el constituyente destinado a la reforma parcial se conciben los sistemas siguientes: a) Participa la asamblea legislativa y el pueblo en una consulta popular, para

iniciar la reforma o para aprobarla; b) Se disuelve la asamblea legislativa y se convoca a elecciones de nuevos diputados para que aprueben las reformas; c) Se convoca a una constituyente especial; d) La asamblea legislativa aprueba las reformas bajo un procedimiento especial y gravoso.

Siempre es recomendable en las reformas constitucionales consultar al pueblo, por medio de un referéndum, pues les concede mayor legitimidad. Así se hace en algunos países.

## **12. Las mutaciones, fraudes, quebrantamientos y suspensiones constitucionales**

### **A. Mutaciones o modificaciones constitucionales no formales**

El tema de las mutaciones ha sido tratado por la doctrina pero está cuajado de problemas, pues no existe un concepto unívoco de mutación, una tipología de las mismas y un criterio sobre sus alcances y validez jurídica.

La Constitución surge de acuerdo con las condiciones existentes al tiempo de su promulgación, y por muy futurista y elástica que sea no es posible que contemple todo lo que va surgiendo de la realidad con el correr del tiempo. Por tal razón tiene que acomodarse a la nueva realidad de los cambios. Este acomodamiento se hace por medio del procedimiento de la reforma o al margen de ésta por medio de las mutaciones que se dan con más frecuencia que las reformas cuando éstas no llegan a tiempo. En las reformas se cambia el texto de la Constitución. En las mutaciones se produce un cambio o modificación en el contenido de la norma, pero el texto legal continúa siendo el mismo. La praxis política modifica o transforma la realidad jurídica y la normatividad constitucional.

Las constituciones contienen normas enunciativas que es necesario desarrollar por actos legislativos y otras veces normas que remiten a la ley ordinaria para su desarrollo. En tales supuestos es posible que se den dos casos: que el acto normativo sea abiertamente contrario a la Constitución, o que introduzca modificaciones por vía de interpretación. Lo primero da lugar a una inconstitucionalidad y lo segundo es aceptable, como cualquier otra mutación hecha por esta vía. Una misma norma puede dar pie a varias interpretaciones dentro del ámbito constitucional.

Las mutaciones pueden provenir de los órganos estatales mediante actos jurídicos (leyes, reglamentos, sentencias de los tribunales de justicia); de las denominadas convenciones políticas, propias de Inglaterra, pero que según la doctrina se aplican también en donde existen constituciones escritas; y por la costumbre. Existen varios tipos de mutaciones:

a) Las prácticas políticas que llenan una laguna constitucional por no existir regulación constitucional sobre el caso. No se oponen formalmente a la Constitución. Ejemplo: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes creado por la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Norteamérica; la práctica hasta la enmienda 22 de que el Presidente no puede gobernar por más de dos periodos.

b) Las prácticas políticas contrarias abiertamente a la Constitución. Ejemplo: en España el art. 67.2 prohíbe el mandato imperativo, pero los diputados se sienten obligados a seguir los dictados del partido.

c) Mutaciones por desuso o imposibilidad de ejercicio de las competencias y atribuciones consagradas en la Constitución.

d) Mutaciones mediante interpretación de una norma dándole un contenido diferente al pensado al momento de su promulgación. Generalmente las Cortes Supremas de Justicia realizan este tipo de mutación.

e) Mutaciones que se dan entre disposiciones, surgidas de una transacción política, aparentemente contradictorias en virtud de las cuales se consagran marcos de diferentes pensamientos dentro de los cuales pueden actuar los partidos políticos según su orientación política. Ejemplo: el art. 38 de la Constitución española reconoce la economía de mercado y en los arts. 128 y 135, por el contrario, protege los intereses del sector público y la planificación. El mayor desarrollo de un sistema produce mutación en el otro.

El problema de los límites de las mutaciones es de gran interés. No se puede admitir que lo fáctico destruya el orden constitucional. El sistema puede recoger la mutación por medio de la reforma o tolerarla hasta que el conflicto entre la mutación y la norma estalle, en cuyo caso debe prevalecer la norma.

En Nicaragua son muchas las mutaciones constitucionales que se han dado por vía legislativa o ejecutiva en los gobiernos anteriores bajo la Constitución no reformada, al pasar de la economía dirigida y planificada a la economía de mercado. Algunas otras modificaciones fueron abiertamente violatorias de la Constitución: antes de la reforma constitucional de acuerdo con el art. 115 Cn. sólo podían crearse impuesto por ley (reserva legal), pero el ejecutivo decretaba impuestos con base en el art. 150 inc. 4 Cn. que lo autoriza en forma general a dictar decretos con fuerza de ley en materia fiscal, a pesar del carácter expreso, preferente y especial del citado art. 115 Cn.; el art. 187 Cn. consagra la acción popular en el recurso de inconstitucionalidad de la ley o reglamento, sin embargo la Ley de Amparo que lo desarrolla, y que es de menor rigidez y dureza, la restringe al agraviado en sus derechos<sup>26</sup>.

## **B. Fraude constitucional**

Consiste en el empleo del procedimiento de la reforma constitucional para establecer un nuevo ordenamiento constitucional, sin violar el sistema de legalidad regulado.

---

<sup>26</sup> Art.6 LA.

### **C. Quebrantamiento constitucional**

Se da el quebrantamiento cuando a la norma general se le viola al establecerse una excepción para supuestos concretos.

La puede autorizar la Constitución, en cuyo caso es admisible, o se establece por medio de una reforma constitucional, lo que no es admisible.

En la excepcionalidad pueden ser violados los principios de generalidad de la ley y el de igualdad.

Carl Schmitt es riguroso en el rechazo del quebrantamiento o ruptura, al no admitir una disposición constitucional o una ley de reforma, no para derogar un precepto, sino para poder violarlo y no cumplirlo en ciertos casos, la cual no es una norma por carecer de la generalidad inherente al concepto de ley.

### **D. Suspensión constitucional**

Por medio de la suspensión dejan de aplicarse ciertas normas constitucionales en forma temporal. Ejemplo: el Estado de Emergencia en el que se suspenden una serie de derechos y garantías constitucionales. En Latinoamérica este fenómeno adquirió permanencia y causó mucho daño a los derechos humanos y a la democracia. Ultimamente la situación ha mejorado sensiblemente.





## **Capítulo V**

### **Estado unitario y compuesto**

SUMARIO: 1. Conceptos. 2. Breve historia del Federalismo. 3. Naturaleza jurídica del Estado Federal. 4. Génesis del Estado Federal. 5. Relación entre la Federación y sus miembros: A. Relaciones de coordinación. B. Relaciones de jerarquía. 6. Organos del Estado federal. 7. Estado federal y Estado confederado. 8. La autonomía.

#### **1. Conceptos**

El modelo normal de Estado es el unitario, que nace en Europa como forma de liquidar el policentrismo feudal, y que se manifiesta por la unidad de acción política y una sola estructura de poder. Como consecuencia existe una sola Constitución, un único ordenamiento jurídico para todo el país, una sola Corte Suprema de Justicia, una Asamblea Nacional, una sola administración. Se admiten descentralizaciones administrativas del gobierno nacional y de tipo territorial por medio de departamentos, municipios y provincias.

En el Estado compuesto existen varios centros de acción política y una estructura compleja de organización. Coexisten órganos de poderes generales, centrales y locales. Ejemplos de los primeros: la Corona y el Tribunal Constitucional; ejemplos de los segundos, el Gobierno y el Congreso Nacional; ejemplos de los terceros, los tribunales, gobiernos y asambleas locales o estatales. El ordenamiento jurídico también es complejo, pues existe una Constitución y leyes federales o nacionales, y constituciones y leyes estatales o locales (o estatutos de autonomía). Pero todo este complejo cuerpo legislativo forma parte de un ordenamiento único y coherente.

#### **2. Breve historia del federalismo**

Los antecedentes del federalismo, en la teoría y la práctica de ciertas uniones, los encontramos en Altusio, Grocio, Montesquieu y Rousseau, entre otros, y en las uniones de Holanda, Alemania y la Liga Suiza.

Montesquieu, en su *Espíritu de las Leyes*, pensaba en la república federativa para la defensa exterior (guerra) de los países pequeños, y el deterioro de las repúblicas grandes por defecto interno. Por eso decía que la república federativa tiene las ventajas internas de la república y el poderío exterior de la monarquía. Señala dos requisitos de la federación: Estados de la misma naturaleza (homogéneos) y republicanos en sus estructuras.

Rousseau, además de ver en la federación una forma de defenderse de los estados grandes y eliminar la debilidad de los pequeños, piensa que permite la democracia directa (autodemocracia).

Pero la verdadera aplicación práctica del federalismo se da con la Constitución norteamericana de 1787. Ni las polis griegas, ni el precedente de Suiza (federada hasta 1874), se pueden señalar como antecedentes prácticos. El federalismo norteamericano es una fórmula intermedia entre el Estado unitario y la confederación.

### **3. Naturaleza jurídica del Estado Federal**

Se conocen tres posiciones: algunos sostienen que la federación no es un Estado, sólo son estados los miembros de la federación; otros que solamente la federación es Estado; y quienes sostienen que son estados tanto la federación como de los miembros de la misma.

### **4. Génesis del Estado federal**

El Estado federal puede nacer en dos formas: por la unión de dos o más estados independientes; o por la federalización de un Estado unitario.

Los instrumentos jurídicos para formalizar la federación en el primer caso son: a) el tratado internacional entre los estados que documenta la unión; b) la Constitución. Así se hizo en los Estados Unidos y en la Unión Soviética.

### **5. Relaciones entre la federación y sus miembros**

La doctrina distingue tres tipos de relaciones: relaciones de coordinación, relaciones de jerarquía y relaciones de cooperación.

#### **A. Relaciones de coordinación**

Las relaciones de coordinación se refieren a la distribución de competencias y a la existencia de un parlamento bicameral.

La distribución de competencias, dentro de las variantes posibles, podría ser de la manera siguiente:

a) Legislación sobre materias exclusivas de los entes miembros, cuya ejecución puede corresponder a estos o a la federación.

b) Legislación sobre materias exclusivas del Estado federal.

c) Competencias compartidas de órganos de niveles y competencias distintos dentro de una misma función. Ejemplo: el Congreso Federal dicta una ley básica, que los congresos de los miembros desarrollan.

d) Puede suceder que unos y otros órganos sean competentes sobre una misma materia, bajo una misma función, pero en aspectos distintos. Ejemplo: la

unión regula la apertura de espectáculos públicos, y los miembros su adecuación a los planes urbanísticos.

e) Se plantea también el problema de competencia indistinta, en virtud de lo cual los órganos pueden actuar en forma igual e incluso simultáneamente, exigiéndose la debida coordinación para no entorpecerse.

Se presentan colisiones entre leyes de diferentes niveles (federales y locales), lo mismo que lagunas legales por no aparecer asignada una materia propia de competencia. Las constituciones generalmente regulan ambos problemas. Con relación al primer problema, se acepta que si la interpretación no logra la solución, se aplica la regla de prevalencia del Derecho federal. Con relación al segundo, se dan dos soluciones: la laguna se colma atribuyendo las competencias residuales que no encuentran ubicación a la federación o a los miembros de ésta. En los Estados Unidos se acoge ésta última solución.

## **B. Las relaciones de jerarquía**

Las relaciones de jerarquía tienen las manifestaciones siguientes:

a) Las constituciones de los estados miembros se someten a la Constitución federal aprobada por el poder constituyente federal. Por ejemplo: las constituciones de Estados Unidos y de Suiza imponen la forma republicana a sus estados y cantones, respectivamente.

b) La federación está facultada para emplear la fuerza coercitiva (incluyendo la armada) y obligar a los estados federados al cumplimiento de la constitución y las leyes federales.

c) El Derecho federal tiene primacía en los entes territoriales, incluyendo sus constituciones, en el supuesto de conflicto que no puede resolverse mediante la determinación de una norma aplicable.

d) Existe una vigilancia e inspección federal sobre las actuaciones de los miembros, principalmente sobre la administración.

## **6. Organos del Estado federal**

Los órganos del Estado federal son de dos tipos: órganos federales y órganos de los entes federados. Los órganos federales son los siguientes:

### **A. El poder ejecutivo**

Este puede tomar formas diferentes: la presidencial como en Estados Unidos; la de gabinete, con el liderazgo de un Primer Ministro o Canciller; o la colegial de Suiza.

## **B. El parlamento**

El bicameralismo es la que mejor responde al Estado federal<sup>1</sup> y en la cámara alta los estados son representados generalmente en forma igualitaria<sup>2</sup>.

La cámara baja representa al pueblo de la unión y la cámara alta o federal representa a los miembros<sup>3</sup>.

## **C. El tribunal supremo federal**

Este tribunal dirime los conflictos entre los estados miembros y entre éstos y la Federación, lo mismo que los conflictos que se presenten por aplicación del Derecho federal, por ejemplo en Estados Unidos es la Suprema Corte y en Alemania el Tribunal Constitucional Federal.

Los órganos de los entes miembros generalmente se dotan de una estructura similar al federal. Están dirigidos por gobernadores electos y no por meros delegados o administradores, y su parlamento puede ser unicameral.

## **7. Estado federal y Estado confederado**

Otra forma de organización estatal es la confederación. Para conocerla haremos una breve comparación con el federal. Veamos:

**A. La confederación nace de un tratado en virtud del cual se hace la unión de dos o más Estados para coordinar su política en las cuestiones acordadas, los cuales siguen siendo sujetos de Derecho Internacional; en cambio, en el federal, sólo es sujeto del Derecho Internacional el Estado federal, y el único que ejerce soberanía.**

**B. La confederación carece de los elementos necesarios del Estado: territorio, pueblo, poder soberano, ordenamiento jurídico que vincula a los ciudadanos; en cambio, en la federación existen tales elementos, lo cual la convierte en Estado.**

---

<sup>1</sup> En la doctrina existen dos posiciones con relación al tema: unos sostienen que es consustancial al Estado federal la estructura bicameral del Congreso; otros piensan que tal criterio no es cierto pues bien puede ser monocameral, siempre que se mantenga el principio de participación estatal y la organización sea adecuada, lo que se ilustra con la anécdota en la que Washington le respondió al criterio monocameralista de Jefferson vertiendo el café de una taza en un plato, el cual enfrió el café como una segunda cámara enfría a la primera, con lo cual se quiere demostrar que el propósito del bicameralismo es frenar a la cámara popular y no tanto representar a los estados miembros.

<sup>2</sup> La igualdad no se da en todos los sistemas. Por ejemplo, en el Bundesrat (Parlamento) alemán los Länder (estados) tienen entre tres y cinco escaños, lo cual no es paritario ni proporcional a su población.

<sup>3</sup> Los procedimientos para nombrar a los miembros de la cámara alta son de diferente naturaleza: elección por sufragio directo, designación por las asambleas de los estados miembros, designación por los gobiernos de los estados miembros, y sistemas mixtos que combinan los procedimientos señalados. Cuando son nombrados por los entes federados se tornan dependientes de los intereses locales; por el contrario, cuando surgen de elección popular son más independientes de dichos intereses, aunque pueden ser absorbidos por los partidos políticos.

**C. El tratado de creación no puede ser modificado por la confederación, solamente por el acuerdo unánime de sus miembros; por el contrario, no suele ser necesaria tal unanimidad de los entes federales por reformar la Constitución federal.**

## **8. La autonomía**

La autonomía, tal como lo consagra nuestra Constitución, no es ni soberanía, ni el surgimiento de un nuevo Estado. Es un principio de descentralización política y administrativa.

Nace con la Constitución política de 1987, para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica. Su régimen autonómico es organizado por una ley que, de acuerdo con la Constitución, debe contener, entre otras regulaciones, las atribuciones de sus órganos de gobierno, sus relaciones con el poder ejecutivo y legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Esta ley requiere para su aprobación y reforma de la mayoría especial para la reforma de las leyes constitucionales, fue dictada bajo el nombre de Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica (Ley No. 28 del 7 de Septiembre de 1987).



## Capítulo VI

### Gobierno y estabilidad

SUMARIO: 1. Ideas preliminares. 2. Características de nuestro constitucionalismo. 3. Impacto de las reformas: A. Impacto legislativo. B. Impacto político. a) Peligro de un gobierno de Asamblea. b) Instituciones del gobierno semirepresentativo. c) El quórum. d) Decisiones generales. e) Reformas a la Constitución. f) Nombramiento de ciertos funcionarios. 4. Gobernabilidad.

#### 1. Ideas preliminares

A través de la historia el poder se ha estructurado de diferentes formas de acuerdo a las condiciones espirituales y materiales imperantes, fundando su legitimidad en mitos religiosos, en conceptos filosóficos, económicos, históricos, raciales, etc. (estado de naturaleza, leyes de la historia, desembocando algunas en la utopía<sup>1</sup>).

No se trata aquí de clasificar y estudiar las distintas formas de gobierno porque tal tarea no es parte de nuestro estudio, y además resulta imposible debido a la aparición y desaparición de sistemas, la falta de criterios que puedan presentar semejanzas con todas las formas de gobierno que en la historia se han dado, y la complejidad de funciones que asume el Estado moderno. Tampoco de emitir un juicio valorativo sobre las mismas.

No obstante, someramente y como introducción al tema se harán algunas clasificaciones para poder imaginarse en diferentes épocas las inestabilidades y cambios que sufren los sistemas de gobiernos, sus formas puras e impuras, su duración y efectividad, etc.

Sartori dice que son tres las posiciones que pueden adoptarse: a) Que todos los sistemas son buenos, apoyada en la filosofía relativista e historicista, según la cual cada forma de gobierno es adecuada a la situación histórica de la que es resultado. b) Que todos los sistemas son malos, seguido por Platón, quien sostiene que todas las formas son malas en cuanto son una degeneración de la forma óptima que es la ideal. c) Que algunas son buenas y otras son malas, seguida por Aristóteles, quien además establece un orden jerárquico de sistemas (de lo bueno a lo malo, de lo malo a lo bueno).

---

<sup>1</sup> El mito ha jugado un influyente papel para explicar ciertos fenómenos o hechos en el campo de la filosofía, la historia, la política, el psicoanálisis, etc. Integra, moviliza y esclarece a pueblos o grupos y contribuye a la explicación de muchos casos. Por ejemplo: el mito de El Dorado contribuyó a la conquista y colonización de América. El mito de Santiago contribuyó a la historia de España. El mito de Protágoras justifica la democracia al mandar Zeus a Hermes a distribuir por igual al género humano las virtudes y la justicia. El mito de sacrificio de Porus justifica la división de castas sociales. El mito del carácter mesiánico del Emperador romano. El mito del Ungido del Señor y Vicario de Dios. El mito del pueblo elegido, el de la raza elegida y el del partido elegido (comunista). Los complejos de Edipo y Electra. El mito de Antígona del cual se derivan los antecedentes del Derecho natural. El mito de Cakravartin para terminar con la guerra entre los reinos y unirlos en un solo salvador, lo que lleva la paz y el bienestar.

No faltan políticos que creen en la formulación de un modelo de Estado óptimo: a) Se puede formular mediante la idealización o mediante un modelo histórico como el de Atenas, Esparta, la República romana, la República de Venecia en el renacimiento, la monarquía inglesa de la época moderna. El Estado soviético sirvió como modelo de Estado ideal, pero se destruyó junto con sus seguidores. b) Otra forma ideal es tomando los elementos de los otros sistemas buenos (sistemas mixtos). c) Existe también la construcción intelectual de un Estado ideal hecha por políticos, poetas o historiadores. Generalmente son utopías y como tales no existen ni existirán<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La idea de la organización del Estado es expuesta por Platón en la República. Acepta tres clases sociales: los productores o ciudadanos ordinarios; los soldados o auxiliares; y los gobernantes (magistrados sabios). A ellos respectivamente les corresponde las virtudes siguientes: la templanza, el valor y la prudencia. Se desarrolla en tres etapas: a) se crea una aristocracia del talento. Los ciudadanos superiores reciben educación esmerada y especial, se pueden convertir en soldados o gobernantes. b) Los guardianes viven sin propiedad privada y vida familiar. c) El filósofo pasa a ser rey de la ciudad filosófica. d) Los hombres inclinados a la filosofía son educados para el gobierno. Platón se inclina por la abolición de la propiedad privada y muestra simpatía por la comunidad de bienes, de las mujeres y niños. El Estado platónico es totalitario y se le acusa de que muchos dictadores se han inspirado en él, aunque Kelsen lo defiende. Se estima que es totalitario porque interviene en forma absorbente en el modo de ser y de vivir del hombre; sin embargo no concibe al Estado con un fin totalitario y busca la perfección y felicidad de las personas. Platón formuló dos tipos de Estado: uno ideal, en La República, en su juventud; otro plan de Estado posible en su vejez; Campanelle formuló otro tipo de Estado imaginario (la ciudad del sol) rodeado por siete murallas dedicada cada una a un astro. Existe un jefe supremo (llamado el Sol), asistido de tres príncipes del mismo rango: Pon, Sin y Mor (poder, sabiduría y amor). El primero se ocupa de los ejércitos; el segundo de los estudiantes y los educa bajo un libro que posee todas las ciencias; y el tercero, del amor y la puericultura. Los habitantes solares renuncian a la propiedad privada porque incrementa el amor propio y arruina la comunidad. Impera la comunidad de bienes. Todos trabajan por igual y no hay amos y siervos y los productos son distribuidos equitativamente. Comparten dormitorios y mesas y visten de la misma forma. Para concluir los conflictos existen magistrados en número y nombre de las virtudes, elegidos por los gobernantes en base a su capacidad y virtudes analizadas desde su niñez. Los niños al terminar la lactancia pasaban a la custodia del maestro. Para ser jefe supremo se necesita de una excelente preparación en todas las ciencias, principalmente en física y teología. Hombres y mujeres tienen entrenamiento militar. Se dedican a la agricultura y dan escasa importancia al comercio, empleando el trueque. Son longevos. Celebraban sus reuniones en asambleas donde participaban los mayores de veintiún años a exponer sus asuntos. Sus leyes son claras y breves. Se aplica la ley del talión. Los juicios son rápidos y no existe cárcel, salvo para los prisioneros de guerra. El pueblo ajusticiaba al condenado a muerte y por eso no existían verdugos. Los magistrados asumen un carácter sacerdotal y se ocupan de la religión. Escuchan las confesiones y al conocer los vicios más frecuentes, tomaban las medidas para evitarlas; La Utopía de Tomás More (1516) se desarrolla en dos libros. En el primero relata los desastres del sistema vigente. En el segundo, pone en boca de Hythlodeo la descripción de un famoso país denominado Utopía. El gobierno de este país se reúne cada tres días para conocer de los problemas públicos. Jamás discuten un asunto sin antes de tres días de ser propuesto para poder estudiarlo. El trabajo es obligatorio y la jornada laboral es de seis horas al día, divididos en dos jornadas. La abundancia es tan grande que nadie tiene nada, no existe dinero. El oro y la plata, no los ven como metales preciosos. Son despreciados y ocupados para anillos, candeleros y hasta a los reos se les ponían diademas de oro y en tanto mayor cantidad llevaban cuanto más infamantes eran sus delitos. Los enfermos y ancianos están cuidadosamente atendidos en buenos y amplios edificios. Si el enfermo es incurable y sufre mucho, los sacerdotes y magistrados lo invitan a la muerte, pues esta no es motivo de tristeza sino de alegría, pues existe una mayor felicidad ultraterrena. La familia es sagrada y monogámica. El matrimonio es indisoluble, salvo adulterio y por incompatibilidad. Los utópicos son cultos y aprenden griego. Tienen ejército bien organizado, pero en caso de guerra llaman a mercenarios; El Estado ideal de los ecologistas (1975); La sociedad sin represión imaginada por Freude; La sociedad sin Derecho, clases, propiedad privada ni Estado del comunismo, poco explicada; El nuevo reino de Joaquín de Fiore (1145-1202), el cual será puramente espiritual lleno de amor, alegría y libertad. Voluntariamente la gente será pobre y, como consecuencia, no habrá trabajo ni riqueza. Llegará el sábado de descanso y cesará las instituciones de la vida activa como el imperio y la ciencia; El alma del hombre bajo el socialismo, de Oscar Wilde, donde espera una comunidad en la cual resulte difícil la pobreza, se suprima la propiedad privada y las penas. Aflorará el individualismo que permite el desarrollo de la personalidad y preferencia de cada persona. Manifiesta aversión a todo tipo de gobierno y autoridad.



En la antigüedad la clasificación atendía el número de personas que ejercían el gobierno. Así, Herodoto al referirse al diálogo entre Otanes, Megabizo y Darío, atribuye al primero la defensa del gobierno del pueblo y la crítica de la monarquía; al segundo la defensa de la aristocracia, rechazando el gobierno del pueblo, el que no sabe lo que hace ni porque lo hace; y el tercero argumenta en favor de la monarquía como la mejor forma de gobierno.

Platón formula seis formas de gobierno. Dos que representan la Constitución ideal: la monarquía (uno tiene el mando sobre los demás) y la aristocracia (el mando en manos de varias personas).

De las anteriores, que son las puras o ideales, se derivan cuatro corruptas: la oligarquía es la forma corrupta de la aristocracia; la democracia es la corrupción de la politeía (gobierno del pueblo en su forma buena) y la tiranía de la monarquía; la timocracia, derivada de la aristocracia. La timocracia (del griego, Timos, honor), es una especie de transición entre la constitución ideal y los tres corruptos. El gobierno de Esparta es un ejemplo de timocracia, con el vicio de privilegiar y honrar más a los guerreros que a los sabios. Fue admirado por Platón y le sirvió de modelo para formular su Constitución ideal.

Para la tesis tradicional, las seis formas se alternan. En cambio Platón piensa que de la forma ideal (la aristocracia) se pasa a las formas corruptas continuamente hasta llegar al último eslabón de la cadena.

Maquiavelo las divide en principados y repúblicas. Aristóteles parte de un criterio estructural y otro teleológico. Las clasifican en formas puras e impuras, las primeras son la monarquía (una persona), la aristocracia (pocas personas) y la democracia (muchas personas). Por el contrario las formas impuras están viciadas, tiene en cuenta el interés de los gobernantes y constituyen una corrupción de las buenas.

Cicerón acepta la clasificación tripartista. Cuando el gobierno es de un solo hombre, éste toma el nombre de rey y se llama al sistema monárquico; si el poder lo ejercen algunos hombres, el gobierno es de la aristocracia; y cuando el pueblo lo dispone todo, el gobierno es popular.

Montesquieu los divide en republicano, monárquico y depótico. En el primero el poder lo tiene todo o parte del pueblo, en el monárquico gobierna una sola persona, sujeto a leyes fijas y preestablecidas, en el depótico gobierna uno solo, sin leyes ni frenos, bajo su capricho.

Locke distingue como forma de la república a la perfecta democracia, la oligarquía y la monarquía.

En el Contrato Social, Rousseau se refiere a la aristocracia y a la monarquía. Entiende por democracia el poder depositado a todo el pueblo o a su mayoría.

Cuando el gobierno está en mano de los menos y hay más ciudadanos que funcionarios habrá aristocracia. Cuando el gobierno se concentra en una sola persona se llamará monarquía.

Kant distingue entre autocracia cuando uno manda a todos, aristocracia, cuando algunos iguales entre sí mandan a todos los demás, y cuando todos juntos manden a cada uno y, por consiguiente, cada cual así mismo, habrá democracia.

Con la caída del comunismo, la democracia hoy en día es un ideal político, y la clasificación de gobierno más aceptada es la democracia y la autocracia.

La democracia moderna presenta tres sistemas tipos: el parlamentario de origen inglés, el presidencialista de origen estadounidense y el semipresidencial cuyo prototipo es el francés de la Constitución de 1958.

El primero funcionó bien en los países de origen y en otros que los han tomado como modelo con ciertas particularidades. En los países latinoamericanos el parlamentarismo no ha tenido acogida legal y el presidencialismo adoptado ha sido fuente de inestabilidad, como ha sucedido en Nicaragua. Excepción a esta fragilidad e inestabilidad es Costa Rica.

En el sistema semipresidencial existe un parlamento al que se le reducen y señalan sus facultades en forma taxativa. Por el contrario, el ejecutivo adquiere fortaleza y tiene dos cabezas, un Primer Ministro (Jefe de Gobierno) y un Presidente (Jefe de Estado) electo popularmente.

Sartori propone un semipresidencialismo alternativo o intermitente. Es un sistema de dos motores, cuando el motor del parlamentarismo se apaga, se enciende el del presidencialismo.

Para nuestros países es preferible un presidencialismo mejorado.

En Nicaragua se han formulado catorce Constituciones, tres no nacida y dos proyectos, uno del 1 de Julio de 1848 y otro de 1972 presentado por el Partido Conservador. Las reformas de algunas de ellas han provocado protestas, levantamientos y la Constitución de 1854 (que no tuvo vigencia y pretendía derogar la de 1838) dio motivo a la guerra civil, en la que intervino el filibustero William Walker. Esto es una muestra de nuestra agitada vida política.

No obstante, es preciso hacer una nueva Constitución y dejarla reposar largo tiempo, adaptándola a cada época por buenos jueces y legisladores.

La partidocracia y la corrupción están llevando al pueblo a desconfiar de sus gobernantes. Esto es grave, pues significa un duro golpe a la democracia. En algunos países la desconfianza es mayor que en otros, pero siempre existe.

La confianza o legitimidad surge de un proceso electoral limpio y debe mantenerse durante el período de gobierno. No debemos olvidar que Locke concibió la relación entre los gobernantes y los gobernados como un *trust* o fiducia para una gestión o fin concreto. No la explicó con la técnica de la representación política.

Esta es una confianza racional, no ciega, ni fanática. Se funda en la observación objetiva del pueblo sobre la actuación del gobierno y su posterior valoración. Llega a ser mutua, cuando ambas partes conocen las razones en que se fundamenta la confianza, escapando así de toda sospecha.

Dentro de la explicación de Locke, el pueblo es el titular de la cosa pública (la que siempre conserva) y el gobierno es el fiduciario, al cual el pueblo le confía la gestión del Estado. En el *trust* lo esencial es la confianza, al principio y durante su ejercicio. Sin confianza no hay *trust*. Esta es una figura que nace en el Derecho inglés y hoy, bajo particularidades, se desarrolla en muchísimos países.

En Inglaterra, para analizar y mejorar la confianza y el estilo político, la Cámara de los Comunes nombró un comité precedido por el Juez Nolan, el cual rindió su informe en 1995. Sienta siete principios de la vida pública: el desinterés, la correlativa capacidad de asumir el interés público como objetivo de la actuación personal, la integridad, la objetividad, la responsabilidad, la transparencia, la capacidad de decisión o *leadership*.

Este es un problema que preocupa a buena parte de países, principalmente a los del tercer mundo. Esta situación, unida a la pobreza, ignorancia, insalubridad, presionan sobre el Estado, que si tiene instituciones débiles podría ser desestabilizado.

Es preciso intentar hacer obras de ingeniería política, social y jurídica para corregir los vicios que conducen a la desconfianza y, como consecuencia, a la destrucción paulatina o rápida de las instituciones democráticas. Desde Aristóteles se ha dicho que la democracia es muy frágil y, como consecuencia, hay que cuidarla y practicarla todos los días.

## **2. Características de nuestro constitucionalismo**

Nuestro constitucionalismo presenta las características siguientes:

- a) el ejecutivo ha prevalecido sobre los otros poderes;
- b) el nombramiento de los jueces y magistrados tiene un origen político y el poder judicial ha permanecido en el abandono;
- c) el poder legislativo ha tenido una estructura bicameral en todas las constituciones, excepto en las de 1893, 1905 y 1987, en las que es unicameral, la cual

debe mantenerse mientras no se realiza el proceso de modernización del Estado y la renovación legislativa, porque la Cámara del Senado podrían atrasarlos;

d) unas veces se constituyó el órgano electoral como poder del Estado, en otras no; desde 1894 existe un sistema de defensa de la Constitución atribuido al poder judicial;

e) existe un divorcio entre lo que expresa la Constitución y lo que consagran las leyes o se vive en la realidad política, social y económica, a excepción de la Constitución de 1893 que reflejó el cambio social, político y económico de la Revolución Liberal, por lo que nuestro constitucionalismo ha sido semántico;

f) se recogió un constitucionalismo clásico inspirado en las Revoluciones francesas y norteamericana hasta la Constitución de 1911 y se inició el constitucionalismo social o desarrollado a partir de la Constitución de 1939, el cual se caracteriza por la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales;

g) se ha propiciado una participación cerrada de dos partidos en la disputa del poder, pasando actualmente al pluralismo partidista, pero de tal manera atomizada que pone en peligro el sistema;

h) la democracia representativa es la que ha prevalecido, y hasta en la vigente y su reforma es que se propicia la democracia participativa por medio de los institutos de la democracia semidirecta (plebiscito, referéndum, etc.), aunque no se han practicado.

### **3. Impacto de las reformas**

Las reformas pueden tener un gran impacto en la vida económica, social y política del país. En este apartado me limitaré a algunos aspectos políticos.

#### **A. Impacto legislativo**

La tarea de democratizar y modernizar al Estado no termina con las reformas constitucionales. Es un proceso lento, coherente, firme, bien encaminado, ajustado a nuestras realidades y posibilidades. Empieza por el restablecimiento de la maquinaria productiva dentro de una economía de mercado, acompañado con acciones paralelas tendientes a realizar una agilización del Estado, imponer el libre juego de la democracia, desarrollar la educación ciudadana dentro de los valores democráticos y la implantación de un marco legal que facilite el cambio y que otorgue seguridad y garantice el establecimiento del Estado de Derecho.

Poner en práctica las nuevas orientaciones constitucionales y actualizar nuestra añeja legislación, es una delicada tarea que traerá cambios profundos en el ordenamiento jurídico, que en forma directa y efectiva beneficiará al país. Para realizar-

la, es preciso entre otras medidas, promulgar nuevos códigos y leyes: penal, civil, mercantil, procesal civil, procesal penal una nueva Ley Orgánica de Tribunales; un Código de Ética; un Código Penal y Procesal Penal Militar; modernizar el Registro de la Propiedad Inmueble; reducir y tecnificar el Estado; promulgar las leyes que ordene o requiera la reforma constitucional (Ley de lo Contencioso- Administrativo, Ley Orgánica de la Procuraduría de Derechos Humanos, ya publicada, Ley del Patrimonio Familiar, Ley de habeas data, etc.); etc. Esto es un serio reto para los juristas, el Estado, los partidos políticos y la sociedad en general.

## **B. Impacto político**

La Asamblea Nacional está constituida por 93 diputados nacionales, departamentales y candidatos presidenciales perdedores. En tal supuesto las decisiones serían tomadas en la forma siguiente:

a) Peligro de un gobierno de Asamblea.

**1. La Asamblea Nacional recobra sus facultades perdidas y se le da la oportunidad de convertirse en un gran foro de discusión y decisión de los problemas políticos, sociales y económicos nacionales. Tal protagonismo dependerá mucho del acercamiento de los diputados al pueblo para conocer sus problemas e inquietudes, de su modernización, del mejoramiento considerable de conocimientos y del apoyo electrónico, de la agilidad de los procedimientos para tomar decisiones, del deber que deberá imponerse a todos los otros poderes del Estado para que le brinden la información y asistencia técnica que requieran, de la capacidad y amor de los diputados a su país, y del adecuado presupuesto para atender sus necesidades materiales y de personal idóneo. Sus amplios poderes no deben ser usados para pretender imponer un preponderante gobierno de asamblea, porque rompería el sistema presidencial al terminar con la división y equilibrio de poderes, lo cual puede poner en grave peligro la naciente y enfermiza democracia.**

El gobierno de asamblea es el más desprestigiado de todos. Surge en Inglaterra con el famoso Parlamento Largo (1640-1649), el cual dominó y gobernó como único detentador del poder, y finalizó cuando Cromwell y el ejército lo sometieron. Se da en la Revolución francesa y degenera en la dictadura y el terror de Robespierre. Vuelve a surgir en la Rusia comunista y sus satélites, hoy destruido por el fin del sistema comunista.

En el gobierno de asamblea, ésta tiene dominio absoluto sobre todos los otros órganos estatales, dando al traste con la división de poderes del sistema presidencial o parlamentario. El ejecutivo es designado y destituido discrecionalmente por la asamblea y pasa a ser su órgano ejecutivo o el servidor de su voluntad. Por esto se considera como la estructura ideal para montar y mantener la dictadura de una persona, comité o partido, lo cual explica la razón por que lo adoptaron los países comunistas.

Los Padres de la Patria de los Estados Unidos de Norteamérica se preocuparon de sobremanera por la estabilidad y gobernabilidad del sistema presidencial, porque tenían presente los inconvenientes de algunos excesos de sus preponderantes asambleas, muy susceptibles a la presión popular, y la debilidad de las instituciones ante esta misma presión. Esto los llevó a formular un sistema presidencial fundado en la división de los poderes bajo la técnica de pesos y contrapesos de control, la creación de una cámara del senado, la elección de los senadores no por elección popular directa, sino indirecta a través de las legislaturas estatales, y la elección presidencial también indirecta (colegios de electores)<sup>3</sup>.

En la Constitución non nata de 1911, los representantes creyeron resolver el problema de división del partido provocada por la pugna entre Mena y Chamorro, insertando el artículo 125 que permitía el voto de censura por la Asamblea a cualquier Ministro y como consecuencia su destitución. Este artículo estaba dirigido contra Mena, quien con apoyo de las armas y de sus aliados disolvió la Asamblea. Esta era una institución del sistema parlamentario que se pensaba introducir en el presidencialismo, desnaturalizándolo.

En el art. 138 inc. 27 del proyecto original de las reformas constitucionales recientes se establecía el voto de censura y destitución contra Ministros, Viceministros, Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales.

#### b) Instituciones del gobierno semirepresentativo.

Se conserva el plebiscito y el referéndum<sup>4</sup>. Se agrega la iniciativa popular de ley<sup>5</sup>. Estas instituciones vienen a oxigenar la democracia representativa un poco ahogada por alejarse sus representantes del pueblo, incumplir con las obligaciones impuestas por la naturaleza de su mandato o porque prometen una cosa y hacen otra.

El plebiscito es la consulta directa que se hace sobre las decisiones que dentro de sus facultades dicte el ejecutivo y cuya trascendencia incida en los intereses fundamentales de la nación, según lo establece el art. 139 de la Ley Electoral. La Constitución no establece si es decisorio o meramente consultivo el problema sometido al pueblo, pero de este artículo se deduce que es consultivo, que sólo proporciona un criterio de inspiración para el órgano competente que tomará la decisión definitiva.

Le corresponde al Presidente de la República la iniciativa para que sea aprobado el decreto legislativo en un plebiscito, o directamente al pueblo con un núme-

---

<sup>3</sup> Mitchael L. Mezey. El Congreso en el marco del sistema presidencial norteamericano. «La Democracia Dividida». Editorial Helista. Buenos Aires. Argentina, 1955, p. 23 y sigts. Los deseos progresistas, la inacción y los disturbios de las elecciones de los senadores condujeron a consagrar la elección de los senadores por voto popular directo en virtud de la enmienda constitucional XVII de 1913. Antes de la enmienda, algunos estados introdujeron una forma de preelección senatorial para excluir la acción de sus legislaturas.

<sup>4</sup> Arts. 2 y 173 inc. Cn.

<sup>5</sup> Art. 140 inc. 2 Cn.

ro no menor de cincuenta mil firmas. La Asamblea Nacional aprueba o rechaza tal decreto por la mitad más uno de los diputados presentes, habiendo quórum.

El referéndum es el sometimiento directo que se hace al pueblo de una ley o reforma, de carácter ordinario o constitucional, para su ratificación.

Le corresponde a un tercio de los diputados de la Asamblea Nacional la iniciativa para que se apruebe el decreto legislativo o al pueblo con un respaldo no menor de cincuenta mil firmas. La Asamblea Nacional aprueba o rechaza tal decreto por la mitad más uno de los diputados presentes, habiendo quórum.

Nuestro referéndum es sucesivo, pues se da para conferirle existencia o eficacia a la ley o reforma; es constitutivo porque sólo se refiere a la existencia de una nueva ley o sus reformas; no abrogativo porque no se puede hacer para derogar simplemente una norma vigente sin que sea sustituida por otra; no es obligatorio, sino facultativo, porque la Asamblea, quien decreta la celebración del referéndum, no está obligado a hacerlo para los casos establecidos en la Constitución, solamente puede ser pedido en la forma anteriormente señalada y aún en este caso puede ser rechazado por la Asamblea si no se obtiene la mayoría requerida.

Si la ley o reforma no es aprobada por el pueblo, carecerá de validez o eficacia, no pudiendo entrar en vigencia. De aquí que la votación popular tenga el carácter de una condición suspensiva a la cual se somete la validez o eficacia de la ley o reforma. Si la ley es aprobada, será sancionada y publicada.

El plebiscito y el referéndum serán celebrados por el poder electoral. Para tal efecto, el Consejo Supremo Electoral elaborará el calendario de duración de la campaña, en el cual señalará el día de las votaciones. En todo lo que fuere pertinente, se aplicará la Ley Electoral.

En los plebiscitos y referéndum se declarará aprobada la opción que tenga la mayoría de votos.

La iniciativa popular de leyes está regulada en el art. 140 inc. 4 Cn., en la que se establecen ciertas restricciones, ya que no procede en las leyes orgánicas; las leyes tributarias; las leyes de carácter internacional; ni en las leyes de amnistía e indultos.

A la anterior restricción hay que agregar dos: la Ley Anual del Presupuesto General de la República por ser su elaboración e iniciativa de la exclusiva competencia del Presidente de la República, de conformidad con los arts. 113 y 150 inc. 1 de la Constitución Política; y las reformas parciales o totales a la Constitución, las primeras porque son de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República o del tercio de los diputados, y las segundas porque la iniciativa le corresponde exclusivamente a la mitad más uno de los diputados. Como toda iniciativa de ley puede ser aprobada o rechazada por la Asamblea Nacional.

Actualmente la Asamblea Nacional aprobó un proyecto de ley que reglamenta el mencionado artículo constitucional, elaborado por el autor de este estudio por encargo del prestigioso O.N.G. «Hagamos Democracia». Ya se publicó, con el nombre de Ley de Iniciativa Ciudadana de Leyes (Ley No. 269) en la Gaceta, Diario Oficial, No. 218 del 14 de Noviembre de 1997.

La reforma debilitó el contenido del art. 2 Cn., pues coloca en posesión de inferioridad a la democracia directa en relación con la representativa, las que originalmente eran tratadas en pie de igualdad.

Estas y otras instituciones son aplicadas en Suiza y diversos Estados de la Unión Norteamericana. En este último país, además de las elecciones de autoridades (incluyendo la de jueces en la mayoría de los estados), existen a nivel estatal, local, vecinal, o de barrio, una participación ciudadana en forma pasiva y activa, con antiguas raíces coloniales y revolucionarias.

Por medio de la primera, los funcionarios informan a los ciudadanos de los problemas y planes a resolver, con la finalidad de conocer su opinión.

Por la segunda, el pueblo tiene más iniciativa y participación directa. Entre las instituciones más conocidas tenemos:

i) La asamblea popular, en virtud de la cual los votantes deciden directamente sobre todos los asuntos locales.

ii) Las audiencias públicas para que la población exprese sus opiniones sobre determinados asuntos.

iii) Los comités de consulta *ad hoc* o permanentes para aprovechar la experiencia de ciertos ciudadanos, tener contacto con la comunidad y darle oportunidad al pueblo para participar. El nombramiento de los comités varía: puede ser por designación, por elección o mixto.

iv) La iniciativa, que permite a los votantes promulgar leyes sin la acción del cuerpo legislativo. Puede ser directa, cuando se somete a votación el texto respaldado por un número de votantes, el cual se incluye en las boletas de votación. Es indirecta, cuando la iniciativa se trasmite al cuerpo legislativo, el cual tiene cierto plazo para actuar. Si no lo hace o enmienda la petición, se incluye la petición original en las boletas del referéndum para que los votantes decidan al respecto. Se puede ocupar la iniciativa para la creación o modificación de las leyes fundamentales de los gobiernos locales.

v) La convocatoria, en virtud de la cual se celebran elecciones para que los votantes decidan si los funcionarios deben o no continuar en sus puestos. Las constituciones de catorce estados la reconocen, lo mismo que ciertas leyes constitutivas de los gobiernos locales. Nosotros la conocemos como revocación del mandato.



vi) El referéndum, el cual puede ser de recomendación o decisorio. El primer referéndum se realizó en 1640 en la Colonia de la Bahía de Massachusetts y se usó para someter a los votantes la aprobación de las constituciones hechas por las asambleas constituyentes.

Todas estas instituciones, a pesar de la dura crítica de ciertos estudiosos, aseguran una participación al ciudadano que no la pueden realizar a nivel federal<sup>6</sup>.

c) El quórum. El quórum está compuesto de 48 diputados, que es la mitad más uno de los 93 de acuerdo con el art. 141 inc. 1 C.

d) Decisiones generales. Las leyes, resoluciones, decretos, acuerdos y declaraciones, aprobación de referéndum y plebiscitos requiere para su aprobación de la mitad más uno de los diputados presentes (la mayoría absoluta) de acuerdo con el art. 141 inc. 1 Cn., salvo los casos en que la Constitución exija otra clase de mayoría. Si concurren los 93 se necesitará 48 diputados para obtener cualquiera de las decisiones antes señaladas.

e) Reformas a la Constitución.

i) Reforma parcial. La iniciativa la tiene el Presidente de la República o un tercio de la Asamblea (31 diputados) de acuerdo con el art. 191 inc. 2 Cn. La aprobación de la reforma parcial requiere el voto favorable del 60% (56 diputados).

ii) Reforma total. La iniciativa la tiene la mitad más uno del total de diputados (48), de acuerdo con el art. 191 inc. 3 Cn. La aprobación debe ser hecha por los dos tercios de todos los diputados (62 diputados) de acuerdo con el art. 194 Cn.

f) Nombramiento de ciertos funcionarios.

De acuerdo con el art. 138 incs. 8 y 9 Cn. se necesitan al menos el 60% de todos los diputados (56 diputados) para el nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, magistrados propietarios y suplentes del Consejo Supremo Electoral, Superintendente y Vicesuperintendente General de Bancos y otras Instituciones, Contralor y Subcontralor de la República y al Procurador y Subprocurador de Derechos Humanos.

La aplicación de las reformas constitucionales sufren de parálisis: la famosa Ley Marco suspendió por un tiempo (ya concluido) la aplicación de una buena parte de las reformas constitucionales; otras requieren de leyes ordinarias, o de recursos económicos para implementarlas, los que todavía no existen por la situación del país; otras esperan su plazo de aplicación.

---

<sup>6</sup> Joseph F. Zimmerman. Democracia participativa. El resurgimiento del populismo Limusa, S.A. México, D.F. 1992.

Esta situación ha permitido gobernar en la forma tradicional que se ha hecho en este país, al margen del Estado de Derecho. El gobierno de la Alianza Liberal está fortaleciendo el Estado de Derecho.

Vencido el plazo de la Ley Marco, instalado el nuevo gobierno y dictadas las leyes que pongan en ejecución algunos mandatos constitucionales, el país entró en un juego democrático no visto antes; a saber: un poder legislativo con amplios poderes, los cuales podrían ser utilizados para obstaculizar al ejecutivo si el partido del gobierno no logra hacer la mayoría necesaria en la Asamblea Legislativa; un ejecutivo debilitado, que hasta ha perdido el veto como arma de negociación al disminuir el porcentaje para que la Asamblea lo pueda rechazar de los dos tercios establecidos en la Constitución de 1974 a la mitad más uno del total de diputados exigidos en la actual<sup>7</sup>, la administración pública, universitaria y municipal tendrá el control del Procurador de Derechos Humanos; en virtud del contencioso-administrativo, que tendrá que establecerse, el poder judicial ejercerá un control sobre toda la administración pública; se podrán ver iniciativas de leyes presentadas por ciudadanos; podrán aparecer referéndum y plebiscitos; se tendrá un poder judicial, en el cual el nuevo gobierno no ha nombrado ningún magistrado o juez y no sabemos que actitud podrá tomar frente a la nueva política del Estado cuando le corresponda pronunciarse sobre algunos puntos sometidos a su decisión por medio de los recursos correspondientes (amparo, inconstitucionalidad, etc.); un Contralor nombrado con cierto criterio político por el gobierno actual; instituciones estatales y democráticas muy débiles que ceden ante la presión de la crisis (el poder judicial, la policía, la contraloría, etc.), etc.

El juego democrático hay que ejercitarlo, pero ante las circunstancias actuales de crisis económica, política y social, de desorden e impunidad, estos amplios cauces democráticos pueden ser ocupados, de buena o mala fe, para reclamar y pretender cosas que el gobierno no está en condiciones de otorgar. Esto puede llevar a la ingobernabilidad. Una Constitución que no permita la estabilidad no es buena. La estabilidad es un criterio fundamental para clasificar las constituciones en buenas o malas según promuevan o no dicha estabilidad. Las reformas están puestas a prueba.

Desde la antigüedad, Polibio (siglo II A.C.) se ocupó del tema de la estabilidad de la constitución. Distingue seis formas simples de gobierno, tres buenas y tres malas. Las

---

<sup>7</sup> Históricamente el veto se ha usado poco, pues normalmente el ejecutivo y el legislativo eran controlados por el partido ganador dentro de un sistema bipartidista y electoral propiciatorio de esa situación. No obstante, a partir de 1991 se han dado 16 vetos, de los cuales uno fue aceptado, otro no pudo ser rechazado por faltar la mayoría necesaria, 6 vetos fueron rechazados y los demás están en trámites. Fácilmente puede verse la escasa presión que ha ejercido el veto sobre el legislativo por no exigirse una mayoría especial. En Estados Unidos de Norteamérica, hasta 1988, los presidentes habían hecho uso del veto 2469 veces. De estos 1050 eran vetos irrevocables no sujetos a invalidación por parte del Congreso. Este apenas invalidó el 7% (103 veces) de los casos que tuvo la oportunidad de votar, por lo que la amenaza de un veto en el proceso legislativo otorga al Presidente una importante herramienta de negociación. Es importante aclarar que veto irrevocable es un acto del Presidente cuando se niega a dar su aprobación a un proyecto de ley después que el Congreso dejó de sesionar.

malas surgen de la degeneración de las buenas en un proceso cíclico de sucesión de una a otra. Las buenas son: el reino, la aristocracia y la democracia. Las malas son: la tiranía como degeneración del reino; la oligarquía como degeneración de la aristocracia; y la olocracia como degeneración de la democracia. El ciclo principia con el reinado y termina con la olocracia y se vuelve a repetir con la democracia.

La tesis principal de la teoría polibiana es el gobierno mixto, más duradero y estable que los anteriores, los cuales están sujetos a cambios constantes, pues sufren del grave vicio inherente de la falta de estabilidad por su duración breve y transformación constante de tipos de gobiernos.

Considera a la constitución mixta como buena y toma como modelo la de la Esparta de Licurgo y la romana. Está integrada por las tres formas buenas de gobierno. El rey es frenado por el pueblo y éste a su vez por el senado. El rey encarna el principio monárquico, el pueblo al democrático y el senado al aristocrático. Es un sistema de control de poderes que, aunque no debe confundirse con la moderna teoría de la división de poderes de Montesquieu, obedece a principios semejantes.

El profesor Francis Fukoyama trata del fin de la historia como un proceso único, evolutivo y coherente, lo que no descarta la realización sucesiva de acontecimientos incluso grandes y graves, como tampoco la ausencia en las democracias liberales (en un orden en donde de 193 naciones, 118 son consideradas democráticas y cubren el 55% de la población del planeta) de injusticias o serios problemas por aplicación incompleta de los principios de igualdad y libertad, incluso en las democracias estables. Fundamenta esta tesis en las ideas del filósofo alemán G.W.F. Hegel empleada por Marx. Los dos creen en un final de la historia. Esta no se sujeta a una evolución infinita, tiene su fin. Este fin llegaba cuando se lograba una forma de sociedad que fuera capaz de satisfacer los más caros y profundos anhelos. Para Hegel el fin era el Estado liberal y para Marx la sociedad comunista.

No debemos olvidar que las ideologías políticas van perdiendo valor en el mercado político<sup>8</sup> y los partidos políticos la confianza del pueblo. Esta falta de confianza condujo al legislador a poner a competir al pueblo con los partidos por medio de las instituciones de la democracia semidirecta (plebiscito, referéndum, etc.) y la postulación popular para alcaldes, vicealcaldes, concejales municipales y miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica. Si los partidos no mejoran su rendimiento, el pueblo directamente ocupará buena parte de sus espacios. Para muestra un botón: 54 asociaciones por suscripción popular postularon candidaturas de alcaldes y concejales en las últimas elecciones.

El crecimiento económico, la reducción considerable del desempleo, la salud, la educación, la consolidación del proceso democrático y el reforzamiento del

---

<sup>8</sup> Miguel de Unamuno en 1990 expresaba que la más odiosa tiranía era la de las ideas, por lo que aborrecía a la ideocracia y se proclamaba ideoclasta («La Ideocracia». El Caballero de la Triste Figura. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, España, 1980).

Estado de Derecho, deben ser, entre otras, las principales tareas del presente gobierno. El que gobierne no descansará en un lecho de rosas, pero si lo hace bien se ganará el cariño y el corazón de los nicaragüenses.

Tenemos que ser mejores para recuperar lo perdido. Es preciso que seamos honestos, eficientes y capacitados para gobernar, sobre todo tenemos que hacerlo con amor a Nicaragua.

#### **4. Gobernabilidad**

La inestabilidad puede conducir a la ingobernabilidad. Entendemos por gobernabilidad el manejo adecuado de la democracia de acuerdo a las realidades económicas, sociales y políticas de cada país.

La gobernabilidad tiene tres dimensiones:

##### **A. El ejercicio del poder para gobernar**

La conducción del poder genera gobernabilidad cuando:

i) Se tiene capacidad para atender demandas, resolver problemas o enfrentar situaciones inesperadas.

ii) Efectividad de sus decisiones para evitar distanciamiento con la sociedad y se pierda su confianza.

iii) Las decisiones deben tener la fuerza de modificar el estado de cosas pre-valecientes.

v) Coherencia en el tiempo, haciendo las correcciones.

vi) Aceptación pasiva o activa (manifestaciones, etc.) de las decisiones por la mayoría o sectores particulares beneficiados.

##### **B. Canales e instituciones de participación**

Para este tipo de gobernabilidad deben crearse canales e instituciones que mantengan la relación entre gobierno y gobernados, capaces de absorber las protestas, la inconformidad, sin llegar a la violencia.

Entre los medios más eficaces tenemos a los partidos políticos y las organizaciones sociales. Por eso el grado de gobernabilidad de un país depende de la fortaleza de sus partidos y organizaciones y su comportamiento eficiente con relación al gobierno y a los gobernados.

### **C. Gobierno sin trabas**

Debe evitarse que las diferentes instancias político-administrativas obstaculicen la acción del gobierno. Se presenta cuando diferentes partidos ocupan el poder y se dedican a hacer políticas partidistas y no a resolver los asuntos del país. Puede darse cuando un partido tiene mayoría en la asamblea legislativa y otro controla el ejecutivo.

Es el conjunto de estas tres dimensiones lo que da la gobernabilidad.



## Capítulo VII

### Estado y partido

1. El pluralismo político y los partidos políticos. 2. Naturaleza jurídica de los partidos políticos. 3. Su constitucionalización y regulación. 4. Financiamiento de los partidos políticos. 5. Apertura de los partidos políticos. 6. Control de los partidos políticos. 7. Funciones. 8. El Estado de partido. 9. La partidocracia.

#### 1. El pluralismo político y los partidos políticos

El pluralismo presenta varias manifestaciones: pluralismo político<sup>1</sup>, social<sup>2</sup>, étnico<sup>3</sup>, lingüístico con relación a la Costa Atlántica<sup>4</sup>, religioso<sup>5</sup> y sindical<sup>6</sup>.

Este pluralismo crea cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado o el pueblo. No deja solo al individuo frente al Estado.

Esta concepción está en contraposición con el individualismo de los inicios del liberalismo y con el Estado totalitario, que no aceptan grupos intermedios entre el Estado y el individuo.

Aunque los grupos han operado con anterioridad, el siglo XX es el que ha recogido el pluralismo como uno de sus principios fundamentales.

La organización política de la representación se manifestó en las Cortes de Castilla, en el Parlamento inglés compuesto de lores y comunes, y en los estamentos del Parlamento francés.

El pluralismo entró en contradicción con la teoría monista del Estado, la teoría de la soberanía de Hobbes y con Rousseau que condenaba los cuerpos intermedios. Contrarios a esas ideas se encontraban Montesquieu y Madison. El primero pensaba que los cuerpos intermedios servían para moderar y mantener un equilibrio de fuerzas, ya que lo veía como una de las características que distingue la monarquía de la tiranía. El segundo pensaba que la división de la comunidad en grupos de interés es un medio efectivo para defenderse de la posible tiranía.

Es importante advertir que las declaraciones de Virginia de 1776 y la de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, no consagraron el derecho de asociación. Fueron las primeras y se inclinaron más a Rousseau que a Montesquieu.

---

<sup>1</sup> Arts. 49, 55 y 5 Cn.

<sup>2</sup> Arts. 5 Cn., 49 Cn.

<sup>3</sup> Arts. 5 y 180 Cn. y sigts.

<sup>4</sup> Art. 180 Cn.

<sup>5</sup> Art. 30 Cn.

<sup>6</sup> Art. 87 Cn.

Fueron las leyes de Allarde y Chapelier las que prohibieron las asociaciones de empresarios y trabajadores y extinguieron los gremios. La segunda de estas leyes, en su artículo primero dice que «siendo una de las bases fundamentales de la Constitución francesa el aniquilamiento de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo estado y profesión, queda prohibido establecerlas, bajo cualquier pretexto o forma que fuere». Por su parte, en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791, se declaran abolidas las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos tales como las corporaciones de profesiones, artes y oficios.

La constitución italiana de la post-guerra, y la de Portugal de 1976, consagraron el principio del pluralismo.

Los partidos políticos, los grupos parlamentarios y los clubs políticos son expresiones del pluralismo político. Nuestra Ley Electoral facilita la formación de los partidos y hasta permite la postulación independiente de los partidos en los gobiernos municipales.

El pluralismo no puede penetrar con toda su intensidad en los partidos políticos, pues están hechos para la lucha política en forma unitaria y bajo un solo programa, aunque esto no quiere decir que no se permitan inclinaciones, discusiones y discusiones sobre ciertas materias o problemas.

## **2. Naturaleza jurídica de los partidos políticos**

Este es uno de los temas más discutidos. Se han formulado varias concepciones:

**A. Los partidos políticos son asociaciones voluntarias. Como consecuencia, la voluntariedad está presente en su formación, permanencia y extinción. Son asociaciones privadas.**

**B. Los partidos políticos son órganos del Estado, ya que han adquirido rango constitucional y sus funciones son vistas por algunos autores como de carácter público.**

**C. Algunos autores sostienen que tienen naturaleza mixta: aparecen como asociaciones privadas cuando ejercen ciertas actividades y como instituciones de Derecho Público cuando ejercen otras.**

**D. Otro sector doctrinal, encabezado por Biscaretti, los estima no como órgano del Estado, sino como auxiliares de éste.**

**E. La doctrina más aceptada es la que los considera como asociaciones privadas investidas de funciones públicas.**



El carácter voluntario de su formación, afiliación y de extinción en su caso, el pluralismo político y la independencia respecto del Estado como garantía de la democracia, impiden concebirlos como corporaciones de Derecho Público u órganos del Estado.

**F. Nuestra Ley Electoral los considera como personas jurídicas de derecho público constituidos por ciudadanos<sup>7</sup>.**

### **3. Su constitucionalización y regulación**

La historia de los partidos políticos pasa por varias etapas: época de rechazo, de ignorancia, de legalización en leyes inferiores y por último la constitucionalización.

En la época de iniciación del Estado, correspondiente a la de Inglaterra de finales del siglo XVII y a la de Europa continental a fines del siglo XVIII, la teoría y la práctica negaban en forma absoluta existencia del partido político y de su compatibilidad con el Estado. Esto tiene por explicación la lucha del Estado contra la monarquía absoluta, lo que la obligaba a concentrar y monopolizar el poder sin poderes intermedios.

Para Hobbes el Estado tiene un poder único que no permite competidores, por tal razón condena como injustas las «factions for government». Por otra parte Rousseau, en el Contrato Social, considera al partido como una pandilla que ejerce competencia desleal frente a la voluntad general. El partido incluso era incompatible con el derecho de asociación, congruente con la Ley Chapelier.

Posteriormente el partido es considerado deseable y útil, en la etapa del siglo XVIII en Inglaterra y a la primera mitad del siglo XIX en el Continente. Es en Inglaterra donde aparece la teoría del partido íntimamente relacionada con la existencia del parlamentarismo.

Con la conquista del sufragio universal aparecen los grandes partidos con programas homogéneos, organización extensa y funcionamiento permanente. Sin embargo, comienzan a surgir críticas sobre su función.

El partido pasa a ser un elemento indispensable de la democracia moderna. No obstante, el partido es concebido como un mal necesario, como lo plantean Madison en El Federalista, porque los remedios para impedir su existencia sería peor que la enfermedad. El Estado constitucional no puede vivir sin los partidos.

En Europa el reconocimiento constitucional de los partidos políticos se dio a mediados de este siglo. En nuestro país se reconocieron por primera vez en la Ley Electoral de 1893, la cual tenía rango constitucional, posteriormente son incorpora-

---

<sup>7</sup> Art. 61 L.E.

dos directamente a la Constitución en 1939, como puede verse en el art. 137 de la misma<sup>8</sup>. De ahí en adelante todas las constituciones, exceptuando la de 1911, los contemplan, aunque parcamente como la de 1939.

En algunos países de Latinoamérica las constituciones regulan con cierta amplitud a los partidos políticos señalando sus requisitos de fundación, libertad de constituirse, su funcionamiento y controles. También regulan los movimientos políticos<sup>9</sup>.

#### **4. Financiamiento de los partidos políticos**

Se pueden concebir tres sistemas de financiamiento de los partidos políticos: el financiamiento estatal; el financiamiento privado; y el financiamiento mixto, parte público y parte privado.

El financiamiento estatal es el más aceptable y hasta se podría decir indispensable. Se funda en dos razones fundamentales: el partido ejerce una función pública indispensable en la democracia moderna, pues organiza el electorado; postula candidatos; propone los programas de gobierno y, si obtiene el poder, luchará para desarrollarlo; ejerce control cuando es minoría en el gobierno; evita la influencia peligrosa de poderosos grupos de presión o de organizaciones ilícitas; promueve en cierta forma la igualdad y el pluralismo de los partidos políticos.

Tiene varias modalidades sujetas al criterio del legislador: asigna igual porcentaje a todos los partidos políticos; concede mayor porcentaje a los que obtuvieron

---

<sup>8</sup> En nuestro país las elecciones de las autoridades supremas se hacían en forma indirecta. Esta época inicia con la Constitución Federal de 1824 hasta la Constitución de 1893. A partir de dicha Constitución hasta el día de hoy, las elecciones se celebran en forma directa. Las constituciones de 1838 y 1854 y las leyes electorales dictadas en ese período ignoran a los partidos políticos, callan sobre ellos. La Constitución de 1893 también calla, pero la Ley Electoral de carácter constitucional los reconoce, como ya lo expresamos en el texto. La Constitución de 1911 también calla, pero la Ley Electoral del 5 de abril de 1911 (la cual no es constitucional) los reconoce. La Constitución de 1939 reconoce los partidos políticos y remite a la ley la regulación de su personalidad y derecho, y la definición de los principales partidos políticos, según los términos del artículo 327 Cn. Rechaza bajo sanción la existencia de los partidos de carácter internacional, salvo los que promuevan la unión centroamericana, así lo dispone el art. 50 Cn. La Constitución de 1948, prohíbe bajo sanción la existencia de los partidos internacionales (menos los que promuevan la unión centroamericana), los comunistas y los fascistas. Así lo dispone el art. 100 Cn. El art. 262, expresa lo mismo que el art. 327 de la Constitución de 1939. La Constitución de 1950 dispone lo mismo que la Constitución de 1939, como puede verse en los arts. 116 y 304. La Constitución de 1974 en los arts. 74 y 328 expresan el mismo contenido de los arts. 50 y 327 de la Constitución de 1948 y 1939 respectivamente. El art. 55 de la Constitución de 1987 dispone que los ciudadanos nicaragüenses tienen derecho a organizarse y afiliarse a los partidos políticos, con el fin de participar, ejercer y optar al poder. Las leyes electorales de 1894 hasta el día de hoy reconocen a los partidos políticos, las últimas tienen una regulación amplia de los partidos políticos. La Ley Dodd de 1923 dejó en manos de los partidos políticos la integración de los órganos electorales. Este tipo de organización sirvió de modelo a las leyes electorales de 1950 y 1974 y sus reformas. Pero en el gobierno sandinista por la Ley Electoral de 1984 y Constitución de 1987 pasaron a manos de personas ajenas a los partidos. En la Ley Electoral de 1988 y sus reformas se les concede intervención en los directorios electorales y concejos electorales.

<sup>9</sup> Cfr. Constitución de Colombia (arts. 107 y sigts.). Constitución de Brasil (art. 17). Constitución de Argentina (art. 38). Constitución de Paraguay (arts. 124-126). Constitución de Bolivia (arts. 219-221). Constitución del Ecuador (36-38). Constitución de Honduras (art. 47-50). Constitución de México (art. 41). Constitución de Panamá (art. 132-135).

mayor cantidad de votos o de representantes; impone la obligación de devolver el dinero a los que no tuvieron determinado porcentaje de votos o la representación señalada; se conceden espacios publicitarios en los órganos estatales; así como franquicias postales; se establecen límites al financiamiento estatal concedido a los partidos políticos.

El financiamiento privado proviene de la ayuda de los miembros del partido, de sus simpatizantes, de los negocios del partido, etc. Generalmente, tanto a la participación pública como privada, se le pone límite.

El financiamiento mixto es aceptable, pero debe ser bien regulado con límites adecuados. Pero la parte del Estado debe ser la principal.

## **5. Apertura de los partidos políticos**

El partido político debe abrirse, a sus simpatizantes sin que esto ponga en peligro su unidad de acción y de programa, pues la función representativa de carácter público que ejerce, los obligan a ser accesibles a sus militantes, a los órganos del partido y a la opinión pública en cuanto a las tendencias sociales, económicas y políticas que inquietan a la población. No debemos perder de vista que la participación política en las elecciones y la postulación a los cargos públicos se canaliza por medio de los partidos políticos.

Se señalan algunas condiciones para la apertura: el carácter temporal y electivo por votación de los cargos del partido; una asamblea o convención como órgano superior; libre juego de las corrientes del partido; participación amplia en la formulación del programa; igualdad para participar en las postulaciones de candidatos, aconsejándose la celebración de primarias internas; un órgano de justicia interna con procedimientos y sanciones razonables.

## **6. Control de los partidos políticos**

La intensidad del control depende de la concepción que se tenga de los partidos políticos y de su relación con el Estado. Si el partido es considerado como una asociación privada el control es mínimo, como ocurre en Italia y Francia, donde únicamente se controla el financiamiento. Por el contrario, si el partido se concibe como una institución, como sucede en Alemania, el control es más intenso.

La apertura de los partidos y su control son necesarios. Se examina primeramente el cumplimiento de sus requisitos para su formación y posteriormente el funcionamiento. Estos controles pueden recaer sobre el uso de fondos, el cumplimiento del ordenamiento interno, o el programa de gobierno, los cuales deben estar ajustados a la Constitución; pero no debe entrar al control ideológico como se establecía en las Constituciones de 1939, 1948 y 1987 en su aprobación original, aunque es admisible excluir a los

partidos nazistas o fascistas o que pretendan establecer dictaduras o sistemas antidemocráticos, de acuerdo con el art. 5 Cn. reformado.

Las sanciones contra los partidos políticos son de diversas especies, en las que aparecen la suspensión y la disolución.

## **7. Funciones**

Los partidos políticos son asociaciones destinadas a participar en el proceso político y conquistar el poder.

Las funciones de un partido entre otros, son los siguientes:

**A. Encauzan a la ciudadanía para que vote de acuerdo a un programa que presenta al pueblo. En esta tarea desarrolla y emplea diferentes medios y técnicas para lograr la captación del voto. Por medio del partido el ciudadano votará en forma más ordenada y adecuada, en virtud de lo cual se formará una actitud colectiva capaz de influir en la vida nacional y poder gobernar el país a través de sus representantes. Sin los partidos políticos las voluntades dispersas de los votantes harían difícil la conducción del país. Los partidos son fundamentales.**

**B. Formulan declaraciones, orientan al pueblo en el desarrollo del proceso político, lo aconsejan en los plebiscitos y referendums. Postulan candidatos.**

**C. Vigilan el proceso electoral y hasta forman parte de los órganos inferiores del poder electoral.**

**D. El partido o partidos de oposición deben ejercer una adecuada función de control, constructiva y no tendiente a la ingobernabilidad.**

**E. El partido hace funcionar la voluntad de los poderes estatales, pero no debe esto entenderse como una fusión entre Estado y partido. El partido en el poder desarrollará su programa de gobierno aprobado por el pueblo mayoritario, pero no podrán exceder los límites de las leyes y la Constitución.**

**F. Los partidos políticos son formadores de opinión pública. En esa tarea deben actuar con honestidad, franqueza y realismo. Pueden valerse de todos los medios o instrumentos publicitarios.**

**G. Tanto el Estado (principalmente el Poder legislativo) como los partidos políticos deben acercarse más al pueblo. El partido es un intermediario entre el pueblo y el gobierno. Es una función muy útil.**

## 8. El Estado de partido

Dos etapas previas se desarrollan para que surgiera el Estado de partido: el parlamento como agencia representativa de las peticiones, demandas y reclamos de los estamentos ante el Rey, que encarnaba el Estado; después el parlamento ocupa su propio lugar en el Estado. El Rey no es el Estado. La transición fue de medio siglo en Inglaterra (1869-1832), con un corto período revolucionario en 1789.

Esta transformación dejó un vacío que llenaron los partidos políticos. La función política y social de agencia representativa que realizaba el parlamento desde el inicio de la primera época antes señalada, fue asumida por los partidos políticos. Lo mismo sucedió con los grupos parlamentarios. Surge así el Estado de partido, donde el proceso político está determinado por los partidos que ocupan el poder. Existe una interacción entre el Estado y el sistema de partido.

Los partidos modernos viven en constante campaña política y promoción publicitaria, a los que da más atención que a las peticiones de sus votantes y militantes. Por otra parte, su atención es doble: a sus representados y a la marcha del Estado.

Pero como le sucedió al Parlamento, están dejando un vacío, en el campo político-social que afecta sensiblemente al pueblo, que en cierta forma ayudan a llenar, aunque siempre piden el apoyo de los partidos, los movimientos feministas, los ambientalistas, los movimientos comunales, los organismos vecinales, muchos de ellos bajo la forma de Organizaciones no gubernamentales. Los partidos tienen que llenar ese vacío para asegurar su propia subsistencia.

## 9. La partidocracia

La partidocracia es el dominio de los partidos en la vida política<sup>10</sup> y social. Este dominio podría extenderse a lo económico, llegando a un control de la sociedad.

Se comienza a usar este término después de la segunda guerra mundial. A pesar de que el problema no es nuevo, adquiere relevancia con la presencia y aceptación de los partidos de masas que asumen el monopolio político, eliminando o valorando por su peso político a los pequeños partidos.

La partidocracia ha recibido muchas críticas, entre otras, las siguientes:

**A. Los liberales consideran que atenta contra la representación individual de intereses que ostenta el diputado. Esta es una de las primeras críticas contra la partidocracia, y corresponde a una época en la cual el representante es notable ciudadano, autónomo con relación a las instituciones inter-**

---

<sup>10</sup> Se estima que la partidocracia puede sustituir al parlamento cuando existen partidos disciplinados y un liderazgo fuerte en el ejecutivo y legislativo.

**medias, con una ciudadanía restringida y capaz de conocer y discutir los problemas nacionales y controlar a dicho representante.**

**B. Los partidos políticos, por su carácter de cuerpos intermedios, distorsionan la voluntad del electorado. En esta línea aparece a la cabeza De Gaulle.**

**C. Los partidos políticos son incapaces de transmitir las demandas políticas, sociales y económicas del pueblo.**

**D. Los partidos no son instituciones que promuevan el cambio; por el contrario, son conservadores. El partido quiere canalizar todo a través de la política, dejando al margen la sociedad civil.**

No obstante lo expuesto, son muchos los autores, principalmente los alemanes, que definen ( y defienden) a la democracia moderna como democracia de partidos.

La partidocracia se vale de muchos medios para subsistir. Entre otras, tenemos:

**A. El financiamiento del Estado a los partidos políticos. Si el dinero lo controla exclusivamente las autoridades del partido, sin que el candidato pueda disponer directamente de algunos fondos para su campaña, el control de la élite del partido sobre el candidato es efectivo. Además, se forman grupos de personas que dependen exclusivamente de la política.**

**B. La distribución de los cargos a personas de confianza del partido, aunque siempre no es así.**

**C. Imposición de los candidatos al electorado. Para eso se vale de las listas cerradas.**

**D. Imponiendo una disciplina partidaria rígida. El sistema proporcional de representación electoral se presta a ello. Se ha dicho también que los políticos de profesión son dependientes y que, por el contrario, los dirigentes del vértice son profesionales independientes o empresarios. Son los partidócratas. En un segundo nivel están aquellos que tienen un oficio que pueden resistir las instrucciones del partido, pero no imponen sus criterios. En el tercero el personal burocrático que depende enteramente del partido y los políticos de profesión.**

Los autores han pensado sobre los remedios a la partidocracia. Citaremos algunos:

**A. Voluntad de los partidos de cambiar, fuerte presión de la opinión pública y fortalecimiento de la sociedad civil.**

- B. Crear condiciones para una competencia entre los partidos semejante a la que existe en la economía.**
- C. Elecciones primarias para postular candidatos.**
- D. Renovación en los cargos públicos y en los del partido.**





## **Capítulo VIII**

### **Sistema de gobierno**

1. Diferencias entre régimen políticos y sistemas de gobierno. 2. Principales sistemas de gobierno de la democracia representativa. 3. Sistema presidencial. 4. Sistema parlamentario. 5. Sistema mixto. 6. Nuestro sistema presidencial.

#### **1. Diferencias entre régimen político y sistemas de gobierno**

El régimen político es la expresión de la organización política, económica y social de un país. Puede ser totalitario, democrático o semidemocrático. En cambio, el sistema político de gobierno se refiere a la estructura o composición del Estado. Es importante advertir que el sistema de gobierno viene condicionado por el régimen político.

#### **2. Principales sistemas de gobierno de la democracia representativa**

En el capítulo VI hemos hecho un breve análisis histórico de las formas o sistemas de gobierno. Ahora concretaremos el estudio sobre los principales sistemas de gobierno de la democracia moderna o representativa.

Son dos grandes sistemas: el sistema presidencial y el parlamentario. De ambos ha surgido el sistema mixto.

#### **3. Sistema presidencial**

El sistema presidencial tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos. Básicamente está integrado por tres poderes independientes y con controles mutuos. El poder judicial puede controlar la constitucionalidad de las leyes.

El presidencialismo de los países latinoamericanos ha hecho del presidente la figura central y preponderante del Estado. Esta visión está siendo rechazada por la doctrina, y las últimas constituciones de nuestros países establecen un mejor balance entre los poderes.

El sistema presidencial se caracteriza así:

**A. El poder del ejecutivo se concentra en la figura del presidente, que de acuerdo a nuestra Constitución es el Jefe de Estado, de Gobierno, y del Ejército Nacional<sup>1</sup>. En resumen, es un ejecutivo unitario.**

**B. El parlamento no elige al presidente, sino que lo hace el pueblo en comicios electorales directos o indirectos. Este tipo de elección le concede legitimidad popular e independencia del legislativo.**

---

<sup>1</sup> Art. 144 Cn.

**C. El presidente nombra y remueve libremente a sus ministros. No son responsables políticamente ante el parlamento, aunque en nuestro sistema los ministros y otros funcionarios pueden ser requeridos para informar o ser interpelados<sup>2</sup>.**

**D. El presidente y los ministros no pueden ser miembros del legislativo aunque en nuestro sistema los diputados pueden ser ministros o desempeñar otras funciones siempre que pidan autorización a la Asamblea y depositen en el suplente. Cuando ya no sea ministro puede reincorporarse a la Asamblea<sup>3</sup>**

**E. La mayoría del parlamento puede pertenecer a partido o partidos diferentes al del presidente.**

**F. El presidente no puede disolver al congreso. En el parlamentario puede ser disuelto el parlamento por el gobierno. Lo que es posible en el sistema parlamentario, es un golpe de Estado en el presidencial.**

Los defectos del régimen presidencial son los siguientes: no tiene flexibilidad, pues el pueblo debe soportar al presidente que no tiene capacidad de gobernar hasta que cumpla su período, problema que se resolvería en el parlamentarismo con el voto de censura; irresponsabilidad política, porque los ministros permanecen en sus puestos a pesar de la oposición o censura del parlamento, siempre que cuente con la confianza del presidente, pero pueden ser enjuiciados por responsabilidad civil o penal; se produce un estancamiento político cuando surge una pugna entre el legislativo y el ejecutivo, repercutiendo como crisis en la administración y en la política. Parte de la doctrina europea lo considera autoritario porque el presidente actúa con independencia de la voluntad popular, irresponsable porque no responde ante el pueblo, y peligroso por todo lo antes expuesto.

#### **4. Sistema parlamentario**

Tiene su origen en las tradiciones políticas de Inglaterra. Es un sistema modelo, aunque en su adaptación a otros países ha sufrido variaciones.

Presenta las características siguientes:

**A. Los miembros del gobierno (gabinete, poder ejecutivo) son a su vez miembros del parlamento (poder legislativo), salen de su seno. Esto es lícito e indispensable.**

El gobierno está integrado por el jefe del partido mayoritario o por los jefes de una coalición de partidos que logran mayoría en el parlamento.

---

<sup>2</sup> Art. 138 inc. 4 Cn.

<sup>3</sup> Art.138 inc. 10. vi) Cn.

**B. El ejecutivo tiene dos cabezas: el jefe de gobierno que dirige la administración y al mismo gobierno; y el jefe de Estado con funciones de representación y protocolarias (rey o presidente).**

**C. El gabinete es presidido por el primer ministro, quien tiene supremacía. Así se denomina en Inglaterra. En Francia es llamado Premier, y Canciller en Alemania.**

La administración pública está atribuida al gabinete y presidida por el primer ministro. El gabinete es supervisado por el parlamento.

**D. El gobierno tiene responsabilidad política ante el parlamento, ya sea individual por cada ministro o colectivamente el gabinete. El parlamento puede negar un voto de confianza o dar un voto de censura al gobierno, lo cual lo obliga a dimitir. A su vez el gobierno, como contrapeso, tiene la facultad de pedirle al jefe de estado, quien generalmente accede, que disuelva al parlamento. En las elecciones el pueblo decidirá si elige un parlamento proclive o contrario al gobierno. En el primer caso el gabinete continúa en el poder, en el segundo debe renunciar.**

El sistema parlamentario tiene las ventajas siguientes: se logra armonía, porque los miembros del gobierno también son del parlamento y pueden asistir a sus deliberaciones, en esta forma se reduce el riesgo de una paralización de la administración, lo que se puede dar en el sistema presidencial; existe responsabilidad del gobierno, hecha efectiva mediante la disolución del parlamento y la negativa de un voto de confianza o con un voto de censura del parlamento, solucionándose el problema, lo que no se da en el sistema presidencial, en el cual la pugna entre el ejecutivo y el legislativo puede durar mucho tiempo en detrimento de la gobernabilidad; da flexibilidad, porque permite cambiar al primer ministro incapaz o designar a otro que asuma una situación de crisis, lo que no se puede hacer en el sistema presidencial.

Sus defectos son los siguientes: se produce una fusión de poderes entre el ejecutivo y el legislativo, lo que es contrario a la tesis de división de poderes; tiene un marcado carácter partidista, lo que puede conducir a la partidocracia; concentra el poder en el gabinete, el cual dirige la legislación y le quita el poder de iniciativa legislativa al parlamento; se le concede demasiada importancia a asuntos triviales; la multiplicidad de partidos y el uso excesivo de votos de censura, trae como consecuencia que los gobiernos carezcan de permanencia y estabilidad.

## **5. Sistema mixto**

En varios países latinoamericanos se ha ensayado el sistema parlamentario, pero al poco tiempo ha sido desechada<sup>4</sup>. Se sigue discutiendo la posibilidad de

---

<sup>4</sup> Cfr. Ciencia Política. César A. Quintero. Imprenta Nacional Panamá. 1951, p. 369.

adoptarlo o de implantar un sistema mixto<sup>5</sup>. Sobre el sistema mixto nos remitimos a lo expuesto en esta obra.

## **6. Nuestra sistema presidencial**

La Constitución política sigue el sistema presidencial con algunas modificaciones.

El poder ejecutivo es atribuido al Presidente de la República, quien es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe Supremo del Ejército de Nicaragua. Se elige, junto con un Vicepresidente, por medio del voto popular directo.

Existen cuatro poderes: el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el electoral. Sus controles son mutuos y el judicial vela por el cumplimiento de la Constitución, pudiendo declarar la nulidad de la ley, decreto, orden o acto contrario a la misma.

La democracia representativa ha recibido la influencia de la democracia directa al incorporar la Constitución la iniciativa popular de leyes, el plebiscito y el referéndum.

En nuestro constitucionalismo ha prevalecido el poder ejecutivo, pero la última reforma constitucional, casi en un movimiento pendular, se inclina a llevar a la Asamblea a una posición preponderante.

Las atribuciones constitucionales del Presidente están reguladas principalmente en el art. 150 Cn., el que señala, entre otras, las siguientes: representar a la nación; ejercer el derecho de iniciativa de ley y del veto; elaborar la Ley del Presupuesto General de la República y presentarlo a la Asamblea; dictar decretos ejecutivos en materia administrativa; nombrar y remover a su árbitro a los ministros, viceministros, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales, jefes de misiones diplomáticas; dirigir las relaciones internacionales; negociar, celebrar y firmar los tratados, convenios o acuerdos; decretar y poner en vigencia la suspensión de derechos y garantías, enviando el decreto a la Asamblea para su aprobación, modificación o rechazo; organizar y dirigir el gobierno; dirigir la economía nacional, determinando la política y el programa económico social; reglamentar las leyes cuando estas así lo determinen en plazo no mayor de sesenta días; presentar personalmente o por medio del Vice-Presidente a la Asamblea Nacional el informe anual y otros informes y mensajes especiales; apoyar al poder judicial para que se ejecuten sus resoluciones sin demora; los demás que le atribuye la ley y la Constitución.

---

<sup>5</sup> Cfr. Reforma Política y consolidación democrática. «¿Parlamentarismo como alternativa?» Obra colectiva. Editorial Nueva Sociedad. Caracas, Venezuela 1988. IV Parte, p. 273 y sigts. Presidencialismo vrs Parlamentarismo en América Latina. Obra colectiva. Editorial Nueva Sociedad. Caracas, Venezuela 1990. Presidencialismo y sistema político. Fondo de Cultura Económico. México 1994.

## **Capítulo IX**

### **El Poder Electoral**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto del sufragio y su contenido. 3. Las características del sufragio. 4. Los aspectos que comprende. 5. Naturaleza del sufragio. 6. Los sujetos que votan. 7. Los sujetos que son elegidos. 8. Los sistemas electorales. 9. Organización.

#### **1. Introducción**

El sufragio es el medio idóneo para formar el gobierno representativo. El pueblo, a través del voto en elecciones libres y competitivas, elige a sus representantes ante el Estado. Aunque con las elecciones no se agota el proceso democrático, es la puerta de entrada hacia la democracia. Representa la legitimidad de origen del gobierno, a diferencia del socialismo real de los gobiernos comunistas, la cual se deriva de la misión histórica de la clase obrera y su partido (único) de acuerdo con las leyes objetivas del desarrollo histórico.

La democracia directa, o sea, aquella por la cual el pueblo se gobierna directamente, como en los Estados-ciudades de la Grecia antigua, no es factible en el Estado moderno, por su extensión territorial y numerosa población. Además sería difícil lograr la unidad y el consenso para la creación y ejecución de las leyes.

#### **2. Concepto del sufragio y su contenido**

Del art. 2 de la Constitución puede deducirse que el sufragio es el ejercicio de la soberanía. Dice: «La soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos... El poder político lo ejerce el pueblo, por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto... También podrá ejercerlo directamente por medio del referéndum y del plebiscito...»

Pero en realidad no existe una voluntad abstracta del pueblo, distinta de la de los individuos. La voluntad manifestada en el sufragio es la voluntad individual del votante. Por otra parte, la voluntad del Estado es la del titular individual, la cual se imputa al Estado.

El poder del pueblo debe ser reflejado en todos los poderes, incluyendo a los que no nacen del sufragio como el electoral y el judicial<sup>1</sup>.

El sufragio contiene dos facultades: elegir y ser elegido, de lo cual trataremos más adelante.

---

<sup>1</sup> El art. 158 Cn. dispone que la justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el poder judicial, integrado por tribunales establecidos por la ley.

### **3. Características del sufragio**

De acuerdo con los arts. 2, 146 y 178 Cn.<sup>2</sup>, la Ley Electoral e interpretaciones de contexto de tal normativa, las características del sufragio son las siguientes:

**A. Universal.** Se extiende a todos los ciudadanos sin más limitaciones que la edad y la imposición de ciertas penas, según lo dispone para este último caso el art. 47 inc. 3 Cn.

**B. Igual.** Cada ciudadano tiene un voto. No existen personas que acumulen varios votos.

**C. Directo.** El elector vota directamente a favor del candidato y no a favor de electores que después nombrarán al candidato. (Ejemplo: la elección del Presidente de Estados Unidos).

**D. Secreto.** El ciudadano tiene derecho de votar en privado para garantía de libertad.

**E. Libre.** La voluntad del votante debe estar exenta de fraudes, chantajes, cohechos, presiones y amenazas.

**F. Optativo.** No existe disposición alguna que obligue a votar y señale sanciones. En algunas constituciones y leyes electorales se ha establecido la obligatoriedad<sup>3</sup>. La abstención es una renuncia tácita a hacer uso de la facultad que encierra el sufragio. No cabe una renuncia anticipada o total. El renunciante bien podría votar en el momento oportuno.

**G. Personal.** Lo cual significa que no se puede votar por apoderado. El carácter personal lo establece el art. 123 LE. Los impedidos se harán acompañar de una persona para ejercer el derecho al voto. Cuando la Ley Electoral permita votar a los que se encuentran en el exterior podrán habilitar los consulados o embajadas para la comparecencia personal del votante o permitir el voto por correo revestido de todas las garantías<sup>4</sup>.

**H. Proporcional.** De acuerdo con los arts. 132 y 178 Cn. los diputados y concejales serán elegidos por un sistema electoral proporcional.

---

<sup>2</sup> Extrañamente el art. 2 no consagra el carácter libre del voto. Es una omisión que no suprime tan importante condición, ya reconocida en los otros artículos citados en el texto.

<sup>3</sup> Art. 30 inc. 2 Cn. 1939. Art. 30 inc. 2 Cn. 1948. Art. 33 inc. 2 Cn. 1950. Art. 34 inc. 2 Cn. 1974.

<sup>4</sup> Algunas constituciones latinoamericanas contemplan el voto de los residentes en el extranjero. Perú para las elecciones pluripersonales (art. 187); Colombia para el Senado y para la Cámara de Representantes en forma limitada (art. 171 y 176).

#### **4. Los aspectos que comprende**

El estudio del sufragio comprende cuatro temas importantes en el aspecto doctrinal y práctico: su naturaleza; los sujetos que votan y son elegidos; los sistemas electorales; y su organización.

#### **5. Naturaleza del sufragio**

Existen dos posiciones antitéticas: la teoría del sufragio como derecho y la teoría del sufragio como función.

Para la primera, el sufragio es un derecho individual, inherentes a la persona. Su ejercicio se entrega al arbitrio del ciudadano, a quien nadie puede obligar a votar. Como consecuencia, el sufragio es renunciable, voluntario y hasta delegable.

Esta teoría clásica llevada a sus últimas consecuencias permite a todos los individuos, sin distinción alguna, a participar en las elecciones. Pero contradictoriamente no se les permiten a los niños, dementes y a los que no posean cierta fortuna.

Se llegó a pensar que el sufragio pertenece a la categoría de los derechos civiles de los súbditos, cuyo ejercicio es cuestión privada.

Se pasa luego a la teoría del sufragio como función<sup>5</sup>. Esta función sólo la pueden ejercer las personas autorizadas por ley y que cumplan los requisitos exigidos por la misma. Es una función pública.

El sufragio como función tiene las características siguientes de ser irrenunciable, obligatorio, personal y secreto.

#### **6. Los sujetos que votan**

Determinar la extensión del cuerpo electoral es un tema que ha tenido un amplio debate histórico. La controversia se da entre sufragio restringido y sufragio amplio.

El sufragio restringido (censatario) se implanta en los inicios del régimen representativo y con base en el mismo se constituyen los primeros parlamentos. Priva del sufragio a la mayoría de las personas mediante limitaciones que atienden a la fortuna, la instrucción y la dependencia de la persona. Es una minoría la que tiene el derecho al voto. Por medio del sufragio restringido se ejerce un control social, político y económico.

---

<sup>5</sup> Dentro de esta tesis algunos lo consideran como derecho político. Nuestra Constitución lo incorpora en el capítulo II que trata de los derechos políticos.

En este sistema se considera que la persona que no tiene bienes y no paga impuesto no puede estar interesada en el ejercicio de un buen gobierno, el que no sabe leer y escribir no puede ejercer influencia en la dirección del Estado, y el que se encuentra en un estado de dependencia (por ejemplo, la empleada doméstica) no tiene libertad para votar.

La Revolución francesa de 1848 da el primer golpe al sufragio censatario concediendo el voto a todos los franceses mayores de 21 años, aumentando el número de electores de 250.000 a 9.395.000. Pero todavía no se llega al sufragio universal. Es con la concesión del voto a la mujer cuando se logra ese sufragio universal.

El sufragio universal es conquista general del siglo XX, aunque en algunos países se estableció a fines del siglo XIX<sup>6</sup>. En la convención mosquitia, aprobada por la Asamblea Nacional y el Ejecutivo en Febrero de 1895, los pueblos mosquitos se sujetaron a la obediencia de la Constitución y las leyes de Nicaragua. Además se dispuso en el art. 5 que el derecho al sufragio se haría extensivo a los varones y mujeres mayores de dieci ocho años. Pero fue por la reforma a la Constitución y a la Ley Electoral de 20 de abril de 1955, que se consagró de manera firme y para todo el territorio nacional, el voto femenino.

La conquista del sufragio universal provoca una fuerte reacción con el objeto de restringirlo. Primero se emplean las vías de hecho como el fraude, el cohecho, la presión, la falsificación, etc. En un principio fueron toleradas, pero después reprimidas. Para combatirlas se tipificaron como delitos.

Simultáneamente a estos hechos ilícitos surgieron los correctivos legales que se oponen al voto igual o singular. Estos correctivos son el voto plural, el voto múltiple y el voto familiar.

El voto plural consiste en concederle al individuo otros votos adicionales al propio, atendiendo razones de fortuna, ilustración y otras causas para concederle mayor influencia en las elecciones. Se ha usado en Bélgica.

El voto múltiple en el fondo es un voto plural. Consiste en dar jerarquía a un individuo para votar en todos los distritos en que tiene propiedades. Se ha usado en Inglaterra.

El voto familiar concede el derecho de tantos votos adicionales por hijos legítimos menores, el de su esposa y otras personas que vivan en su hogar. Se ha usado en Portugal.

---

<sup>6</sup> El reconocimiento del sufragio femenino en sus inicios: Wyoming, 1869: Australia del Sur, 1895: Utah y Ohio, 1896: Australia del Oeste, 1899: Nueva Gales del Sur, 1902: Tasmania, 1903: Gueslandia, 1905: Victoria, 1907: Washington, 1910: California, 1911.



En nuestro país existe el sufragio universal y se concede a los nicaragüenses mayores de dieciséis años. Los extranjeros no tienen derecho al voto. En Europa se concede el voto a los residentes para las elecciones municipales.

## **7. Los sujetos que son elegidos**

Nos concretaremos a los funcionarios de elección popular, como lo exige nuestro tema.

Son cargos de elección popular;

### **A. El de Presidente y Vicepresidente de la República**

Para ser Presidente o Vicepresidente se necesita ser nacional de Nicaragua de acuerdo con el art. 16 Cn.; estar en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos; haber cumplido veinticinco años de edad; y haber residido o trabajado en forma continua en el país cinco años anteriores a la elección, salvo los que estuvieren estudiando fuera del país o cumplieren misiones diplomáticas en el extranjero. Así se dispone en el art. 147 Cn.

Este mismo artículo señala siete impedimentos para postularse como Presidente y Vicepresidente entre los que se encuentran la prohibición de la sucesión dinástica, y la prohibición de la reelección para el período siguiente, el impedimento para una tercera candidatura, y haber renunciado a la nacionalidad nicaragüense en alguna oportunidad.

### **B. Diputados**

De acuerdo con el art. 134 Cn., para optar al cargo de Diputado se necesita ser nacional de Nicaragua; encontrarse en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos; haber cumplido veintiún años de edad; haber residido en el país en forma continua dos años anteriores a la elección, salvo los que cumplieren misiones diplomáticas, trabajen en organismos internacionales o estudien en el extranjero y haber nacido o residido en los dos últimos años en el departamento o región autónoma por la cual pretende ser electo.

Este mismo señala los impedimentos para ser candidato a diputado.

### **C. Los alcaldes, vicealcaldes y concejales**

De acuerdo con el art. 178 Cn. para ser alcalde se requiere, ser nacional de Nicaragua; estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; haber cumplido veintiún años de edad; haber residido o trabajado en forma continua en el país los dos años anteriores a la elección, salvo que cumpliera misiones diplomáticas o estudio en el extranjero. Además, haber nacido en el municipio por el cual se pretende salir electo o haber residido en él los últimos dos años. No podrán ser candi-

datos a alcaldes los ministros y viceministros de Estado, a menos que hayan renunciado a sus cargos doce meses antes de la elección.

Se prohíbe la reelección de alcalde para el período siguiente de acuerdo con el art. 178 Cn. Este artículo también regula los motivos de la pérdida del cargo de alcaldes, vicealcaldes y concejales.

#### **D. Elecciones de diputados para el Parlamento Centroamericano**

De acuerdo con el art. 9 del Reglamento del Parlamento Centroamericano, para ser diputado al Parlamento, a excepción de las personas que se refieren los literales «b y c» del artículo 2 del Tratado Constitutivo, debe cumplirse con los mismos requisitos que, para ser diputados o representantes, exige la legislación de los respectivos estados miembros.

#### **E. Elecciones de los miembros del Consejo Regional de la Costa Atlántica**

De acuerdo con el art. 21 del Estatuto de la Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua, «para ser miembro del Consejo Regional se requiere: haber nacido en la Costa Atlántica o ser hijo de padre o madre nacido en la región; haber cumplido veintiún años de edad; estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos y haber residido en la respectiva región por lo menos un año inmediato anterior a las elecciones; los nicaragüenses de otras regiones deberán haber residido en la respectiva Región Autónoma al menos cinco años consecutivos inmediatamente anterior a la elección».

Como puede observarse son muchas las limitaciones que se consagran atendiendo entre otras, razones de edad, de residencia, de nacionalidad, de respeto a los principios democráticos (prohibición de la reelección y dinástica). Es más restringido el sufragio pasivo, llegando nuestra Constitución a extremos injustos.

### **8. Sistemas electorales**

#### **A. Ideas generales**

Las elecciones se celebran en muchos países, autocráticos, democráticos o totalitarios, pero no en todos tienen el mismo efecto y significado.

Para que una elección pueda ser pieza fundamental del sistema, el elector debe tener el derecho de votar libremente entre por lo menos dos candidatos postulados por el pueblo o por los partidos políticos, y no por el Estado o el partido único.

Los países totalitarios celebran elecciones donde no existe competencia (los gobiernos de la extinta Unión Soviética y sus satélites). Los autoritarios los limitan o los desnaturalizan como lo hacen los totalitarios. En ambos no se concibe la

alternabilidad en el poder de las diferentes fuerzas o partidos. El poder no está en juego.

## **B. Funciones de las elecciones**

Son varias las funciones de las elecciones, dependiendo algunas de ellas de las condiciones políticas y sociales de cada país. La doctrina señala las funciones principales siguientes: legitimación del origen del gobierno; presencia de intereses o grupos en el Estado; manifestación de confianza en personas y partidos y en el funcionamiento de las instituciones de acuerdo con el sentimiento del electorado; discusión en la población sobre valores políticos, sociales, programas, a través de lo cual adquiere conciencia de los problemas fundamentales y de las propuestas para arreglarlos; ayudan a la gobernabilidad propiciando la función de mayorías parlamentarias; aseguran la presencia de grupos parlamentarios con posibilidades de hacer oposición; garantizan el cambio de poder; integran la pluralidad social, capaz de hacer un gobierno aceptable para la comunidad; encausan por la vía pacífica y racional la lucha por el poder.

En los países totalitarios sirven para movilizar a las masas, explicar programas y criterios políticos y fortificar la unidad del partido con los trabajadores. En los autocráticos sirven de fachada para aparentar legitimidad y suavizar la tensión interna.

## **C. Cuestiones fundamentales del sistema**

Los sistemas electorales regulan tres cuestiones fundamentales: establecimiento de las jurisdicciones electorales; las candidaturas y votaciones; asignación de los cargos.

## **D. Las jurisdicciones electorales**

Tiene importancia su delimitación y no pocas manipulaciones se han hecho alrededor de sus formaciones para favorecer a determinados partidos (el gerrymandering). Los movimientos migratorios exigen ajustes a las jurisdicciones, por tal razón no pueden ser permanentes.

La jurisdicción electoral cumple varias funciones: facilita la votación mediante la división territorial; de cada jurisdicción resultan elegidos uno o varios candidatos; en los cómputos sólo los votos emitidos en la jurisdicción electoral se cuentan, no los de las otras jurisdicciones.

## **E. Las candidaturas y votaciones**

Existen dos sistemas de postulación: el individual o personal y el de lista o plancha. Se sostiene que en el sistema individual prevalece la individualidad o

personalidad del candidato, a pesar de que muchos creen que también la personalidad del candidato es dominante en el procedimiento de plancha.

En el sistema de plancha rígida, al ciudadano sólo se le permite votar por la lista completa del partido y propicia la dependencia de los diputados a su partido. La jerarquía de la plancha la establece el partido, lo cual permite controlar sus grupos parlamentarios y escoger las fichas adecuadas para representar a los grupos electorales y colocar a sus diputados en las comisiones adecuadas.

En la plancha flexible se puede modificar el orden mediante votos preferenciales o mediante reubicación. El votante tiene dos votos como mínimo (uno por la plancha y el otro por el candidato) o tantos votos como candidatos a elegir. El elector también puede acumular varios votos a favor de un candidato. Así el diputado obtiene no sólo la confianza de su partido sino del pueblo. El diputado se siente menos dependiente de su partido.

En la plancha libre se permite al elector formar su propia plancha a partir de los candidatos postulados por los partidos. El partido solamente hace una proposición. El votante tiene varios votos. El diputado y el elector gozan de mayor independencia.

A través de estos sistemas se puede apreciar la relación del elector con el candidato a diputado, lo mismo que la relación de éste con su partido. Estas relaciones pueden ser de mayor o menor dependencia según el sistema establecido como ya lo vimos.

## **F. Asignación de los cargos**

Como ya expresé, la puerta por donde entra la democracia, son las elecciones. A través de las mismas el pueblo elige a sus representantes para que gobiernen en su nombre. Para la selección y distribución de escaños en la asamblea legislativa, se han formulado dos grandes familias de sistemas: el mayoritario y el proporcional. También se aplican para las elecciones de concejales.

Los sistemas mayoritarios tienden a formar mayorías por medio de partidos grandes, no necesariamente dos (el bipartidismo). La circunscripción electoral puede estar destinada a un solo candidato (circunscripción uninominal) o varios (circunscripción plurinominal). Veamos brevemente los subsistemas de esta familia.

En el sistema de mayoría simple resulta elegido el diputado que obtuviere en el distrito o circunscripción electoral uninominal el mayor número de votos válidos, aunque este número no represente la mayoría del total de los votos válidos emitidos. Cuando son varios los candidatos a elegir (circunscripción plurinominal) las listas pueden ser bloqueadas o flexibles. En el primer caso el elector vota necesariamente por todos los candidatos de la lista del partido de su preferencia. En el segundo caso el elector puede formar su lista escogiendo los candidatos de su

preferencia de las listas presentadas por los otros partidos, dando la oportunidad de que triunfen candidatos de varios partidos, a diferencia de la lista bloqueada en la que triunfan todos los candidatos de la lista que obtuvo la mayoría de votos, mayoría que incluso puede ser menor que la mitad del total, lo cual merece juicio desfavorable.

En el sistema de mayoría simple, los votos minoritarios no logran ninguna representación. Se pierden esos votos. No obstante, el otro u otros partidos pueden ganar en otras circunscripciones.

Al sistema de mayoría absoluta (la mitad más uno de los votos válidos emitidos) se recurre para obtener una mayor representatividad. Como puede suceder que ninguno de los candidatos obtenga tal mayoría, se pasa a segunda vuelta en la cual podrán participar todos los candidatos o los que obtuvieron el primero o segundo lugar en la primera elección. Se gana con mayoría relativa. También se puede recurrir al voto alternativo que consiste en marcar a favor del candidato preferido y simultáneamente a favor de otro candidato para el supuesto de que no ganare el preferido.

Con la finalidad de evitar que un partido logre mayoría neta de diputados con una reducida mayoría de votos, incluso con una minoría de los votos totales (lo que se puede dar en el sistema de mayoría simple), se han formulado algunos métodos electorales para que los partidos minoritarios puedan obtener algunos candidatos. No son sistemas proporcionales, ya que no valoran rigurosamente el número de votos obtenidos por cada partido o candidato; pero en la práctica podrían dar resultados similares. Estos son: el voto único no transferible, el voto limitado y el voto acumulativo.

En los sistemas proporcionales se elige a los diputados en proporción a los votos emitidos. Se pretende, como expresa la doctrina, que se refleje con exactitud más o menos matemática las divisiones del cuerpo electoral, sin que sean admitidas impurezas y desproporciones que anulen o desnaturalicen el sistema. Su finalidad es conceder representación a las minorías. Entre los sistemas más conocidos tenemos: el sistema de la cifra repartidora (d'Hondt) y el cociente electoral (de Andrade y Hare).

Nuestra Constitución, en los arts. 132 y sigts. establece para la elección de diputados el sistema proporcional y la Ley Electoral escoge el cociente electoral como método para asignar escaños, usando este método también para los concejales municipales y regionales<sup>7</sup>.

El cociente electoral es nacional para los diputados nacionales y departamental para los diputados departamentales. El primero es el resultado de dividir el número de votos válidos depositados en todo el territorio nacional entre veinte, que

---

<sup>7</sup> Art. 178 Cn. y art. 148 L.E.

es el número de diputados nacionales. El segundo es el resultado de dividir el número de votos válidos depositados en el departamento correspondiente entre el número de diputados a elegir en ese departamento, salvo que la circunscripción fuere de dos diputados, en cuyo caso se divide entre tres. Cada partido obtendrá un diputado por cada cociente que obtenga en su votación, según el orden de preferencia que aparece en la lista.

Cuando por las operaciones realizadas y los residuos de votos que no lograron llenar cocientes, no se pudieron asignar todos los diputados departamentales o nacionales, se procede a calcular otro cociente, el cual se obtiene dividiendo los votos residuales entre los diputados que faltan asignar a los partidos políticos. De acuerdo a este cociente se asignan las diputaciones. Si faltaren escaños que asignar se ordenarán los residuos de mayor a menor y en tal orden se distribuirán. La operación se repite si faltaren escaños que asignar.

La Ley Electoral abre a los partidos que obtuvieron escaso número de votos la posibilidad de lograr diputaciones, lo cual está en abierta contradicción con la Constitución, por las razones siguientes:

i) Al calcular los segundos cocientes, para las elecciones de diputados departamentales participan votos depositados en otros departamentos y no en el departamento donde se va a asignar el escaño, violando la igualdad del voto y su carácter directo consignados en los arts. 2 y 132 de la Constitución.

ii) La asignación de escaños mediante el orden decreciente de los residuos, viola la Constitución en varios aspectos:

Viola el art. 132 de la Constitución que establece el sistema de la representación proporcional para la elección de diputados, al permitir que en forma desproporcionada se concedan diputaciones a partidos con escasa votación, anulando así el sistema establecido por el mencionado artículo.

Viola el principio de la igualdad del voto establecido en los arts. 2 y 132 de la Constitución porque los escasos votos a favor de una lista de un partido van a valer más que la mayor cantidad de votos de las listas de otros partidos.

Por todas las razones antes expuestas también se viola la voluntad o soberanía del pueblo consagrada en el art. 2 de la Constitución.

La doctrina señala las siguientes ventajas de los sistemas mayoritarios: como los partidos pequeños tienen pocas posibilidades de obtener diputaciones, impiden el surgimiento de la atomización partidista y, por el contrario, propician la concentración de los partidos, reduciendo su número a dos; propician la gobernabilidad mediante la constitución de mayorías parlamentarias; propicia el cambio de gobierno, ya que pequeñas variaciones de votos pueden reflejar una nueva composición de las bancadas parlamentarias; es una forma de decidir en forma directa quienes

deben gobernar al evitar la formación del gobierno como resultado de negociaciones posteriores a las elecciones; se piensa que los grandes partidos se disputan el electorado centrista y moderado, lo cual se refleja también en la moderación de los programas y actuación del Estado.

La representación proporcional, según la doctrina, tiene las ventajas siguientes: propicia la negociación de mayorías, lo mismo que el compromiso político con los diferentes grupos sociales, políticos y étnicos; elimina la posibilidad de que se constituyan mayorías parlamentarias artificiales que no concuerden con la mayoría electoral; propicia una representación de las diferentes fuerzas, grupos o intereses del electorado; permite que en la asamblea legislativa se reflejen los cambios, los nuevos valores y tendencias sociales de la comunidad; evita cambios políticos extremos.

## **9. Organización**

Son varios los sistemas de integración de los órganos electorales:

**A. El sistema político, caracterizado porque lo integran partidos políticos. Tiene como ventaja brindarle al elector libertad para ejercer el sufragio sin presión por parte de los poderes del Estado y además logra una efectiva fiscalización de su pureza. Pero tiene como desventaja el peligro de que se quebrante la armonía de los organismos electorales por los apasionamientos políticos y las posibles alianzas de partidos para dañar la pureza del sufragio.**

**B. El sistema administrativo, en virtud del cual los organismos electorales se integran con funcionarios del orden administrativo. La materia electoral es objeto de un servicio administrativo. Es peligroso porque los miembros de los organismos electorales están expuestos a las presiones del poder central. No obstante, puede crearse un órgano independiente que garantice la imparcialidad y pureza de las elecciones.**

**C. El sistema judicial, caracterizado porque es el poder judicial el encargado de aplicar la materia electoral. Su ventaja consiste en entregarla a personas expertas e imparciales, pero tiene la desventaja de recargar de trabajo al poder judicial al entregarle una materia compleja y además expone al poder judicial a las presiones políticas y a las críticas apasionadas.**

**D. El sistema mixto. Es una combinación de los anteriores o de otras modalidades. Los organismos electorales se constituyen con funcionarios del poder judicial, funcionarios administrativos y representantes de los partidos políticos. Con este sistema se trata de corregir los inconvenientes de los sistemas anteriores.**

**E. Sistema de un poder electoral encargado de hacer las elecciones, referendos y plebiscitos y conocer de sus impugnaciones, lo mismo que de la organización de partidos políticos. Es el sistema que sigue nuestra Constitución y la Ley Electoral. El organismo superior (Consejo Supremo Electoral) funciona con magistrados nombrados por la Asamblea, y los órganos inferiores tienen representantes de los partidos. Tiene algo del sistema mixto.**

Encontrar el sistema adecuado es un problema de lo más trascendental y difícil porque de su solución depende el éxito y la honestidad del proceso electoral.



## Capítulo X

### El Poder Legislativo

SUMARIO: I. Origen. II. Importancia. III. Unicameralismo o bicameralismo. IV. Estructura: 1. Organos y poderes del Estado. 2. Organos fundamentales: A. Poderes estatales. B. Organos constitucionales. C. Organos de relevancia constitucional. 3. Organización interna de la Asamblea Nacional: A. La Junta Directiva. B. La Presidencia. C. La Secretaría. D. Las Comisiones Legislativas. E. Los Grupos Parlamentarios. F. El Plenario. V. Funciones de la Asamblea Legislativa: 1. Ideas generales. 2. Clasificación de las funciones. 3. Función legislativa. 4. Función de control. 5. Función de dirección política. 6. Funciones jurisdiccionales. 7. Otras funciones. VI. De la representación y los partidos políticos. VII. El nuevo estilo. 1. Relaciones con el pueblo: A. Diputados departamentales. B. Diputados nacionales. 2. Relaciones con su partido. 3. Relaciones internas en la Asamblea. 4. Relaciones con los otros poderes. 5. Relaciones con la opinión pública. VIII. Responsabilidad del Estado, principalmente de la Asamblea Legislativa (Teoría de la responsabilidad del Estado legislador). 1. Responsabilidad de la administración. 2. Responsabilidad judicial. 3. Responsabilidad por actos administrativos.

#### I. Origen

El parlamento moderno como órgano representativo, legislador y de reuniones regulares tiene su origen mediato en el parlamento inglés e inmediato en las revoluciones francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII.

Es conveniente advertir que anteriormente existieron asambleas, consejos, estamentos, dietas y otros órganos pluripersonales que eran simplemente cuerpos consultivos, sus miembros no se designaban por votación popular, su actividad no era regular y no tenían poder para legislar. Se han descubierto ciertas similitudes del parlamento inglés con las asambleas de la ágora ateniense del Siglo de Oro griego (siglo V a. de C.), y con el Senado romano de finales de la República. Pero a ninguno de ellos se les puede considerar como origen de la institución parlamentaria moderna, tal como se conoce en Occidente.

Los senadores romanos y los parlamentarios ingleses eran elegidos por un electorado restringido, por períodos y poderes limitados; la asamblea del ágora también era restringida (abogados, filósofos, jefes militares, propietarios y comerciantes) a través de la cual se ejercía una democracia directa, sin intermediarios, ajena a la historia del parlamentarismo inglés; en los tres sistemas existían debates y votaciones, que es el rasgo común<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Paolo Biscaretti Di Ruffia encuentra en las asambleas de la Edad Media las primeras huellas de las asambleas legislativas representativas, pero reconoce la posterior y clara ruptura con los modernos parlamentos. (Derecho constitucional. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, pags. 290 y 291).

## **II. Importancia**

El legislativo, en principio, es el más importante, ya que hace las leyes que obedecen las personas y las autoridades estatales y es representativo de diversos sectores de la sociedad. En los sistemas parlamentarios adquiere mayor importancia aún, pues el ejecutivo surge de su seno y responde políticamente ante él. En Inglaterra, donde no existe Constitución escrita, el poder judicial no puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, el parlamento ejerce soberanía absoluta legal, pues está facultado para dictar cualquier norma jurídica, de naturaleza constitucional u ordinaria. Teóricamente puede legislar sobre lo que desee.

En países como el nuestro, el poder legislativo tiene límites, tanto de forma como de fondo, los cuales están establecidos en la Constitución escrita.

El constitucionalismo latinoamericano, incluyendo el nuestro, tiende a darle preponderancia al ejecutivo. No obstante, en la reciente reforma constitucional se le trasladó al legislativo buena parte de poderes y competencias y se dejaron las puertas abiertas para entregarle más. Por ejemplo: delegación por medio de ley de las facultades del Presidente al Vice-presidente; otorgándole la facultad de dictar leyes que lo autoricen a nombrar altos funcionarios del ejecutivo (incluyendo ministros como erradamente se pretende interpretarse el art. 150 inc. 6), etc., todo lo cual pone en peligro el sistema presidencial y la gobernabilidad del país.

## **III. Unicameralismo o bicameralismo**

El poder legislativo puede ser organizado en varias formas: en una sola cámara (unicameralismo); en dos cámaras (bicameralismo); y en varias cámaras (pluricameralismo). Esta última con rara aceptación, rechazada por la teoría y de aplicación casi nula. Se conoce como antecedente más reciente la establecida en la Constitución de Yugoslavia de 1963. Otro anterior es el de la Constitución francesa de 1799, del Consulado, que permitió la rápida elaboración de los códigos napoleónicos. Tenía cuatro cámaras que desarrollaron funciones independientes, así: El Consejo de Estado preparaba las leyes; el Tribunado las discutía sin votar; el Cuerpo Legislativo las votaba sin discutir las; y el Senado se limitaba a comprobar su legitimidad.

Siempre queda abierta la alternativa entre unicameralismo y bicameralismo, dependiendo de las circunstancias políticas, económicas y sociales de cada país.

El ejemplo típico del bicameralismo es el inglés, que establece dos cámaras: una que representa al pueblo (Cámara de los Comunes) y la otra que representa a la nobleza y a la aristocracia. Este bicameralismo inglés ha venido perdiendo fuerza y camina hacia el unicameralismo, debido a las presiones de las ideas democráticas que pretende hacer primar las decisiones de la cámara popular.

Con la aprobación del Parlamento de 1911 se redujo notablemente las atribuciones legislativas de la Cámara de los Lores, pudiéndose afirmar que sólo la Cámara de los Comunes ejerce funciones legislativas. En la reforma de 1944 se redujeron más los poderes de la Alta Cámara.

La transformación del Parlamento inglés influyó en algunos países que se organizaron bajo el unicameralismo (Alemania, Austria, España y otros). Después de la segunda guerra mundial siguieron otros. Pero el carácter aristocrático de la cámara alta ha perdido vigencia.

Otra modalidad de sistema que ha perdido también aceptación es el que establece una segunda cámara representada por corporaciones y gremios (agricultores, médicos, abogados, empresarios, etc.), elegidos en diferentes formas (por elección popular y otras formas). Fue establecido en la Constitución Social y Política portuguesa de 1933 que creó la Cámara Corporativa.

El bicameralismo, encuentra acoplamiento en el sistema federal de gobierno o para representar comunidades autónomas, por ejemplo, en Estados Unidos, España y Alemania (los dos últimos en sus constituciones actuales). La cámara de representantes representa al pueblo y la cámara del senado a los estados o autonomías regionales. Del bicameralismo norteamericano se comienza a dudar. La razón es que el Senado, elegido por el pueblo, no podría considerarse todavía hoy como una cámara de los estados. El bicameralismo estadounidense, fundado en la igualdad de las cámaras, en el ejercicio de la función legislativa y en la manifestación de sus poderes distintos, se manifiesta hoy más como técnica organizativa que como garantía de la forma general del Estado. Se señala como ejemplo de ello que la mayoría de los congresos de los estados federados tienen también dos cámaras.

Desechando el sistema bicameral con cámaras aristocráticas o corporativas, la mayor parte de los países federales y unitarios se han organizado bajo ambos sistemas, el bicameral y el unicameral. No obstante, el sistema bicameral es de las pocas instituciones del derecho político que han tenido gran arraigo. Salvo algunas excepciones en países grandes, en los pequeños ha tenido aceptación (San Marino, Mónaco, las repúblicas de América Central y ciertos estados miembros de los Estados federados). Las razones de su existencia han variado frecuentemente de modo muy distinto desde su origen. Los unitarios se basan en razones de conveniencia, oportunidad y utilidad que permitan el funcionamiento de su régimen democrático.

Son las mismas razones que indujeron a crear una segunda cámara las que justifican que ésta se integre por diferentes procedimientos adoptados para la primera y que permitan que otras personas e intereses puedan participar. Se señalan tres grandes sistemas: a) Nombramiento por parte del jefe de Estado o gobernador; b) Un sistema mixto, que tiene por objeto nombrar junto a los escogidos por el jefe de Estado a otros: unos elegidos y otros de derecho por ocupar ciertas posicio-

nes (profesores universitarios, etc.); c) El sistema más difundido es el electivo para ambas cámaras, pero con modalidades diversas de las adoptadas para la primera cámara (menor número de senadores, mayor edad para el voto activo y pasivo en la cámara del senado, duración más prolongada del período de los senadores, uso distinto del procedimiento electoral que puede ser directo o indirecto.

A ambos se le señalan ventajas y desventajas. Veamos las ventajas que se le han señalado al sistema bicameral:

a) Conjuga el principio de la representación democrática que adquiere su pureza en la elección de la cámara baja con criterios de representación de la aristocracia o estamental o con la organización de los Estados federales o entidades autónomas, grupos o corporaciones.

b) El debate reflexivo de las leyes o asuntos legislativos evita decisiones precipitadas. Por tal razón al senado se le ha denominado cámara de enfriamiento o reflexión.

c) Debilita al poder legislativo al dividirlo en dos cámaras, lo que contribuye a un equilibrio de poderes.

Entre los autores, Locke y Montesquieu se pronuncian a favor del bicameralismo para evitar el exceso del poder popular. Aceptan una cámara representativa de los privilegios aristocráticos y la otra representativa de la voluntad popular. No se puede negar que el unicameralismo ha tenido últimamente alguna difusión. Schmitt y Sieyes son partidarios del unicameralismo.

Kelsen defiende el sistema unicameral al sostener que el bicameralismo debilita la representación popular, ya que se necesita un mayor número de votos para rechazar la ley, y que resulta un contrasentido que dos cámaras tengan disparidad de criterio en circunstancias que el órgano legislativo dice representar una misma voluntad popular.

Al bicameralismo se le critica porque es muy costoso, lento y debilita al parlamento frente al ejecutivo. En Francia existe una gran discusión sobre la conveniencia de uno u otro sistema.

Un argumento bien fundamentado en contra del bicameralismo es el siguiente: Si las dos cámaras son elegidas de la misma manera, por la misma duración, por los mismos electores, lógicamente una de ellas es la réplica de la otra y, como consecuencia, el bicameralismo es inútil. Si se diferencia una de otra por algunos de los puntos señalados (una cámara elegida por sufragio indirecto, por nombramiento, por plazo corto), una de ellas es menos democrática y será una traba al libre juego democrático.

En Latinoamérica, con excepción de Centroamérica, Ecuador y Perú, prevalece el bicameralismo<sup>2</sup>.

En Nicaragua actualmente estamos bajo el unicameralismo, pero toda su tradición ha sido bicameralista. Por el momento se necesita el unicameralismo para una reforma integral y moderna del Estado y sus leyes, aunque después volvamos al bicameralismo tradicional<sup>3</sup>.

## **IV. Estructura**

### **1. Organos y poderes del Estado**

El Estado es una persona jurídica con diversidad de fines y órganos para cumplirlos. Estos órganos tienen deberes, poderes y competencias. Para su actuación se valen de las personas naturales.

### **2. Organos fundamentales**

#### **A. Poderes estatales**

El Estado nicaragüense tiene cuatro poderes, uno más de los señalados por la teoría de la división de poderes. Estos son: el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el electoral. El electoral es el que se agregó a la mencionada teoría. Realizan las tareas fundamentales del Estado: legislar, administrar, impartir justicia y celebrar elecciones, plebiscitos y referéndums (y en general manejar la materia electoral). Se controlan mutuamente y trabajan en forma armónica. No todos ejercen exclusivamente su función fundamental, pues además de esta tienen, según el tipo de poder, otras administrativas, jurisdiccionales y normativas. Son creados directamente por la Constitución.

La Asamblea Nacional no tiene personalidad jurídica propia, es la misma del Estado.

<sup>2</sup> 1. Bicameralismo: México (art. 50); República Dominicana (art. 16 y sigts.); Argentina (art. 44 y sigts.); Brasil (art. 44 y sigts.); Chile (art. 42 y sigts.); Paraguay (art. 182 y sigts.); Uruguay (art. 84 y sigts.); Bolivia (art. 46 y sigts.); Colombia (art. 114 y sigts.); Venezuela (art. 138 y sigts.). 2. Unicameralismo: Costa Rica (art. 105 Cn. y sigts.); El Salvador (art. 121 Cn. y sigts.); Nicaragua (art. 132 y sigts.); Guatemala (art. 157 y sigts.); Honduras (art. 189 y sigts.); Panamá (art. 140 y sigts.); Ecuador (art. 56 y sigts.); Perú (art. 90 y sigts.).

<sup>3</sup> Veamos su desenvolvimiento histórico: 1. Bicameral: Cn. 1838 (art. 83 y sigts.); Proyecto de 1848 (art. 38 y sigts.); Proyecto 1854 (art. 28 y sigts.); 1858 (art. 5); Non Nata de 1911 (art. 4); 1911 (art. 65); Non Nata 1913 (art. 70); 1939 (art. 138); 1948 (art. 112); 1950 (art. 127); 1974 (art. 127). 2. Unicameral: Federal de 1824 (art. 55 y sigts.); del Estado de Nicaragua 1826 (arts. 24, 70 y sigts.); 1893 (art. 69); 1905 (art. 49); 1987 (art. 132). La constitución Federal de 1824, no incluye al Senado como parte del Poder Legislativo, el cual es unicameral, compuesto de representantes popularmente elegidos en razón de uno por cada treinta mil habitantes. El Senado sanciona la ley, se encarga de sostener la Constitución, vela sobre el cumplimiento de las leyes y la conducta de los funcionarios federales, aconseja en ciertos asuntos al ejecutivo, propone temas al ejecutivo para el nombramiento de diplomáticos y otros funcionarios, entre otras funciones. Está compuesto por miembros elegidos popularmente a razón de dos por cada Estado. En la reforma de 1835 de esta Constitución se estableció el bicameralismo: un congreso integrado por una cámara de diputados y otra de senadores, pero no entró en vigencia. En la Constitución política de la República de Centroamérica de 1821, el sistema es también bicameral: una cámara de diputados y otra de senadores.

## **B. Organos constitucionales**

Estos órganos son creados directamente por la Constitución y gozan de autonomía funcional amplia. En sus relaciones con los otros órganos no existe un vínculo de subordinación y jerarquía, sino únicamente de interdependencia.

En nuestra Constitución encontramos a la Contraloría General de la República, regulada en el art. 154 y sigts. Se encarga de controlar y fiscalizar la administración pública de los bienes y recursos del Estado. Es independiente y goza de autonomía funcional y administrativa.

Por otra parte, tenemos la Procuraduría de los Derechos Humanos<sup>4</sup>. Es un órgano independiente, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y autonomía funcional y administrativa, dirigida por un Procurador y un Sub-Procurador. El Procurador es un comisionado de la Asamblea Nacional encargado de la tutela de los derechos fundamentales otorgados por la Constitución.

## **C. Organos de relevancia constitucional**

Estos órganos son creados directamente por la Constitución, pero aunque carecen de independencia, operan con autonomía funcional, En nuestra Constitución podemos poner como ejemplo el Banco Central.<sup>5</sup>

## **3. Organización interna de la Asamblea Nacional**

La Asamblea Nacional es un órgano colegiado de carácter complejo con una organización interna. El estudio de la organización interna supone el análisis de sus órganos. Unos tienen por misión el gobierno o dirección de la Asamblea Legislativa, como la Junta Directiva, la Presidencia y la Secretaría; otros órganos son de trabajo, como el Plenario (también órgano de decisión por antonomasia), las Comisiones y los Grupos Parlamentarios. Trataremos brevemente de cada uno de ellos.

### **A. La Junta Directiva**

La Junta Directiva es el principal órgano de gobierno de la Asamblea y a ella se refiere la Constitución en los arts. 138 inc. 17, 141 párrafos 5 y 9. Está integrada por un Presidente, tres Vice-Presidentes y tres Secretarios. Son electos en forma individual y por mayoría absoluta. Su composición debe expresar el pluralismo político y procurar proporcionalidad electoral<sup>6</sup>.

Las funciones de la Junta Directiva están señaladas en el art. 27 de los Estatutos. Entre las funciones fundamentales están la de convocar y pedir sesiones ordinarias y extraordinarias; aprobar la agenda del día; la tramitación de las solici-

---

<sup>4</sup> Art. 138 incs. 9 y 29 Cn.

<sup>5</sup> Art. 99 Cn.

<sup>6</sup> Art. 20 Estatutos.

tudes, informes, comparecencias e interpellaciones; integrar las comisiones permanentes, especiales y de investigación; proponer al plenario la creación de las comisiones permanentes, la función, separación y sustitución de las existentes; proponer al plenario el presupuesto anual de la asamblea; etc.

## **B. La presidencia**

El Presidente de la Asamblea ocupa un lugar importante en el funcionamiento de la Asamblea. La Constitución se refiere a él en los arts. 141 fracción 8, 142, 143 y 148 inc. c). Su importancia lo coloca como un órgano de la Asamblea. Sus funciones están señaladas en el art. 28 de los Estatutos. Entre las principales tenemos: representar a la Asamblea; ejercer el voto de desempate en las reuniones de la Junta Directiva; presentar el informe legislativo en la sesión de clausura; dirigir y garantizar el funcionamiento administrativo en la Asamblea; elaborar el proyecto de presupuesto de la Asamblea; administrar los fondos de la Asamblea y presentar los informes financieros a la Junta Directiva; imponer el orden a los diputados y al público en las sesiones de la Asamblea; llamar al orden a los diputados que se salgan del asunto en discusión; y las demás que señalan los Estatutos y su Reglamento.

## **C. La secretaría**

La Secretaría es otro órgano importante de la Asamblea. La Constitución se refiere a ella en el art. 141 párrafo 3. Sus funciones están señaladas en el art. 30 de los Estatutos. Entre ellas tenemos: citar a los representantes a las sesiones de la Asamblea; recibir las comunicaciones dirigidas a la Asamblea e informar al Presidente y a la Junta Directiva; servir de enlace entre la Asamblea y los poderes del Estado; verificar el quórum; elaborar y revisar las actas de las sesiones; dar lectura a las mociones, proyectar mensajes e informes y demás documentos que deben leerse en las sesiones, llevar el cómputo de las votaciones; revisar el diario de debate; preparar la memoria anual; anotar y llamar por su orden a los representantes que soliciten el uso de la palabra; y los demás que se establecen en el reglamento interno.

## **D. Las comisiones legislativas**

Son órganos integrados por diputados con la finalidad de conocer de los proyectos de ley y de asuntos que le encarguen el Presidente, la Junta Directa o el Plenario. Como resultado de sus estudios e investigaciones presentan un informe o dictamen dentro del término señalado<sup>7</sup>. Dentro de su competencia pueden investigar el funcionamiento de los órganos estatales y presentar las recomendaciones que estimen necesarias a la Junta Directiva para los efectos de ley.

---

<sup>7</sup> Art. 31 Estatutos.

El rol y estructura de las comisiones ha sufrido modificaciones, lo cual trasciende a la Asamblea. En un principio, a través de secciones o grupos, se repartía el trabajo y todos ellos conocerían de todos los proyectos de ley o asuntos que después se sometían al plenario, al final se disolvían. Por el contrario actualmente, las comisiones son en su mayoría permanentes y los diputados que no pertenecen a la comisión que dictaminó sólo conocerán del proyecto cuando se presente junto con el dictamen al plenario. Por otra parte, como ya expresamos, las comisiones actuales no sólo hacen la investigación y dictamen del proyecto de ley o asunto, sino que aprueban proyectos de ley y asuntos y llaman a ministros o funcionarios para que informen. A esto contribuye el pluralismo político integrado en las comisiones, lo cual refleja la composición política del Plenario.

La gran cantidad de trabajo, las exigencias de conocimientos especializados que exigen muchas materias, la eficiencia y la técnica en el trabajo, la imposibilidad de que el Plenario asuma la tarea de estudiar, investigar y dictaminar de todo lo que hace la Asamblea, son las condiciones que justifican el surgimiento de las comisiones. Si el trabajo fuera mínimo, poca razón de ser tendrían, pero no es así.

La comisión es un órgano que juega un papel fundamental en la labor de la Asamblea. Asume la mayor parte del trabajo propiamente legislativo sometido posteriormente al Plenario. Sus informes o dictámenes pueden ser decisivos según el grado de preparación de sus miembros, prestigio, investigación a conciencia, rapidez y eficiencia. Las comisiones preparan el trabajo sobre el cual delibera y decide el Plenario.

La Constitución se refiere a ellas en los arts. 138 inc. 18 y 141 incs. 7 y 8. La integración de las comisiones le corresponde a la Junta Directiva<sup>8</sup>. La Comisión, como la Junta Directiva que la preside, debe expresar el pluralismo político, estando integrada por un Presidente, dos Vice-Presidentes y dos Secretarios<sup>9</sup>.

En las labores propias de su competencia, las comisiones pueden solicitar la información y documentación de los poderes del Estado; información, documentación y presencia de organismos privados para ilustración; la presencia de funcionarios para que expongan sobre asuntos relacionados con sus funciones a través de la Secretaría<sup>10</sup>.

Las comisiones pueden ser permanentes, especiales y de investigación, de acuerdo a la Constitución<sup>11</sup>. Las comisiones permanentes están creadas por el art. 37 del Estatuto y la competencia de cada una de ellas están señaladas en el art. 57 y sigts. del Reglamento. Estas son Comisión de Defensa y Gobernación; Comisión de Justicia; Comisión Anti-Drogas; Comisión del Exterior; Comisión de Educación, Medios de Comunicación Social, Cultural y Deportes; Comisión de Salud, Seguri-

---

<sup>8</sup> Art. 27 inc. 5 Estatutos.

<sup>9</sup> Art. 33 Estatutos.

<sup>10</sup> Art. 34 Estatutos.

<sup>11</sup> Art. 138 inc. 18.



dad Social y Bienestar; Comisión de Asuntos Laborales y Gremiales; Comisión de Producción, Distribución y Consumo; Comisión de Reforma Agraria y Asuntos Agropecuarios; Comisión del Medio Ambiente y Recursos Naturales; Comisión de Asuntos Económicos, Finanzas y Presupuesto; Comisión de Población y Desarrollo Comunal; Comisión de Comunicaciones, Transporte, Energía y Construcción.; Comisión Pro-Derechos Humanos y la Paz; Comisión de Asuntos Étnicos y de Comunidades de la Costa Atlántica; Comisión de Integración Centroamericana; Comisión de la Mujer, la Juventud, la Niñez y la Familia.

Las comisiones son especiales cuando son creadas para usarlas en un asunto concreto. Corresponde determinar su objeto al Plenario<sup>12</sup>.

La Junta Directiva podrá nombrar comisiones de investigación cuando el Plenario decida investigar asuntos de interés político<sup>13</sup>.

En algunos países (Italia, España y Costa Rica) se han creado las comisiones legislativas plenas. El art. 72 párrafo 3 de la Constitución italiana dice: «Puede asimismo el Reglamento de cada cámara establecer en cuáles casos y formas el examen y la aprobación de los proyectos de ley son atribuidos a comisiones permanentes compuestas en forma que reflejen la proporción de los grupos parlamentarios. En tales casos y hasta el momento de la aprobación legislativa, el proyecto de ley será remitido a la cámara (Plenario) si el Gobierno o un décimo de los componentes de la cámara o un quinto de la Comisión requieren que sea sometido a su aprobación final con votación nominal. El reglamento determina las formas de publicidad de las labores de las comisiones».

El art. 72 de la Constitución española dice: 1. «Las cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones. 2. Las cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación. 3. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los presupuestos generales del Estado».

En Costa Rica las comisiones legislativas plenas fueron introducidas por la reforma constitucional publicada el 20 de julio de 1993. Para desconcentrar la función legislativa y agilizar su producción, se permite que la asamblea legislativa pueda delegar en comisiones permanentes, el conocimiento y la aprobación de leyes; pero conserva el derecho, en cualquier momento, de avocar el debate o la votación de los proyectos objeto de la delegación.

---

<sup>12</sup> Art. 39 Estatutos.

<sup>13</sup> Art. 40 Estatutos.

No pueden ser objeto de delegación la creación o modificación de los impuestos nacionales, la aprobación o desaprobación de los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos; la aprobación del presupuesto ordinario y extraordinario de la República; decretar la enajenación o la aplicación de los bienes de la nación; la aprobación o desaprobación de los empréstitos o convenios similares que se relacionan con el crédito público, celebrados por el poder ejecutivo; determinar la ley de la unidad monetaria y legislar sobre la moneda, el crédito, los pesos y medidas.

Las comisiones plenarias las nombra el plenario, de manera que refleja el principio de representación proporcional de los partidos políticos. La delegación debe ser aprobada por mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea y la avocación por mayoría de los presentes. Se le deja al reglamento de la asamblea regular el número, las comisiones, las condiciones de la delegación, la avocación y los procedimientos que se aplicarán en estos casos.

Se consagran estas comisiones plenarias para establecer un parlamento más ágil, racional y flexible. Debe ir acompañada de una reforma administrativa, de un programa de capacitación y de modernización de la documentación e información. Todo esto para que el parlamento pueda dar repuesta rápida y no depender de la iniciativa y capacidad del ejecutivo. Saber es poder. En una futura reforma a nuestra Constitución sería conveniente crearlas.

### **E. Los grupos parlamentarios**

A los grupos parlamentarios se refieren algunas disposiciones del Estatuto y el Reglamento. Este tipo de organización se da cuando cuatro o más diputados deciden unirse para formar un bloque y así obtener derechos a locales y materiales básicos para sus funciones de acuerdo con el art. 16 de los Estatutos. Se duda sobre su naturaleza jurídica: unos sostienen que son órganos de la Asamblea; otros, que lo son de los partidos; y hay quienes las ven como asociaciones de Derecho Público o bien de Derecho Privado con funciones públicas.

Algunas sentencias italianas sostienen ese criterio, pero en la realidad son órganos del partido, a través de los cuales actúan o controlan la asamblea en forma disciplinada y con estructura jerárquica.

No necesariamente partidos y grupos son una misma cosa. El grupo puede estar integrado por diputados de diferentes tendencias. En un principio aparece el grupo y predominan sobre el partido, luego el partido prevalece sobre el grupo, lo que coincide con el surgimiento de los grandes partidos de masas, bien organizados; finalmente se produce una identidad entre el grupo y el partido, pues los diputados son directivos del partido.

En la relación grupo-partido se pueden hacer las observaciones siguientes: en el bipartidismo surgen grupos sólidos y fuertemente disciplinados en el voto; los

sistemas electorales mayoritarios facilitan la formación de diputaciones independientes; los proporcionales, la aparición de varios partidos y grupos; en los partidos de extrema (derecha o izquierda) la disciplina del voto es rígida, en los de centro es menos rigurosa.

Los grupos parlamentarios recibieron reconocimiento primero en los reglamentos y después en algunas constituciones. Son producto del pluralismo político y social. Nuestra Constitución no los reconoce, pero sí lo hacen el Estatuto General y el Reglamento Interno de la Asamblea Nacional.

Los grupos pueden ser simples o mixtos. Son simples cuando pertenecen al mismo partido. Mixtos cuando pertenecen a diversos partidos y se unen para llenar el número mínimo que exige el reglamento, o cuando éste lo permite. En algunos países, como Alemania, sólo pueden pertenecer al grupo elegido en la lista de partidos, salvo autorización expresa del Bundestag (Asamblea Legislativa). Los grupos parlamentarios tienen una disciplina para votar de acuerdo a las instrucciones del partido.

## **F. El Plenario**

Es la Asamblea misma constituida por todos los diputados, en él se deciden los asuntos más importantes, se discuten y aprueban las leyes; se discuten y aprueban los tratados convenios, etc.; se elige a la Junta Directiva; se discute y conocen la gran cantidad de materias, asuntos y situaciones señalados en el art. 138 excepción hecha de las funciones atribuidas a los anteriores organismos. El término Plenario se usa como sinónimo de Asamblea.

## **V. Funciones de la Asamblea Legislativa**

### **1. Ideas generales**

Si partimos desde las primeras huellas parlamentarias (los consejos, las curias, las dietas, los estamentos), hasta llegar al parlamento moderno, creemos que en esos primeros tiempos tales órganos estaban constituidos por hombres libres que discutían con el soberano de todos los asuntos de la comunidad. Con posterioridad se observa una progresiva especialización, principalmente en el control de las finanzas públicas. Después se suprimieron cuando se consolida el Estado absoluto<sup>14</sup>.

Sobre las atribuciones o funciones del parlamento se han hecho varias clasificaciones, pero haremos en este capítulo una que me parece la más sencilla.

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, los Estados Generales franceses no fueron convocados entre 1614 y 1789. Se produce una ruptura o desaparición de las asambleas, lo que da pie, como vimos anteriormente para sostener que las asambleas actuales no pueden ser la continuación de las asambleas medievales, excepción hecha del parlamento inglés.

Por ejemplo un sector doctrinal observa que tiene las funciones siguientes:

a) Función legislativa, una de las más importantes, la básica, aunque no la única, como la función financiera.

b) Función de representación, a través de elecciones libres para defender los intereses de sus representantes. Su postulación generalmente se hace por partidos, como funciona la democracia moderna. Los intereses representados pasan a formar parte del conjunto para que mediante su integración se puedan tomar decisiones consensuadas.

c) Es un órgano deliberante que tiene su instrumento de información, sus órganos administrativos y políticos (comisiones, junta directiva y plenario).

d) Función deliberativa. El parlamento es un foro de discusiones donde están representados los diversos intereses nacionales para discutir y llegar a decisiones. Necesita tener capacidad académica y respaldo informativo (libros, banco de datos, etc.), lo mismo que una buena organización administrativa y de los órganos políticos como la Junta Directiva, las comisiones y el plenario.

e) Función financiera. Esta se ejerce a través de la aprobación del presupuesto general de la República. Es de los más importantes y también requiere de un respaldo técnico y de conocimiento.

f) Función de control.

g) Función de asistencia política.

h) Función administrativa. Maneja un amplio aparato administrativo.

i) Función de investigación. Para lograr una mayor eficiencia e independencia del poder ejecutivo es necesario crear una estructura dedicada a la investigación destinada a la buena elaboración de las leyes, acuerdos o resoluciones, controles, etc.

j) Función de comunicación. Es importante que exista una comunicación directa entre el pueblo y el diputado para captar los problemas en forma directa y tratar de resolverlos, lo mismo que para inspirar confianza y obtener legitimidad. Esto se puede hacer a través de oficina abierta al público o en cabildos abiertos, seminarios, talleres. Debe existir una comunicación con todos los sectores e intereses de la población.

k) Función educativa. Promover la enseñanza de los valores democráticos por los medios adecuados, debiendo preocuparse porque el pueblo conozca el funcionamiento del estado de derecho y en especial la labor de la asamblea. La

participación de diputados en la prensa, radio, televisión, escuelas, universidades y revistas es muy importante.

## **2. Clasificación de las funciones**

Es difícil establecer una clasificación de las funciones de la asamblea. No obstante, por razones de orden y exposición las dividiremos en funciones legislativas; funciones de control; funciones de dirección política; funciones jurisdiccionales; y otras funciones.

## **3. Función legislativa**

Es la función por antonomasia de la Asamblea Nacional. Por eso se le denomina poder legislativo, el cual lo ejerce por delegación y mandato del pueblo<sup>15</sup>. Entre las primeras atribuciones que se le asignan a la Asamblea Nacional están las de elaborar y aprobar las leyes y decretos, reformarlos y derogarlos, e interpretar auténticamente las leyes.

Al aparecer la teoría de la división de poderes, se le atribuye al parlamento la función específica de legislar y al ejecutivo la de determinar las líneas básicas de la política nacional.

La Asamblea, en su función legislativa, no sólo desarrolla las normas constitucionales, pues se reserva un buen segmento que es objeto de la ley. Son muchas las disposiciones constitucionales que hacen reservas de ley o remiten a ésta para su desarrollo o regulación<sup>16</sup>, todo lo cual es objeto de ley. Es amplia la materia que es objeto de ley.

El contenido de la ley es valorado por la Asamblea, teniendo como límite las normas de fondo, los principios y valores constitucionales, lo mismo que las del procedimiento de formación de la ley.

La reserva de la ley garantiza que sólo por ley puede ser regulada la materia a que se refiere la constitución. Por ejemplo: sólo la ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados y libros contables de acuerdo con el art. 26, párrafo penúltimo de la Constitución; la detención sólo puede decretarse por la autoridad facultada para ello por la ley de conformidad con el art. 33 de la Constitución; la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad es regulada por las leyes de acuerdo con el art. 21 de la Constitución, los delitos y las penas tienen que estar contemplados por la ley de acuerdo con el art. 34 inc. 11 de la Constitución.

---

<sup>15</sup> Art. 132 Cn.

<sup>16</sup> Arts. 5, 11, 21, 26, 32, 33, 34, 36, 42, 44, 45, 50, 51, 54, 61, 67, 68, 72, 74, 79, 81, 82, 88, 91, 93, 95, 97, 99, 100, 104, 106, 107, 108, 112, 121, 125, 130, 131, 138, 139, 140, 145, 150, 151, 153, 157, 158, 162, 164, 166, 173, 175, 177, 178, 181, 183 y 200 Cn.

La Asamblea Nacional también puede reformar la Constitución y las leyes constitucionales.

#### **4. Función de control**

La Asamblea es un órgano pluripersonal en el cual se manifiesta el pluralismo político de la sociedad. Las diferentes fuerzas se enfrentan para debatir la conducción del Estado.

La función de control es una de las fundamentales que realiza. Dentro de la democracia moderna de partidos, las minorías y la opinión pública tienen que jugar un papel fundamental en ese control, pues en otra forma la asamblea se convertiría en una caja de resonancia o continuación del ejecutivo controlado por el partido mayoritario. Ya se pueden imaginar una comisión de investigación sin representación de minorías.

El control parlamentario, se ejerce sobre los otros poderes del Estado y sus órganos.

El poder legislativo controla:

a) Al poder ejecutivo, pidiéndole informes e interpellando a los ministros y viceministros de Estado, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales; aprobando, modificando o rechazando el decreto de suspensión de derechos y garantías; desaprobando las iniciativas de ley que envíe; mediante el nombramiento del Contralor y Subcontralor de la República, del Superintendente y Vicesuperintendente General de Bancos y del Procurador y Subprocurador de Derechos Humanos; estableciendo los porcentajes constitucionales fijos o adecuados a las necesidades del órgano favorecido por presupuesto nacional; aprobando el presupuesto por medio de ley, en el que deben detallarse los ingresos y egresos; aprobando o rechazando los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales, de carácter económico, de comercio internacional, de integración regional, de defensa y seguridad, los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación y los que vinculen el ordenamiento jurídico del Estado; recibiendo anualmente un informe del Contralor, Superintendente de Bancos y Presidente del Banco Central.

b) Junto con el poder ejecutivo, al poder judicial por medio del nombramiento de los magistrados.

c) Al poder judicial, nombrando y destituyendo a los magistrados por causa justa.

d) Al poder electoral, nombrando a los magistrados del Consejo Supremo Electoral.

e) A cualquiera de los poderes por medio de las comisiones de investigación.

Las comisiones de investigación se dedican a la investigación de cualquier asunto que se les encomiende. Pueden recabar pruebas y después emitir un informe final, el cual es altamente ilustrativo pero no vinculante.

La labor de investigación de la Asamblea tiene por límite la competencia constitucional de los otros poderes, por tanto no puede ejercer las funciones constitucionales reservadas a éstos. Por ejemplo, no puede pretender castigar como lo hace el poder judicial, avocarse causa pendiente ante los tribunales de justicia o la Contraloría General de la República. Generalmente su función se concreta a hacer denuncias que puedan tener trascendencia política o jurisdiccional, o provocar leyes que mejoren las condiciones de la materia investigada. Deben abstenerse de participar en los asuntos diplomáticos en trámites y en los secretos de Estado. No deben recabar información sobre asuntos de carácter privado.

Los tribunales de justicia de varios países han sido muy cuidadosos y limitativos al sostener que las comisiones de investigación no pueden investigar en asuntos que se encuentran pendientes ante los tribunales de justicia por vulnerar la independencia del poder judicial. Pero un sector doctrinal sostiene lo contrario, ya que el control político de las comisiones de investigación es diferente al control jurisdiccional tanto por su naturaleza, alcances, límites y naturaleza del órgano<sup>17</sup>.

## **5. Función de dirección política**

En la doctrina italiana se habla de dirección política de la asamblea, la cual se traduce en la determinación de objetivos políticos a través de diferentes instrumentos o instituciones como: debate en torno al informe anual presidencial ante la asamblea, que no tenemos nosotros, a diferencia de otros países; la aprobación de tratados, convenios, empréstitos, etc.; la aprobación de los planes de arbitrios de las municipalidades; la aprobación del presupuesto general de la república; el nombramiento, solo o en combinación con el ejecutivo, de altos funcionarios como el procurador de los derechos humanos, contralor y subcontralor de la república y recibir el informe de estos, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el poder electoral; el veto; el indulto y amnistía; aprobar leyes; aprobar el presupuesto general de la república, hacer recomendaciones sobre políticas y planes de desarrollo económico y social del país; etc. El Plenario de la Asamblea Nacional está facultado para pronunciarse o adoptar declaraciones de interés nacional o internacional. Los estatutos le dedican un título a esta materia para regularla.

En estas medidas dejan sus huellas el órgano contralor y el controlado. Hasta el poder judicial colabora en la orientación de la política del Estado. Piénsese en la labor política de los tribunales constitucionales, aceptadas por Guatemala, por algunos otros países de la América del Sur, y por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

---

<sup>17</sup> Para ampliar el tema Cfr. Alex Solís Falla. El control político y el control jurisdiccional. República de Costa Rica. 1996.

## 6. Funciones jurisdiccionales

La Asamblea Nacional tiene dos funciones jurisdiccionales:

**A. Conceder por medio de ley amnistía o indulto por su propia iniciativa o por iniciativa del Presidente de la República de acuerdo con los arts. 138 inc. 3, inc. 24 y 140 inc. 4 de la Constitución.**

**B. Privar de inmunidad a los funcionarios que gozan de la misma, para que puedan ser detenidos y procesados, salvo en causas relativas a los derechos de familia y laborales. Esta inmunidad es renunciabile.**

En las causas penales contra el Presidente y Vicepresidente de la República éstos, una vez privados de la inmunidad, serán procesados por la Corte Suprema de Justicia en pleno<sup>18</sup>.

Gozan de inmunidad sólo las personas a las cuales se las concede la Constitución. Estos funcionarios son: los diputados, de acuerdo con el art. 139 Cn, el Presidente y Vice-Presidente, de acuerdo con el art. 148 de la Constitución, los Ministros y Vice-Ministros de Estado, de acuerdo con el art. 151 Cn.; los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el art. 162 Cn.; los magistrados del Consejo Supremo Electoral, de conformidad con el art. 172 Cn.

**C. Conocer y decidir sobre la falta definitiva del diputado por haber sido condenado por sentencia firme a pena de privación de libertad o de inhabilitación para ejercer el cargo por delito que merezca pena más que correccional, por un término igual o mayor al resto de su período.**

Estas diligencias previas del levantamiento del fuero representan un requisito de improcedibilidad. Tiene por objeto mantener la continuidad del servicio que de otra manera podría causar daños al interés público, quizás mayores a los causados por el hecho que se está investigando. Mientras dure la inmunidad los funcionarios no pueden ser juzgados. Una vez que se levanta pasarán a ser juzgados por tribunales comunes o por uno especial como sucede con el Presidente y Vicepresidente de la República, para lo cual es competente la Corte Suprema de Justicia. No es una protección de impunidad sino un privilegio especial por razón del cargo que ejercen.

## 7. Otras funciones

Dentro de este párrafo se señalan otras funciones no tratadas anteriormente.

La Asamblea puede:

---

<sup>18</sup> Art. 130 párrafo quinto Cn.



**A. Otorgar y conceder la personalidad jurídica a las asociaciones civiles de acuerdo con el art. 138 inc.5 Cn.**

**B. Conocer y decidir sobre las faltas definitivas de los diputados de acuerdo con el art. 138 inc. 10 Cn.**

**C. Conocer y admitir las renunciaciones y resolver sobre las destituciones de los altos funcionarios y magistrados de acuerdo con el art. 130 inc.11 Cn.**

**D. Aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales; de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa y seguridad; los que aumentan el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación; y los que vinculen el ordenamiento jurídico del Estado.**

Dichos instrumentos deberán ser presentados a la Asamblea Nacional en un plazo de quince días a partir de su suscripción; solamente podrán ser aprobados o rechazados en un plazo no mayor de sesenta días a partir de su presentación en la Asamblea Nacional. Vencido el plazo, se tendrá por aprobado para todos los efectos legales de acuerdo con el art. 138 inc.12 Cn.

**E. Crear órdenes honoríficas y distinciones de carácter nacional de acuerdo con el art. 138 inc.14 Cn.**

**F. Crear y otorgar sus propias órdenes de carácter nacional de acuerdo con el art. 138 inc.15 Cn.**

**G. Elegir su Junta Directiva de acuerdo con el art. 138 inc. 17 Cn.**

**H. Crear comisiones permanentes, especiales y de investigación de acuerdo con el art. 138 inc. 18 Cn.**

**I. Conceder pensiones de gracia, y conceder honores a servidores distinguidos de la patria y de la humanidad de acuerdo con el art. 138 inc. 19 Cn.**

**J. Determinar la división política y administrativa del territorio nacional de acuerdo con el art. 138 inc. 20 Cn.**

**K. Conocer y hacer recomendaciones sobre las políticas y planes de desarrollo económico y social del país de acuerdo con el art. 138 inc. 21 Cn.**

**L. Llenar las vacantes definitivas del Vicepresidente de la República, y del Presidente y el Vicepresidente, cuando éstas se produzcan simultáneamente.**

**M. Autorizar la salida del territorio nacional al Presidente de la República cuando su ausencia sea mayor de quince días, y la del Vicepresidente, en caso de ausencia del territorio nacional del Presidente.**

**N. Recibir de las autoridades judiciales o directamente de los ciudadanos las acusaciones o quejas presentadas en contra de los funcionarios que gozan de inmunidad, para conocer y resolver sobre las mismas.**

**Ñ. Dictar o reformar su estatuto y reglamento interno.**

**O. Autorizar o negar la salida de tropas del territorio nacional.**

**P. Aprobar, rechazar o modificar el decreto del ejecutivo que declara la suspensión de derechos y garantías constitucionales o el estado de emergencia, así como sus prórrogas.**

**Q. Recibir anualmente los informes del Contralor General de la República; del Procurador de Derechos Humanos; del Superintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras; y del Presidente del Banco Central, sin perjuicio de otras informaciones que les sean requeridas.**

**R. Celebrar sesiones ordinarias y extraordinarias.**

## **VI. De la representación y los partidos políticos**

Nuestra democracia es fundamentalmente representativa, pues el pueblo ejerce normalmente el poder por medio de representantes elegidos en elección popular directa; pero reconoce la existencia de instituciones de la democracia semirepresentativa como el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular de leyes, en virtud de las cuales el pueblo participa directamente. Tiene, pues, un carácter mixto. Por tal razón la Constitución la denomina participativa y representativa<sup>19</sup> El art. 2 Cn., expresamente dice:... «El poder político lo ejerce el pueblo, por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas puede arrogarse este poder o representación. También podrá ejercerlo de manera directa por medio del referéndum y del plebiscito y otros procedimientos que establezcan la presente Constitución y las leyes».

¿Que carácter y alcance tiene esta representación?

En el antiguo régimen, absolutista y estamental, la representación, fundada en el mandato privado, encierra un mandato imperativo<sup>20</sup>, ya que el representante tiene que cumplirlo, no puede apartarlo y actuar libremente; es limitado a lo expresa-

<sup>19</sup> Arts. 2, 7, 50, 132, 146 y 178 Cn.

<sup>20</sup> Javier Pérez Rojo sostiene que es imperativo porque era un mecanismo defensivo y no de dirección política (Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons. Madrid, 1994, p. 338).

mente autorizado; es otorgado en un documento por clases o grupos y no por individuos: el clero, la nobleza y el tercer estado; es revocable en todo momento por el mandante; se representaban fundamentalmente intereses económicos y las consecuencias de su ejercicio repercutían directamente sobre los mandantes, por lo que tenían que rendir cuentas detalladas; se ejercía a través de una asamblea convocada ocasionalmente; no constituían ninguna legitimación política del régimen.

La representación moderna, del mandato político representativo, se funda en otros principios: desaparece el mandato imperativo y, como consecuencia, el mandatario puede actuar libremente; la asamblea pasa a ser un órgano permanente y central; la representación es un medio de legitimar el poder a través de elecciones periódicas y competitivas; se representan a personas y no a grupos o clases, lo cual sería contrario al principio de igualdad; el diputado no representa relaciones concretas de individuos, sino de carácter general con el Estado; el mandato es irrevocable y termina con el plazo que señala la ley; el mandatario tiene que rendir cuentas políticas.

Esta concepción ha prevalecido a pesar de los cambios institucionales, principalmente con la aparición de los partidos políticos. Se representa a la nación y no al partido, aunque en la realidad sucede lo contrario, pues el diputado sigue las instrucciones del partido, a menos que desee salir de la política. Dependiendo del sistema electoral, los diputados pueden tener más o menos libertad de actuar.

La teoría de la representación política en la asamblea ha sufrido negaciones.

En forma radical se sostiene que la única democracia es la directa. El pueblo es el único titular de la soberanía y como tal debe ejercerlo en forma directa, sin representantes o intermediarios. Es el único que puede decidir y dictar leyes. Así legitima la obediencia de sus decisiones, porque el pueblo obedece lo que él mismo decidió. Obviamente, la teoría de la representación es incompatible con esta concepción de la democracia.

La concepción jacobina de la representación política engendra una identificación entre asamblea y pueblo, entre gobernante y pueblo, lo que justifica el carácter absoluto del gobierno revolucionario.

Una versión moderna, o mejor un acomodamiento a esta teoría, es la que se practicó en los países socialistas. Acepta la posibilidad de la democracia mediata (representativa) sólo por razones técnicas. Consideran al representante como un portavoz del pueblo y con mandato revocable. La presencia del partido único y el aborrecimiento de Karl Marx a las técnicas de la democracia directa, convierte al sistema en una negación de la democracia. Se sostiene que el partido único es el portador de la voluntad real del pueblo, borrando la tensión entre representación y electorado.

Otra teoría niega que la relación entre el electorado y los diputados, con la asamblea, sea una representación. No se niega que la democracia representativa sea una democracia. Es más se estima como necesaria en los países grandes. La idea central consiste en afirmar que el parlamento no es la representación política del pueblo, sino un órgano del Estado, cuya integración resulta de una elección de los ciudadanos. La negación de que exista una representación del pueblo se funda en dos razones: la relación orgánica que une la asamblea al Estado es completamente distinta a la relación de representación y no es concebible que un órgano sea al mismo tiempo órgano del Estado y de representación del pueblo; esta relación orgánica es además esencial (a diferencia de la relación de representación) y no se ve reflejada en la relación del elector con su diputado; no existe mandato imperativo y los actos del representante no son imputados al elector (como si fueran celebradas por éste y sus efectos asumidos en lo favorable o perjudicial).

Según Kelsen, para ser demócrata y conservar la democracia, no es necesario afirmar que el parlamento es la representación política del pueblo. Hablar de representación es absurdo y además malo. Esto último porque en la relación elector-diputado no existe representación y puede pensarse que basta un parlamento para que exista democracia, todo lo cual da pie para que los enemigos de la democracia puedan combatir el sistema democrático.

Para algunos observadores la aparición de los partidos políticos, tal como los conocemos actualmente, más concretamente con la aparición de los partidos de masas de fines del siglo XIX, se terminó la teoría de la representación. En el terreno práctico la relación representativa elector-diputado no funciona: el diputado recibe instrucciones del partido y prácticamente está sometido a un mandato imperativo; los parlamentarios no son absolutamente libres por estar sujetos a la disciplina del partido o fracción; la discusión parlamentaria no sirve para persuadir y conquistar el voto del adversario, el cual ya lo lleva predeterminado, etc. No niegan que el parlamento del Estado liberal del siglo pasado fuera la representación política del pueblo.

Ante tal discordancia entre la teoría y la realidad, surgen dos posiciones: los que niegan que exista tal discordancia y los que propugnan corregirla. Los primeros sostienen que es exagerada tal afirmación, pues los diputados siguen siendo libres, en su actuación parlamentarias; los segundos creen que es posible corregir los errores y volver a una democracia representativa igual a la que funcionaba en el siglo pasado.

Además no faltan los esfuerzos por mantener la teoría de la representación pero modificada, partiendo de la realidad actual y no negándola. No ven inconvenientes considerar como representantes a los grupos parlamentarios, libres y no comprometidos al mandato jurídico de sus electores, pero quienes esperan que cumplan disciplinadamente con los programas de su partido.

No obstante lo expuesto, se sostiene que la corrección no es factible ante la presencia fundamental de los partidos en la vida política y del Estado. Esto obedece, no a la voluntad de una oligarquía partidista, sino al cambio que sufre la sociedad ante el surgimiento del sufragio universal y la división de la sociedad en clases y grupos de diversa índole, dando lugar al pluralismo social y político. Esta realidad no se puede transformar por simples leyes o por la simple voluntad.

Quienes sostienen esto proponen sustituir la idea de la democracia representativa, por la de otra democracia, denominada democracia plebiscitaria. Esta teoría tiende a dar explicación y fundamento a la realidad actual. El sistema electoral proporcional y el sufragio universal colaboran a la aparición de esta explicación teórica. Algunos han dicho que lo fundamental para el cambio es el sistema proporcional, pero en realidad también se da en Inglaterra y otros países que siguen el sistema de los colegios múltiples uninominales por sufragio mayoritario en una sola vuelta (un candidato por cada distrito que gana por simple mayoría).

Este nuevo planeamiento, lleva a un cambio de las instituciones parlamentarias: la inmunidad cambia de sentido, pues ya no protege contra el poder ejecutivo, sino contra el partido de mayoría, que lo controla, quien además tiene en su poder levantar la inmunidad; el objeto de la discusión no es para convencer y conquistar el voto del adversario, pues este ya viene predeterminado para votar en el sentido indicado por su partido, las instituciones de control también cambian de sentido, pues es el partido o partidos de minoría quienes ejercen el control interno y externo; la organización de los partidos varía, lo mismo que su funcionamiento; etc.

Se entiende que es plebiscitaria porque la voluntad que domina no se puede atribuir al pueblo como unidad, ya que no está formulada por la voluntad de los representantes del pueblo, sino por la voluntad de la mayoría.

Las elecciones no son elecciones, pasando a ser plebiscitos. Si el parlamento ya no es la representación política del pueblo, el sistema deja de ser una democracia representativa para convertirse en plebiscitaria.

La teoría de la democracia plebiscitaria presenta varios puntos débiles, entre otros, los siguientes:

a) El concepto de mayoría y minoría que tienen parte de la idea de que el pueblo es una unidad sin fisura.

b) No toma en cuenta que la sociedad, en la realidad, se forma por una pluralidad de grupos con intereses y pensamientos distintos. Deducen que la mayoría y la minoría son dos voluntades monolíticas y contrapuestas, lo cual no es cierto porque aquella y ésta están integradas por grupos con intereses e ideas distintas, pero con motivaciones parecidas, aunque estén representados por un solo partido, cuyos diputados representan el acuerdo que colegiadamente tomaron.

c) Sostener que el parlamento no es representativo equivale a justificar su eliminación. Si la voluntad de la mayoría es la voluntad del pueblo, ya no tiene justificación negociar o discutir con otros grupos para llegar a la voluntad común.

## **VII. El nuevo estilo**

América Latina ha entrado a un proceso de democratización, pero sus instituciones tradicionales no responden adecuadamente a dicho proceso. Esto impone la modernización y agilización de la función, administración y organización del Estado, el acercamiento del diputado al pueblo, apartar intereses personales o de grupos, prestigiar a la política y al partido, etc. A tales situaciones no escapa el poder legislativo.

El parlamento tiene una gran representatividad democrática, la cual es percibida en forma clara e inmediata por el pueblo. Lo consideran como un defensor de las libertades y derechos, lo que en realidad así es, pero no podemos callar ante la crisis por la que pasa: tardanza en sus decisiones; falta de apoyo técnico; falta mejoramiento de la técnica legislativa; falta de información; sectarismo apasionado; esfuerzos por obstaculizar las labores de los gobiernos; distanciamiento del pueblo.

La desconfianza hacia el poder legislativo se extiende por la región, según las cifras que consagro a continuación: Venezuela 90%, Brasil 85%, Ecuador y Panamá 84%, México 80%, Guatemala 75%, Costa Rica 68% y Chile 64%. Iguales porcentajes de desconfianza tienen los partidos políticos.

Por todo lo expuesto propongo los lineamientos y medidas siguientes:

### **1. Relaciones con el pueblo**

#### **A. Diputados departamentales:**

a) Tendrán relaciones con las municipalidades y sus cabildos abiertos. Deben conocer y estudiar los programas, planes y necesidades de ellos a fin de ayudarles a solucionar sus problemas.

b) Establecerán relaciones directas con el pueblo y grupos de interés y sociedad civil en general para conocer sus problemas y buscar soluciones. Con tal propósito recibirán las informaciones y pretensiones. Harán su estudio y analizarán las posibilidades de atenderlas. Para realizar estas funciones establecerá oficinas, junto con sus otros compañeros de bancada, en las casas del partido o en otro lugar.

Por moción mía se inició un acercamiento con el pueblo a través de cabildos abiertos en las cabeceras departamentales y al cual asisten todos los alcaldes del

departamento, grupos de interés y pueblo en general. Ya se han realizado con éxito muchos cabildos con el apoyo de Hagamos Democracia.

c) Harán una equilibrada conjugación de los intereses departamentales con los nacionales a través de contactos y diálogos con los diputados nacionales.

#### **B. Diputados nacionales:**

a) Atenderán preferentemente los asuntos y temas nacionales.

b) Harán también una conjugación equilibrada de los intereses mencionados con los departamentales.

c) Sin obstaculizar la marcha del proceso legislativo, le imprimirán prudencia y atención profunda a los asuntos propios de la Asamblea.

d) Establecerán relaciones directas con las municipalidades, el pueblo y grupos de interés en la misma forma que lo harán los departamentales.

### **2. Relaciones con su partido**

**A. Tanto los diputados departamentales como los nacionales mantendrán contacto permanente con su partido o alianza y recibirán las inquietudes y pretensiones que les fueren hechas y a su vez comunicará las propias.**

**B. Investigarán, estudiarán y discutirán con su partido los asuntos de la Asamblea Nacional.**

**C. Cumplirán en forma coherente y disciplinada con los programas de gobierno de su partido o alianza.**

**D. Mantendrán una bancada, firme, coherente y disciplinada para luchar mejor y en forma eficiente.**

Nada de lo expuesto puede impedir al diputado a rechazar resoluciones o leyes contrarias a los derechos humanos o los intereses nacionales. El diputado tiene dos mandatos, el del pueblo y el de su partido, y en forma patriótica debe combinarlos.

### **3. Relaciones internas en la Asamblea**

**A. Fortalecerán los respaldos técnicos e informativos de la Asamblea para desempeñar su función en forma eficiente (buena biblioteca, buen equipo de asesores, buena técnica legislativa, buen respaldo electrónico, etc). Conocimiento es poder.**

**B. Actualizarán los estatutos y reglamentos para hacer más operativa la Asamblea Legislativa.**

**C. Recibirán cursos con el objeto de obtener una preparación científica, técnica y moral para desempeñar en forma consciente, eficaz y honesta la función legislativa. Para tal efecto se darán los cursos, conferencias y seminarios que promueva la Asamblea.**

#### **4. Relaciones con los otros poderes**

**A. Mantendrán relaciones de cooperación y armonía con los otros poderes para que los fines y servicios del Estado sean cumplidos en forma adecuada.**

**B. Promoverán la independencia de la Asamblea dentro de un juego sano de pesos y contrapesos.**

#### **5. Relaciones con la opinión pública**

**A. La transparencia deberá ser efectiva y constante. Se debe cambiar el prototipo del político y ciudadano caracterizado por el sujeto triunfador que, sin escrúpulos, se vale de trucos, el soborno, la intriga, las influencias del poder, la mentira, que piensa que el gobierno es negocio propio. Es preciso poner de moda la honestidad y las otras virtudes.**

**B. Los diputados atenderán en sus oficinas del partido o en la Asamblea a los medios informativos con la frecuencia que los acontecimientos lo requieran.**

La transparencia y la comunicación con la opinión pública se dará también a nivel de Asamblea.

### **VIII. Responsabilidad del Estado, principalmente de la Asamblea Legislativa (Teoría de la responsabilidad del Estado legislador)**

#### **1. Responsabilidad de la Administración**

Los funcionarios públicos incurren en responsabilidades al incumplir con sus obligaciones. La responsabilidad puede ser de diferente naturaleza: disciplinaria, penal, patrimonial y política.

La administración tiene la obligación de asegurarle a los usuarios los correctos y eficientes servicios que están a su cargo. Con la finalidad de lograrlo le exige a sus funcionarios el estricto cumplimiento de sus deberes y, si el caso lo ameritase, impone sanciones a quien incurre en faltas en el cumplimiento de sus deberes. Este es el fundamento y fin del poder disciplinario de la administración pública.



El funcionario, por sus actos, hechos u omisiones que trascienden el ámbito administrativo, puede incurrir en responsabilidad penal. En este supuesto son las sanciones penales las que deben imponerse.

Pero el funcionario también puede, por su conducta indebida, causar daño patrimonial a terceros o a la administración. En estos casos es posible que el funcionario o el titular tenga que responder por los daños y perjuicios causados. Es la llamada responsabilidad civil.

La responsabilidad civil de la administración surge primeramente por actos o hechos administrativos, rompiendo el dogma predominante de hace casi dos siglos de la irresponsabilidad estatal. En un principio se aplicaron los principios de la responsabilidad civil y después principios propios del Derecho Público. También se reconoce la responsabilidad contractual de la administración que se rige por principios propios.

La responsabilidad política alcanza sólo a los grupos gobernantes (Presidente, diputado, etc.).

Con relación a quién responde de los actos y hechos de la administración se han formulado cuatro sistemas:

a) En ciertos países predomina la responsabilidad directa sobre el funcionario, el cual responde con sus bienes frente al particular lesionado. Como modalidad, en otros países la administración está obligada a pagar subsidiariamente.

b) Por el contrario, otros países establecen la responsabilidad directa de la administración, no de sus funcionarios. En ciertos países, autorizan a la administración para que reclame al funcionario lo que pagó por su actuación dañosa.

c) Algunos países establecen la responsabilidad solidaria de la administración y sus funcionarios.

d) Otros consagran la responsabilidad directa para ciertos casos y la responsabilidad personal de los funcionarios por otros, pudiendo coexistir ambas responsabilidades en determinadas situaciones.

Antes de la reforma constitucional se sostenía por la doctrina que el Estado y sus empresas son responsables de los daños cometidos por los hechos realizados por sus funcionarios y empleados, asimismo de los hechos de los animales que posea y de los daños causados por los edificios en ruina. Le son aplicables los arts. 2512, 2513, 2514, 2518 y 2519 C.

Nuestra Corte Suprema de Justicia aceptó la responsabilidad de las empresas del Estado por los daños y perjuicios ocasionados por sus empleados<sup>21</sup>.

Pero con relación a la responsabilidad del Estado, nuestra Corte Suprema eludió el problema al manifestar que la cuestión de la responsabilidad del Estado por culpa de los funcionarios públicos o por las infracciones cometidas por ellos o sus agentes por daños en los individuos es cuestión llena de dificultades, siendo más escabroso cuando se contrae a determinar la responsabilidad por los daños ocasionados por militares, o por fuerzas indisciplinadas, en tiempo de paz o de guerra<sup>22</sup>.

Nuestra Constitución, en la reciente reforma, regula en el art. 131 la responsabilidad en la forma siguiente:

a) El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo fuerza mayor. Pero el Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión<sup>23</sup>.

b) Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones<sup>24</sup>.

c) Los funcionarios y empleados públicos son también responsables personalmente ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo<sup>25</sup>.

## **2. Responsabilidad judicial**

La independencia del poder judicial trae como contrapartida la responsabilidad. Es un principio del Derecho Procesal Orgánico. Por otra parte es la garantía ante el mal funcionamiento del sistema.

En el siglo XIX la legislación y la doctrina configuran al juez como prácticamente irresponsable respecto de las partes. Pero ante el crecimiento de la figura del juez en la dirección del proceso, la creación del derecho en sede judicial y el control de la constitucionalidad de las leyes, se descubre la necesidad de regular con más o menos amplitud la responsabilidad judicial. Son varios los países que lo están haciendo.

---

<sup>21</sup> S. 11 a.m. del 2 de mayo de 1960, B.J., pág. 19946; S. 9:45 a.m. del 12 de Enero de 1964, B.J., pág. 8.

<sup>22</sup> S. 10:30 a.m. del 25 de Febrero de 1930, B.J., pág. 7342.

<sup>23</sup> Art. 131 párrafo 2 Cn.

<sup>24</sup> Art. 131 párrafo 3 Cn.

<sup>25</sup> Art. 131 inc. 4 Cn.

La responsabilidad judicial es de tres clases: disciplinaria, civil y penal<sup>26</sup>. Combinando las tres se pueden dividir en dos grupos: a) Las disciplinarias, en las que no entra en juego la potestad jurisdiccional (infracción de incompatibilidad de residir en el lugar donde ejerce el cargo, etc.)<sup>27</sup> y otras en las que está de por medio la jurisdicción, pero no un proceso concreto (abandono injustificado de sus funciones, etc.)<sup>28</sup>. Se juzgan dentro del poder judicial; b) Las jurisdiccionales, que se producen dentro de los procesos y pueden ser: i) civiles cuando los jueces y magistrados en el desempeño de sus funciones incurrir en dolo o culpa<sup>29</sup>, lo cual trae aparejada el resarcimiento de los daños y perjuicios causados<sup>30</sup>. ii) las disciplinarias cometidas en la tramitación de los procesos.

El Estado es responsable en los casos siguientes:

a) Por los daños causados por error judicial

Son muchos los errores judiciales que se comenten y el Estado debe responder por ellos<sup>31</sup>. El error se puede cometer en causas civiles, penales, laborales y de lo contencioso-administrativo. En nuestro sistema sólo en lo penal se admite la revisión del proceso penal en virtud de error por lo que no podría hacerse efectiva en los otros juicios por el impedimento de la cosa juzgada.

b) Por el funcionamiento anormal de la administración de justicia

Caso típico y generalizado de esta anomalía es la retardación de justicia. La rapidez del proceso es un deseo y al mismo tiempo una necesidad. Justicia tardía no es justicia. De aquí que las legislaciones nacionales y convenios internacionales la exijan. Por ejemplo, la Constitución española en el art. 24.2 reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que el proceso debe transcurrir en un plazo razonable. Por otra parte, el art. 357Pn. sanciona al juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha formulado algunos criterios para computar el plazo desde el comienzo (*dies a quo*) hasta el final (*dies ad quem*).

<sup>26</sup> Arts. 19, 144 y sigts. y 164 y sigts. LOT.

<sup>27</sup> Arts. 143 inc 7. y 167 LOT.

<sup>28</sup> Art. 143 inc. 5 y 6 LOT.

<sup>29</sup> Cuando el juez o magistrado falle contra ley expresa y terminante, de acuerdo con el art. 385 Pn., pagará el interés del pleito y las costas, y satisfará una multa de quinientos a un mil córdobas. Cuando falle en casos dudosos o por puro error de opinión, de acuerdo con el art. 386 Pn., el superior respectivo se limitará a amonestarlo e imponerle multa de cien a doscientos córdobas.

<sup>30</sup> En materia judicial la responsabilidad de los jueces ha tenido como impedimento la cosa juzgada que surge de la sentencia firme. Esta es una presunción de verdad. Si el juez declara el derecho, no se concibe que surja responsabilidad de un acto que aplica el derecho. Pero se admite actualmente la responsabilidad estatal cuando se cometió error y en un procedimiento posterior queda demostrado, lo mismo que la responsabilidad civil por dolo o culpa.

<sup>31</sup> Para conocer la trascendencia y abundancia de errores tanto sobre la propiedad, el honor y la vida véanse las obras siguientes: Robert A. Stemmler. Errores Judiciales. Barcelona 1970. Max Hirschberg. La sentencia errónea en el proceso penal. E.J.E.A. Buenos Aires. 1969.

En materia penal principia con la acusación y termina con el sobreseimiento definitivo o la sentencia condenatoria, extendiéndose a la apelación y casación en su caso, en materia civil se inicia con la demanda y termina con la sentencia definitiva en primera instancia, apelación o casación, no incluyendo el procedimiento de ejecución.

Para determinar el plazo razonable también ha formulado otros criterios:

i) La complejidad del litigio: grandes dificultades para determinar los hechos y/o la ley aplicable, etc.

ii) El comportamiento del recurrente: retrasos provocados por el denunciante. No puede constituir excusa para el tribunal que el demandante haya hecho uso de todos los medios y recursos para defender su pretensión. Curiosamente declara irrelevante la circunstancia de que el impulso del proceso esté encomendado a las partes o al juez.

iii) La conducta de las autoridades nacionales: lentitud culpable en la conclusión del proceso. Es una condición determinante. Pero la correcta administración de justicia está superpuesta al plazo razonable. No puede la autoridad impedir a los jueces la realización de todas las actuaciones necesarias para un juicio recto. La abundancia de asuntos puede ser una excusa, cuando es transitoria y no estructural. La duración exagerada de un proceso sólo tiene justificación por causa especialmente graves.

iv) Las naturales consecuencias que pueden derivarse del proceso para la persona denunciante: mayor exigencia de rapidez en los procesos penales, donde está en juego el honor y la libertad, en los que el interés patrimonial para el denunciante es de capital importancia.

Las anteriores directrices pueden servir de ejemplo para las reformas del Derecho interno. La celeridad del proceso es un derecho humano fundamental que se desprende de los art.34 inc. 2, 52 y 160 Cn., 24 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>32</sup> que en forma clara establece el derecho de ser oído en un plazo razonable en materia penal, civil, laboral, fiscal y de cualquier otro carácter.

c) Ultimamente las legislaciones contemplan a la prisión provisional como causa de daños y perjuicios, cuando se dicta sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo por la inexistencia del hecho delictivo o que el enjuiciado no haya tenido participación en el mismo.

---

<sup>32</sup> Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Esta responsabilidad es también producto de inadecuado funcionamiento del sistema.

La prisión provisional ha recibido fuertes ataques de parte de la doctrina: mengua el derecho de defensa, pugna con la presunción de inocencia, colabora al aumento del número de reos sin condena. De aquí que se le ponga plazo prudencial de vigencia, se facilite la excarcelación por medio de fianza<sup>33</sup>, se le contemple como una excepción del sistema y no como la regla, y hasta se pida juicio sin ella.

### **3. Responsabilidad por actos legislativos**

Con relación a la responsabilidad del Estado por actos legislativos, en un principio se sostuvo que en ningún caso se podría derivar responsabilidad a consecuencia de la aplicación de la ley aunque cause perjuicios. Unicamente el legislador podrá autorizar la indemnización para esos casos. El silencio de la ley con relación al derecho de reclamar la indemnización se entendía como una negativa. En el siglo pasado prevaleció la tesis de la irresponsabilidad por el acto legislativo y aún persisten opiniones que se adhieren a esa tesis.

Contra este rechazo, se alzó la doctrina sosteniendo que cuando se aplicaba una ley que beneficiaba a la colectividad o creaba un monopolio a favor del Estado, debía indemnizarse a los perjudicados, pero aplicaba principios como el enriquecimiento injusto o la responsabilidad derivada de vínculos contractuales. Con posterioridad se admitió la responsabilidad por actos legislativos fundada en el principio de igualdad de las cargas públicas.

Son varias las razones que se tienen a favor de la irresponsabilidad por actos legislativos, y las críticas a ellas:

a) La ley es un acto soberano y como tal se impone a todos, sin que se pueda reclamar compensación.

Contra lo expuesto se alega lo siguiente: el concepto de soberanía es diferente al del siglo pasado, pues hoy tiene un alcance más o menos limitado, además la soberanía no significa irresponsabilidad; la soberanía no reside en la asamblea legislativa, sino en el pueblo; la asamblea legislativa debe actuar bajo los límites de la Constitución.

b) Las leyes nuevas modifican o extinguen derechos anteriores que las leyes reconocían. No violan ningún derecho anterior porque la ley nueva lo extinguió o modificó.

---

<sup>33</sup> En el estudio del Instituto Internacional de Derechos Humanos sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (1982-1986) se señala que el 68,47 % de los presos están sin condena y sólo el 31,53 % están cumpliendo condena. También se hizo un estudio exhaustivo sobre la prisión preventiva y su uso inadecuado y termina haciendo recomendaciones. Publicado por Depalma, Argentina. 1986. P. 142 y sigts.

Se rechaza este argumento, porque la ley no puede modificar o extinguir derechos adquiridos, ya que la Constitución no permite que se dicten leyes retro-activas, de acuerdo con el art. 38.

c) La ley, por su carácter general, beneficia o perjudica a todos por igual. De aquí que nadie tenga derechos adquiridos al momento de un nuevo orden jurídico dado.

Esto no es cierto porque aunque la ley es general, no surte sus efectos de manera igual para todos. De aquí que un pequeño grupo pueda resultar perjudicado, soportando los perjuicios de la nueva ley.

d) La indemnización por actos legislativos paraliza el progreso legislativo y social por las inmensas sumas que podrían desembolsarse en busca de defender los intereses individuales.

Se argumenta en contra de esta tesis expresando que sobre la destrucción de los derechos de algunos habitantes no se puede construir el progreso social de la nación.

e) Los jueces no pueden condenar a pagar indemnizaciones que no autoriza la ley, ya que esto significa sustituir al legislador. Los jueces deben sentenciar de acuerdo con la ley.

Tampoco esto es cierto porque los jueces están obligados a fallar pese al silencio de la ley, de acuerdo con el art.443 Pr.

Por otra parte existe una tesis que sostiene lo contrario. El silencio de la ley no es obstáculo para que el juez pueda acordar indemnización. Una ley que niegue la indemnización sería inconstitucional y así lo podría declarar el juez, aunque en algunos países, como Francia, los tribunales no pueden declarar esa inconstitucionalidad porque no lo permite el sistema, pues carecen de competencia para tal cosa.

Los argumentos que se señalan a favor de la responsabilidad por actos legislativos son los siguientes:

a) La ley que beneficia a la colectividad y perjudica a pocos, viola el principio de igualdad ante las cargas públicas (el cual se deduce del principio de igualdad ante la ley) por lo que debe pagarse indemnización con fondos del Estado a esa minoría para restablecer el equilibrio de la igualdad ante las cargas públicas.

El art. 27 Cn., establece el principio de igualdad ante la ley, que consagra implícitamente el principio de igualdad ante las cargas públicas.

b) Cuando la ley prohíbe una actividad hasta entonces lícita para reservársela exclusivamente al Estado (monopolio) del cual obtendrá beneficios, es un enriquecimiento injusto a costa de los particulares, lo cual obliga a la indemnización.

c) Se piensa que es una expropiación (directa o indirecta) y, por lo tanto, debe ser indemnizado el particular, aunque no exista transferencia de bienes corporales (bienes muebles e inmuebles) y sí desposesión para explotar un negocio del particular. Este argumento y el de enriquecimiento injusto se justifican bien en el supuesto del monopolio estatal.

d) La Constitución protege los derechos individuales, principalmente el de propiedad y el del libre ejercicio de toda actividad lícita, por lo que el legislador ordinario sólo puede limitar o disponer su privación de conformidad con dicho cuerpo de leyes. Por tal razón, la ley que la viole trae aparejada la responsabilidad estatal.

Nuestra Constitución garantiza el derecho de propiedad<sup>34</sup> y el libre ejercicio profesional, empresarial y cualquier actividad que no esté prohibida por la ley<sup>35</sup>. De la propiedad nadie puede ser despojado sin previa indemnización.

e) Los principios de equidad y justicia que constituyen el fundamento último de todos los derechos están por encima de la ley.

Es conveniente hacer un análisis del sistema francés, pues gran parte de las ideas expuestas tienen su origen en él.

En la doctrina de la jurisprudencia francesa se sostenía el criterio de que el legislador tiene poderes discrecionales para decidir si hay que pagar o no la indemnización a los particulares afectados por una ley. El legislador tiene facultades para considerar conceptos de equidad, conveniencia, etc., para decidir si se da o no la indemnización dictando una ley. No está obligado a dar esa indemnización, puede negarla. No importa si los perjuicios son pequeños o grandes. También tiene derecho a acordar indemnizaciones grandes o pequeñas, las cuales no pueden ser modificadas ni por la administración ni por el juez. Puede también dejar librada la determinación del monto a la administración o al juez.

Para que surja la responsabilidad es necesario que se den las condiciones siguientes: que exista un daño, pero un daño que sobrepase los sacrificios normales y naturales de la vida en sociedad, por lo que si una ley afecta a todos o a un gran número de personas, volviéndose sus efectos verdaderamente generales, no da derecho a indemnización alguna; el perjuicio debe ser directo, derivado en forma inmediata de la ley, por lo que si concurren otras circunstancias exógenas no cabe la reclamación; los perjuicios deben ser ciertos, reales y apreciables en dine-

---

<sup>34</sup> Arts. 5, 44 y 99 Cn.

<sup>35</sup> Art. 32 Cn.

ro, por lo que no caben perjuicios morales, hipotéticos o eventuales; el perjuicio debe ser de cierta envergadura, por lo que no caben los de poca entidad que apenas hubieren afectado la economía de la empresa o particular; que la actividad suprimida por la situación que motivó la ley no sea ilícita, peligrosa, perjudicial o inmoral. En todo caso, el responsable es directamente el Estado, no el legislador.

Por ejemplo, la irresponsabilidad por ser la ley un acto soberano, tiene como antecedente el sistema francés de indemnización por medio de leyes especiales. Este sistema comienza a romperse con la Ley del 12 de febrero de 1835, que para asegurar el rendimiento económico del monopolio estatal de tabaco, prohibida la fabricación, circulación y venta de los sucedáneos del tabaco, forzando el cierre de varias fábricas, sin prever indemnización de ninguna especie. Uno de los fabricantes afectados, M. Duchatelier, presentó reclamación ante el Consejo de Estado, el cual la rechazó por las razones siguientes: «Considerando que el Estado no debe ser responsable de las consecuencias de las leyes que, en atención al interés general, prohíben el ejercicio de una industria; que del Estado no pueden reclamarse otros créditos que los nacidos de contratos formalizados por el Estado o de disposiciones formales de las leyes; que, por una parte, M. Duchatelier no ha indicado la existencia de contrato alguno con el Estado; que, por otra parte, la Ley de 12 de febrero de 1835, al declarar prohibida la fabricación de *tabac factue* no ha abierto derecho alguno de indemnización en favor de los individuos que se hallaban dedicados a esta fabricación; que, por tanto, M. Duchatelier no puede exigir indemnización, ni por la pérdida de su industria, ni por el cierre de su establecimiento ni por los diversos daños derivados de la prohibición».

Este criterio de inmunidad del poder legislativo se consolidó durante el siglo XIX. Se fusionó con la tesis de la inmunidad por los actos de autoridad (actos de soberanía, discrecionales y de gobierno) y se extendió a los decretos-leyes de la administración, como a los decretos reglamentarios y a los reglamentos de la administración pública.

El dogma de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos y reglamentarios, nace sin base doctrinal. Aparece a finales del siglo XIX, de la pluma de Laferriere y con contenido básicamente rousseauiano: «Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todo sin que frente a ello pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acreditar tal compensación. La jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en las formas previstas por la ley... De todo lo que precede resulta que las cuestiones de indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una



acción tendiente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción<sup>36</sup>.

Tal criterio despertó inquietudes en los defensores del principio de legalidad, pues la radical inmunidad recordaba la del absolutismo regio. Por tal razón se formuló la teoría de la generalidad de la ley.

Pero tampoco la tesis de la generalidad de la ley se aceptó sin reservas, pues se daban leyes especiales y concretas, por lo que se explicó la irresponsabilidad fundándose en la falta de un control efectivo de los límites constitucionales, pues es el propio parlamento el que decide la conformidad de la ley con la Constitución. Es el parlamento el que fija sus propios límites. Esto elimina prácticamente la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado por sus actos.

Justificando esta última tesis expresa Michoud: «En nuestra organización constitucional, al menos, la cuestión de la *responsabilité pour faute* (responsabilidad por falta) no puede plantearse frente a los actos del poder legislativo. Es rigurosamente cierto la afirmación de que el legislador no comete falta alguna en el sentido jurídico del término, porque su derecho carece de límite constitucional legal».

El caso La Fleurette parte del reconocimiento de la voluntad tácita del legislador para indemnizar y funda esta indemnización en la igualdad de las personas ante las cargas públicas. La Fleurette fabricaba una crema sana e higiénica, compuesta del 70% de leche y 30% de otras sustancias. La ley del 29 de junio de 1934 para favorecer a la industria lechera, prohibió todo los productos similares que no fueron elaborados exclusivamente con leche, por lo que cesó de operar la sociedad. El caso llegó al Consejo de Estado y condenó al pago de los daños y perjuicios, a pesar de no contemplarse expresamente en la ley, interpretando la voluntad tácita del legislador.

La jurisprudencia avanza más y acepta sin reserva la interpretación de la voluntad tácita del legislador en los casos que sea posible demostrar que el legislador no quiso excluirla. Esta presunción es *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

La jurisprudencia sigue exigiendo requisitos. La indemnización cabe únicamente cuando el acto normativo dañoso no incide sobre una actividad prohibida, inmoral, ilícita o contraria a la sanidad nacional o al orden público. Por otra parte, el perjuicio debe ser grave, un sacrificio superior al normal.

El caso Bovero cambia la tendencia. Se trataba de un problema de responsabilidad por ejecución en sentencia judicial que ordenaba el desahucio de un

---

<sup>36</sup> Laferriere, *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, 2da. Edición. Berger Levault et Cie. París 1896. T II pags. 13 y 14.

departamento. Pendiente la ejecución, por una ordenanza con fuerza de ley del 13 de enero de 1959 se prohibió toda expulsión de los militares que prestaban servicio en Argelia así como de su familia. El prefecto de policía se negó a ejecutar el desahucio en cumplimiento de la ordenanza citada. El caso fue llevado al Consejo de Estado en reclamación por los daños. Confirma la decisión del prefecto y ordenó la indemnización. Esta no se funda en la voluntad del legislador, solamente lo hace frente a la igualdad ante las cargas públicos.

Se puede notar el avance hacia la amplitud de la responsabilidad en los dos extremos, el caso Duchatelier y el caso Bovero, aunque en ciertas épocas (segunda guerra mundial) el Consejo de Estado negó dos veces la indemnización, aunque después de pasada la crisis abrió las puertas.

Dejando a Francia, es conveniente advertir que en muchos países la aparición de la Constitución como ley suprema desplaza la soberanía de la ley a la soberanía de la Constitución. La ley ordinaria tiene que ajustarse a este cuerpo de normas. La ley no puede manifestar una voluntad ilimitada (se niega el carácter soberano a la ley). La contradicción entre la ley y la Constitución puede ser solucionada por el poder judicial ordinario o por un tribunal constitucional.

La supremacía de la Constitución y el sistema de control de su cumplimiento y el efecto retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, son instituciones jurídicas que destruyen el principio básico de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos<sup>37</sup>.

Bajo estas condiciones se ha pensado fundar la responsabilidad en la culpa o ilicitud de la ley: si antes la ley delimitaba lo lícito e ilícito, ahora ella puede ser ilícita al entrar en conflicto con la Constitución. Esta teoría resulta forzada y ofrece graves inconvenientes.

El efecto retroactivo como método para poder reparar o compensar, es efectivo, pero tiene sus inconvenientes. Hay que consagrar disposiciones regulatorias que permitan al juez o tribunal excluir ciertas situaciones.

La doctrina sostiene que la responsabilidad por actos legislativos no sólo se da cuando se viola la Constitución, sino también cuando no se viole. En nuestro sistema pueden tener aceptación ambas violaciones.

El tema en general es polémico y hasta las ideologías han intervenido; la izquierda defiende la inmunidad y la derecha la responsabilidad. Los tribunales tienen que proceder con mucha prudencia.

---

<sup>37</sup> Existen otras razones teóricas que ayudan a la destrucción de la irresponsabilidad del Estado: el legislativo deja de ser considerado como órgano de la sociedad y sus actos son de Estado; como consecuencia, el diputado deja de ser representante popular y se convierte en titular inmediato de un órgano estatal; el carácter general de la ley se quiebra en muchos casos.

En nuestro sistema, el art. 139 Cn. exime a los diputados de responsabilidad por sus opiniones y votos emitidos en la Asamblea Nacional. Esto los libera de toda responsabilidad civil por los efectos de las leyes que aprueben, pero el Estado sería en todo caso el responsable. Esta responsabilidad estatal por actos legislativos es de carácter extracontractual, y su prescripción sería la general de diez años, de acuerdo al art. 905C., pues no se establece un plazo especial. El problema es muy complejo, y es poco probable que los tribunales de justicia se abran a una aceptación amplia de la responsabilidad del Estado por actos legislativos.



# **Capítulo XI**

## **Nociones sobre**

### **Derecho Parlamentario**

**SUMARIO:** 1. Concepto del Derecho Parlamentario. 2. Su autonomía. 3. Características. 4. Fuentes: A. La Constitución. B. Los tratados. C. La ley. D. Los estatutos y reglamentos parlamentarios. E. Los estatutos de los partidos políticos. F. Los estatutos de las Bancadas. G. Los principios generales del Derecho. H. La jurisprudencia parlamentaria. I. La costumbre parlamentaria. J. Las convenciones parlamentarias. 5. Estatuto de los diputados: A. Incompatibilidades de los diputados. B. Impedimentos. C. Faltas definitivas. D. Protección política a los diputados. E. Derechos y obligaciones de los diputados. F. Régimen económico. 6. Ordenamiento jurídico de la Asamblea Legislativa. 7. Proceso de formación de la ley: A. Iniciativa: a) Concepto. b) Breve referencia histórica. c) Clases de iniciativa. d) Formalidades. e) Retiro de la iniciativa. B. Dictamen y discusión en el plenario. C. Sanción, promulgación y publicación. D. El veto.

#### **1. Concepto del Derecho Parlamentario**

El Derecho Parlamentario es una disciplina del Derecho Público que estudia el conjunto de normas, principios y reglas que regulan la organización y funcionamiento del parlamento o asamblea legislativa. El estudio y exposición de la técnica legislativa y el cabildeo se hace así mismo dentro del Derecho Parlamentario.

#### **2. Su autonomía**

Es motivo de discusión. Los constitucionalistas lo reclaman como parte del Derecho Constitucional y un fuerte sector doctrinal, sin perder de vista su vinculación con éste, lo consideran como un Derecho autónomo.

Como hemos visto la asamblea legislativa tiene un autogobierno regido por sus estatutos y reglamento que sólo están subordinados a la Constitución y pertenecen a una competencia especializada por la materia atribuida por la Constitución, saliendo del conflicto jerárquico de supra o subordinación legislativa con respecto a la ley y no a la Constitución.

#### **3. Características**

El Derecho Parlamentario presenta las características siguientes: a) Es originario porque no proviene de otro ordenamiento, ya que regula la organización y actuación de sus actores (diputados), pero sujeto a la Constitución.

b) Es espontáneo porque se nutre de prácticas, convenciones y normas surgidas del contacto directo con el problema que proviene de la tensión dialéctica de los intereses en juego, lo cual lo convierte en flexible, dúctil y dinámico, al contacto

con una realidad política en constante transformación, que muchas veces exige soluciones contrarias a los dogmas clásicos de otras ramas del Derecho<sup>1</sup>.

c) Es sustancial, no simplemente procesal (instrumental), ya que el parlamento sirve de garantía a la libertad y desarrolla el contenido constitucional a través de las leyes.

d) Es dinámico, de fácil adaptación a las realidades políticas, ayudando así a absorber, ordenar y racionalizar la tensión dialéctica de las pretensiones y demandas dentro de la asamblea, además puede producir la modificación tácita de la Constitución por medio de la interpretación, por omitir la aplicación de un precepto constitucional que la realidad política lo abandona o por utilizar instrumentos constitucionales para fines diferentes a aquellos para los que fueron creados.

e) El principio de flexibilidad debe jugar junto con el de estabilidad, en virtud del cual se fortalecen las instituciones parlamentarias y se mantiene el respeto de las decisiones de la mayoría y la existencia de los derechos de la minoría, las cuales también no deben entorpecer o usurpar los derechos de la mayoría.

f) A diferencia del Derecho Administrativo, en el Parlamentario se acepta la inaplicación (o derogación singular) del reglamento para casos concretos, en virtud de un acuerdo de mayoría especial. Es aceptada por varios parlamentos, pues ayuda a destrabar, en muchas ocasiones, situaciones provocadas innecesariamente. Es importante advertir que en algunos países no está contemplado.

g) Es autónomo e independiente del ordenamiento general, pues es el resultado del autogobierno de la asamblea legislativa, y materia de su competencia exclusiva.

h) Los órganos constitucionales, principalmente el parlamento, pueden regular sus funciones con normas libremente aprobadas, en el presente caso por la asamblea legislativa, por tal razón también se le permite regular sectores de sus actividades sobre las cuales no interviene directamente la Constitución.

## **4. Fuentes**

Las fuentes son los actos o procedimientos que crean la norma. A continuación trataremos de cada una de ellas.

### **A. La Constitución**

La Constitución, los principios y los valores constitucionales constituyen las principales fuentes.

---

<sup>1</sup> Algunos autores sostienen que el principio de la inderogabilidad singular del reglamento, fundamental en el Derecho Administrativo para conservar el principio de igualdad, no se aplica al reglamento de la asamblea legislativa en ciertos casos concretos por así exigirlo el carácter dinámico del Derecho Parlamentario.

En la Constitución encontramos numerosos artículos que se refieren al procedimiento legislativo para la formulación de la ley<sup>2</sup>; a las funciones de la Asamblea Legislativa y sus órganos fundamentales: la Junta Directiva, las Comisiones, la Secretaría, y la Presidencia<sup>3</sup>; a la elección de ciertos funcionarios: Contralor y Subcontralor de la República, Superintendente y Vicepresidente de Bancos y al Procurador y Subprocurador de Derechos Humanos<sup>4</sup>; a las reglas para la aprobación o modificación del presupuesto<sup>5</sup>; a las normas para reformar total o parcialmente la Constitución o leyes constitucionales<sup>6</sup>; a las calidades para ser diputado, a las causas de falta definitiva de los diputados<sup>7</sup>, etc.

## **B. Los tratados**

Se admite que ciertos tratados internacionales puedan contener reglas relativas a la tramitación de ciertos proyectos de ley. Esto no es aceptable en Nicaragua, porque en nuestro sistema el procedimiento está reservado a la Constitución y a los estatutos y reglamento de la Asamblea Nacional.

## **C. La ley**

La ley puede ser fuente del Derecho Parlamentario. Por ejemplo: la Ley Electoral, que regula la postulación, elección y toma de posesión de los diputados y la Ley del Régimen Presupuestario que tiene por objeto la regulación del proceso de formulación, aprobación, coordinación de la ejecución, control y evaluación de los presupuestos de los organismos y entidades que integran el sector público.

## **D. Los estatutos y reglamentos parlamentarios**

Estos cuerpos legales constituyen la primera fuente del Derecho Parlamentario nicaragüense. El Estatuto es como la Ley Orgánica de la Asamblea y el Reglamento lo desarrolla, amplía, complementa y hasta lo repite. Bien podría fusionarse en un solo documento legal, para lo cual sería preciso reformar la Constitución. Se ganaría en claridad, precisión y en la unificación de dos textos que técnicamente deben constituir uno solo. Sobre sus objetos, naturaleza e importancia nos remitimos a lo expuesto más adelante.

## **E. Los estatutos de los partidos políticos**

Los estatutos de los partidos muchas veces tienen disposiciones que inciden en la dinámica de la Asamblea Nacional. Por ejemplo: el mandato imperativo del partido, las expulsiones de sus diputados, las renunciaciones, etc.

---

<sup>2</sup> Art. 139 Cn. y sigts.

<sup>3</sup> Art. 138 Cn. y sigts.

<sup>4</sup> Ibidem

<sup>5</sup> Art. 138 inc. 10 Cn.

<sup>6</sup> Art. 191 Cn. y sigts.

<sup>7</sup> Art. 149 Cn.

## **F. Los estatutos de las bancadas**

Aunque son documentos del conocimiento privado de la bancada, inciden en el desarrollo de las tareas de la Asamblea Nacional. Por otra parte, las funciones de las bancadas parlamentarias están reconocidas legalmente y legitimadas para actuar en ciertos asuntos.

## **G. Los principios generales del Derecho**

Son fuentes también los principios generales del Derecho; principalmente los principios y valores constitucionales.

En el Derecho Parlamentario se acogen algunos principios como el de flexibilidad del Derecho parlamentario, el de conservación del acto parlamentario (inspirado en la teoría procesal de las nulidades), la publicidad de los procedimientos parlamentarios, etc.

En ausencia de las pautas señaladas, debe recurrirse a los principios de las ramas más afines como el Derecho Administrativo, Constitucional, etc.

## **H. La jurisprudencia parlamentaria**

La jurisprudencia parlamentaria tiene varias funciones: por medio de la interpretación aclara el texto de la norma; colma sus lagunas; y adapta su contenido a las nuevas realidades.

En el Derecho Parlamentario la jurisprudencia surge de las resoluciones del Plenario, de la Secretaría de la Junta Directiva y de la Presidencia de la Asamblea Legislativa.

## **I. La costumbre parlamentaria**

Es la repetición normativa de comportamientos parlamentarios que se aceptan como jurídicamente obligatorios.

En el Derecho Parlamentario se admiten la costumbre *preter legem* (costumbre fuera de la ley) para integrar el derecho en el supuesto de lagunas; la *secundum legem* (costumbre según la ley) para completar o interpretar la norma del caso; y la *contra legem* (costumbre contra la ley) con claros límites, muy discutible su constitucionalidad porque nuestro Derecho no permite el desuso, ni la costumbre contra la ley.

## **J. Las convenciones parlamentarias.**

Son convenciones constitucionales, ya estudiadas, pero específicas para el Derecho Parlamentario.



Son acuerdos expresos o tácitos entre los miembros del parlamento, entre sus órganos y entre éstos y los otros órganos constitucionales. Se dan para resolver cuestiones o problemas parlamentarios concretos que surgen al aplicar el ordenamiento parlamentario. De estas convenciones pueden surgir normas generales admitidas como obligatorias.

## **5. Estatuto de los diputados**

El diputado tiene regulada su función, por la Constitución, el Estatuto y Reglamento de la Asamblea Legislativa y la Ley de Inmunidad, de lo cual resultan incompatibilidades, impedimentos, causas de pérdida del cargo (falta definitiva), derechos y obligaciones.

### **A. Incompatibilidades de los diputados**

Se dan para asegurar la independencia de los parlamentos en relación con los otros poderes y grupos de interés, promoviendo así el correcto ejercicio de la importante función parlamentaria. Por tal razón el art. 38 inc. 10 iv Cn. señala como causa de falta definitiva y pérdida del cargo recibir retribución de fondos estatales, regionales o municipales, por cargo o empleo en otros poderes del Estado o empresas estatales, salvo el de docencia o del ejercicio de la medicina. Si un diputado aceptare desempeñar cargo en otros poderes del Estado, sólo podrá reincorporarse a la Asamblea Nacional cuando hubiere cesado del cargo.

De lo expuesto se deduce que el diputado, si solicita permiso, puede formar parte del ejecutivo, lo que introduce una modalidad política propia del sistema parlamentario. En nuestro sistema se podría prestar a maniobras de control del ejecutivo.

### **B. Impedimentos**

Nuestra Constitución establece impedimentos para ser diputado. El art. 134 párrafo tercero Cn., expresa que no podrán ser candidatos a diputados propietarios o suplentes:

a) Los ministros, viceministros de Estado, magistrados del Poder Judicial, del Consejo Supremo Electoral, el Contralor General de la República, el Procurador de los Derechos Humanos y los Alcaldes, a menos que hayan renunciado al cargo doce meses antes de la elección.

b) Los que hubieran renunciado a la nacionalidad nicaragüense, salvo que la hubiesen recuperado al menos cinco años antes de verificarse la elección.

c) Los ministros de cualquier culto religioso, salvo que hubieran renunciado a su ejercicio al menos doce meses antes de la elección.

### **C. Faltas definitivas**

Sobre la falta definitiva expresa el art. 138 inc. 10 Cn., que la Asamblea Legislativa tiene la facultad de conocer, admitir y decidir sobre las faltas definitivas de los diputados ante la Asamblea Nacional. Son causa de falta definitiva, y en consecuencia acarrear la pérdida de la condición de diputado, las siguientes:

- a) Renuncia al cargo
- b) Fallecimiento
- c) Condena mediante sentencia firme a pena de privación de libertad o de inhabilitación para ejercer el cargo por delito que merezca pena más que correccional por un término igual o mayor al resto de su período.
- d) Abandono de sus funciones parlamentarias durante sesenta días continuos dentro de una misma legislatura sin causa justificada ante la Junta Directiva de la Asamblea Nacional.
- e) Contravención a lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 130 Cn.
- f) Incumplimiento de la obligación de declarar sus bienes ante la Contraloría General de la República al momento de la toma de posesión del cargo.

### **D. Protección política a los diputados**

La protección a los diputados comprende dos aspectos: exención de responsabilidad por sus opiniones y votos emitidos en la Asamblea Nacional, y la inmunidad conforme la ley. La primera exime de responsabilidad civil y penal. La segunda sólo lo protege de infundadas demandas o acusaciones que le impidan el normal desenvolvimiento de sus funciones, pero si amerita juzgarse es desahogado para que conozcan de la causa los tribunales comunes.

Existe una Ley de Inmunidad del 21 de marzo de 1990, reformada por Ley del 21 de septiembre de 1990, anteriores ambas a la reforma constitucional de 1995.

A los funcionarios que gozan de inmunidad sólo se les puede privar de ella con el voto favorable de la mayoría absoluta de la Asamblea (Plenario). Sin esta privación y previo los trámites y defensa del funcionario, éste no podrá ser detenido ni procesado, excepto en causas relativas al Derecho de Familia y laborales. En resumen, gozarán de inmunidad judicial, mientras no sean desahogados, tanto en materia civil, penal y en general en todo lo contencioso judicial, menos en materia de familia y laboral.

De acuerdo con el art. 138 inc. 24 Cn. le corresponde a la Asamblea Nacional recibir de las autoridades judiciales o directamente de los ciudadanos las acusa-

ciones o quejas presentadas en contra de los funcionarios que gozan de inmunidad para conocer y resolver sobre los mismos. En el Capítulo X de la primera parte, sobre el poder legislativo, concretamente en el estudio sobre sus funciones jurisdiccionales, completamos este apartado.

La acusación o queja se presenta en la Secretaría, quien de inmediato informará a la Junta Directiva<sup>8</sup>.

Seguidamente la Junta Directiva nombrará una Comisión para que estudie y dictamine sobre la acusación o queja, la cual le será comunicada al funcionario dentro de las veinticuatro horas siguientes de haberse formado la Comisión. Se le dará audiencia ante dicha Comisión dentro del sexto día de notificado para que exprese lo que tenga a bien<sup>9</sup>.

El funcionario puede defenderse personalmente o por medio de apoderado, tanto en la Comisión como en el Plenario<sup>10</sup>.

La Comisión abrirá a pruebas las diligencias por el término de veinte días prorrogables a solicitud de la Comisión o del interesado ante la Junta Directiva. Vencido el término de prueba, la Comisión emitirá dictamen confirmando o rechazando la acusación o queja<sup>11</sup>.

El dictamen se pasará al Plenario para decidir si lo acepta o rechaza. El Presidente le concederá intervención al funcionario o a su apoderado<sup>12</sup>.

La Secretaría librará certificación de la decisión sobre el dictamen<sup>13</sup>.

## **E. Derechos y obligaciones de los diputados**

Según el art. 4 del Estatuto, los diputados, además de los derechos establecidos en la Constitución, tienen los siguientes:

- a) Participar en las sesiones con voz y voto.
- b) Presentar iniciativas de ley, de resoluciones, de pronunciamientos y declaraciones.
- c) Ser miembro de la Junta Directiva.
- d) Integrar y presidir las comisiones permanentes, especiales o de investigación.

---

<sup>8</sup> Art. 8 L.I.

<sup>9</sup> Art. 9 L.I.

<sup>10</sup> Art. 10 L.I.

<sup>11</sup> Art. 11 L.I.

<sup>12</sup> Art. 12 L.I.

<sup>13</sup> Art. 14 L.I.

e) Integrar grupo parlamentario.

f) Integrar delegaciones de la Asamblea Nacional a eventos internacionales.

g) Presentar mociones.

i) Gozar de condiciones materiales, técnicas y administrativas satisfactorias para el desarrollo de sus funciones y el ejercicio de todos los derechos establecidos en la Constitución y en el Estatuto.

Los deberes aparecen en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto. Estos deberes son:

a) Los representantes responden ante el pueblo por el honesto y correcto desempeño de sus funciones: deben informarle de su trabajo y actividades oficiales: deben atender y escuchar sus problemas, procurando resolverlos, y serán responsables de sus actos y omisiones.

b) Los representantes tienen el deber de asistir puntualmente a las sesiones de la Asamblea Nacional y a las reuniones de las comisiones que integran, y desempeñar las funciones que se le asignen.

c) Cuando el representante propietario no pueda asistir a una sesión de la Asamblea Nacional o a una reunión de las comisiones, deberá de previo informar por escrito a la Secretaría de la Asamblea Nacional o a la Secretaría de la Comisión respectiva y señalar si se incorpora a su suplente.

## **F. Régimen económico**

El diputado recibe para ejercer sus funciones una asignación económica señalada en el Presupuesto General de la República y en otras leyes de la materia<sup>14</sup>. Por ejemplo, en el art. 30 inc. 8 de la Ley de Justicia Tributaria y Comercial del 4 de Junio de 1997, los diputados tienen derecho a la exoneración para la importación de dos vehículos para cada diputado propietario, y uno para cada diputado suplente y uno para cada diputado al Parlamento Centroamericano.

## **6. Ordenamiento jurídico de la Asamblea Legislativa**

La Asamblea Legislativa, como todos los órganos del Estado, están sometidos a la Constitución y el ordenamiento jurídico en general.

Tiene autonomía normativa reconocida en el art. 138 incs. 10, 17, 18, 25 y 31 de la Constitución. Se manifiesta mediante la aprobación de su Estatuto y Reglamento, dedicados a conformar el gobierno y funcionamiento de la Asamblea. Como consecuencia, regulan la organización, funcionamiento, administración y procedi-

---

<sup>14</sup> Art. 5 párrafo 1 del Estatuto.

miento de la Asamblea. Constituye una reserva de reglamento y estatuto. Esto significa que no pueda ser objeto de ley las materias que les son propias, incluyendo con mayor razón el procedimiento legislativo por tener en una parte rango constitucional.

### **A. Importancia del Reglamento y Estatutos**

El Reglamento y el Estatuto tiene una gran importancia por su contenido y las razones siguientes: regula normas de procedimientos legislativos en general; regula normas de procedimientos de formación de la ley; también contienen normas de interpretación y aplicación de la Constitución; lo mismo que normas que regulan procedimientos e instituciones que se derivan de las diferentes atribuciones de la Asamblea, aunque carezcan de referencia constitucional; establece los procedimientos para que la Asamblea tome sus decisiones, declaraciones y acuerdos de conformidad a las atribuciones que le concede la Constitución y la ley; son fundamentales para la organización y funcionamiento del Parlamento.

### **B. Naturaleza jurídica**

Su naturaleza es muy discutida, pero en una cosa hay que coincidir: obligan a los diputados como ley y en conjunto son como la Ley Orgánica de la Asamblea (aunque sin efectos externos), lo cual tiene raíces constitucionales. Ejecutan lo dispuesto expresamente en la Constitución.

Sobre la naturaleza de los reglamentos o estatutos Parlamentarios se han formulado muchas teorías, a saber:

a) Son reglamentos porque presentan características que así lo indican.

Es la teoría más difundida, y se funda en las razones siguientes: no tienen efectos generales externos; se aprueban directamente por la Asamblea Nacional, no necesitan de sanción y promulgación y no pueden ser vetadas; su posible violación por la Asamblea; su irrecurribilidad al no ser controlables y fiscalizables; no confieren derechos y obligaciones fuera del órgano legislativo.

Dos observaciones a esta tesis: si bien explica la diferencia entre el reglamento parlamentario y la ley, no da razones sobre su verdadera naturaleza; por otra parte, en nuestro sistema el Reglamento o Estatuto son controlables por medio del recurso de inconstitucionalidad o amparo en su caso.

b) Son normas prácticas y consuetudinarias producto de las resoluciones del órgano legislativo, pero no tienen carácter jurídico, sino convencional, razón por la cual pueden ser cambiadas por la asamblea.

Esta tesis no es aceptable porque los reglamentos Parlamentarios no pueden ser un simple conjunto de resoluciones, ya que tienen importante incidencia en

la formulación del ordenamiento jurídico a través de las reglas del procedimiento legislativo, las cuales integran el bloque de constitucionalidad.

c) Son normas autonómicas estatutarias elaboradas por una corporación que sólo obligan a sus miembros. Sus normas no integran el ordenamiento jurídico estatal.

Esta teoría tampoco es aceptable porque ya sabemos que los reglamentos parlamentarios tienen efectos sobre el proceso de formación del ordenamiento jurídico estatal.

d) Son leyes materiales, pero no formales, ya que solamente los aprueba la asamblea y no necesita sanción del ejecutivo.

Se critica esta teoría porque no resuelve el problema de la naturaleza jurídica del reglamento o estatuto. Expresa lo que son, pero no precisa sobre su naturaleza jurídica. Se presenta como un orden normativo que no es legislativo propiamente dicho, no remitible al campo administrativo y al judicial.

e) Son estatutos autonómicos institucionales que se asemejan a las leyes orgánicas que aprueban los estatutos autonómicos territoriales. Tienen valor de ley.

Esta teoría es sostenida por los juristas españoles e italianos. No es de recibo en nuestro Derecho.

f) Tienen una naturaleza *sui géneris*.

Surgen como una manifestación del poder interno autónomo de la Asamblea para normar su *intra corporis*, o sea, su estructura interna y funcionamiento, sin otro límite que la Constitución.

Los reglamentos o estatutos parlamentarios no son leyes, pero tienen fuerza para obligar a todos los órganos y sujetos que aparecen dentro del marco de su aplicación. Tienen eficiencia interna y efectos respecto al ordenamiento jurídico en general.

### **C. Tipos de normas del reglamento o estatuto**

Las normas parlamentarias regulan diferentes tipos de conductas y casos. De aquí que existen normas de diferente naturaleza. Los tipos de normas más corrientes son las siguientes:

a) Existen disposiciones normativas que interpretan la estructura y funcionamiento constitucional de la asamblea legislativa. Complementan e interpretan la

Constitución. Se refieren principalmente a las normas constitucionales sobre procedimiento legislativo.

b) Normas que repiten las disposiciones constitucionales a pesar de que éstas existen y se apliquen directamente.

c) Normas que regulan aspectos no contemplados en la Constitución.

Todas las normas anteriores pueden referirse a la organización o al procedimiento legislativo. Las dos primeras ejecutan directamente la Constitución.

#### **D. Contenido del reglamento o estatuto**

El contenido del reglamento y estatuto, como consecuencia de la reserva constitucional del reglamento, es el siguiente: a) debe incluir detalladamente las partes del procedimiento no regulado en la Constitución (iniciativas, discusiones, plenario, veto, interpretaciones, amnistía e indultos, etc.); b) abarcar todo lo relacionado con la organización y funcionamiento de la asamblea legislativa; c) Señalar el procedimiento de su propia reforma.

El bloque de constitucionalidad de la ley (parámetro de constitucionalidad, bloque normativo), es el conjunto de leyes cuya infracción determina la inconstitucionalidad. Pertenecen a este bloque el Estatuto y Reglamento de la Asamblea, en lo que se refiere al procedimiento de formación de la ley; las leyes constitucionales; los convenios y demás documentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la constitución por el art. 46 Cn.; el Estatuto de autonomía de la Costa Atlántica; y la Ley de Municipios. También forma parte de este bloque la Constitución derogada contra actos y leyes que se le oponían durante su vigencia.

Los cuerpos legales citados regulan materias especiales, y requieren de una mayoría especial para su aprobación, o procedimientos especiales. Los estatutos y reglamentos de la Asamblea Nacional se reforman por el mismo procedimiento de la ley ordinaria. Por lo tanto, la simple ley ordinaria no puede tratar sobre éstas materias ni modificarlas o derogarlas, pues se violaría la Constitución. Su relación de validez con las leyes, excepto la Constitución, se rige por el principio de competencia, como ya lo expresamos anteriormente.

Los derechos humanos incorporados por el art. 46 Cn., pueden ser desarrollados por las leyes ordinarias.

La doctrina moderna coloca al estatuto o reglamento parlamentario dentro del bloque de constitucionalidad, lo cual significa que su violación puede dar lugar al recurso de inconstitucionalidad por omisión o violación de trámites sustanciales, ya que encarnan el pluralismo político y el procedimiento de formación de la ley, de estricto linaje constitucional.

La Corte Suprema, sin más exigencias para fundar el amparo o el recurso de inconstitucionalidad, sostiene que el incumplimiento del Estatuto o Reglamento Interno, que son ley interna de obligatorio cumplimiento para la Asamblea Nacional, constituye una violación al art. 183 Cn, que establece el principio de la legalidad. No aclara si al incumplirse el estatuto o reglamento es suficiente fundar la reclamación constitucional en el principio de legalidad, sin citar otra disposición constitucional que fundamente la violación constitucional. No puede aceptarse que la violación a la ley ordinaria dé entrada al reclamo de inconstitucionalidad, pues se desnaturalizaría la finalidad de la justicia constitucional. Como parte del bloque de constitucionalidad ambos cuerpos legales podrían abrir la vía constitucional<sup>15</sup>.

Por otra parte, el reglamento o estatuto puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad o de amparo en forma indirecta. La Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de varios artículos del estatuto<sup>16</sup>.

### **E. Principio de inderogabilidad**

Es un principio fundamental del Derecho Administrativo la inderogabilidad singular del reglamento, en virtud del cual no se puede dejar de aplicar el reglamento a un caso concreto contemplado en el mismo. Se funda en el principio de igualdad ante la ley, ya que al permitirse la desaplicación se podría beneficiar a unos y perjudicar a otros.

Sin embargo, en el Derecho Parlamentario, dada su flexibilidad, se permite la desaplicación en forma amplia o atenuada, exigiéndose, por lo general el acuerdo de una mayoría especial.

Nuestra legislación no reconoce el principio de derogabilidad singular, y ante esta situación no es aceptable la desaplicación del reglamento o estatuto a casos concretos.

## **7. Proceso de formación de la ley**

### **A. Iniciativa**

#### **a. Concepto**

El proceso de formación de la ley (o acto legislativo) comienza con la iniciativa. Es un trámite sustancial, sin el cual no se puede dar inicio al proceso. Representa un presupuesto indispensable para dicho inicio.

Su naturaleza obedece más a un acto de impulsión que a una decisión legislativa, ya que incluso puede provenir de los otros poderes.

---

<sup>15</sup> S. 9 a.m. del 7 de enero de 1997; S. 10:30 a.m. del 18 de diciembre de 1997.

<sup>16</sup> S. 11:00 a.m. del 24 de noviembre de 1992, B.J., p. 254.



## b. Breve referencia histórica

Desde la Constitución Federal de 1824 hasta la nacional de 1858 se le concedió iniciativa al poder ejecutivo y al legislativo; desde la Constitución de 1893 hasta la de 1948, se le concedió iniciativa a los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial); desde la Constitución de 1950 hasta la de 1987 se le concedió a los tres poderes tradicionales y al poder electoral; y en las últimas reformas a la Constitución se concedió a los cuatro poderes, al pueblo en un número no menor de cinco mil ciudadanos, y a los consejos autónomos y municipales. En esta relación se incluyen las constituciones no nacidas.

En nuestro sistema, pues, existe amplitud en el poder de iniciativa.

## c. Clases de iniciativa

De acuerdo con lo expuesto las iniciativas son de seis clases: iniciativa legislativa, iniciativa gubernativa, iniciativa judicial, iniciativa electoral, iniciativa de los consejos autónomos o municipales e iniciativa popular.

Haremos un resumido análisis de cada una de ellas.

### i) Iniciativa legislativa

Es la que tienen uno o más diputados para presentar proyectos de ley. La consagra el art. 140 inc. Cn. y se extiende a decretos, resoluciones y declaraciones legislativas.

Existen ciertas limitaciones: las iniciativas para formular y presentar el proyecto de Ley del Presupuesto Anual de la República le corresponde al Presidente de la República; y la iniciativa de reforma parcial a la Constitución sólo la pueden presentar un tercio de los diputados de la Asamblea Nacional y la mitad más uno de los diputados de la Asamblea Nacional la reforma total<sup>17</sup>. La materia de la iniciativa legislativa es, pues, amplia, salvo la excepción de la elaboración del Presupuesto.

### ii) Iniciativa gubernativa

Su titular es el Presidente de la República<sup>18</sup>. Es amplia, pues no se le señala límites, y tiene el Presidente la exclusividad de la iniciativa del proyecto de Ley del Presupuesto Nacional de la República.

Se considera que esta iniciativa rompe con el principio de división de poderes, pues se origina en un poder extraño a la Asamblea Legislativa, lo que adquiere

---

<sup>17</sup> Art. 191 inc. Cn.

<sup>18</sup> Art. 140 inc. 2 Cn.

mayor gravedad en nuestro sistema, que también le concede iniciativa a los restantes poderes y a los consejos municipales y autónomos. Las estadísticas sobre la preponderación del ejecutivo en materia de iniciativa es preocupante y muestra en parte la desigualdad de ambos poderes.

La preponderancia del poder ejecutivo sobre el legislativo en materia de iniciativa se puede apreciar en los siguientes porcentajes de leyes de origen parlamentario: en Estados Unidos 3.6%; en Inglaterra 5.7%; en Alemania 33.3%; en Brasil 1.3%; en Costa Rica 13%; y en Chile 6.8%. Por tal razón es preciso dotar a la Asamblea Legislativa de capacidad económica y de conocimientos para terminar o reducir esa desigualdad.

### iii) Iniciativa judicial

La Corte Suprema de Justicia tiene iniciativa en materias propias de su competencia<sup>19</sup>. Así tenemos a la Corte Suprema presentando el Proyecto de la nueva Ley Orgánica de Tribunales y el Proyecto de Ley de lo Contencioso-Administrativo.

La facultad de iniciativa que la Constitución otorga al poder judicial es amplia, imprecisa y se presta a confusión, como sucede con la electoral, municipal y regional.

### iv) iniciativa electoral

El Consejo Supremo Electoral tiene iniciativa en materia propia de su competencia. Pero como la materia electoral está regulada por la Constitución y la Ley Electoral, y las reformas a éstas sólo la pueden presentar los diputados en la forma expuesta, se ha pensado que no tiene poder de iniciativa. Creo que la tiene compartida con el legislativo. No son incompatibles. Además tiene iniciativa en materia de cedulación, regulada por ley ordinaria.

### v) Iniciativa de los consejos regionales y municipales

Los Consejos regionales y municipales de acuerdo con el art. 140 inc. 3 Cn., tienen iniciativa en materia propia de su competencia.

### vi) Iniciativa popular

La iniciativa popular es de reciente data en nuestro país. Se incorporó a la Constitución en la reforma de 1995. Es una institución que viene a oxigenar la democracia representativa. Está consagrada en el art. 140 inc. 4 Cn. La iniciativa tiene que ser respaldada por un número no menor de cinco mil firmas. No procede esta iniciativa: a) En las leyes tributarias<sup>20</sup>; en las leyes de carácter internacional<sup>21</sup>;

<sup>19</sup> Art. 140 inc. 3 Cn.

<sup>20</sup> Art. 140 inc.4 Cn.

<sup>21</sup> Ibidem

las leyes de amnistía e indulto<sup>22</sup>; en la Ley Anual del Presupuesto General de la República, porque la elaboración del proyecto y su iniciativa están atribuidos exclusivamente al Presidente de la República<sup>23</sup>; y en las reformas parciales y totales, cuya iniciativa le corresponde respectivamente a un tercio de los diputados y a la mitad más uno de los diputados<sup>24</sup>. La Ley de Iniciativa Ciudadana de Leyes señala para su formulación requisitos especiales.

#### d) Formalidades

La iniciativa debe presentarse por escrito, en duplicado, en idioma español, en forma articulada, con una exposición de motivos y firmada por él o los proponentes. Se presentará a la Secretaría de la Asamblea Legislativa. Estos requisitos, se desprenden de la Constitución, el Reglamento y el Estatuto<sup>25</sup>.

El Secretario tiene la facultad de regresar el Proyecto de Ley cuando no reúne las formalidades del caso, señalando las irregularidades<sup>26</sup>.

#### e) Retiro de la iniciativa

Se acepta por el Derecho Público que los actos preparativos de un procedimiento pueden ser revocados en un momento determinado y con ciertos límites.

Por tal razón, se admite que la iniciativa puede ser retirada, para unos antes de pasar al Plenario (antes de entrar a Comisión o cuando todavía está en Comisión), y para otros aun cuando ya se dictaminó el proyecto por la Comisión.

No existe duda, por ejemplo, cuando el proyecto de iniciativa es de la exclusiva competencia del Presidente, como en los tratados, convenios internacionales, etc. Se acepta que puede ser retenido antes del procedimiento del Plenario.

Considero que mientras no exista pronunciamiento del Plenario no hay voluntad legislativa, y la iniciativa puede ser retirada por el proponente.

### **B. Dictamen y discusión en el plenario**

Luego de ser presentado el proyecto, el Secretario informa a la Junta Directiva para incorporarlo a la Agenda y Orden del día, la que se dará a conocer, junto con los documentos correspondientes (proyectos) a los diputados con cuarenta y ocho horas de anticipación para ser conocida por el Plenario. Ya en el Plenario el proyecto será enviado a la Comisión respectiva.

---

<sup>22</sup> Ibidem

<sup>23</sup> Arts. 113 150 inc. 5 Cn.

<sup>24</sup> Art. 191 párrafos 2 y 3 Cn.

<sup>25</sup> Art. 11 y 141 párrafos 3 y 4 Cn., art. 84 del Reglamento y 43 del Estatuto.

<sup>26</sup> Art. 88 del Reglamento.

Las comisiones disponen de un plazo máximo de treinta días para estudio y dictamen de la iniciativa de ley, o de un plazo especial mayor o menor de treinta días cuando así lo señale la Junta Directiva para casos especiales. El plazo podrá ser prorrogado por el Presidente de la Asamblea a solicitud de la Comisión<sup>27</sup>.

El dictamen contendrá lo siguiente: si el proyecto de ley es necesario; si está bien fundado; si se opone o no a la Constitución, a las leyes constitucionales o a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua; las razones filosóficas, políticas y legales que lo respalden<sup>28</sup>. El dictamen puede ser negativo (rechazo del proyecto) o positivo (aprobación del proyecto)<sup>29</sup>.

A su vez el dictamen puede ser de mayoría y minoría. Los dos se presentan al plenario. El de minoría solamente se pone a discusión del Plenario, en el supuesto que el dictamen de mayoría sea rechazado<sup>30</sup>.

La Comisión tiene la facultad, cuando se trata de una ley nueva, de hacer reformas, adiciones o supresiones al proyecto de ley o presentar una nueva redacción.

En los casos de proyectos de reformas a una ley, la Comisión podrá adicionar, reformar, suprimir artículos distintos a los propuestos, siempre y cuando estén vinculados a la integridad y coherencia de las reformas. También para armonía de la misma podrá dársele una nueva redacción. En los proyectos de ley de indulto o propuesta del otorgamiento de pensiones de gracia, ni la Comisión ni el Plenario podrán agregar nuevos nombres a las propuestos en la iniciativa<sup>31</sup>.

Emitido el dictamen la Junta Directiva lo incorporará a la Agenda y Orden del Día y lo someterá al Plenario para su debate en lo general, previa lectura del mismo. Si durante el debate en lo general, el Plenario considera que el dictamen es insuficiente lo devolverá a la Comisión para que lo revise o mejore en el plazo que señale el Presidente. Si el dictamen es favorable y fuere aprobado en lo general se pasará a la discusión artículo por artículo e inciso por inciso hasta su aprobación<sup>32</sup>.

Cuando el proyecto fuere enviado de urgencia por el Presidente de la República, la Junta Directiva podrá someterlo de inmediato a discusión del Plenario, sin pasar a Comisión, si se hubiere entregado el proyecto a los diputados con cuarenta y ocho horas de anticipación.

Cuando es extenso y dividido en capítulos la Junta Directiva adoptó una normativa fuera del Estatuto y el Reglamento que simplifica la discusión y votación. Primero se somete a votación si se seguirá este procedimiento. Si es favorable la

---

<sup>27</sup> Art. 49 párrafos 1 y 2. Estatutos.

<sup>28</sup> Arts. 51. Estatutos y 89 inc. 2 del Reglamento

<sup>29</sup> Arts. 50. Estatutos y 89 inc. 1 del Reglamento

<sup>30</sup> Arts. 49 párrafo 3 y 52 párrafo 4 Estatutos y 91 del Reglamento.

<sup>31</sup> Art. 50. Estatutos.

<sup>32</sup> Art. 52. Estatutos, 141 Cn. Art. 95 del Estatuto.

votación, se piden observaciones para cada artículo, si existe se presenta la moción a votación, cuando no se presenta moción se pasa al siguiente artículo y se procede en la misma forma hasta terminar el capítulo, el cual finalmente se somete a votación. En igual forma se procede con los restantes capítulos. Si algunos artículos presentan problema son separados para ser votados oportunamente.

Las iniciativas que fueren rechazadas no podrán ser conocidas en la misma legislatura. Por el contrario, las iniciativas presentadas en una legislatura y no rechazados por el Plenario, serán consideradas en la siguiente legislatura<sup>33</sup>.

Cuando el proyecto se discute en lo particular pueden intervenir los diputados que deseen hacerlo, pero el Presidente tiene la facultad de señalar un límite y dar por agotado el tema. Cada diputado tiene derecho para intervenir tres veces, la primera de diez minutos y las otras dos de cinco minutos<sup>34</sup>.

El Presidente dirige el debate e impone el orden. Como consecuencia podrá, de oficio a petición de un diputado, interrumpir el uso de la palabra cuando el diputado se aparta del asunto o concluyó su tiempo<sup>35</sup>. También le podrá suspender el uso de la palabra cuando utilice lenguaje injurioso contra la Asamblea Nacional y los diputados e irrespete a la Junta Directiva o desconozca su autoridad<sup>36</sup>.

Los diputados pueden presentar mociones cuando se discute el proyecto en lo particular. Estas mociones no pueden extralimitar el objeto del proyecto, pues esto representaría una nueva iniciativa. Las mociones pueden ser de fondo, forma y orden. En forma incompleta se regula la primera y se calla sobre las otras.

Los diputados al abrirse la votación pueden tomar las decisiones siguientes: votar a favor, votar en contra o abstenerse. Las abstenciones no se suman a la mayoría. No pueden delegar su voto. La votación no se puede interrumpir<sup>37</sup>.

Las decisiones, como ya hemos visto, se toman por mayoría absoluta (mitad más uno) de los diputados presentes, salvo que la Constitución exija otra clase de mayoría<sup>38</sup>.

La votación puede ser secreta o pública<sup>39</sup>. La norma general que se desprende de nuestro sistema político es que sea pública, a menos que la Junta Directiva, por razones de seguridad o causa justificada, dispongan que se haga secreta.

Aprobado el proyecto, la Secretaría lo pone en limpio y lo imprime en tres ejemplares firmados por el Presidente y el Secretario. Los tres ejemplares serán

---

<sup>33</sup> Art. 141 inc. fine Cn., 47 y 48 Estatutos.

<sup>34</sup> Art. 95 párrafos 2 y 3 Reglamento.

<sup>35</sup> Art. 98 Reglamento.

<sup>36</sup> Art. 99 Reglamento.

<sup>37</sup> Arts. 104 y 105 del Reglamento

<sup>38</sup> Art. 141 párrafo 2 Cn.

<sup>39</sup> Art. 104 del Reglamento

enviados al Presidente de la República, quien retiene dos y el otro, con la razón de recibido del proyecto, lo devuelve a la Asamblea Legislativa.

### **C. Sanción, promulgación y publicación**

Nuestra Constitución distingue entre sanción, promulgación y publicación, según se desprende de los arts. 141 y 142 Cn. Todos estos actos corresponden al poder ejecutivo.

La doctrina no muestra claridad en relación con tal distinción, ya que unos autores sólo reconocen la sanción y la publicación, y otros la tripartita nuestra.

La Corte Suprema de Justicia reconoce la distinción constitucional, pues ha dicho que para que la ley tenga validez jurídica necesita, después de su elaboración y aprobación, su sanción, promulgación y publicación<sup>40</sup>.

La sanción puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el ejecutivo explícitamente la hace. Es tácita cuando el Presidente deja pasar el término de quince días sin vetar, sancionar y publicar la ley. En este caso, si el Presidente de la República no sanciona, ni promulga, ni manda a publicar la ley, el Presidente de la Asamblea la mandará a publicar en cualquier medio de difusión nacional escrito, con lo cual entra en vigencia, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta.

La sanción es un acto de control político del ejecutivo sobre el legislativo y evita que la Asamblea apruebe cualquier tipo de ley. Por la sanción se perfecciona la ley, pero su falta puede ser suplida por la sanción tácita, al no ser necesaria en los casos expresamente señalados en la Constitución, o cuando la Asamblea Nacional rechaza el veto, en cuyo caso el Presidente del poder legislativo mandará a publicar directamente la ley.

No es necesaria la sanción para las reformas a la Constitución, las leyes constitucionales y los decretos aprobados por la Asamblea Nacional. Pero cuando el Presidente de la República no promulgue ni publique la ley de reformas a la Constitución, el Presidente de la Asamblea Nacional la mandará a publicar por cualquier medio de comunicación social escrito, con lo cual entra en vigencia, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, según lo dispone el art. 141 párrafo 8Cn.

Por medio de la promulgación el Presidente de la República declara y hace saber en forma solemne que la Asamblea ha aprobado la ley y que ésta debe de ser cumplida por todos los nicaragüenses<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> S. 10:00 am. del 24 de Noviembre de 1992. B.J., pag. 254

<sup>41</sup> La Suprema ha dicho que el «Presidente de la República al sancionar la ley que es un acto administrativo solemne por medio del cual se confirma ésta para posteriormente promulgarla, acto último en la formación de la ley que equivale junto con la sanción a certificar, por medio del Jefe de Estado, que se han observado en la elaboración de la misma normas constitucionales y que esa es la voluntad soberana de la Asamblea Nacional, y ordena en ese mismo acto su publicación para su obligatoriedad» (S. 11 a.m. del 8 de febrero de 1991, B.J. p. 23)

En el orden de la realización de los actos, la sanción es primero, después viene la promulgación. Con la sanción, el ejecutivo acepta la ley y ésta queda perfeccionada. Por la promulgación el ejecutivo da fe de la existencia de la ley y ordena que sea ejecutada y cumplida.

La publicación es la actividad que se realiza para que la ley sea conocida por el pueblo y pueda entrar en vigencia y cumplirla. Es un acto condicional de la eficacia de la ley y tiene un carácter político y declarativo, aunque este último es negado por la doctrina alemana que la estima como constitutiva de la ley, de donde se deduce que una ley no publicada es inexistente, criterio seguido por nuestra Corte Suprema de Justicia que señala como requisitos de validez la sanción, la promulgación y la publicación. Las leyes no pueden quedar ocultas y por tal razón el Presidente ordena su publicación en La Gaceta, Diario Oficial para conocimiento del público, o en cualquier otro medio si así lo dispone la ley.

Las leyes todavía no publicadas producen ciertos efectos que tienen explicación con la tesis declarativa. Estos son, por ejemplo: para modificar o eliminar del ordenamiento jurídico una ley no publicada se requiere de un nuevo procedimiento legislativo; el ejecutivo y el legislativo, en su caso, tienen el deber de publicarla y los particulares de pedir la publicación, comprometiendo la responsabilidad política y civil.

Lo expuesto es sin perjuicio de que mientras no esté publicada, la ley no produce sus propios efectos. Como consecuencia, no puede ser aplicada por los jueces y tribunales, ni obedecida por sus destinatarios.

El conocimiento que en la realidad adquiere el público de la ley por los medios de publicidad no es suficiente como para afirmar de que todos los habitantes lo conocen. No obstante, por razones de seguridad jurídica y eficacia del Derecho, la ley, por medio de una ficción que no admite prueba en contra, supone que todos la conocen.

Es conveniente dar la mayor publicidad posible a las leyes, pues el pueblo va percibiendo lo bueno y lo malo, lo lícito e ilícito, los provechoso y perjudicial, a través de los medios de publicidad.

Muchos medios se han usado para dar a conocer las leyes. Antiguamente se hacían grabándolas en mármol, en bronce, en tablillas, o por medio de carteles que se colocaban en lugares públicos, o por medio de bandos. Cuando la ley es extensa, como sucede con los códigos, se publican en tomos y no en La Gaceta, en donde sólo aparece el decreto de publicación.

La doctrina moderna distingue entre publicidad material y formal. Esta distinción ayuda a mejorar el grado de conocimiento de la ley.

La publicidad material tiende a que la ley sea efectivamente conocida por la mayor parte del pueblo, valiéndose de los medios más cercanos al pueblo como bandos, carteles, televisión, radio, etc. Tiene notoriedad, pero es efímera;

La publicidad formal usa La Gaceta para su publicidad. Asegura su conservación en libros, folletos, internet, discos compactos, etc., y se basa en la ficción jurídica. Tiene menos notoriedad, pero posee más certeza. Ambas formas deben ser combinados para obtener mayor notoriedad y certeza en el conocimiento de la ley.

En el texto de la ley se pueden cometer errores que es preciso corregir. Veamos la manera de hacerlo:

a) Si el error es cometido por la Asamblea Legislativa, el sector mayoritario de la doctrina exige la aprobación de una nueva ley que enmiende la que fue sancionada, promulgada y publicada con el error.

b) Si el error fue cometido en la Gaceta, su director tendrá que hacer la corrección.

c) Si el error lo cometió el ejecutivo, el Presidente de la República lo corregirá por medio de un decreto.

d) Los jueces y tribunales pueden corregir el error manifiesto cuando tienen que aplicar el o los artículos en donde se encuentran. Estas correcciones no tienen efecto retroactivo y pueden comprometer la responsabilidad del Estado.

El vicio del error no anula la ley.

### Vigencia

Por regla general la ley entra en vigencia a partir de su publicación en La Gaceta, pero pueden existir otras modalidades para su entrada en vigencia, como el plazo y la condición.

La ley tiene una *vacatio* de un mes, salvo que se establezca un plazo menor o más amplio. Cuando la ley es importante y extensa, se concede un plazo amplio y prudencial para su mejor conocimiento y explicación a las autoridades y al pueblo.

La ley tiene vocación de permanencia, pero las necesidades del tiempo, las realidades sociales, económicas y políticas, pueden aconsejar sus modificaciones o derogaciones.



## **D. El veto**

### **a) Su origen**

El origen del veto se remota al Derecho romano. Los tribunos de la plebe podían oponerse a los proyectos de ley que amenazaren la independencia de la nación o lesionaren sus derechos e intereses. El constitucionalismo nicaragüense lo reconoce desde la Constitución de Cádiz. El veto es el poder que tiene el Presidente de la República para rechazar todo o parte de un proyecto de ley, haciendo las observaciones pertinentes<sup>42</sup>.

### **b) Naturaleza jurídica**

Sobre su naturaleza jurídica se han formulado dos tesis. La primera sostiene que el veto es un derecho de intervenir en el proceso de elaboración de la ley; la segunda piensa que el veto es un acto político que carece de sustancia legislativa y, como consecuencia, es discrecional y se asemeja a la iniciativa gubernativa de la ley, porque ésta inicia el debate legislativo y el veto lo reabre.

### **c) Objeto del veto**

Solamente pueden ser objeto del veto los proyectos de ley. Quedan excluidos los decretos, resoluciones y acuerdos de la Asamblea Legislativa, incluidos el Estatuto y el Reglamento de la Asamblea, que no requieren sanción<sup>43</sup>. Tampoco pueden ser vetadas las reformas a la Constitución y leyes constitucionales<sup>44</sup>, porque no necesitan sanción. Además el art. 194 Cn. expresamente dispone que las reformas parciales a la Constitución no pueden ser objeto de veto.

### **d) Motivos del veto**

Nuestra Constitución no señala las causas por las cuales se pueden vetar una ley. Estas pueden ser por motivos de inconstitucionalidad, oportunidad o conveniencia.

### **e) Tipos de vetos.**

El veto puede ser parcial o total. Es parcial cuando se veta una parte de la ley (ciertos incisos o artículos, capítulos, etc.). Es total cuando se veta todo el texto de la ley.

Cuando el veto es parcial, el Presidente puede hacer modificaciones o suprimir artículos del proyecto<sup>45</sup>, pero no podrá sancionar, promulgar y publicar el resto del texto porque el proyecto tiene que ser enviado a la Asamblea Nacional<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Arts. 142 y 150 inc. 3 Cn.

<sup>43</sup> Arts. 142, 143 y 141 párrafo 8 Cn.

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> Art. 142 inc. 2 Cn.

<sup>46</sup> Art. 143 Cn.

El veto es absoluto cuando el Presidente rechaza totalmente un proyecto, o la Asamblea no acepta las modificaciones o correcciones hechas por el Presidente, entonces se tiene por no propuesto el proyecto y no se puede volver a proponer en la misma legislatura. Nuestra Constitución no acepta el veto absoluto. El veto es suspensivo cuando provoca un nuevo debate en la Asamblea, la cual puede insistir en su proyecto, rechazando el veto, o bien puede aceptarlo. En el primer caso se publicará la ley por orden del Presidente de la Asamblea<sup>47</sup>. Es el sistema seguido por nuestra Constitución.

#### f) Trámite del veto

El veto debe expresar los motivos o razones que lo fundamentan. Lo recibe el Secretario, el cual comunica de inmediato a la Junta Directiva, la que lo incluirá en la Agenda y Orden del Día. Presentado al Plenario, el veto se envía a Comisión.

El dictamen de la Comisión puede ser a favor o en contra del veto. De nuevo se incorpora a la Agenda y Orden del Día para presentarlo al conocimiento del Plenario.

El Plenario lo podrá rechazar o aprobar íntegramente con el voto de la mitad más uno de la totalidad de los diputados. Por tal razón sólo se somete a debate en lo general.

Esta mayoría debilita el poder del veto y se aparta de nuestra tradición constitucional y de la esencia del veto dentro del régimen presidencial. La capacidad de negociación del Presidente se reduce y puede repercutir en la gobernabilidad, en un sistema electoral como el nuestro de atomización de los partidos. En las constituciones de 1838, 1848, 1854, 1858, 1893, 1905, 1911, 1913, 1939, 1948, 1950 y 1974 se exigen dos tercios, del total de diputados para aceptar o rechazar el veto.

En los Estados Unidos el veto es efectivo. Hasta 1988, los presidentes habían hecho uso del veto 2469 veces. De éstos, 1050 eran vetos irrevocables no sujetos a invalidación por parte del Congreso. Este apenas invalida el 7% (103 veces) de los casos que tuvo oportunidad de votar, por lo que la amenaza de un veto en el proceso legislativo otorga al Presidente una importante herramienta de negociación. Conviene aclarar que el veto irrevocable es un acto del Presidente cuando se niega a dar su aprobación a un proyecto de ley después que el Congreso ha dejado de sesionar.

En el sistema bipartidista, como era el nuestro, donde el partido que gobierna en el ejecutivo tiene la mayoría en el Congreso, el veto casi nunca se usó. Pero a partir de 1991 hasta la fecha se han producido alrededor de veinte vetos<sup>48</sup>. Cuando el veto es parcial y la Asamblea lo acepta, el Presidente de la República sanciona, promulga y publica la ley con las modificaciones aceptadas<sup>49</sup>. Si lo rechaza, el Presidente de la Asamblea manda a publicar la ley con el contenido original<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. 143.

<sup>48</sup> Para profundizar sobre el veto y el Derecho Parlamentario consúltese a María Ofelia Escobar Aguilar. Teoría y Técnica Legislativa. Managua, 1996.

<sup>49</sup> Art. 143 Cn.

<sup>50</sup> Ibidem.

# Segunda Parte

## Los derechos humanos

### Sección I

#### Ideas generales

### Capítulo I

#### Fundamento, función y defensa

**SUMARIO:** 1. Fundamentación. 2. Carácter tridimensional: A. Interrelación entre los derechos humanos. B. La participación de la sociedad civil en la promoción y cumplimiento de los derechos humanos. 3. Constitucionalismo clásico y social. 4. Defensa y cumplimiento. A. Garantías políticas. B. Garantías normativas. C. Garantías jurisdiccionales.

#### 1. Fundamentación

Ya sea por su razón o inteligencia, ya sea por su imagen y semejanza al Creador, las personas tienen libertad y derechos inherentes a su condición humana, irrenunciables y anteriores al Estado. Establecen facultades, derechos y condiciones para que las personas puedan obtener una vida digna, libre e igual. Sólo así pueden desplegar sus fuerzas físicas, morales e intelectuales para la realización de sus aspiraciones y la búsqueda de la felicidad.

Para estudiar brevemente la fundamentación filosófica de los derechos humanos, dado el alcance de este trabajo, no es preciso remontarse a los antecedentes remotos del pensamiento greco - romano y hebreo - cristiano<sup>1</sup>. Iniciamos el estudio a partir de una época más reciente con el iusnaturalismo moderno de John Locke<sup>2</sup>, según el cual el estado de la naturaleza es el normal de los hombres, en donde son iguales y libres. El estado civil es una creación artificial, cuyo único fin es permitir el amplio juego de la libertad e igualdad naturales.

---

<sup>1</sup> Entre los antecedentes remotos tenemos a Hesíodo con «Los trabajos y los días», obra en la que manifestó que existe una ley divina, superior a la ley corrupta de los hombres (siglo VII a.C.); Antígona desafió a Creonte porque le prohibía enterrar a su hermano, lo cual consideraba contrario a la ley natural de Zeus quien le ordenaba hacerlo (Sófocles, siglo V a.C.); los estoicos creían en un derecho natural absoluto fundado en la igualdad racional de las personas; Cicerón habla de una ley natural que es la recta razón congruente con la naturaleza; el Código de Hammurabi; la Ley de las Doce Tablas; las leyes y reformas de Solón; el Código de las diez libertades esenciales y controles o virtudes necesarias para la buena vida, de Manú y Buda; la Carta Magna inglesa de 1215

<sup>2</sup> Además de Locke, padre de la democracia liberal, contribuyeron al nuevo pensamiento de los siglos XVI, XVII y XVIII: Erasmo De Rotterdam, promotor de la tolerancia civil; Francisco de Victoria, padre del Derecho Internacional Público; Hugo Grocio, líder en la secularización del Derecho natural. Tomas Hobbes, quien teorizó sobre el estado de la naturaleza y delimitó al poder partiendo de considerar al hombre como básicamente malo; Montesquieu, expositor notable de la teoría de la separación de poderes; y Rousseau, con su contrato social y el derecho de rebelión contra el gobernante que no cumple el contrato.

Si bien es cierto que la hipótesis del estado de naturaleza ha perdido aceptación y ha sido abandonado por muchos<sup>3</sup>, vemos la influencia del naturalismo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Europeo y la Declaración Universal de los Derechos Humanos al expresar esta última: «Todos los hombres nacen libres, iguales en dignidad y derechos».

Hay que ubicar en la edad moderna el desarrollo sistemático de la Teoría de los Derechos Humanos, como fundamento de un nuevo Estado y planteamiento ideológico que provoca la transformación de las estructuras mentales, económicas, políticas y sociales de la época. Las manifestaciones históricas de los derechos humanos en la antigüedad no son más que antecedentes históricos, políticos y utópicos de sociedades esclavistas, dentro de las cuales no podían florecer.

Pasando del terreno filosófico al normativo, encontramos primeramente las Declaraciones de Derechos de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, que dan pie para el nacimiento de un Estado, no absoluto, sino limitado. Estas declaraciones poco a poco se van incorporando a las constituciones de los países, lo cual representa un paso más en el avance de la positivización de los derechos humanos. A este avance deben agregarse los sistemas de defensa de la Constitución y los derechos contenidos en la misma, apareciendo primeramente el sistema difuso o norteamericano y después, a principios de este siglo, el sistema concentrado o austríaco.

Un tercer paso se da con la internacionalización y universalización de los derechos humanos. Así vemos surgir varias convenciones y declaraciones, entre otras: La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en el marco de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), de 1950, y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969.

## **2. Carácter tridimensional**

Desde tres puntos de vista deben regularse, investigarse y exponerse los derechos humanos. Este método ayuda a comprender mejor la amplitud, efectividad y naturaleza de los mismos.

En su primera dimensión, los derechos humanos aparecen como instrumentos de defensa o reclamo contra el Estado. Este se presenta como la contraparte

---

<sup>3</sup> Es conveniente advertir que la concepción iusnaturalista es rechazada por el positivismo jurídico, el que tiene su máxima expresión en Kelsen. Para tal escuela, imperante en gran medida hasta nuestros días, no existen más derechos naturales que los consagrados en la legislación positiva, aunque admite que las valoraciones lógicas del naturalismo sirven de fuente material al Derecho positivo. No obstante, un renacer y renovación del Derecho natural está invadiendo al Derecho, volviendo a tener actualidad

de las personas, el obstáculo o el violador principal de tales derechos. De esa lucha entre el poder y la libertad hemos visto surgir el Estado de Derecho, poniendo fin al poder absoluto de reyes y emperadores. Surge con posterioridad el Estado bienestar y hasta la utopía de la supresión del Estado, cuyo único legado histórico fue el control total del individuo y la sociedad por el comunismo, el cual suprimió la libertad.

En su segunda dimensión los contemplamos actuando en las relaciones entre las personas. Comprende:

### **A. Interrelación entre los derechos humanos**

Las relaciones pueden ser de complementación o de limitación. Las relaciones de limitación estudian los límites o fronteras entre ellos establecidos, con el objeto de evitar invasiones o anulaciones de unos derechos en contra de otros, poniendo así en vigencia el principio de que el respeto del derecho ajeno es la paz. Por tal razón, el art. 24 Cn., dispone que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común. La relación de complementación o coordinación trata sobre la forma de hacer efectivo un derecho, mediante la consagración o vigencia de otro. Por ejemplo, la libertad de prensa supone la libertad de pensamiento y expresión; las libertades individuales adquieren vigencia efectiva mediante la aplicación de las económicas, sociales y culturales.

### **B. La participación de la sociedad civil en la promoción y cumplimiento de los derechos humanos**

La sociedad moderna es bastante corporativa, al emerger grupos de interés, grandes y pequeños, que defienden con mayor fuerza sus propios fines e intereses, muchos de ellos con gran poder político, cultural, económico y social. Logran controlar o influir decisivamente en la política, la opinión pública y la cultura. Algunos de ellos tienen en sus manos el poder-saber y, como consecuencia, la conducción y orientación de la sociedad y el Estado. Entre estos grupos se encuentran: empresas, universidades, iglesias, sindicatos, gremios profesionales, partidos políticos, etc.

Por otra parte, encontramos al sujeto individual luchando en forma aislada y con poca fuerza, lo cual torna poco efectivos sus planteamientos y reclamos. En no pocas ocasiones ve violados o anulados sus derechos frente a esos grupos, por cual los tribunales se han visto forzados a admitir el recurso de amparo en contra de ellos a pesar de no ser autoridades, que es contra las que normalmente cabe. La doctrina actualmente se inclina a admitirlo también contra esos grupos.

Hace falta que la democracia y los derechos humanos sean llevados a la sociedad civil. El constitucionalismo ha hecho grandes avances frente al Estado, logrando su democratización. Falta la democratización de la sociedad civil, la cual

debe ser el *subtractum* de la organización estatal. Detrás de la estructura constitucional del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, existe un conjunto de fuerzas y circunstancias, culturales, políticas, económicas y sociales, que impiden o frustran su vigencia real.

Por esta razón, Jeanne J. Kikpatrick piensa que la violación de los derechos humanos proviene tanto del gobierno como de individuos o grupos de personas (violencia privada), por lo que la protección debe dirigirse a los dos sectores, según puede verse en su libro *Política y Derechos Humanos*.

La tercera dimensión surge con la internacionalización y universalización de los derechos humanos mediante declaraciones, convenciones y tribunales que juzgan a los Estados ante los reclamos de los particulares. La incorporación del individuo como sujeto del Derecho Internacional, al impulso, en gran medida, de las conquistas de los derechos humanos, representa una revolución en esta rama del Derecho.

### **3. Constitucionalismo clásico y social**

El constitucionalismo clásico nace en los siglos XVII y XVIII. Lo encontramos en las recopilaciones de las ideas políticas perfeccionadas en esos siglos en normas, estatutos, pactos o constituciones. Se instituyó sobre las bases del gobierno inglés y las experiencias de la Revolución de los Estados Unidos de América y la Revolución francesa.

Las constituciones de este tipo incorporan solamente en su parte dogmática solamente los denominados derechos individuales, aquellos que para su defensa sólo se requiere la abstención del Estado y que tienden a proteger la libertad. Ante la crisis del liberalismo y el surgimiento de la clase obrera organizada, se desarrolla un movimiento de carácter económico y social en busca de mejores condiciones de vida y efectiva igualdad, el cual se vigoriza con el advenimiento de la primera y segunda guerras mundiales. Como consecuencia de estas luchas, en las Constituciones de 1917 de México, 1918 de Rusia y 1919 de Alemania y otras de Europa y América, se empiezan a consagrar normas y derechos de carácter económico, social y cultural. Esto es lo que se denomina el constitucionalismo social o desarrollado que tiende a la efectividad de la igualdad. Las tres constituciones citadas sirvieron de modelo, en sus respectivas zonas, al nuevo constitucionalismo.

A partir de la Constitución de 1939 se inicia el constitucionalismo social en Nicaragua, pues en ésta y todas las posteriores aparecen derechos sociales, económicos y culturales. Nuestro país ha seguido el movimiento de avance del constitucionalismo contemporáneo. Este proceso de transformación culmina con las reformas constitucionales de 1995 que convierten a nuestro Estado en un Estado social de Derecho en busca de mejores grados de igualdad, apareciendo así el Estado bienestar, hoy en crisis por su alto costo económico y el renacimiento del liberalismo.

## 4. Defensa y cumplimiento

La fundamentación y consagración constitucional de los derechos humanos son temas que no preocupan tanto en la actualidad, porque existe un reconocimiento universal de los mismos y las constituciones de los Estados democráticos los reconocen y establecen mecanismos de defensa. El problema fundamental de nuestra época es el de su cumplimiento efectivo. Aquí es donde se está dando la gran batalla. Son muchos los países, incluyendo los democráticos, que presentan un balance desfavorable de cumplimiento. Por otra parte, aparecen nuevas formas sofisticadas de violación.

La lucha, pues, está centrada en tal cumplimiento, para lo cual es preciso: consagrar sistemas efectivos de control, enseñanza y promoción; la vigencia efectiva de la democracia y el Estado de Derecho; la vigilancia y ejercicio de los derechos y libertades; la creación de riquezas mediante el trabajo eficiente y su justa distribución; la voluntad política del Estado de cumplirlos.

Dentro del constitucionalismo clásico, el fin del Estado es la defensa de los derechos humanos. De aquí que toda su organización se encontraba al servicio de dicha defensa. Por esta razón en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se señalan algunos principios como la separación de poderes y la responsabilidad gubernamental. Pero esta defensa es sólo de carácter negativo. Basta la que el Estado se abstuviera de violarlos. Esta idea ha sido superada.

Son muchas las clasificaciones y enumeraciones que se han hecho de los sistemas de garantías. Por nuestra parte las clasificaremos en garantías políticas, garantías normativas y garantías jurisdiccionales.

**A. Las garantías políticas son aquellas que resultan del sistema de gobierno democrático, algunas de carácter general y otras específicas. Podemos citar:**

a. El Estado de Derecho funcionando con todos sus elementos indispensables, como la separación de poderes, la responsabilidad gubernamental, etc., cuyo rol principal sería evitar las violaciones o restricciones arbitrarias.

b. Una buena organización administrativa y judicial que garantice rapidez, seguridad, y ecuanimidad y bajo costo en las decisiones judiciales.

c. La promoción y funcionamiento efectivo de organizaciones no gubernamentales, encargadas de promover y vigilar el cumplimiento de los derechos humanos.

d. El derecho de petición, mediante el cual las personas puedan hacer solicitudes, reclamos y obtener respuestas rápidas del Estado.

e. La Procuraduría de Derechos Humanos que vigila, promueve y protege los derechos humanos.

f. Las instituciones de la democracia semidirecta como el plebiscito, el referéndum, la revocación del mandato dado a los funcionarios públicos de elección popular y la iniciativa popular de leyes, mediante los cuales los ciudadanos puedan participar en las decisiones políticas, económicas y sociales fundamentales.

g. Una educación cívica impartida en primaria, secundaria y la universidad y al pueblo en general, fundamentada en los valores de la democracia y el respeto a los derechos humanos. Estos deben formar parte de la cultura del pueblo.

En el art. 41 de la nueva Constitución de Colombia, se dispone que en toda institución de enseñanza oficial o privada es obligatorio el estudio de la instrucción cívica y la Constitución. Además, se fomentarán las prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación democrática. El Estado también debe divulgar la Constitución.

En nuestro país se publicó la Ley N° 201 el 2 de noviembre de 1995, denominada Ley de Promoción de los Derechos Humanos y la Enseñanza de la Constitución Política, en virtud de la cual se dispone que aquéllos y ésta serán materia de enseñanza obligatoria en la educación preescolar, primaria, educación media y técnico- vocacional. Esta enseñanza también se impartirá en las escuelas o centros militares y policiales dedicados a la formación de cuadros de dirección y mando.

A las universidades se les exhorta para que se sometan a los dictados de esta ley. A los medios de comunicación, como parte de su función social, se les atribuye la responsabilidad de promover y divulgar la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos. Declara como día de la Constitución el 1° de septiembre de cada año, el cual se dedicará a su estudio y enseñanza.

h. Una opinión pública también fundamentada en los valores señalados anteriormente.

**B. Las garantías normativas tienden a evitar la modificación de los derechos fundamentales, asegurar su cumplimiento y velar porque no sean desnaturalizados en su sentido y función. Podemos citar las siguientes:**

a) El sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y resto del ordenamiento jurídico, incluyendo los derechos fundamentales. Estos, para que tengan eficacia, deben tener aplicación inmediata, sin intermediaciones, según se desprende de los arts. 150 inc. 1, 165 y 173 inc. 4. Cn.

b) La rigidez constitucional, que evita la alteración fácil de la Constitución por ley ordinaria, incluyendo los derechos humanos. En España la reforma de ciertos derechos fundamentales se considera como una reforma total.



c) La reserva de ley. Esta consiste en atribuir exclusivamente a la ley la regulación de ciertas materias y los derechos fundamentales. En España, las leyes que regulan los derechos humanos se denominan orgánicas, y requieren el voto de la mayoría absoluta del congreso. El constituyente confía en la ley como expresión de la soberanía popular y de la libertad del pueblo, siguiendo en esto el pensamiento liberal.

d) Respeto al contenido esencial de la norma constitucional. Las leyes ordinarias, al regular los derechos fundamentales en los casos que la Constitución remita a la ley esa facultad o cuando el precepto así lo requiera, no pueden desnaturalizar la esencia del derecho. Esta medida es importante porque se podrían desconstitucionalizar los derechos fundamentales, desnaturalizando en tal forma su esencia, fines y funciones. Una ley de este tipo sería inconstitucional.

e) La irretroactividad de la ley como medio de garantizar la seguridad jurídica.

f) Los diferentes tipos penales para proteger un buen número de derechos humanos.

**C. Son garantías jurisdiccionales aquellas instituciones, derechos y facultades, genéricas o específicas, que tienden a proteger los derechos fundamentales.**

Las garantías jurisdiccionales genéricas se refieren a la protección de todos los derechos e intereses garantizados por todo el ordenamiento jurídico, incluyendo a los fundamentales consagrados en la Constitución. Podemos citar los siguientes:

a) La protección judicial que el Estado está obligado a brindar a los derechos e intereses de las personas que acuden a los tribunales de justicia.

Nuestra Constitución, en forma general, en el art. 160 le encarga al poder judicial la protección de los derechos humanos, cuando aplica la ley en asuntos de su competencia, y el Código de Procedimiento Civil establece como causal de casación en el fondo la violación de la Constitución.

b) El debido proceso.

c) El juez natural establecido con anterioridad al proceso, eliminando tribunales especiales o ad-hoc.

d) El recurso de inconstitucionalidad que protege la Constitución y los derechos fundamentales consagrados en ella. Las garantías jurisdiccionales específicas protegen en forma directa los derechos fundamentales. Pueden concretarse a un solo derecho, como el habeas corpus, que defiende la libertad personal; o ser generales, que defiende todos los derechos y libertades fundamentales como el amparo, según se desprende del art. 45 Cn.



## **Capítulo II**

### **Clasificación general de los derechos humanos**

SUMARIO: 1. Dudas e imprecisiones. 2. Algunas clasificaciones. 3. Coordinación, interdependencia y protección. 4. Lista abierta o cerrada.

#### **1. Dudas e imprecisiones**

En la Teoría General de los Derechos Humanos existen algunas dudas e imprecisiones que es preciso señalar.

En primer lugar no existe uniformidad en cuanto al nombre. Los franceses hablan de libertades públicas, porque todos los derechos humanos se derivan de la libertad; otros, de derechos subjetivos; y otros, de derechos fundamentales. También se distinguen entre derechos humanos y derechos fundamentales, aunque algunos, los usan como sinónimos. La expresión Derechos Humanos expresa un concepto más amplio. Se refiere a los valores de dignidad, libertad e igualdad de las personas, concretados en determinados derechos de acuerdo con la época que se vive. Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento positivo.

Otro problema que inquieta es la determinación de los derechos humanos: cuáles son y si la lista es cerrada o abierta. Por otra parte, surge el problema de la igual o diferente protección de los derechos individuales y los sociales, económicos y culturales.

Algunas de estas inquietudes son analizadas brevemente en este trabajo

#### **2. Algunas clasificaciones**

Son varias las clasificaciones que se han hecho de los derechos humanos.

Partiendo del orden de aparición, se habla de derechos de primera generación o de la libertad (los derechos y libertades individuales); los de la segunda generación (derechos sociales, culturales y económicos); los de la tercera generación o de la solidaridad (protección del ambiente, derecho al desarrollo, derecho a la paz, etc.).

Atendiendo a la materia que tutelan se dividen en derechos personales, los cuales protegen el desarrollo de la personalidad humana (protección a la dignidad humana, al honor y a la propia imagen, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la intimidad, las libertades ideológicas, de residencia y circulación, de asociación, etc.); derechos civiles, que implican facultades de los particulares y deberes del Estado, como la facultad para que los derechos e intereses sean tutelados judicialmente, el principio de legalidad penal, el debido proceso, independencia del poder judicial, la unidad jurisdiccional, la gratuidad de la justicia, etc.; derechos políticos,

que permiten la participación de los ciudadanos en la formación y toma de decisión del poder, como el derecho al sufragio activo y pasivo, el derecho a participar en partidos políticos, el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular de leyes, etc.; derechos económicos, sociales y culturales, que tienden a crear las condiciones culturales, económicas y sociales para que las personas puedan disfrutar de los derechos humanos en general sin distinciones, como el derecho a la vivienda, a la educación, a la protección de la familia, a la protección laboral, etc.

Maurice Duverger<sup>1</sup>, hace la clasificación de las libertades, así:

**A. Las libertades de la persona o libertades civiles que comprenden:**

- a) La seguridad o la protección contra los arrestos y detenciones arbitrarias.
- b) La libertad e inviolabilidad del domicilio.
- c) La libertad de la correspondencia.
- d) La libertad de movimiento (libertad de circulación y de desplazamiento, etc.).
- e) Las libertades familiares (derecho de contraer matrimonio sin la intervención del Estado, derecho de educar libremente a los niños, etc.).

**B. Las libertades económicas, que comprenden:**

- a) Derecho de propiedad.
- b) Derecho a la libertad de empresa (derecho de fundar una empresa, y de administrarla como se quiera).
- c) Libertad de comercio y de industria o «libre concurrencia».
- d) Libertad en la circulación de productos, nacionales e internacionales (libre-cambio).
- e) La libertad de fijar los precios y los salarios de acuerdo con las condiciones de mercado, etc.

**C. Libertad de pensamiento.**

Karl Loewenstein<sup>2</sup> los clasifica en:

---

<sup>1</sup>. Maurice Duverger. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Ediciones Ariel. pags. 210 y 211.

<sup>2</sup>. Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución, Barcelona. Ediciones Ariel. 1965. pags. 79 y sigts.

### **A. Libertades civiles:**

- a) Protección contra la detención arbitraria.
- b) Inviolabilidad del domicilio.
- c) Protección contra registros y confiscaciones ilegales.
- d) Libertad y secreto de correspondencia y de otros medios de comunicación.
- e) Libertad de residencia.
- f) Derecho a formar familia.

### **B. Derechos de autodeterminación económica:**

- a) Libertad de actividad económica.
- b) Libertad de elección de profesión económica.
- c) Libertad de competencia.
- d) Libre disposición sobre la propiedad.
- e) Libertad de contrato.

### **C. Libertades políticas fundamentales:**

- a) Libertad de asociación.
- b) Libertad de reunión y derecho a organizarse en grupos.
- c) Derecho a votar.
- d) Derecho a igual acceso a los cargos públicos.
- e) Derechos sociales, económicos y culturales.
- f) Derecho al trabajo.
- g) Protección en caso de desempleo.
- h) Salario mínimo.
- i) Derecho de sindicación.
- j) Derecho a la enseñanza.
- k) Asistencia y seguridad social.

La Organización de las Naciones Unidas, por su parte, los clasifica así:

### **A. Derechos civiles y políticos.**

### **B. Derechos económicos, sociales y culturales.**

Finalmente la organización de Estados Americanos hace la siguiente clasificación:

### **A. Por su contenido:**

- a) Derechos civiles y políticos.
- b) Derechos económicos, sociales y culturales.
- c) Derechos de la solidaridad.

## **B. Por los valores que representan:**

- a) Derechos de la libertad.
- b) Derechos de la igualdad.
- c) Derechos de la solidaridad.

## **C. Por su aparición histórica:**

- a) Derechos de la primera generación.
- b) Derechos de la segunda generación.
- c) Derechos de la tercera generación.

## **3. Coordinación, interdependencia y protección**

El juego de los derechos humanos puede presentarse así:

**A. Las personas pueden disfrutar sus derechos por sí solas, pero normalmente cuando lo hacen se relacionan con otras, de donde puede surgir una invasión en la esfera de libertad o disfrute del derecho de esos otros. En estas relaciones no pueden actuar sin fronteras.**

El límite de su derecho se encuentra en el derecho de los otros y el interés colectivo. De aquí que las leyes se encarguen de regular su ejercicio. Así, por ejemplo, la libertad de prensa tiene su límite en el derecho al honor, la intimidad y el derecho de considerarse inocente el imputado mientras no se le demuestre lo contrario; el derecho de propiedad se limita por su función social. Este es un tema muy delicado para el legislador constituyente u ordinario, lo mismo que para el juez, cuando le corresponde apreciar y decidir sobre situaciones concretas.

**B. Unos derechos sirven de medios para el uso de otros. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad, la libre circulación y asociación, permiten el ejercicio de la libertad de empresa; la libertad de expresión, permite la libertad de prensa; los derechos económicos, sociales y culturales facilitan el ejercicio de los individuales. De aquí que nada sirve la consagración de un derecho, si se limita considerablemente o se suprime el derecho que le sirve de medio para lograrlo.**

Estos trucos los hemos visto aparecer en las constituciones totalitarias o dictatoriales de los sistemas comunistas, fascistas y las dictaduras latinoamericanas. Se establecen en la Constitución los derechos más esenciales para ocultar, bajo falsas apariencias, la realidad de una legislación ordinaria, que cierra todas las puertas para que sean aplicables, desconstitucionalizado así su contenido. El sistema en su conjunto no los deja funcionar.

Por otra parte, la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, económicos y culturales, presenta un serio problema que hay que tratar de resolver.

Nos referimos al tratamiento igual o desigual de ambas categorías. Un sector doctrinal no encuentra diferencia y otro sí, en perjuicio de los últimos. Veamos:

a) Los derechos de la primera categoría se garantizan únicamente por medio de una abstención del Estado, cuyas funciones principales permiten el libre ejercicio de los mismos, por eso se les llama derechos negativos. Por el contrario, los de la segunda categoría requieren una actividad del Estado, ya sea del legislativo mediante leyes, o del ejecutivo mediante su política presupuestaria o de cualquier otra forma. Esta distinción es criticada, porque en ambas categorías de derechos es necesaria la acción del Estado. Así, por ejemplo, el derecho de transitar por las calles y carreteras requieren una reglamentación de tránsito; el derecho de asociarse requiere que la ley regule las sociedades y asociaciones.

b) Relacionada con la anterior distinción, se sostiene que los derechos de la segunda categoría tienen carácter programático, es decir que los individuos no tienen derecho para reclamarlos, y el Estado tiene el deber de concederlos sólo en la medida de sus posibilidades. Como consecuencia de lo expuesto, los derechos económicos, sociales y culturales no tienen aplicación inmediata sino que requieren de leyes y otros instrumentos de intermediación por parte del Estado y sobre todo de recursos económicos.

Esta posición es inaceptable en términos generales, porque quitarles tal efectividad equivale a dejarlos sin valor jurídico. Es cierto que muchos de estos derechos requieren de una actividad del Estado, pero esto no es obstáculo para que la legislación y todas las actividades del Estado se inspiren en ellos, bajo la sanción, en determinados casos, de inconstitucionalidad, y cuando el caso lo permita tendrán aplicación inmediata. En resumen, estos derechos tienen aplicación inmediata, aunque con menos amplitud que los otros.

c) Se ha dicho que los derechos de la primera categoría tienden a tutelar la libertad, y los de la segunda a la igualdad. A pesar de aceptarse esta tesis desde un punto de vista teórico, la realidad nos indica que ambos tipos de derechos tienden a hacer efectiva la libertad.

d) Los derechos de la primera categoría, sólo benefician a un sujeto; por el contrario, los de la segunda categoría a muchos sujetos, lo que conduce a diferentes tratamientos de defensa. Pero no es del todo cierta esta distinción, porque si bien se pueden reclamar en forma colectiva para obtener mejores resultados, al final el beneficiario es la persona individual.

#### **4. Lista abierta o cerrada**

Aún los iusnaturalistas modernos no se apuntan en el sistema del *numerus clausus*, pues admiten que pueden surgir otros diferentes a los aceptados en una época. Así hemos visto surgir los derechos de la segunda y tercera generación.

Nuestra Constitución tiene una lista muy amplia y acepta los consagrados en los principales documentos y convenios internacionales, pero no aceptó expresamente la lista abierta (*numerus apertus*) a diferencia de las Constituciones de 1950 y 1974 que la aceptaba al disponer que no sólo se reconocían como derechos fundamentales los consagrados en la Constitución, sino también los inherentes a la persona o que se desprendían del sistema democrático de gobierno. Creo que tal criterio se puede aplicar actualmente, a pesar de no existir disposición expresa.

Este tema también se vincula con el problema de la modificación o adecuación de los derechos humanos a los nuevos tiempos. Es peligroso y requiere de mucha prudencia para no potencializar demasiado o destruir el derecho o derechos en cuestión y el sistema democrático. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad, fue defendido con fortaleza durante la primacía del liberalismo, después se debilita o suprime con el socialismo, cayendo en algunos países, junto con el sistema democrático, en los países socialistas. Hoy en día recupera su valor ante el florecimiento de las ideas liberales y el derrumbe del comunismo, hasta considerarlo como elemento fundamental de la libertad.

El destacado jurista norteamericano, Benjamín Nathan Cardozo, en sus famosas conferencias en la Universidad de Yale, expresa que los tribunales no deben considerar las leyes en forma absoluta o en el vacío, como si fueran el pronunciamiento de principios abstractos que orientan una comunidad ideal, sino tomando en cuenta la situación y dentro del marco de las condiciones actuales, de lo cual deduce que el contenido de las garantías constitucionales no es constante pues varía de una época a otra; y hace propia la decisión de que las necesidades de las generaciones sucesivas pueden demandar que se establezcan restricciones actualmente, que hubieran sido consideradas vacías y caprichos desde la perspectiva de los tiempos pasados<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>. Nathan Cardozo, Benjamín. La función judicial. Pereznieto Editor. México, 1966, pags. 3 y sigts.



## **Capítulo III**

### **Nuestra clasificación**

SUMARIO: 1. Clasificación de nuestra Constitución. 2. Derechos individuales. 3. Derechos políticos. 4. Derechos sociales. 5. Derechos de la familia. 6. Derechos laborales.

#### **1. Clasificación de nuestra Constitución**

Los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Política se encuentran en su mayoría en el Título IV. Derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense, en los capítulos siguientes:

- Capítulo I. Derechos individuales.
- Capítulo II. Derechos políticos.
- Capítulo III. Derechos sociales.
- Capítulo IV. Derechos de la familia.
- Capítulo V. Derechos laborales.

También los podemos encontrar en el Título III. La nacionalidad nicaragüense. Capítulo Unico; y en el Título VII. Educación y cultura, Capítulo Unico. Por otra parte, existe un capítulo dedicado a los Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica, compuestas por minorías étnicas indígenas, con costumbres y formas de vida diferentes a la población del Pacífico, mestiza y heredera de la influencia española, de la que han estado alejadas dichas comunidades. Se les garantiza sus formas propias de organización y administración conforme con sus tradiciones; se les reconoce las formas comunales de propiedad y el goce, uso y disfrute de las aguas y de sus tierras comunales; se les asegura la preservación de su lengua, arte y cultura.

Como podrá notar fácilmente el lector, algunos de los derechos no están colocados en el capítulo que le corresponde, ya sea por una concepción errónea sobre la naturaleza de los mismos; por falta de técnica legislativa. Además, algunos aparecen en capítulos que no se refieren a los derechos fundamentales.

#### **2. Derechos individuales**

A. Derecho a la vida<sup>1</sup>, con aplicaciones específicas en los arts. 23 y 39 Cn., que no permiten la pena de muerte, y los arts. 11 y siguientes del Código Civil, los cuales protegen la vida de la persona que está por nacer, determina a quien se puede nombrar guardador, y la autoridad, a petición de cualquier persona o de oficio, podrá tomar cualquier providencia para protegerla, siempre que de algún modo peligre, incluyendo provisiones tendientes a impedir el aborto. Estas disposi-

---

<sup>1</sup>. Art. 23 Cn.

ciones del Código Civil son reglamentarias del art. 23 Cn., que garantiza el derecho a la vida. También existen penas establecidas en el Código Penal para castigar el aborto (arts. 162 a 165 Pn.).

**B. Derecho a la libertad individual<sup>2</sup>, honra y reputación<sup>3</sup>, protegidos respectivamente por el *habeas corpus*, por las penas de los delitos contra la libertad individual y los delitos de injurias y calumnias.**

**C. Derecho a la seguridad<sup>4</sup>.** Para la vigencia de esta garantía, es preciso que exista certidumbre de contar con reglas de Derecho aplicables con igualdad y la protección a los derechos adquiridos. Encuentra respaldo en los artículos 32, 129, 130, 131, 150 inc. 1, 160, 164 inc. 4 y 182 Cn. los cuales contemplan el principio de legalidad; en el principio de irretroactividad de la ley, que protege los derechos adquiridos; en la cosa juzgada; en la casación para uniformar la jurisprudencia, a fin de lograr la igualdad en la aplicación de la ley; y en general, en el Estado de Derecho.

La seguridad jurídica es uno de los valores más invocados en la sociedad moderna de tal manera que se habla en sentido muy general de seguridad ciudadana, de seguridad del empleo, de seguridad social, de seguridad de los datos (manipulación de la informática), de la seguridad del tráfico contractual, de seguridad personal, etc. El reforzamiento de la seguridad es una reacción lógica a la inseguridad que se vivió bajo el nazi-fascismo, el comunismo y las dictaduras criollas.

No en todas las sociedades se ha vivido en la seguridad. En la antigüedad, por ejemplo en China, la promulgación de las leyes representaba un mal porque los individuos al conocerlas se arrogaban derechos y prevaleciéndose de ellos tendían a abandonar las tradicionales reglas de honestidad y moral. En Roma, la publicación de la Ley de las XII Tablas significó una revolución, pues antes de ello, la creación, aplicación y conocimiento del Derecho era un privilegio de los patricios, ejercido a través del Colegio Pontificio.

Existen muchas medidas de seguridad, entre ellas: promulgación y publicación de la ley para conocimiento de la comunidad; claridad y fácil localización de las mismas; el principio de la legalidad penal; la plenitud del ordenamiento jurídico para solucionar los casos; proscripción del *non liquet* (abstenerse el juez de decidir un caso); reservar a la ley cualquier reglamentación de los derechos y libertades, respetando la Constitución como norma superior; el principio de irretroactividad de la ley, para respetar la confianza que las personas depositaron en la ley vigente al momento de realizar sus actos o contratos; la estabilidad del Derecho para generar un clima de confianza; y el principio de legalidad.

---

<sup>2</sup>. Art. 25 inc.1. Cn.

<sup>3</sup>. Art. 26 inc.3. Cn.

<sup>4</sup>. Art. 25 inc.2 Cn.

**D. Derecho al reconocimiento de la capacidad y personalidad jurídica de la persona<sup>5</sup>. Las personas naturales o jurídicas son los únicos sujetos de derechos y obligaciones. Las cosas pueden ser protegidas, pero no se le otorgan derechos ni se les impone obligaciones. La época en que se responsabilizaba y condenaba a los animales ya pasó a la historia.**

Los seres humanos, en una época de la historia, se dividían en libres y esclavos. Los primeros eran sujetos de derechos y los segundos, cosas. Esa etapa ya fue superada por ser contraria a la dignidad del hombre, prohibiéndose la servidumbre y la esclavitud en el art. 40C.

Es conveniente advertir que la capacidad de ser sujeto de derecho la tienen todas las personas naturales por el hecho de ser tales, pero la capacidad de ejercitar tales derechos puede ser limitada o privada a ciertas personas por razones de locura, edad, interdicción civil, inhabilidades, embriaguez habitual, etc. Generalmente se conceden a fin de proteger al afectado, salvo en el supuesto de que provenga de condena penal.

**E. Derecho a la vida privada<sup>6</sup>. Toda persona tiene derecho a llevar una vida privada, tanto personal como familiar. Este derecho comprende además la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y comunicaciones de todo tipo, como el respeto de su honra y reputación, y el derecho a conocer y pedir explicaciones sobre la información registrada por las autoridades.**

La información en la sociedad moderna es un factor importantísimo de poder y como consecuencia, puede ser manipulada en perjuicio de los derechos de las personas. Manejar la investigación y la información otorga un enorme poder, pues como ha dicho el destacado administrativista español García Enterría, la riqueza de hoy no consiste en atesorar bienes sino en acumular conocimientos. Este poder-saber se presenta a nivel internacional entre los estados y a nivel nacional entre los habitantes de un país. El control de las personas y de sus pasos en la imaginación orweliana ya no se presenta como una profecía, sino como una voz de alerta a la sociedad actual.

Veamos algunos peligros que presenta la informática: control de un poder del Estado sobre otro por poseer mayor información; control de las personas por razón de convicciones políticas o fe religiosa, control de la vida privada, atribución de un número nacional único a los ciudadanos, etc.

Si bien la informática es el motor de la tercera revolución industrial como lo fue el vapor a la primera y la electricidad a la segunda, debe tener cierto control para evitar violaciones a los derechos humanos. Su contribución al progreso es sumamente importante, pero eso no justifica que invada la esfera de libertad de las personas.

---

<sup>5</sup>. Art. 25 inc.3. Cn.

<sup>6</sup>. Art. 26 inc.1. Cn.

El recurso indicado para protegerse es el *habeas data*, ampliación del amparo. Es un medio de carácter urgente que tienen las personas (naturales o jurídicas en su caso) para obtener: a) el conocimiento de los datos en registros o bancos de datos públicos o privados; b) exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización. Estas medidas no aparecen en forma expresa en la Constitución, pero sí implícitas, pues por ellas se protegen los derechos constitucionales que protege este instituto.

Nuestra legislación no tiene ley que regule el *habeas data*, pero bien puede adaptarse el procedimiento del amparo en lo aplicable para hacer operativa la garantía constitucional.

El *habeas data* tiene un sentido preventivo, precautelar. Como consecuencia, cuando el daño se produjo con motivo del uso de los datos, ya no cabe el *habeas data*, pero el perjudicado podrá hacer uso del procedimiento indicado para pedir la sanción penal y los daños y perjuicios.

Es importante advertir que aunque los principales datos ofensivos se refieren a la discriminación y falsedad, también se protege con la institución otros derechos como el honor, la dignidad personal y familiar, etc. No sólo se protegen los registros informáticos, sino también se protegen registros de cualquier naturaleza (manuales, mecánicos, etc.).

No afecta esta institución a las fuentes de información periodísticas, los registros estadísticos unipersonales o puramente personales y los secretos de Estado cuyo conocimiento o divulgación produzcan un grave daño en la sociedad. En muchos países funciona esta institución.

**F. Derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>7</sup>, a la inviolabilidad de la comunicación<sup>8</sup>, a conocer todo dato registrado por el Estado sobre ella y por qué el Estado la obtuvo<sup>9</sup>. Son aplicaciones específicas del derecho a la vida privada.**

**G. Igualdad ante la ley, igual protección e igualdad ante la justicia<sup>10</sup>, la no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social<sup>11</sup>, la igualdad y no discriminación de los extranjeros<sup>12</sup>. Todo ello, son aplicaciones concretas del principio general de igualdad.**

---

<sup>7</sup>. Art. 26 inc.2.

<sup>8</sup>. Art. 26 inc.2. Cn.

<sup>9</sup>. Art. 26 inc.4. Cn.

<sup>10</sup>. Arts. 27 y 165 Cn.

<sup>11</sup>. Art. 27 Cn.

<sup>12</sup>.. Art. 27 Cn.

Como esta igualdad en muchas ocasiones no corrige las desigualdades de hecho, en el art. 4 Cn., se estimula al Estado para que elimine las desigualdades, usando los medios adecuados y compatibles con el sistema democrático.

**H. Libertad de conciencia, pensamiento<sup>13</sup>.** Permite a las personas escoger libremente sus ideas políticas, religiosas, filosóficas y de cualquier otra índole; lo mismo que no tenerla. Actúa, pues, en un sentido positivo y en uno negativo. Puede ser manifestada en diferentes formas: oral, escrita, etc.

**I. Libertad de culto<sup>14</sup>,** en virtud de la cual la persona puede profesar o no la religión que le plazca y asistir a sus ritos internos y externos, sin restricciones o injerencias estatales. También tienen derecho de enseñarla y recibirla libremente.

**J. La libertad de expresión del pensamiento<sup>15</sup>,** íntimamente vinculada con la libertad de conciencia, pensamiento y de prensa.

**K. El derecho de circulación y de residencia en el país<sup>16</sup>,** lo mismo que entrar y salir del país, salvo pena. A nadie se le puede señalar límites de circulación y residencia, salvo reglamentaciones de tráfico, del medio ambiente, de migración y pena, con base en el respeto al derecho ajeno y el bien común de acuerdo con el art. 24 inc. 2 Cn.

**L. El principio de legalidad<sup>17</sup>.** En virtud de este principio, el Estado y los ciudadanos deben someterse a la Constitución y las leyes dentro del esquema siguiente: la norma general es la incompetencia o incapacidad del Estado en su actuar, pues de acuerdo con el art. 183 Cn. los poderes, órganos o funcionarios sólo tienen la facultad, competencia o jurisdicción que les concede la Constitución o la ley; por el contrario, de acuerdo con el art. 32 Cn., los seres humanos como norma general tienen plenitud de derechos y libertades y sólo están obligados a hacer o no hacer lo que la ley dispone, mientras no violen o invadan el derecho de los otros. Este principio se vincula con el derecho a la seguridad.

**M. A no ser sometido a detención arbitraria<sup>18</sup>,** garantizado por el *habeas corpus*.

**N. Derecho a un debido proceso en caso de enjuiciamiento penal<sup>19</sup>.** Comprende una serie de garantías, algunas de ellas señaladas a continuación.

---

<sup>13</sup>. Art. 29 Cn.

<sup>14</sup>. Art. 29 Cn.

<sup>15</sup>. Art. 30 Cn.

<sup>16</sup>. Art. 31 Cn.

<sup>17</sup>. Art. 32 Cn.

<sup>18</sup>. Art. 33 Cn.

<sup>19</sup>. Arts. 33, 34 y 45 Cn.

## **Ñ. El principio de la presunción de inocencia del imputado criminalmente<sup>20</sup>.**

La prisión preventiva es una medida precautelar del proceso penal que tiene por objeto conservar la pureza de la prueba con la presencia del procesado y la ejecución de la sentencia. Esta medida incide directamente en la libertad de circulación y en la presunción de inocencia del procesado durante la tramitación del juicio, contempladas en los arts. 31 y 34 inc. 1 Cn., lo mismo que en las convenciones y documentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestra Constitución por el art. 46.

Esta es una medida bastante grave, porque puede violar derechos y principios constitucionales si no es adecuadamente regulada por la legislación.

Sus efectos, pues, son procesales. No se le puede dar efectos penales porque sería desnaturalizada y afectaría grandemente la libertad de circulación y la presunción de inocencia, entre otros derechos. Como consecuencia no puede servir de pena anticipada otorgándole una duración excesiva, de intimidación para desaminar al autor del delito y al resto de la ciudadanía a cometer delitos, de apaciguamiento para combatir el delito, y de obstáculo para evitar la reincidencia del procesado. Medidas como éstas, acompañadas de una intensa campaña publicitaria pidiendo mayor seguridad ciudadana, podrían inducir a que se abandonen las garantías penales y procesales.

Por lo expuesto, es conveniente que la prisión preventiva se rija por los principios siguientes:

a) El de judicialidad, en virtud del cual la autoridad judicial es la única que puede decretar la prisión preventiva por resolución fundada.

b) Principio de excepcionalidad, en virtud del cual el juez, ante la imposibilidad de tomar otras medidas decretará la prisión preventiva fundándola en elementos de juicio acreditados en el expediente que evidencien razonablemente la probabilidad de que el procesado sea partícipe del hecho punible, y que exista peligro de fuga o entorpecimiento en el proceso para averiguar la verdad.

Este principio está contemplado en el art. 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El art. 9 de la que halla sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

c) Principio de proporcionalidad, en virtud del cual no se debe decretar la prisión preventiva cuando se está juzgando sobre un hecho que no va a merecer restricción de la libertad personal, y hacerla cesar después de un plazo prudencial,

---

<sup>20</sup>. Art. 34 Cn.

de acuerdo con la gravedad del delito, pudiéndola prolongar en los delitos más graves si no han podido ser juzgados en ese plazo y se presume que el imputado pueda evadir la justicia o cuando al dictarse sentencia condenatoria se prolongará hasta el límite de la mitad de la pena impuesta, en el supuesto de que fuere recurrida. Tampoco debe decretarse prisión preventiva contra los mayores de setenta años o valetudinarios cuando se les impongan penas de cuatro a cinco años.

d) Principio de subsidiaridad, en virtud del cual se deben emplear otros medios menos gravosos que la prisión preventiva cuando así lo permitan las circunstancias. Por ejemplo: arresto domiciliario; cuidado o vigilancia a cargo de personas o instituciones; prohibición de salir del país o de una parte del mismo; prohibición de concurrir a ciertas reuniones o hacer ciertas visitas; prohibición de comunicarse o convivir con personas determinadas; caución adecuada; etc.

La prisión preventiva está permitida por nuestra Constitución en el art. 33 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Art. 7.2 de esta Convención expresa «Nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas».

**O. Inimputabilidad de los menores de edad<sup>21</sup>. Sin determinar la edad de este tipo de minoría, lo cual queda al prudente arbitrio del legislador.**

**P. Respeto a la integridad física, psíquica y moral<sup>22</sup>.**

**Q. La prohibición de torturas, procedimientos, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>23</sup>.**

**R. La pena no trasciende al reo y se limita el cumplimiento de esta a los treinta años<sup>24</sup>.**

**S. La irretroactividad de la ley<sup>25</sup>.**

**T. La retroactividad de la ley en materia penal cuando beneficie al reo<sup>26</sup>.**

**U. La prohibición de la esclavitud y servidumbre<sup>27</sup>.**

**V. No hay prisión por deudas<sup>28</sup>.**

---

<sup>21</sup>. Art. 35 Cn.

<sup>22</sup>. Art. 36 Cn.

<sup>23</sup>. Art. 36 Cn.

<sup>24</sup>. Art. 37 Cn.

<sup>25</sup>. Art. 38 Cn.

<sup>26</sup>. Art. 38 Cn.

<sup>27</sup>. Art. 40 Cn.

<sup>28</sup>. Art. 41 Cn.

**W. Derecho al refugio o asilo<sup>29</sup>.** Se refiere a refugiados y asilados perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos. Se reserva a la ley la determinación de la condición de asilado o refugiado político de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Nicaragua. Los refugiados se rigen por la Convención sobre el Estado de los Refugiados del 28 de junio de 1951 y el Protocolo del 31 de enero de 1967. Los asilados no pueden ser expulsados y remitidos al país donde fueron perseguidos.

**X. La no extradición por delitos políticos o comunes conexos a ellos<sup>30</sup>.** La calificación le corresponde a Nicaragua. La extradición por delitos comunes se regula por la ley y los tratados internacionales, y los nicaragüenses jamás podrán ser objeto de extradición del territorio nacional.

**Y. Derecho a la propiedad privada<sup>31</sup>.** Limitada por su función social.

**Z. Prohibición de la confiscación de bienes<sup>32</sup>.**

### **3. Derechos políticos**

**A. La igualdad de ejercicio de los derechos políticos y la igualdad absoluta del hombre y la mujer<sup>33</sup>.**

**B. Derecho de organización voluntaria y reunión pacífica sin previo aviso<sup>34</sup>.**

**C. Derechos de los ciudadanos a ser elegidos o electos, sin más límite que la edad<sup>35</sup>.**

**D. El derecho a hacer peticiones y recibir contestación inmediata<sup>36</sup>, un poco inaplicable actualmente por el uso del contencioso administrativo (aún no reglamentado en nuestro país) y la jurisdicción constitucional.**

**E. El multipartidismo<sup>37</sup>, garantizado por el sistema electoral del cociente electoral y otros medios contemplados en la Ley Electoral (financiamiento, etc.).**

Estos derechos son considerados por un fuerte sector doctrinal como de primer orden, porque permiten la existencia y vigencia de otros derechos, ya que

---

<sup>29</sup>. Art. 42 Cn.

<sup>30</sup>. Art. 43 Cn.

<sup>31</sup>. Art. 44 Cn.

<sup>32</sup>. Art. 44 Cn.

<sup>33</sup>. Arts. 48 y 50 Cn.

<sup>34</sup>. Art. 49, 53, 54, y 55 Cn.

<sup>35</sup>. Arts. 47 y 51 Cn.

<sup>36</sup>. Art. 52 Cn.

<sup>37</sup>. Art. 55 Cn.



franquean al pueblo la posibilidad de participar en el proceso de discusión y decisión de las resoluciones políticas, económicas y sociales dentro de un orden democrático, donde únicamente pueden surgir y florecer tales derechos.

Además de las elecciones de autoridades supremas, existen otros instrumentos de la democracia semirepresentativa que vienen a reforzar a estos derechos políticos como son el referéndum, el plebiscito, la revocación al mandato dado a las autoridades y la iniciativa popular de leyes.

#### **4. Derechos sociales**

- A. La atención a los discapacitados<sup>38</sup>.**
- B. El derecho al trabajo<sup>39</sup>.**
- C. El derecho a la educación, recreación, deporte y cultura<sup>40</sup>.**
- D. El derecho a la salud<sup>41</sup>.**
- E. El derecho a la seguridad social<sup>42</sup>.**
- F. El derecho a la información<sup>43</sup>.**
- G. La prohibición a la censura<sup>44</sup>.**
- H. El libre acceso a los medios de comunicación<sup>45</sup>.**
- I. La libertad de culto o creencia religiosa<sup>46</sup>.**

#### **5. Derechos de la familia**

- A. La protección a la familia<sup>47</sup>.**
- B. La protección a la niñez<sup>48</sup>.**
- C. La vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña<sup>49</sup>.**
- D. La protección al matrimonio y la unión de hecho estable<sup>50</sup>.**
- E. La protección a la reproducción<sup>51</sup>.**
- F. La igualdad de los derechos de los hijos<sup>52</sup>.**
- G. La protección a las personas de la tercera edad<sup>53</sup>.**
- H. La protección a la paternidad y la maternidad<sup>54</sup>.**

---

<sup>38</sup>. Art. 56 Cn.

<sup>39</sup>. Art. 57 Cn.

<sup>40</sup>. Arts. 58 y 65, 116 y sigts. Cn.

<sup>41</sup>. Art. 59 Cn.

<sup>42</sup>. Art. 61 Cn.

<sup>43</sup>. Art. 66 Cn.

<sup>44</sup>. Art. 67 Cn.

<sup>45</sup>. Art. 68 Cn.

<sup>46</sup>. Art. 69 Cn.

<sup>47</sup>. Art. 70 Cn.

<sup>48</sup>. Art. 71 Cn.

<sup>49</sup>. Art. 71 Cn.

<sup>50</sup>. Art. 72 Cn.

<sup>51</sup>. Art. 74 Cn.

<sup>52</sup>. Art. 75 Cn.

<sup>53</sup>. Art. 77 Cn.

<sup>54</sup>. Art. 78 Cn.

**I. El derecho a investigar la paternidad y maternidad<sup>55</sup>.**

**J. El derecho a la adopción<sup>56</sup>.**

## **6. Derechos laborales**

**A. El derecho a condiciones mínimas en el trabajo<sup>57</sup>.**

**B. El derecho a la huelga<sup>58</sup>.**

**C. La prohibición del trabajo de los menores<sup>59</sup>.**

**D. El derecho a capacitación<sup>60</sup>.**

**E. El derecho a elegir y ejercer su profesión u oficio<sup>61</sup>.**

**F. La libertad sindical<sup>62</sup>.**

Los derechos sociales, laborales y de la cultura tienen su desarrollo en algunas leyes ordinarias: Código del Trabajo, Ley del Seguro Social, etc. De estas leyes y de la acción del Estado depende en buena medida la vigencia práctica de estos derechos, porque normalmente están contempladas en disposiciones constitucionales programáticas. Es conveniente advertir la tensión que existe entre la libertad -garantizada normalmente por los derechos individuales- y la igualdad -garantizada por los derechos sociales, económicos y culturales-. La razón radica en que normalmente la igualdad legal es formal, ya que en la realidad la igualdad no puede ser plena, dadas las particularidades de las personas por sus inclinaciones, habilidades, energías, aspiraciones, oficios, profesiones, etc. Para mejorar el nivel de igualdad, se consagraron tales derechos. Se ha dicho que la consagración y vigencia efectiva de esos derechos representa una destrucción de la libertad, en mayor o menor medida, según la intensidad de la reforma.

Creo que libertad e igualdad pueden subsistir siempre que se opere con prudencia en la consagración y efectividad de los derechos sociales, de manera tal que no representen un aplastamiento de la libertad e individualidad. El todo y la parte pueden convivir. No es posible que el todo absorba a la parte, porque entonces aparece la utopía de igualitarismo, cuya herencia fue la dictadura del comunismo el cual suprimió al individuo. Tampoco la parte puede absorber al todo, a pesar de que éste se forma de las partes, pues la solidaridad es parte fundamental de la vida en sociedad. La libertad en cierta forma, siguiendo en esto a Bobbio, consiste en poseer una cuota de poder (poder político, poder económico, poder-saber, poder espiritual, etc.). Este poder, en la realidad, es diferente en cada persona, porque unos tienen más, otros menos y otros no lo tienen, a pesar de la disposición de que las personas son iguales ante la ley, porque esta protección sólo se refiere al trato igual que brinda la norma general a todos los ciudadanos, y no a las desigual-

---

<sup>55</sup>. Art. 78 Cn.

<sup>56</sup>. Art. 79 Cn.

<sup>57</sup>. Art. 82 Cn.

<sup>58</sup>. Art. 83 Cn.

<sup>59</sup>. Art. 84 Cn.

<sup>60</sup>. Art. 85 Cn.

<sup>61</sup>. Art. 86 Cn.

<sup>62</sup>. Art. 87 Cn.

dades reales que se presentan en la sociedad debido a que las personas tienen diferentes habilidades, inclinaciones, creencias y demás particularidades que no pueden ser suprimidas, porque significaría la destrucción del individuo, como ya expresamos.

Ante esta realidad, el artículo 4Cn. obliga al Estado a promover los avances sociales y políticos, comprometiéndose a proteger a los nicaragüenses contra toda forma de discriminación y explotación, lo cual viene a justificar los reclamos de los derechos de la segunda generación, tratados en estos apartados.



## **Capítulo IV**

### **El Derecho Internacional y los derechos humanos**

SUMARIO: 1. Especialidades del Derecho Internacional. 2. Características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3. Relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A. Carácter subsidiario de la protección internacional. B. El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

#### **1. Especialidades del Derecho Internacional**

El Derecho Internacional ha experimentado un proceso de evolución y progreso que consiste en la especialización de su temática. Así vemos aparecer el Derecho Comunitario, el Derecho Internacional de las Telecomunicaciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, objeto de nuestra atención. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se estudia bajo el aspecto interno e internacional.

Su temática es la defensa de los derechos humanos; el sujeto es el individuo y grupos sociales, sin que el acceso a la justicia internacional se haga con la plenitud de la que gozan los estados; su fuente se encuentra en declaraciones generales de organizaciones internacionales como la ONU o la OEA, convenios o tratados internacionales, costumbres, principios, decisiones y doctrinas; y sus órganos de aplicación son internacionales (ONU, Consejo Europeo, OEA).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene su mayor impulso dentro de lo que se denomina el Derecho Internacional Contemporáneo, que comienza a desarrollarse a partir de 1945. Ha logrado vencer principios como el de reservar los derechos humanos a la competencia exclusiva del Estado. Kelsen lleva a su máxima expresión esta idea, cuando sostiene que no hay asunto cuya regulación esté reservada por su propia naturaleza al Derecho Nacional y que no sea regulado por el Derecho Internacional.

#### **2. Características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se le reconocen las características siguientes: los sujetos son el Estado como sujeto pasivo (el obligado) y los seres humanos como sujetos activos (titulares de los derechos humanos); el objeto es la regulación de las relaciones y derechos entre estados e individuos; la naturaleza progresiva, expresada en su carácter expansivo en la protección de los derechos humanos, en forma continuada e irreversible, tanto en su número y contenido, como en cuanto a su eficacia y vigor de las instituciones internacionales de protección; es un Derecho imperativo; es de carácter mínimo, pues cada país en lo interno puede darle mayor amplitud; es protector, pues sus normas y principios tienen por objeto la promoción y protección de los derechos humanos.

De este carácter protector se derivan los principios siguientes: a) El principio de interpretación *pro homine* (el alcance de los tratados se interpreta de manera más favorable al ser humano). b) El principio *pro sententia* (conocer del fondo y eludir cuestiones de forma). c) El principio de buena fe, en virtud del cual los Estados están obligados a adaptar progresivamente la legislación interna a los compromisos internacionales.

Junto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en sentido estricto, existen otros Derechos que forman una sola familia bajo la denominación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en sentido amplio; a saber: Derecho Internacional Humanitario (relativo a los conflictos nacionales o internacionales) y el Derecho de los Refugiados.

### **3. Relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Es importante destacar la íntima relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Veamos algunos principios:

#### **A. Carácter subsidiario de la protección internacional**

El Derecho interno es el primero que debe intervenir en esa protección, por así exigirlo el principio de la soberanía y el orden lógico del proceso. Siendo esto así, es preciso insistir y exigir que el Derecho interno se oriente hacia la consagración, promoción y cumplimiento de los derechos humanos. Esta es la primera trinchera de lucha.

Pero como aún en los estados más democráticos es posible una violación principalmente por el Estado, que es normalmente el principal infractor, se han creado instancias internacionales de defensa, mediante la estructuración de organismos destinados a su protección, los cuales actúan una vez que el sistema interno haya funcionado.

#### **B. El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna**

Es necesario que en la vía interna se agoten todos los recursos que señala la ley, pues no se puede pasar a la instancia internacional si en la vía interna existen recursos para solucionar el conflicto.

Esta vía interna no es necesario agotarla cuando no existan recursos en la jurisdicción interna o cuando los que existen no son ágiles y eficaces, de otra manera sería obligar a la víctima a seguir en la vía interna un camino inseguro, infructuoso, lo que equivale a negarle el acceso a la protección internacional.

## Sección II

### Protección internacional de los derechos humanos

#### Capítulo I

#### Sistema de protección de los derechos humanos

Sumario: 1. Sistemas. 2. Sistema universal: A. Declaraciones sobre derechos humanos. B. Convenciones internacionales sobre derechos humanos.

#### 1. Sistemas

Existen dos sistemas de protección de los derechos humanos. El universal y el regional. Entre los regionales tenemos al europeo y el interamericano.

**2. Sistema universal. Está manejado por las Naciones Unidas a través de los siguientes órganos más importantes:**

- A. La Asamblea General.
- B. El Consejo Económico y Social
- C. La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.
- D. El Consejo de Seguridad.
- E. El Consejo de Administración Fiduciaria.
- F. La Corte Internacional de Justicia.
- G. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).
- H. La Organización Mundial de la Salud (OMS).
- I. La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).
- J. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).
- K. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- L. El Comité que lleva a la práctica el Pacto Internacional de Derechos Internacionales y Políticos.
- M. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- N. La Subcomisión de la anterior Comisión para la lucha contra las medidas discriminatorias y proteger a las minorías.
- O. El Comité para poner en práctica la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- P. El Comité de Investigación y Conciliación sobre la Libertad de Asociación y el Comité de la Junta Administradora sobre la Libertad de Asociación, los dos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Tienen naturaleza jurisdiccional el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión de Derechos Humanos y los Comités de la OIT.

Como norma general, los medios de protección dependen fundamentalmente de la voluntad política de los gobiernos, presionados por la opinión política mundial.

Citaremos documentos importantes sobre Derechos Humanos:

#### **A. Declaraciones sobre derechos humanos**

a) Declaración de los derechos del niño. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

b) Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, del 14 de diciembre de 1960.

c) Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963.

d) Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de diciembre de 1965.

e) Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional. Proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su decimocuarta reunión, celebrada el 4 de noviembre de 1966.

f) Proclamación de Teherán, emitida por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968.

g) Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1969.

h) Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la mal nutrición. Adoptada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Asamblea General en su resolución 3180 (XXVIII) del 17 de diciembre de 1973, y que hizo suya la Asamblea General en su resolución 3348 (XXIX) del 17 de diciembre de 1974.

i) Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974.

j) Declaración de los derechos de los impedidos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.



k) Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

## **B. Convenciones internacionales sobre derechos humanos**

a) Convención sobre la esclavitud. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

b) Convenio sobre el trabajo forzoso. Entró en vigor el 1 de mayo de 1932.

c) Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Entró a regir el 4 de julio de 1950, de conformidad con el art. 15 de dicho instrumento.

d) Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Entró en vigor el 12 de enero de 1951.

e) Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Entró en vigor el 18 de julio de 1951.

f) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Entró en vigor el 25 de julio de 1951.

g) Convenio sobre igualdad de remuneración. Entró en vigor el 23 de mayo de 1953.

h) Convención sobre el estatuto de los refugiados. Entró en vigor el 22 de abril de 1954.

i) Convención sobre el derecho internacional de rectificación. Entró en vigor el 24 de agosto de 1962.

j) Convención sobre los derechos políticos de la mujer. Entró en vigor el 7 de julio de 1954.

k) Convención sobre el estatuto de los apátridas. Entró en vigor el 6 de junio de 1960.

l) Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada. Entró en vigor el 11 de agosto de 1958.

m) Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. Entró en vigor el 17 de enero de 1959.

n) Convenio sobre la discriminación. Convenio 111, adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

o) Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Entró en vigor el 22 de mayo de 1962.

p) Convención para reducir los casos de apatridia. Adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios.

q) Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Entró en vigor el 9 de diciembre de 1964.

r) Convenio sobre la política del empleo. Entró en vigor el 15 de julio de 1966.

s) Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General.

t) Convenio sobre los representantes de los trabajadores. Entró en vigor el 30 de junio de 1973.

u) Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid. Entró en vigor el 18 de julio de 1976.

## **Capítulo II**

### **Sistema interamericano**

Sumario: 1. Documentos fundamentales y órganos. 2. La Comisión: A. Legitimación. B. Requisitos fundamentales. C. Procedimiento. 3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: A. Su integración y sede. B. Sus funciones: a) Función jurisdiccional. b) Función consultiva.

#### **1. Documentos fundamentales y órganos**

El documento fundamental lo constituye la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y sus dos órganos de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención fue firmada en San José, Costa Rica, en 1969 y entró en vigencia en 1978. Contiene un amplio elenco de derechos civiles y políticos protegidos. En relación con los económicos, sociales y culturales, las partes sólo se comprometieron a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la efectividad de tales derechos contenidos en la carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, mediante leyes u otros medios según lo dispone el art. 26 del Pacto de San José. El Pacto de San José es criticado por no tratar sobre la promoción y el sistema de protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas separó el tratamiento de los derechos civiles y políticos del correspondiente a los económicos, sociales y culturales. Se creó para los primeros un Comité de los Derechos Humanos y consideró que los segundos están bajo la competencia de la Comisión creada con fundamento en la Carta.

En la práctica, el tratamiento desigual de protección de ambos tipos de derecho es una realidad, tanto a nivel nacional como internacional. Esto se debe a que los derechos civiles y políticos están reconocidos y garantizados judicialmente por la mayoría de los estados. En cambio, los económicos, sociales y culturales se encuentran consagrados en forma diferente, en mayor o menor medida, y dependen de los recursos económicos de cada país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido hasta el día de hoy catorce opiniones consultivas y veintisiete sentencias.

#### **2. La Comisión**

La Comisión funciona desde 1960, cuando era un órgano independiente de la OEA. Con la Convención adquiere mayor importancia y se convierte en 1967, por el protocolo de Buenos Aires, en órgano constitutivo de la OEA. Está integrado

por siete miembros, es independiente y funciona como órgano de protección y promoción de los derechos humanos.

### **A. Legitimación**

Están legitimados para hacer peticiones:

a) Los individuos, grupos y organizaciones no gubernamentales<sup>1</sup>, en forma fácil y sin mayores formalidades, para lo cual se han hecho formularios de denuncias.

b) Los gobiernos de los estados miembros contra otro Estado miembro, siempre que haya aceptado la competencia de la Comisión para recibir y examinar este tipo de reclamo. También la Comisión puede de, mutuo propio, iniciar la investigación sobre cualquier caso que considere relevante.

### **B. Requisitos fundamentales**

Los requisitos fundamentales que deben de cumplirse son:

a) Comprobación del agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna, a menos que no exista debido proceso para proteger el derecho violado, no se le permita acceso a los recursos legales o se le impida agotarlos, o exista retardación de justicia en los recursos legales<sup>2</sup>.

b) Que la denuncia del lesionado se presente dentro de los seis meses posteriores a la notificación de la resolución definitiva, del tribunal interno, salvo las excusas descritas en la parte final del párrafo anterior<sup>3</sup>.

c) Que la petición o comunicación no se encuentre pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional o ya resuelto por el mismo.

d) El nombre y firma del peticionario o representante legal.

### **C. Procedimiento**

Comprobado por la Comisión que se cumplieron los requisitos de admisibilidad, se comunican los cargos al Estado imputado y después se comunica la contestación de éste al denunciante. La Comisión puede investigar *in loco*, si el Estado imputado lo acepta y los hechos lo ameritan, como ya se han realizado en El Salvador, Panamá y Nicaragua. Antes de formular proposiciones y recomendaciones que juzguen pertinentes para resolver el caso, la Comisión intentará de mutuo propio o a petición de parte, una conciliación entre los contendientes.

---

<sup>1</sup>. Art. 44. CADH

<sup>2</sup>. Art. 46 incs. 1. a. y 2. a.b.y c. CADH

<sup>3</sup>. Art. 46 incs. 1. b y 2. a.b. y c. CADH

Si no se logra una solución, la Comisión redactará un informe en el cual expondrá los hechos y conclusiones, recomendaciones y proposiciones adecuadas y será enviado a los estados interesados, quienes no podrán publicarlo<sup>4</sup>.

Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión del informe a los estados interesados, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración; hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá por mayoría absoluta de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe<sup>5</sup>.

A pesar de que la máxima sanción es la publicación del informe, los estados temen siempre tal publicación y esto constituye un freno moral para impedir la violación de derechos humanos, aunque sería deseable que se estableciera una sanción, como lo hace la Convención Europea.

### **3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

#### **A. Su integración y sede**

La Corte está integrada por siete jueces elegidos en votación secreta y por la mayoría de votos de los estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de listas de hasta tres candidatos de tales estados. El período es de seis años y reelegible sólo por un segundo período. Su sede se encuentra actualmente en San José Costa Rica.

#### **B. Sus funciones**

La Corte tiene funciones jurisdiccionales y consultivas.

##### **a) Función jurisdiccional**

Solamente están legitimados para ser partes en la Corte, la Comisión y los Estados Miembros, apartando a los individuos o grupos de ellos, lo cual no tiene justificación porque la persona individual es considerada actualmente como sujeto de Derecho Internacional. A lo anterior debe añadirse que los estados involucrados deben aceptar la competencia de la Corte. Su competencia es optativa. Todo lo expuesto hace difícil el acceso a este tipo de justicia.

La resolución de la Corte es motivada, definitiva e inapelable, pero se permite que sea aclarada a petición de parte dentro de noventa días de notificada.

<sup>4</sup>. Art. 50. CADH

<sup>5</sup>. Art. 51. CADH

Las partes deben cumplir el fallo, y cuando condenare a indemnización compensatoria se podrá pedir en el país respectivo su ejecución, por el procedimiento interno de ejecución de sentencia contra el Estado<sup>6</sup>.

En casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables, la Comisión podrá tomar las medidas provisionales (cautelares) que estime conveniente. También lo podrá hacer aunque se trate de asuntos todavía no sometidos a su conocimiento, cuando se lo pida la Comisión<sup>7</sup>.

Para que la Corte pueda actuar en el caso, es preciso que la Comisión haya agotado los procedimientos propios de su competencia.

#### b) Función consultiva

De acuerdo con el art. 64 de la Convención, cualquiera de los estados miembros de la organización podrán consultar acerca de la interpretación de la Convención o de cualquier otro tratado de protección de los derechos humanos en los estados americanos. Su competencia es obligatoria. También pueden consultar, en lo que les compete, los órganos señalados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

En su función consultiva la Corte podrá opinar, a solicitud de los estados miembros, sobre la compatibilidad de las leyes internas y los instrumentos internacionales mencionados, según lo dispone el citado artículo.

Como la Convención guarda silencio sobre el valor de la opinión consultiva, es dudoso sostener que obligue a los estados miembros.

---

<sup>6</sup>. Art. 61.2. CADH

<sup>7</sup>. Art. 63.3. CADH

## **Capítulo III**

### **Sistema europeo**

SUMARIO: 1. Documentos fundamentales y órganos de protección. 2. La Comisión: A. Su naturaleza. B. Las partes. C. Procedimiento. 3. El tribunal: A. Composición. B. Competencia. C. Partes. D. Procedimiento. 4. Comité de Ministros. 5. Estudio comparativo. 6. Resultados prácticos de ambos sistemas.

#### **1. Documentos fundamentales y órganos de protección**

El documento fundamental lo constituye la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito el 4 de noviembre de 1950 y en vigencia a partir del 3 de septiembre de 1953. Ha sido completada por cinco protocolos y varios reglamentos. Contiene una lista amplia de derechos humanos.

Los órganos de protección son los siguientes: la Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros.

#### **2. La Comisión**

La Comisión está compuesta por un número de miembros igual al de las Altas Partes Contratantes, sin que en ella pueda haber más de un nacional de cada Estado<sup>1</sup>. Son elegidos por el Comité de Ministros, de una lista de nombres compuesta por la oficina de la Asamblea Consultiva, a la cual los representantes de las Altas Partes Contratantes presentan tres candidatos<sup>2</sup>. Su período es de seis años y son reelegibles, estableciéndose un sistema de renovación parcial periódica.

Se garantiza la independencia e imparcialidad a través de su elección a título personal. La Comisión elige un Presidente, un Vice-Presidente, y un Secretario; tiene su sede en Estrasburgo. (Francia).

##### **A. Su naturaleza**

Tiene naturaleza judicial, pues entre sus funciones encontramos la decisoria de admitir la demanda<sup>3</sup>, de conciliación<sup>4</sup>, de instrucción<sup>5</sup> y de Ministerio Público Colectivo al actuar ante el Tribunal.

##### **B. Las partes**

Pueden ser partes: los estados miembros y las personas particulares, las organizaciones no gubernamentales y los grupos de particulares, si la Alta Parte

<sup>1</sup>. Art. 21.

<sup>2</sup>. Art. 21.

<sup>3</sup>. Arts. 26 y 27.

<sup>4</sup>. Art. 28. b.

<sup>5</sup>. Art. 28. a.

Contratante demandada ha reconocido que se ha designado derecho de recurso individual<sup>6</sup>.

El sistema interamericano es mucho más amplio en este último aspecto, ya que admite el reclamo de pleno derecho en favor de los particulares.

Sólo pueden ser partes demandadas los estados que hayan firmado y ratificado la Convención.

Las personas físicas, las organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares, solamente están legitimados para actuar cuando se presenten como víctimas de una de las Altas Partes Contratantes sobre derechos reconocidos en la Convención. No existe, pues, la posibilidad de examinar la compatibilidad entre una ley nacional y la Convención *in abstracto*, sino que es necesario que tales personas u organizaciones hayan sufrido perjuicio por la violación de un derecho. El sistema interamericano en este aspecto es más amplio, pues no exige tal requisito, pues basta un interés atendible.

### **C. Procedimiento**

El procedimiento tiene tres etapas: iniciación, desarrollo y determinación. De acuerdo con el reglamento, la demanda tiene que tener ciertos requisitos, pero la interpretación no ha sido formalista, sino amplia y flexible.

Los presupuestos de admisibilidad están consagrados en el art. 26 de la Convención. Estos son: el agotamiento de los recursos internos y la presentación de la denuncia dentro de un plazo de seis meses, a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

La competencia de la Comisión es, pues, subsidiaria, ya que es necesario agotar la vía interna. Se parte del principio de que al Estado imputado es al primero que le corresponde reparar o restablecer el derecho violado, actuando la instancia internacional si persistiere en la violación.

Cuando la demanda es admitida, se corre traslado al Estado demandado para que presente a la Comisión sus observaciones sobre la admisión de la demanda. No hay normas que permita medidas provisionales.

Con el fin de esclarecer los hechos, la Comisión procederá a un examen contradictorio de la demanda y si es necesario a una encuesta, al mismo tiempo se podrá poner a disposición de los interesados, a fin de llegar a una solución amistosa del problema.

---

<sup>6</sup>. Art. 25.1.



Si la Comisión logra una solución amistosa, redactará un informe que transmite a los estados interesados, al Comité de Ministros y al Consejo General del Consejo de Europa, con el fin de publicarlo.

Si la Comisión no logra una solución amistosa, redactará un informe en el que constarán los hechos y formulará un dictamen si los hechos comprobados suponen, por parte del Estado interesado, una violación de las obligaciones que le incumben en los términos de la Convención. Este informe se transmitirá al Comité de Ministros, ante quien puede formular las proposiciones que considere apropiadas a los estados interesados, quienes no tendrán facultades de publicarlo.

Este informe sirve para resolver el conflicto en la vía judicial ante el Tribunal, o en la vía política ante el Comité de Ministros. Dentro de los tres meses siguientes a la transmisión del informe al Comité de Ministros, la Comisión examinará si ha lugar o no a requerir al Tribunal. Si en dicho término no se ha presentado el caso al Comité de Ministros, éste decidirá por mayoría de dos tercios si ha habido violación de la Convención.

### **3. El Tribunal**

#### **A. Composición**

El Tribunal se compone de un número de jueces igual al de miembros del Consejo de Europa, sin que pueda haber dos jueces de la misma nacionalidad. Son elegidos por la Asamblea Consultiva, de una lista presentada por cada Estado miembro del Consejo de Europa, lista que contendrá tres candidatos. Los candidatos deben tener alta reputación moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales. Su período es de nueve años y son reelegibles, estableciéndose un sistema de renovación periódica especial. Gozan de privilegio o inmunidad.

Para examinar cada caso, se constituirá en una Sala de siete magistrados, de la que formará parte el juez cuya nacionalidad corresponda a la de cada Estado interesado y no habiendo juez de tal nacionalidad, una persona elegida por el Estado en cuestión. Los nombres de los restantes jueces serán sacados a la suerte por el Presidente del Tribunal. La sede del Tribunal está en Estrasburgo.

#### **B. Competencia**

Su competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención que las Altas Partes Contratantes les sometan en las condiciones previstas en el art. 48. El segundo protocolo a la Convención, del 6 de mayo de 1963, le confirió la facultad de emitir, bajo ciertas condiciones, dictámenes consultivos.

Para que el Tribunal pueda conocer, es preciso que la Comisión haya comprobado el fracaso de la solución amistosa y que se actúe dentro del plazo de tres meses, a partir de la transmisión al Comité de Ministros del informe de la Comisión al que alude el art. 32 de la Convención.

### **C. Partes**

Sólo pueden ser partes las Altas Partes Contratantes y la Comisión, quienes son las únicas que pueden presentar el caso al Tribunal<sup>7</sup>. Los estados partes pueden comparecer si se dan las condiciones siguientes: que los estados interesados hayan aceptado la jurisdicción del Tribunal; que haya fracasado el arreglo amistoso ante la Comisión; que la víctima sea un nacional del respectivo Estado; que dicho Estado haya presentado el caso ante la Comisión; que haya sido demandado el mencionado Estado.

Las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos particulares, no gozan de la facultad de iniciar el procedimiento ante el Tribunal, pues únicamente están legitimados para ello la comisión y los estados interesados.

### **D. Procedimiento**

El procedimiento es contradictorio, público, *ex officio* y en parte oral y escrito. El juicio puede terminar por desistimiento, arreglo amistoso o por sentencia. La sentencia es definitiva y obligatoria para las partes.

## **4. Comité de Ministros**

La competencia del Tribunal no es obligatoria, sino facultativa. Por tal razón se atribuyó al Comité de Ministros, con carácter subsidiario y en la vía política, la decisión del conflicto cuando los estados interesados no hubieren aceptado la jurisdicción del Tribunal o aún aceptándola, en el caso que no hubiere llegado a éste.

El Comité de Ministros es un organismo intergubernamental que incluye un representante de cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

## **5. Estudio comparativo**

Podemos hacer las consideraciones siguientes: ambos sistemas (americano y europeo) son superiores a los previstos en los pactos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos; establecen una comisión investigativa y una corte con facultades jurisdiccionales y consultivas; solamente los estados partes de la convención y la comisión pueden someter casos a la Corte; en la Convención Europea

---

<sup>7</sup>. Art. 48.

el derecho de petición privada es opcional mientras que en las quejas entre estados es obligatoria; por el contrario, en el Pacto de San José es obligatorio el derecho de petición privada y opcional entre estados.

## **6. Resultados prácticos de ambos sistemas**

Se ha avanzado bastante en el sistema de protección internacional de los derechos humanos, pero falta todavía mucho que hacer. En ambos sistemas los organismos protectores han realizado un buen trabajo. En el sistema interamericano es importante destacar la encomiable labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Entre las críticas que se le pueden hacer a ambos sistemas, se encuentran las siguientes: no se permite a los particulares ser parte ante la Corte o Tribunal, contrariando la nueva tesis del Derecho Internacional que reconoce a la persona individual como uno de sus sujetos; el agotamiento de la vía interna y el agotamiento de la vía política en manos de las comisiones, vuelve casi inaccesible la justicia internacional, convirtiéndose en muchos casos un suplicio parecido al de Tántalo; los procedimientos en las instancias internacionales no fueran diseñados pensando en la rapidez para cumplir con el principio de economía procesal. No obstante, la finalidad y frutos han sido buenos y deben seguirse los esfuerzos para mejorar el sistema.



## **Sección III**

### **Protección nacional**

#### **Capítulo I**

#### **Sistema de defensa o garantía de la Constitución**

SUMARIO: 1. Clasificación de los sistemas: A. Sistemas que atienden a la extensión de los efectos. a) Sistema con alcance particular. b) Sistema con alcance general. c) Sistema de alcance mixto. B. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano. a) Sistema de control por un órgano político. b) Sistema de defensa por órganos jurisdiccionales. C. Sistema que atienden al tiempo de control.

#### **1. Clasificación de los sistemas**

Se han formulado varias clasificaciones. Por razones de claridad seguiremos la que atiende a la extensión de los efectos, a la basada en la naturaleza del órgano, y a la que atiende al tiempo del control.

##### **A. Sistemas que atienden a la extensión de los efectos**

a) Sistema con alcance particular. En este sistema la sentencia que se dicta sólo protege al quejoso al declarar inaplicable en el caso concreto la ley inconstitucional y no hace una declaración general de la nulidad de la ley o decreto-ley inconstitucional. Es el sistema seguido en las constituciones y leyes de amparo de 1893, 1911 y 1939.

b) Sistema con alcance general. En este sistema la sentencia que se dicta hace un pronunciamiento general de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, declarándola nula en este último caso. Es el seguido por la Constitución austriaca de 1920, y por nuestras leyes de amparo de 1948, 1950, y 1974 y 1988.

c) Sistema de alcance mixto. En el sistema de la ley del Tribunal de Garantía de España de 1933. La ley declarada inconstitucional por razones de forma es nula absolutamente; pero no afecta las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia. Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad por razones de fondo o materiales, sólo producen efecto en el caso concreto, y, como consecuencia, no existe una declaración general de inconstitucionalidad.

##### **B. Sistema que atiende a la naturaleza del órgano**

a) Sistema de control por un órgano político. En este sistema el órgano que controla puede ser uno de los que componen la estructura normal del Estado o uno especialmente creado al efecto. Como ejemplos del primero podemos citar los siguientes: el Presidente del Reich de la Constitución alemana de Weimar, a quien Schmitt calificaba como defensor de la Constitución; el Congreso y el Senado en

nuestra Constitución de 1838. Como ejemplos del segundo podemos citar los siguientes: el Senado conservador en la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1779 y el Consejo representativo creado por nuestra Constitución de 1826.

b) Sistema de defensa por órganos jurisdiccionales. La defensa o control de la Constitución la pueden hacer los tribunales ordinarios de justicia o uno creado especialmente para tal fin. Como ejemplos del primero tenemos el mexicano, el norteamericano y el seguido por todas nuestras constituciones y leyes de amparo a partir de su consagración en 1893. Como ejemplo del segundo se puede citar la Alta Corte Constitucional establecida en la Constitución austriaca del 1 de octubre de 1920, elaborada por Kelsen, quien además formó parte de esa Corte. Actualmente tienen tribunales constitucionales Alemania, Italia y España.

Este sistema es el más aceptable por las razones siguientes: el problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, decreto-ley, acto, disposición, etc., se resuelve aplicando el Derecho, lo que le corresponde al poder judicial; las personas que integran este poder son las que tienen la mayor preparación o imparcialidad para realizar esta función.

### **C. Sistema que atienden al tiempo del control**

Existen dos sistemas: a) El control preventivo que se da antes de perfeccionarse la ley. Es el que sigue Francia. b) Control posterior. Es el que se concede con posterioridad a la publicación de la ley.

Se ha dicho que los órganos de control son conservadores de la voluntad mayoritaria preferida, en detrimento de sucesivas mayorías que sólo se podrán liberar cuando se dan las condiciones para la reforma a la Constitución. Otros por el contrario, sobre todo en Estados Unidos, sostienen que es instrumento útil para la defensa de las minorías.

## Capítulo II

### Control preventivo de constitucionalidad

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Sistemas de control previo. 4. Ventajas y desventajas.

#### 1. Concepto

El denominado control preventivo (*a priori*, previo) se usa para el control de normas jurídicas, principalmente de leyes y tratados internacionales, como también eventualmente para otros actos. Es una técnica de control constitucional muy difundida en Europa, con aplicación relevante en algunos países y de menor grado en otros.

Esta técnica se aplica antes de la promulgación de las leyes, de la ratificación legislativa del tratado internacional o de entrar en vigencia el reglamento parlamentario. Es un control *a priori*, antes de concluir el procedimiento de creación de la ley, tratado y reglamento o cualquier otro acto o resolución. El control *a posteriori* se da después de entrar en vigencia la ley, el tratado, reglamento o perfeccionando el acto o resolución. Este se produce en nuestro sistema a través del amparo y el recurso de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento.

El control preventivo es propio de los sistemas concentrados que han sido ampliamente aceptado por los países europeos. En el sistema difuso, el juez o tribunal ordinario se ocupa de casos concretos frente a leyes vigentes, a las cuales puede declarar inconstitucionales. Su competencia no lo faculta para pronunciarse sobre proyectos de ley, tratados no ratificados o reglamentos sin actual vigencia, aunque se concibe la existencia de un control previo consultivo más o menos vinculante.

#### 2. Naturaleza jurídica

Un sector doctrinal sostiene que el control preventivo no tiene carácter jurisdiccional, sino político, por las razones siguientes: a) lo que es objeto de control no es la ley o tratado vigente y remediar su valoración, sino evitar que al entrar en vigencia se viole la Constitución y cause daño. b) su efecto es permitir la continuación del procedimiento suspendido porque no hay violación a la Constitución o eliminar las normas violatorias a la Constitución o declarar inconstitucional toda la ley. Es conveniente advertir que al iniciarse el control previo se suspende el procedimiento legislativo.

Se agrega por otra parte, que el efecto de la inconstitucionalidad es la anulación y que en el control previo ésta no se produce, si se considera que cuando el proyecto de ley es inconstitucional, se suspende la tramitación y cuando se declara que no lo es, se siguen los trámites previstos. Por tal razón, el tribunal constitucional en el control previo actúa como un cuasi legislador no sólo negativo (caso de

pronunciarse a favor de la inconstitucionalidad), sino positivo, ya que para que una ley o tratado llegare a ser tal y produzca sus efectos jurídicos, se necesita que el tribunal constitucional se pronuncie a favor de su constitucionalidad, el cual aparece en el proceso legislativo actuando conjuntamente con la asamblea legislativa y el poder ejecutivo.

Por último, otros autores consideran que el control previo de constitucionalidad es un control jurídico que tiene mayor proximidad al control jurisdiccional que a las funciones consultivas o legislativas. De aquí que afirmen que no se trata de un mero control político, aunque reconocen que se puede utilizar para resolver cuestiones de ese carácter.

Además, el procedimiento y los criterios para decidir son jurídicos. Es una cuestión de Derecho en la que se confrontan la ley ya votada o el tratado ya firmado con la Constitución. También piensan que no actúa como legislador porque no fija el contenido de la futura ley o tratado para que sean constitucionales. Es de la misma naturaleza del control *a posteriori*, pues solamente adelanta el control a una etapa anterior. Una corriente doctrinal dominante en Francia considera al control previo como jurisdiccional.

Es interesante la observación que cuando conviven en un mismo sistema el control *a priori* y *a posteriori*, se considera al primero no jurisdiccional y al segundo sí, cuando se juzgan las mismas normas.

Es importante advertir que en ciertos sistemas la decisión del tribunal constitucional en el control previo es vinculante, y no de mera información como es en el consultivo que deja abierta una vía posterior para discutir la constitucionalidad.

### **3. Sistemas de control previo**

Los sistemas de control preventivo pueden ser de tres clases: sistema único de control preventivo; sistema mixto en el que funcionan conjuntamente el control preventivo y el *a posteriori*; y los sistemas de reducido alcance.

**A. El prototipo del modelo único es el francés. El control puede ser preceptivo o facultativo. Al Consejo Constitucional se le atribuye el control previo de la constitucionalidad de las leyes ordinarias y orgánicas, de los reglamentos parlamentarios y de los tratados o acuerdos internacionales. No controla los reglamentos, los cuales quedan sometidos a la jurisdicción contenciosa-administrativa, en cuya jerarquía superior aparece el Consejo de Estado. El juez administrativo juzga sobre la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos.**

El control preceptivo está consagrado en el párrafo primero del art. 61 al disponer que deben ser sometidas al Consejo Constitucional para pronunciarse sobre la constitucionalidad, las leyes orgánicas antes de su promulgación y los



reglamentos de las Asambleas Parlamentarias antes de ser puestas en vigor. Son leyes orgánicas las que regulan las instituciones fundamentales del Estado, elaboradas por un procedimiento especial y reforzado, diferente al de las leyes ordinarias. El control facultativo es el más importante y ha permitido al Consejo Constitucional hacer jurisprudencia sobre las bases constitucionales del Derecho positivo y defender los derechos humanos. Para el ejercicio de sus funciones no sólo parte del texto de la Constitución, sino del llamado bloque de constitucionalidad integrado por: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y de 1958, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República desde la primera República a finales del siglo XVIII.

Están legitimados para proponer el control facultativo algunos órganos. Estos son, desde la reforma de 1974: el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado y sesenta diputados o senadores. Esta última legitimación ha permitido que casi todas las leyes importantes aprobadas por el Parlamento, principalmente las que afectan derechos o regulan la vida cotidiana, sean examinadas por el Consejo Constitucional.

**B. Los sistemas mixtos combinan, con el equilibrio que cada país adopta, el control preventivo y el *a posteriori*. Fue adoptado por Portugal y Costa Rica (este último generalmente sólo es vinculante cuando establezca la existencia de trámites inconstitucionales), así como por varios países excomunistas de Europa.**

El sistema de poco alcance fue adoptado en Europa por Italia, Austria y España. En esta última la Constitución Política de 1978 no contempla ni directa ni indirectamente el control previo de constitucionalidad de las leyes. Pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estableció el control previo de constitucionalidad, que abarcaba la constitucionalidad de los tratados internacionales y el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de autonomía y de leyes orgánicas. No se regulaba un sistema global del control preventivo. El sistema provocó problemas, principalmente con las leyes orgánicas. La intervención del Tribunal Constitucional en el control de estas leyes se considera como una intervención de tal Tribunal en el procedimiento legislativo.

Agrava más la situación el hecho de que el control previo sólo sirve de obstáculo a la labor legislativa, pues no tiene la ventaja de terminar con los problemas existentes al permitirse el control *a posteriori*. Tal situación dio origen a la reforma del 7 de Junio de 1985 que sólo conserva el control previo de los tratados internacionales.

#### **4. Ventajas y desventajas**

Las desventajas son las siguientes: a) interrumpe el proceso de formación de la ley o acto legislativo, iniciado por un órgano con legitimidad democrática, por

disposición de un órgano de justicia constitucional que no surge de elección popular. Es el surgimiento del gobierno de los jueces. Se presta para que la oposición o grupos de interés o presión atrasen, mediaticen o maniobren, lo cual pone en difícil situación al tribunal, en un papel que no le corresponde. b) No garantiza la supresión de las inconstitucionalidades, pues funciona a petición de parte y el tribunal puede no detectar las violaciones a la Constitución.

Las ventajas son las siguientes: a) Adelanta el análisis de la constitucionalidad, lo cual es una economía de tiempo, dinero y trámites, evitando los eventuales daños que podría causar una ley o acto legislativo inconstitucional aplicado a casos concretos. b) Se aceptan las ventajas en el control de los tratados internacionales. c) Los plazos breves y la rapidez con que se resuelve la constitucionalidad planteada. d) Se garantiza mejor el principio de igualdad de los ciudadanos que en el sistema *a posteriori*.

Algunos autores se pronuncian a favor de la combinación de ambos sistemas considerando al previo como una arma útil y aducen las razones siguientes: a) No existe incompatibilidad entre ambos sistemas, el previo puede funcionar con el *a posteriori*, ya sea abstracto o concreto, mediante una adecuada organización, lo cual evitaría los daños de una declaración de inconstitucionalidad posterior. Se justifica el *a posteriori* en el supuesto de ausencia de control previo de la ley o lo reducido de dicho control. b) Los plazos para que se pronuncie el tribunal deben ser reducidos o abreviados. c) Para evitar recursos frívolos se recurre a la limitación de la legitimación para interponerlo, generalmente atribuida únicamente a pocos órganos constitucionales y a minorías parlamentarias.

Como ya explicamos en nuestro país existió una consulta a la Corte Suprema, sin que la opinión de esta fuera vinculatoria, con carácter amplio, pues no sólo se ocupaba de la constitucionalidad sino también de la conveniencia, oportunidad y técnica del proyecto.

## **Capítulo III**

### **Sistemas de control de la constitucionalidad**

SUMARIO: 1. Los dos grandes sistemas. 2. Bases fundamentales del sistema difuso. 3. Inconvenientes del sistema difuso. 4. Creación y bases del sistema austriaco. 5. Naturaleza del Tribunal Constitucional. 6. Diferencias fundamentales de ambos sistemas. 6. 7. Acercamiento de ambos sistemas.

#### **1. Los dos grandes sistemas**

Son dos los grandes sistemas de control de la constitucionalidad: el difuso o norteamericano y el concentrado o austriaco, denominado también europeo. Estos han constituido la fuente de inspiraciones del desarrollo de la justicia constitucional, dando pie a la creación de una nueva rama del derecho denominado Derecho Procesal Constitucional, cuyo gran impulsor ha sido Kelsen con sus publicaciones, particularmente con el libro la Garantía Jurisdiccional de la Constitución, publicado en 1928.

La materia que comprende la justicia constitucional es amplia, a saber: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes (nuestro recurso de inconstitucionalidad); los recursos y procedimientos específicos para la defensa judicial de los derechos fundamentales contra los actos del poder público, ya sean legislativos, judiciales y ejecutivos, denominada justicia constitucional de las libertades (el Staatorechtlich Beschwerde en Suiza, la Beschwerde en Austria, nuestro amparo y el habeas corpus); el juzgamiento de los funcionarios que de acuerdo con la Constitución gozan de inmunidad; la resolución de los conflictos entre ciertos órganos de poder, denominada jurisdicción constitucional orgánica; los conflictos entre las disposiciones constitucionales internas y las de carácter internacional comunitarias e internacionales, denominada jurisdicción supranacional.

No faltan quienes le agregan competencia para arreglar los conflictos electorales, la adquisición y pérdidas de mandatos, las consultas populares, procedimientos especiales de protección a la Constitución, solución de conflictos entre autoridades administrativas y tribunales de justicia o de éstos entre sí, y asimismo de otros procedimientos atípicos.

En los sistemas concentrados, al tribunal constitucional, generalmente se le asignan esa buena cantidad de atribuciones. Su mayor o menor cantidad dependerá de factores políticos, económicos y sociales.

Se puede afirmar que en el sistema concentrado, no todas las funciones del tribunal constitucional son de jurisdicción constitucional, y que en el difuso la generalidad de la actividad del poder judicial no es constitucional.

#### **2. Bases fundamentales del sistema difuso**

El arquetipo del sistema difuso descansa sobre las bases siguientes:

**A. Aplicar la disposición legislativa superior en jerarquía y desechar la inferior, es una regla de interpretación del Derecho que los jueces están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y, por consiguiente, no existe una invasión del juez en la esfera legislativa.**

**B. Cualquier juez está investido del poder de no aplicar la ley contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte, en cualquier caso sometido a su conocimiento (vía incidental o indirecta). La inconstitucionalidad se puede presentar en todo tipo de procedimiento judicial y no existe un procedimiento especial para dilucidar la materia constitucional, pues se discute, tramita y falla dentro del juicio en que se plantea y llega a los tribunales superiores a través de los recursos corrientes. La cuestión se falla en la sentencia definitiva.**

La denominación «vía incidental» se puede prestar a confusión, pues también sugiere accesoriedad, y en realidad la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema difuso es principal, ya que se falla en la sentencia definitiva del juicio y forma parte de la premisa mayor del silogismo que constituye dicha sentencia.

**C. La cuestión de inconstitucionalidad no se puede proponer por vía de acción, ajena a un conflicto judicial. Esto no quiere decir que el actor en la vía judicial no puede promover la inconstitucionalidad de una ley que le perjudica en el caso concreto sometido a la decisión del juez o tribunal.**

**D. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley tiene efectos sólo en relación con el caso concreto (inaplicabilidad al caso concreto), pero por el *stare decisis* (precedente judicial) produce efectos generales.**

En los Estados Unidos los efectos generales de la sentencia provienen del *stare decisis*, figura necesaria dentro de la concepción del Derecho en ese país, en donde no existe un sistema de normas cerradas que el juez debe interpretar e integrar, sino un conjunto de reglas concretas derivadas de los casos definidos. El juez es creativo en la solución del conflicto y como existen infinidad de jueces y tribunales (todos creadores del Derecho) es preciso, por razones de seguridad y unidad del Derecho, vincular al juez con sus propias decisiones y con las de los otros jueces de igual o superior jerarquía, lo que en última instancia realiza la Suprema Corte. El juez norteamericano se ajusta a la jurisprudencia de la Suprema Corte, no por el temor de que su resolución sea revocada, como sucede en nuestro sistema, sino para no apartarse del Derecho vigente.

### **3. Inconvenientes del sistema difuso**

El sistema difuso, en los países en donde no existe el *stare decisis*, presenta serios inconvenientes que provocan incertidumbres y conflictos entre órganos, a saber:

**A. El mismo u otro juez que declara la inconstitucionalidad puede aplicarla posteriormente o viceversa.**

**B. Pueden surgir diferentes interpretaciones a la Constitución entre órganos de diversos tipos, como por ejemplo, entre la justicia ordinaria y la administrativa.**

**C. También se pueden presentar contrastes de opiniones entre tribunales inferiores y superiores, debido a que los primeros generalmente están formados por personas jóvenes y menos apegadas al pasado, y posiblemente dispuestos a declarar la inconstitucionalidad; en cambio, los segundos son más conservadores e inclinados a mantener la constitucionalidad.**

**D. A pesar de que en un caso concreto anterior ya se declaró la inconstitucionalidad de la ley, cualquier otra persona extraña al juicio anterior que tenga interés en que no se le aplique, tendrá que promover un nuevo proceso.**

Estos inconvenientes han sido evitados en los Estados Unidos y en los otros países del *common law*, en los cuales rige el *stare decisis*, pero persiste en los sistemas de base romanista. Podrían solucionarse otorgándole efectos generales a la sentencia de la Corte Suprema, pero en tal caso surgiría un sistema mixto situado a mitad del camino entre el difuso y el austriaco.

#### **4. Creación y bases del sistema austriaco**

Varios factores contribuyeron en Europa al surgimiento del sistema concentrado: la modesta aplicación del sistema difuso en los países escandinavos y su fracaso en los otros países del *civil law* (Derecho románico); los inconvenientes ya vistos; el carácter extraño del *stare decisis* para poder adoptarlo; el carácter conservador de los jueces comunes de carrera que, aunque capacitados y con prestigio de muchos siglos en la aplicación del Derecho, carecían de la idoneidad para administrar la justicia constitucional que requiere de mayor atrevimiento, creatividad y voluntad política. Por eso se pensó en la creación de un tribunal especial, de carácter judicial, encargado fundamentalmente de controlar la constitucionalidad de las leyes, sobre las bases siguientes:

**A. Los jueces ordinarios no pueden conocer de la constitucionalidad de las leyes como manifestación de su poder de interpretación, ni bajo ninguna otra razón, sino una Corte Constitucional que, dentro del sistema de pesos y contrapesos, controla al poder legislativo para que respete la supremacía de la Constitución, lo que evidentemente constituye una función política.**

En los sistemas de Italia, Alemania y otros que se inspiraron en el austriaco, no se les permite a los jueces ordinarios conocer sobre la constitucionalidad, sea por la vía de la acción o de la excepción.

**B. Originalmente (1920) el control se daba solamente en la vía principal, esto es, mediante una acción especial directa cuyo objeto exclusivo es plantear la inconstitucionalidad de la ley ante la Corte Constitucional. Están legitimados para ejercitar esta acción órganos políticos y no judiciales tales como el Gobierno Federal y los Länders; el primero, para pedir el control de la legitimidad constitucional de leyes de los Länders, y los últimos para el control de las leyes federales.**

Solamente estos dos órganos constitucionales estaban legitimados, pero a partir de la reforma de 1929 se permite que en forma incidental dos altos órganos judiciales ordinarios planteen la cuestión de constitucionalidad de una ley, aplicable en forma relevante al caso que se encuentra bajo su conocimiento, pero los jueces inferiores, jamás pueden negar la aplicación de la ley cuestionada de inconstitucional.

Estos dos órganos superiores legitimados son: la Corte Suprema (Oberster Gerichtshof) para asuntos civiles y penales y la Corte Suprema para asuntos administrativos (Verwaltungsgerichtshof). No están legitimadas para proponer la acción de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad es abstracta, ajena a todo caso concreto y, como consecuencia, no presupone ninguna sentencia judicial que impugnar.

Cuando la inconstitucionalidad es promovida por las Cortes Superiores, se suspende la aplicación de la ley y se concede intervención ante la Corte Constitucional a las partes interesadas en el caso concreto, a los gobiernos interesados en la constitucionalidad de las leyes (Gobierno Federal o Länders). Se admite, pues, la vía de acción y la incidental, por eso se dice que es un sistema híbrido.

**C. La sentencia que dicta la Corte Constitucional tiene efectos generales, o sea, elimina del Derecho vigente a la ley declarada inconstitucional.**

**D. La sentencia sólo tiene efecto para el futuro, aunque posteriormente (1929) se reconoció que la ley inconstitucional no tiene aplicación al caso concreto y que la ley derogada vuelve a entrar a regir cuando así se disponga, dos situaciones que constituyen excepciones al principio de la no retroactividad.**

El sistema original aplicó estrictamente el principio de la no retroactividad de la sentencia que declara inconstitucional a la ley, por tanto, los hechos verificados durante la vigencia de ésta son válidos y eficaces. La reforma de 1929, con criterio más práctico que teórico, a fin de legitimar a las dos Cortes judiciales en la postulación de la inconstitucionalidad de las leyes, dispuso que la ley inconstitucional no es aplicable al caso concreto, como se dijo anteriormente.

## 5. Naturaleza del Tribunal Constitucional

Son varias las opiniones que se formulan:

a) Son órganos jurisdiccionales. Están sometidos a todas las reglas que rigen la actividad de los tribunales ordinarios (incluso la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la publicidad, etc.) No existen intromisiones metajurídicas. Es la idea kelseniana de la justicia constitucional.

b) La justicia constitucional tiene naturaleza absolutamente política, pues son políticos el objeto y el órgano de interpretación de la justicia constitucional. El Tribunal constitucional colabora y participa en la dirección política del Estado. La judicialización de la política o la politización de la justicia (Schmitt y Leowenstein), lejos de situar a los tribunales constitucionales en función de garantía, los coloca como árbitros dominantes y supremos del proceso político.

Para Carl Schmitt, es un problema de oportunidad práctica establecer hasta que punto puede encomendarse a instancias ya existentes o de nueva creación la misión de fijar de modo auténtico el contenido de los preceptos imprecisos o indeterminados que están incorporados a la Constitución, y a la misión de establecer un contrapeso al poder legislativo. Con claridad expresa que la determinación precisa del contenido de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido, es, en concreto, materia de legislación constitucional, no de la justicia<sup>1</sup>.

Algunos autores toman posiciones intermedias y expresan diversas opiniones: que son órganos políticos que ejercen funciones jurisdiccionales o viceversa órganos jurisdiccionales con funciones políticas; la clasificación de políticos o jurisdiccionales depende de los casos que sentencien; que su situación como órgano intermedio entre el parlamento y el poder judicial, parece dotarlo de los caracteres que estos poseen: politicidad (sistema de selección de magistrados, nulidad de la norma, colmar lagunas, etc.) y juridicidad (impulso procesal externo, procedimiento jurisdiccional, resoluciones en forma de sentencia, etc.).

## 6. Diferencias fundamentales de ambos sistemas

Aunque la doctrina observa un acercamiento entre ambos sistemas, no por esto se borran las diferencias fundamentales. Veamos cuáles son:

---

<sup>1</sup>. La defensa de la Constitución. Tecnos, España. 1983. Págs. 77, 93 y 94. El mismo Kelsen también reconoce que las fórmulas vagas en los textos constitucionales pueden ser peligrosas al controlar la constitucionalidad de las leyes, por lo que deben evitarse en la Constitución, y cuando se establezcan principios, directrices y límites al contenido de las leyes, estos deben ser definidos del modo más preciso posible. Esto podría ser posible en las constituciones clásicas y no en las desarrolladas, producto de consensos transaccionales entre las diversas fuerzas políticas que adquieren beligerancia con el sufragio universal: Esto lleva a Pedro de Vega García, en el prólogo a la obra citada, a plantear la alternativa siguiente: o el tribunal asume la independencia absoluta para interpretar las normas dudosas, convirtiéndose en un legislador negativo que pasa a ocupar en buena medida el lugar del parlamento, o se autolimita por presiones políticas o por prudencia, en cuyo caso su carácter independiente queda lastimado. Como ha podido observarse, en el problema constitucional no es tema resuelto.

A. El sistema difuso, es descentralizado, pues conoce de la constitucionalidad cualquier juez, (sin distinción de jerarquía), ante quien se tramita un caso concreto propio de su competencia; en cambio, el austríaco es contralizado, pues la Corte Constitucional tiene el monopolio del conocimiento sobre la inconstitucionalidad de las leyes, privando de esa función a los jueces y cortes judiciales ordinarias.

B. En el sistema difuso, se conoce en forma indirecta (llamada también excepcional o incidental) sobre la constitucionalidad de la ley, pues surge con ocasión del caso concreto pendiente de trámite y fallo ante los tribunales de justicia, por lo que no existe un procedimiento especial, ni se permite la acción abstracta y directa; en cambio, en el austríaco se emplea la vía directa mediante acción abstracta y procedimiento especial ante la Corte Constitucional, aunque con posterioridad a la reforma de 1929 se emplea la vía incidental, pero sólo están legitimadas las dos cortes superiores y no los jueces inferiores.

C. En el sistema difuso, la ley inconstitucional es absolutamente nula por oponerse a una norma superior (constitucional) y, como consecuencia, no se anula dicha ley con la sentencia, sino solamente declara la nulidad preexistente de la misma y tiene efectos retroactivos (*ex tunc*); en cambio en el sistema austríaco, la sentencia anula la ley que hasta el momento era válida y eficaz y tiene efectos para el futuro (*ex nunc*) a partir de su publicación, pero la Corte puede posponer su eficacia a una fecha posterior, no mayor de un año en Austria y seis meses en Turquía.

D. En el sistema difuso, la sentencia tiene eficacia sólo en relación con el caso concreto con ocasión del cual se planteó la cuestión constitucional, no obstante en Estados Unidos y sus seguidores, por el *stare decisis*, adquiere efectos generales; en cambio, en el austríaco la sentencia tiene efectos generales. La doctrina europea considera al sistema austríaco más completo que el difuso, pues en éste es posible que muchas leyes escapen al control constitucional, porque difícilmente se prestan a discusión en los casos concretos pendientes ante los jueces y tribunales; pero también más peligroso, pues sin la prudencia y sabiduría (la que tiene la Suprema Corte de los Estados Unidos) se corre el riesgo de que el Tribunal se convierta en una grave amenaza política al intervenir en el poder legislativo directamente o indirectamente en el ejecutivo.

## 7. Acercamiento de ambos sistemas

En la doctrina se observa un acercamiento de los dos grandes sistemas, a saber: la naturaleza judicial de ambos; los efectos generales de las sentencias en ambos sistemas; la aceptación de la vía incidental en el sistema austríaco, aunque restringida; el funcionamiento casi exclusivamente constitucional de la Suprema Corte norteamericana y la orientación política de sus decisiones; la adopción de sistemas mixtos; la adopción en algunos países latinoamericanos del sistema austríaco; y la aceptación



parcial en las constituciones alemana, italiana y austríaca del sistema de los «cheks and balances» en lugar de la versión francesa de la separación rígida del poder. Se sostiene que los sistemas italiano y alemán, en cierto sentido se encuentran a medio camino entre el austríaco y el americano<sup>2</sup>, lo cual no es compartido por algunos autores<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>. Cappelletti, Control judicial de las leyes en el Derecho Comparado. La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. México, 1987. pág. 85.

<sup>3</sup>. Francisco Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 22, enero-abril 1988, pag. 25.

## Capítulo IV

### Nuestro sistema

SUMARIO: 1. Importancia. 2. Medios de control. 3. Unidad del amparo. 4. Vías para promover la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento.

#### 1. Importancia

La protección de los derechos humanos se produce en primer lugar en el Derecho interno y sólo después en el internacional. Esto es así por la soberanía que ejerce el Estado. Para que éstos se sometan a la jurisdicción internacional, tienen que aceptar los documentos internacionales que señalan los derechos y la competencia de los tribunales internacionales que los protegen. Por otra parte, la justicia internacional es lenta y carece de sanciones eficaces por la propia naturaleza del Derecho Internacional.

De aquí la importancia de estructurar un sistema interno seguro y rápido de protección de los derechos humanos. Para esto hay que contar con una estructura democrática de gobierno, leyes, recursos y tribunales adecuados, y un ambiente de respeto, cumplimiento y promoción de tales derechos.

#### 2. Medios de control

Nuestro constitucionalismo ha formulado un mecanismo completo de control del cumplimiento de la Constitución, respaldado por una abundante jurisprudencia que con bastante conocimiento han manejado nuestros juristas y juzgadores<sup>1</sup>.

Este control se ha hecho a través del amparo<sup>2</sup>, la casación en el fondo, forma y en interés de la ley, la aplicación preferente de la Constitución por jueces y ma-

<sup>1</sup>. No se ha hecho un estudio ni existen estadísticas confiables sobre la eficacia práctica del amparo en todas sus manifestaciones. Lo mismo sucede en Latinoamérica, aunque se han hecho algunos intentos. Dos grandes obstáculos se le han interpuesto: la desorbitada amplitud de las cuestiones no justiciables que no son controlables, a las que la doctrina ha opuesto los conceptos correctivos de razonabilidad y desvío de poder, y los constantes estados de emergencia, época actualmente superada. Con el renacer de la democracia, se espera un mejor futuro de amparo (Fix Zamudio. La Justicia constitucional en América Latina. El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 522 y 523). Sólo tres casos en que se declaró la inconstitucionalidad registra nuestra jurisprudencia hasta 1993, cuando aparece publicado el último Boletín Judicial: La Ley Castrillo según S. de las 12 m. del 18 de agosto de 1918, B.J. pág. 2034; varios artículos del Estatuto General de la Asamblea Nacional, según S. de las 11 a.m. del 24 de Noviembre de 1992, B.J., pág. 254; y la reforma a los arts. 110, 111 y 116 de la Ley Orgánica de Tribunales, según S. de las 11 a.m. del 2 de Octubre de 1991, B.J., pág. 170. El *habeas corpus* funciona mejor a pesar de los serios obstáculos que se ponen.

<sup>2</sup>. Nuestro amparo se consagró en la Constitución de 1893 y lo reglamentó la Ley de Amparo de 29 de agosto de 1894. Se inspiró en el sistema mexicano, aunque tiene sus diferencias y particularidades. La jurisprudencia y autores como González Pérez y Fix Zamudio, reconocen esa procedencia. Fue el segundo país, después de El Salvador, en adoptarlo (Cfr. La justicia constitucional en América Latina... págs. 463 y 475; Iván Escobar Fornos, El amparo, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990, págs. 7 y sigs.). El amparo mexicano es multifinitorio, lo que va en detrimento de su identidad: sirve de *habeas corpus*; de recurso de inconstitucionalidad contra las leyes; como proceso administrativo contra las resoluciones o actos de las autoridades administrativas, cuando no pueden impugnarse ante un Tribunal administrativo; como casación; como instrumento tutelar de los campesinos (amparo social agrario).

gistrados (control difuso) y mediante el sometimiento del conflicto a la Corte Suprema, cuando el ejecutivo veta de inconstitucionalidad un proyecto de ley (control preventivo). A excepción del último, la legislación actualmente vigente admite los restantes medios de control.

Generalmente nuestro amparo ha tenido las aplicaciones siguientes:

**A. Amparo contra leyes, decretos o reglamentos al aplicarse al agraviado por autoridades no judiciales, del cual conoce la Corte Suprema.**

**B. Amparo contra disposiciones, resoluciones, órdenes o actos de autoridades no judiciales interpuesto por el agraviado o amenazado de serlo, del cual conoce también la Corte Suprema.**

**C. Amparo contra actos restrictivos de la libertad personal por las autoridades (exhibición personal), del cual conoce la Sala de lo Criminal del Tribunal de Apelaciones correspondiente.**

**D. Amparo contra actos restrictivos de la libertad personal por particulares (amparito), interpuesto ante los Juzgados de Distrito de lo Penal<sup>3</sup>.**

**E. Amparo contra el auto de prisión, del cual conocía la Sala de lo Criminal del Tribunal de Apelaciones correspondiente.**

La actual Ley de Amparo suprimió el inc. E, y del D conoce el Tribunal de Apelaciones, inicialmente regulado en el Código de Instrucción Criminal de 1879, del cual conocían los jueces de Distrito.

### **3. Unidad del amparo**

Con anterioridad se dijo que el amparo tiene varias manifestaciones. Lógicamente, por razones de importancia, facilidad y economía, en cada una de ellas pueden variar los procedimientos, reglas y competencias. No obstante, aparecen vinculadas por elementos comunes fundamentales que le comunican unidad al amparo: el fin (el control del cumplimiento de la Constitución) es el mismo; principios y reglas fundamentales de aplicación general; una sola ley las regula. Existe un anchuroso campo común a todas ellas que orgánicamente las une. En resumen, el amparo es uno, con manifestaciones específicas.

---

<sup>3</sup>. Nuestro amparo, como el mexicano y los que de él se derivan, sólo se efectúa contra las autoridades; pero últimamente (iniciando el movimiento por la jurisprudencia argentina) se acepta su procedencia contra los particulares (personas naturales o jurídicas o grupos de personas), como suceden en Venezuela, Bolivia y Uruguay por violación de cualquier derecho o libertad consagrado en la Constitución (cfr. Fix Zamudio, *La justicia constitucional en América Latina*, Ob. Cit., Págs. 147 y sigs.; Carlos N. Amaya Cora, *La acción de amparo constitucional en Venezuela*, en *Ley de Amparo, derechos y garantías constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980. Págs. 137 y sigs.).

En La Gaceta número 5 del 9 de enero de 1987, se publica la vigente Constitución; y en La Gaceta número 24 del 20 de diciembre de 1988, la Ley de Amparo<sup>4</sup>. Los artículos 187, 188 y 189 Cn. establecen tres recursos: el de inconstitucionalidad contra leyes, decretos o reglamentos; el de amparo; y el de exhibición personal<sup>5</sup>. Estos debían ser regulados por una Ley de Amparo con rango constitucional, según lo disponen los artículos 184 y 190 de la Constitución.

Tal distinción, y la forma como se desarrolló en la Ley se apartan del concepto unitario del amparo, lo cual repercute en detrimento de la técnica legislativa empleada, de la claridad y de los fines del amparo. Las dos primeras Leyes de Amparo (1894 y 1911) participan de esa distinción y no podemos criticarlas, porque son los primeros experimentos. Pero a partir de la Ley de Amparo de 1939, se eliminó, y bajo el nombre común de amparo regula todas sus manifestaciones. De aquí que la Corte Suprema haya dicho que el amparo y la inconstitucionalidad constituyen un mismo recurso<sup>6</sup>.

#### **4. Vías para promover la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento**

La vigente Ley de Amparo señala tres vías para acusar de inconstitucionalidad esos cuerpos legales:

**A. El recurso directo por inconstitucionalidad. Su objeto principal y directo es que se declare la inconstitucionalidad.**

**B. El recurso de amparo cuando la ley, decreto o reglamento considerado inconstitucional se le haya aplicado al agraviado por actos de una autoridad no judicial.**

**C. La aplicación preferente de la Constitución y el rechazo de la ley, decreto o reglamento inconstitucional por el juez o tribunal que conoce de un caso**

---

<sup>4</sup>. La Corte Suprema de Justicia rechazó varios recursos de inconstitucionalidad antes de que se dictara la Ley de Amparo, argumentando que no podía aplicarse por carecer de reglamentación, olvidando que también las leyes procesales pueden ser suplidas o integradas por medio de leyes análogas y principios generales del Derecho y por los otros medios señalados en el Pr. Bien pudo aplicar el procedimiento del amparo propiamente dicho en ese entonces vigente. En algunos países el amparo ha sido creación jurisprudencial (Argentina) y en otros se ha aplicado a pesar de no existir ley reglamentaria (Venezuela y Uruguay).

<sup>5</sup>. El Partido Popular Social Cristiano presentó a la Asamblea un proyecto de Ley de Amparo que por encargo del mismo preparé desinteresadamente, inspirado en principios y orientaciones modernas del proceso y particularmente del amparo: acción popular, impulso oficial, pruebas de oficio recabadas por el tribunal, suplencia de la queja, responsabilidad y sanciones adecuadas a los funcionarios que no cumplan con las resoluciones judiciales, sana crítica y lista abierta, participación activa del tribunal en el proceso, principio de celeridad, principio de buena fe, división y ordenamiento técnico y racional de las materias, epígrafe en cada artículo que indica la materia regulada, etc. En general, se aparta de la concepción individualista del amparo que lo limita y se adopta una más colectiva, pues se concede la acción popular, los efectos de la inconstitucionalidad son generales y se establece una posición más activa de los tribunales en el proceso y en la búsqueda de la verdad material, sin conformarse con la formal. No incorporé la oralidad por estimar que no era el momento oportuno.

<sup>6</sup>. S. 10:30 a.m. del 13 de agosto de 1962, B.J., pág. 366.

**concreto en asuntos de su competencia. Sistema difuso en donde se plantea de oficio o a petición de parte.**

El vencimiento del plazo de los sesenta días establecido en el artículo 10 de la Ley de Amparo, sin interponer el recurso directo de inconstitucionalidad, no cierra las puertas para que se pueda volver a plantear el tema por el perjudicado en cualquiera de las vías señaladas en las letras B y C. La única sanción que puede deducirse de la no interposición del recurso dentro del término de ley, es la extinción del derecho de todos los ciudadanos de interponerlo en forma directa por aplicación del principio general de preclusión, porque no es una sanción expresamente impuesta.

Ni la Constitución, ni la Ley de Amparo establecen como pena la conversión del cuerpo legal nulo en válido y la extinción de la oportunidad de discutirse posteriormente su inconstitucionalidad. De haberlo querido el legislador expresamente hubiera contemplado esa sanción, como hizo en el recurso de amparo, en donde el artículo 51, inciso 3, de la Ley de Amparo lo estima improcedente, cuando ha mediado aceptación tácita del agraviado por no recurrir dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto ofensivo<sup>7</sup>.

Sería inconcebible que, por la decadencia de ese plazo, la ley, decreto o reglamento inconstitucional, viciado de nulidad, purgara su vicio, como si se hubiera bañado en el Jordán. La Ley de Amparo no se pronuncia a favor de tal aberración; por el contrario, abre otras oportunidades para promover la inconstitucionalidad.

Como consecuencia de lo expuesto, si se deja transcurrir el plazo de los sesenta días sin interponer el recurso directo de inconstitucionalidad, se puede plantear de nuevo la inconstitucionalidad de la Ley por medio del amparo o en la vía judicial. Si dejo transcurrir los plazos del recurso de inconstitucionalidad y de amparo, podré promover posteriormente la inconstitucionalidad en la vía judicial, pues la aceptación tácita por no recurrir de amparo dentro del término legal sólo me perjudicará para proponer nuevamente otro amparo sobre el mismo caso<sup>8</sup>; mayor razón existe cuando promuevo la inconstitucionalidad en otros casos concretos.

En resumen es posible señalar de inconstitucional, una ley, decreto o reglamento en la forma indicada anteriormente, mientras la Corte Suprema no declare a través de los recursos legales su constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Amparo. Hasta este momento saldría del Jordán purificado. Esta declaración no tendrá fuerza legal si la hace por medio de consulta.

---

<sup>7</sup>. Art. 26 La Corte Suprema de Justicia siguió este criterio en S. de 9:30 a.m. del 7 de abril de 1989, B.J. pág.87.

<sup>8</sup>. Art. 51, inc. 3, LA.



## **Capítulo V**

### **Recurso por inconstitucionalidad**

**SUMARIO:** 1. Materia del recurso: A. Su objeto. B. Vicios denunciables. 2. Inconstitucionalidad de algunas leyes, decretos y de la nueva Ley de Amparo. 3. Competencia. 4. Capacidad procesal. 5. Legitimación activa. 6. Legitimación pasiva. 7. Procedimiento: A. Interposición del recurso. B. Admisibilidad. a) Artículo 6 de la Ley de Amparo. b) Artículo 10. c) Artículo 11. d) Artículo 12. Artículo 13. Artículo 19. C. Otros trámites. 8. Efectos. 9. Inconstitucionalidad en casos concretos.

#### **1. Materia del recurso**

##### **A. Su objeto**

Este recurso tiene como objeto directo y principal la declaración de la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento que se opongan a la Constitución. Así se desprende de los artículos 2, 6, 7 de la Ley de Amparo y otros. No es preciso que de previo se encuentre pendiente de resolución ante las autoridades administrativas o judiciales un caso concreto.

La materia regulada en la Ley de Amparo es amplia. Veamos lo que abarca:

a) Dentro del concepto de ley se comprende: las que dicta la Asamblea Nacional; las que dictó el Presidente por delegación de aquélla al recesar, antes de la reciente reforma constitucional; las que dictó el Presidente en materia fiscal o administrativa sin necesidad de delegación, denominados decretos ejecutivos con fuerza de ley por el artículo 150, inciso 4, de la Constitución, antes de la reciente reforma constitucional; y los tratados internacionales<sup>1</sup>.

b) En el decreto entran todas las disposiciones generales y abstractas dictadas por cualquier autoridad. Los planes de arbitrio y ordenanzas municipales podrían incluirse dentro del concepto de decreto.

---

<sup>1</sup>. Existen disposiciones constitucionales, generalmente de carácter programático, que encierran derechos económicos y sociales para cuya aplicación efectiva en ciertos supuestos es preciso la erogación de recursos económicos y la actividad de los poderes políticos (leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, etc.). Piénsese en aquellas que promueven la vivienda, la salud, la educación, etc. Las disposiciones constitucionales pueden ser violadas por omisión cuando la autoridad no hace lo perceptuado, y ante tal situación no se puede negar protección al perjudicado en su derecho económico y social por la omisión reglamentaria, la cual debe ser llenada por el Tribunal. Sin embargo, el control judicial en tales supuestos no es determinante de la acción que deben tomar los otros poderes, por lo que los tribunales deben actuar con prudencia. La Constitución del Perú de 1979, en disposición transitoria, establece que los preceptos constitucionales que representan gasto e inversiones se aplicarán progresivamente y el presupuesto anual cubrirá tal cumplimiento. El control y efectividad a los derechos económicos y sociales constituye un gran reto de la democracia moderna (Jorge Mario García. La constitución y su función en el desarrollo y defensa de los derechos humanos. Educación y derechos humanos, Libro Libre, Costa Rica, 1986, págs. 101 y sigs.).

c) El decreto-ley no existe en nuestra Constitución, por lo que se ha excedido la Ley de Amparo al dar como supuesto que es legal decretarlos. La Constitución de 1974 los autorizaba en su artículo 190, inciso 10.

Estos decretos se dictan por el Presidente sin delegación del legislativo, en casos de necesidad y urgencia. Los usan los regímenes de facto para gobernar. Tras la caída del gobierno de Somoza fueron ampliamente usados. Ya no existe razón para seguirlos dictando y además carecen de respaldo constitucional.

Cuando el ejecutivo dicta decretos por delegación del legislativo, generalmente en circunstancias anómalas (guerra, epidemia, crisis económica, etc.), la doctrina los denomina decretos con fuerza de ley. Tampoco los contempla la Constitución.

d) El reglamento es un decreto que en algunos países se puede impugnar en la jurisdicción contenciosa-administrativa, pero como nosotros no la tenemos reglamentada actualmente aunque está contemplada en la Constitución según la reforma de 1995, se hace por medio del recurso de inconstitucionalidad y de amparo.

Muchos administrativistas<sup>2</sup> se pronuncian a favor del control contencioso-administrativo, aunque reconocen que algunos países siguen todavía el control constitucional.

## **B. Vicios denunciabiles**

Los artículos 187 de la Constitución y 2 de la Ley de Amparo, que desarrollan en parte el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 182 de la Constitución, señalan, sin hacer distinciones, como motivo del recurso, la oposición de la ley, decreto, y reglamento a la Constitución. Procede pues, cualquiera que sea la naturaleza de la norma constitucional violada. Bien puede ser de procedimiento, de organización o sustantiva.

En la doctrina se conocen dos tipos de vicios que afectan a las leyes: los que provienen por haberse violado las reglas de procedimiento establecidas en la Constitución para la formación de la ley (*error in procedendum*); y los que provienen de la oposición de la ley a las disposiciones sustantivas constitucionales (*error in iudicando*)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>. González Pérez se pronuncia a favor del control, a través de lo contencioso-administrativo (Derecho procesal administrativo. Editorial Temis, Colombia, 1985. págs. 170 y sigs.).

<sup>3</sup>. La Ley de Amparo de 1948 admitió expresamente la inconstitucionalidad de la ley por defecto de forma y de fondo. Lo fundamental de todo sistema moderno es que se permita la impugnación por violación de disposiciones sustantivas. Muchos países admiten el control por ambos motivos, pero se dan casos de algunos que sólo aceptan el control judicial por motivos de forma, como sucedió en Italia bajo el flexible Estatuto Albertino de 1848 y se admite aún en los sistemas en que se rechaza el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Nuestra Corte Suprema rechaza los recursos fundados en irregularidades de forma. No obstante, en reciente sentencia de las 11 a.m. del 24 de Noviembre de 1992, B.J., pág. 254, aceptó el recurso de inconstitucionalidad por cuestiones de forma, aceptando la opinión que había sostenido en mi estudio Líneas Fundamentales de la Nueva Ley de Amparo, publicado en 1989.



El amparo, en todas sus manifestaciones, es un instrumento procesal que desarrolla y hace efectivo el principio de la supremacía constitucional consagrado en el artículo 182 de la Constitución. Esta supremacía y el amparo que la garantiza deben cubrir toda la Constitución y no una parte de su articulado; cualquiera que sea la naturaleza de la norma, contengan o no derechos o garantías fundamentales, debe ser protegida por el amparo cuando sea violada mediante leyes, decretos, reglamentos, órdenes, acuerdos y disposiciones. Deben ser protegidos no sólo los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática, sino también la parte orgánica y el resto de la Constitución, incluyendo las leyes constitucionales; en resumen, toda la Constitución<sup>4</sup>.

No obstante lo expuesto, en virtud de la Ley de Amparo y los artículos 188 y 189 de la Constitución, nuestro amparo, en todas sus manifestaciones, sólo garantiza en forma primordial y directa una parte del articulado de la Constitución, la que contiene los derechos y garantías. Veamos: el recurso de inconstitucionalidad de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Amparo sólo puede interponerse por el perjudicado en sus derechos constitucionales, o sea, cuando han sido violadas disposiciones constitucionales que los consagran y no cuando la violación es de otro tipo de norma; el recurso de amparo sólo se da por violación de los derechos y garantías consagrados en la Constitución<sup>5</sup>; la exhibición personal en sus dos modalidades (contra las autoridades y los particulares) se otorga por violación de la libertad y seguridad personales.

Es un sistema de marcada estructura individualista, en el cual el individuo es el principal y directamente defendido, y la Constitución lo es en forma secundaria a través de la actividad y protección de los intereses de aquél. Pero ha sido superado por una concepción más socialista del Derecho, que estima la defensa de la Constitución como un objeto fundamental y de interés general, por lo que, sin perjuicio de la protección del individuo, se concede la acción popular, la ley inconstitucional es declarada nula, y en general el proceso constitucional es inquisitivo.

El sistema vigente de la Ley de Amparo es contrario a la idea general que contempla el artículo 182 de la Constitución, a la acción popular consagrada en el artículo 187 de la Constitución, a la doctrina dominante y a nuestro constitucionalismo que no ha conocido una restricción semejante, ni siquiera en la primera Ley de Amparo dictada con ocasión de la Revolución Liberal.

---

<sup>4</sup>. La doctrina moderna sobre el amparo respalda la tesis de la defensa total de la Constitución por medio del amparo. Por ejemplo, Ignacio Burgos, destacado amparista mexicano, en donde esta institución se le ha dado legislativamente un tratamiento individualista circunscribiéndolo a la defensa de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, expresa: «La restricción practicada por los legisladores del 57 y 17 en lo concerniente al juicio de amparo viene a desnaturalizar el alcance propio y sustancial del mismo, ya que aquél, por esencia, debe ser un medio de control de toda la Constitución y no sólo, como sucede en nuestro actual y próximo pasado régimen constitucional, de determinados preceptos». (El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México, 1957, pág. 202). En la página 214 de esta obra hace una formulación general de amparo: «Procede el juicio de amparo contra toda ley o acto de cualquier autoridad que viole cualquier precepto constitucional, siempre y cuando dicha violación se resuelva en un agravio personal. No llega a la acción de los agraviados».

<sup>5</sup>. 5 Art. 23 LA.

Estos límites en que se desenvuelve el actual amparo, nos permite vislumbrar un rechazo de los recursos fundados en violaciones de normas de procedimiento, porque la Corte Suprema podría argumentar que no se han violado derechos fundamentales con un cuerpo legal que adolece de tales vicios<sup>6</sup>. Pero el artículo 6 de la Ley de Amparo se opone a los artículos 182 y 187 de la Constitución, por lo que puede ser declarado inconstitucional y dejar abierto el paso para que prospere el recurso. La Corte Suprema con buen juicio, como vimos anteriormente, admite la inconstitucionalidad por cuestiones de forma.

La procedencia de los recursos de inconstitucionalidad y amparo, fundados solamente en violaciones de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, no se ajusta a ella. Ya vimos que el artículo 6 de la Ley de Amparo se opone a los artículos 182 y 187 de la Constitución. Por otra parte, el artículo 188 de la Constitución, que solamente otorga el amparo por violación de los derechos y garantías constitucionales, está en contradicción por el artículo 182 de la Constitución. En esta contradicción prevalece este último, pues el primero no es más que el medio de desarrollar la idea general que impera en el artículo 182 de la Constitución. De manera, que es preciso establecer el amparo en todas sus manifestaciones, como un medio para proteger el articulado completo de la Constitución y no sólo de una parte, como lo demanda este documento legal.

## **2. Inconstitucionalidad de algunas leyes, decretos y de la nueva Ley de Amparo**

Existen varias leyes, decretos y decretos-leyes dictados, unos antes y otros con posterioridad a la Constitución, pero antes de que entrara en vigencia la Ley de Amparo, los cuales se oponen a la Carta Fundamental.

Es conveniente advertir que después de la caída del gobierno de Somoza no existía amparo contra las leyes y decretos. Este surge con el nombre de recurso de inconstitucionalidad en la reciente Constitución de 1987 en la posterior Ley de Amparo.

Todos esos decretos y leyes pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad. En relación con las normas dictadas con anterioridad a la Constitución puede existir duda, pues podría argüirse que contra leyes derogadas no cabe el recurso y el artículo 198 de la Constitución las derogó tácitamente. Creo que es un problema de constitucionalidad que puede discutirse dentro del recurso de inconstitucionalidad, pues los artículos 2 de la Ley de Amparo, 182 y 187 no distinguen, para los efectos del

---

<sup>6</sup>. La Corte Suprema en algunas sentencias ha sostenido que los requisitos de forma o de procedimiento no dan motivo para el amparo, pues no dañan en sus derechos y garantías al quejoso. (S. 11:30 a.m. del 25 de enero de 1928, B.J., pág. 6238; S. 10 a.m. del 6 de agosto de 1929, B.J., pág. 7097; S. 12 m. del 27 de septiembre de 1929, B.J., pág. 7163.).

recurso, entre leyes anteriores o posteriores a la Constitución. Además, la más autorizada doctrina lo confirma<sup>7</sup>.

La propia Ley de Amparo puede ser tachada de inconstitucional, en virtud de que violó el artículo 187 de la Constitución que consagra expresamente la acción popular para promover el recurso de inconstitucionalidad. Todos los ciudadanos perjudicados pueden interponer el recurso por el único y suficiente motivo de que la norma o normas impugnadas se oponen a la Constitución. Es una acción abstracta.

Contrariando lo expuesto, los artículos 6 y 11, inciso 4, de la Ley de Amparo exigen el perjuicio, directo o indirecto, para interponer el recurso.

Son dos sistemas antitéticos que se rechazan. El sistema de la acción popular se funda en una concepción publicista y social del amparo y la acción es abstracta; y el de la acción en manos del agraviado es una concepción privada e individualista del mismo y la acción es causal, lo que supone un caso concreto.

No nos debe extrañar que una ley constitucional sea impugnada por oponerse a la Constitución porque, en primer lugar, son leyes ordinarias que se incorporan a ella para recibir su protección frente a las reformas de las leyes también ordinarias y no para autodestruirse, por lo que no la pueden contrariar; en segundo lugar, si las mismas reformas a la Constitución, en donde interviene el poder constituyente, pueden ser tachadas de inconstitucionales según lo confirma la doctrina<sup>8</sup>, con mayor razón las leyes constitucionales que la contradicen.

### 3. Competencia

De acuerdo con los artículos 163, 164, inciso 4, de la Constitución y 8 de la Ley de Amparo, la Corte Suprema es la competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad. Se mantiene la antigua tradición de nuestro constitucionalismo.

---

<sup>7</sup>. Calamandrei, Ilegitimidad constitucional de las leyes. Estudios sobre el proceso civil, T. III. Ejea, Argentina, 1962, págs. 106 y 144; Primera Sentencia de la Corte Constitucional, T. III, págs. 185 y sigs. En este estudio elogia la doctrina de la Corte formulada en su primera sentencia a favor del control de la ilegitimidad de las leyes anteriores a la Constitución y que permitió la caída de muchas leyes fascistas. Destaca que la sentencia se funda en dos razones para rechazar la tesis de que la ilegitimidad constitucional se limita a las leyes posteriores a la Constitución: uno textual *ubi lex non distinguit* y el otro por ilógico, pues la relación de prevalencia entre la Constitución y las leyes ordinarias no se basa en razón de sucesión cronológica, sino siempre en una diversidad intrínseca de autoridad en la gradación de las fuentes jurídicas (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho constitucional, T. III. Editorial Jurídica de Chile, 1963, pág. 438; Cfr. Cappelletti, Justicia constitucional comparada, Ob. Cit., págs. 136-137).

<sup>8</sup>. Cfr. Segundo V. Linares Quintana. Tratado de Derecho Constitucional. Parte General. Editorial Alfa, Argentina, 1953. T. II. págs. 143 y sigs. En Colombia la acción popular de inconstitucionalidad se da contra las reformas a la Constitución por defecto de forma (Cfr. Fix Zamudio. La justicia constitucional en América Latina, Ob. Cit., págs. 493 y sigs.; Jaime Sanín Greiffensteun, La defensa judicial de la Constitución, Editorial Temis, Colombia, 1971, págs. 178 y sigs.). La inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución se dan cuando son contrarias a los principios fundamentales o violatorias de las reglas de procedimiento. La Ley No. 205 (publicado en el diario La Tribuna del 30 de noviembre de 1995), reformadora de la Ley de Amparo permite impugnar de inconstitucionalidad las reformas a la Constitución por violación de normas de procedimiento, pero no de fondo.

#### 4. Capacidad procesal

Los artículos 187 de la Constitución y 6 de la Ley de Amparo conceden el derecho de interponer el amparo a los ciudadanos. Es un derecho otorgado exclusivamente a los ciudadanos. Podría calificarse como un derecho ciudadano de carácter público. Ahora bien, son ciudadanos los nicaragüenses que hubieren cumplido los dieciséis años<sup>9</sup>. En virtud de lo expuesto, las personas de dieciséis años tienen capacidad procesal para interponer personalmente, sin necesidad de la asistencia de su representante legal, el recurso de inconstitucionalidad. Es una excepción a la capacidad procesal, que se adquiere a los veintiún años.

Esta capacidad, junto con la acción popular constituyen los dos pilares fundamentales en los que descansaba la amplitud del recurso, pero que se trocó en restricción al suprimirse la acción popular.

En el proyecto que redacté para el Partido Popular Social-Cristiano, la acción popular se concede en forma amplia a cualquier ciudadano, grupo de ciudadanos, uniones y organizaciones, con o sin personalidad jurídica.

Los que tienen suspendidos sus derechos ciudadanos no pueden interponer este recurso.

#### 5. Legitimación activa

Sólo el ciudadano o ciudadanos perjudicados directa o indirectamente están legitimados para interponer este recurso. Así lo establecen los artículos 6 y 11 de la Ley de Amparo. El extranjero no tiene legitimación para interponerlo, lo mismo que las personas jurídicas, por no gozar de tal calidad.

Estas disposiciones, como expresamos, violan el artículo 187 de la Constitución que establece la acción popular, por lo que es posible sean impugnadas de inconstitucionales.

En el proyecto del Partido Social-Cristiano se estableció la acción popular en todas las manifestaciones del amparo. Nuestro constitucionalismo ha concedido acción popular en la exhibición personal y en el amparito, dos manifestaciones importantes del amparo. Antes de la Constitución vigente, he sostenido la tesis de la acción popular<sup>10</sup> a pesar de la oposición de algunos autores<sup>11</sup> y del temor de que

---

<sup>9</sup>. Art. 47 Cn.

<sup>10</sup>. Cfr. El amparo, Ob. Cit., pág. 81. En la primera edición de Las Líneas Generales de la Nueva Ley de Amparo que publiqué en 1989 en la revista Jurídica de la Barra de Abogados de Nicaragua, sostuve que la constitución contemplaba la acción popular y que la Ley de Amparo en los artículos que exigía al recurrente tener interés directo o indirecto era inconstitucional. La Corte Suprema, siguiendo su opinión, aceptó tal criterio, como puede verse en las sentencias siguientes: S. 11 a.m. del 2 de Octubre de 1991, B.J., pág. 170; S. 10 a.m. del 24 de noviembre de 1991, B.J.; pág. 170; S. 10 a.m. del 21 de julio de 1992, B.J., pág. 163.

<sup>11</sup>. Calamandrei, ilegitimidad constitucional de las leyes, Ob. Cit., T. III. pág. 69 y sigs.; Héctor Fix Zamudio, Juicio de amparo, Editorial Porrúa, S.A., México 1964, pág. 119.

se llenen los tribunales de expedientes que hagan imposible su tramitación y fallo, muchos de ellos iniciados infundadamente. Algunos países, como ya dijimos, han concedido la acción popular para el recurso de inconstitucionalidad y esto es una prueba de que puede funcionar. No hay que tenerle temor.

## **6. Legitimación pasiva**

El recurso se dirige contra el titular del órgano que emitió la ley, decreto-ley, decreto o reglamento. Así lo dispone el artículo 7 de la Ley de Amparo. Por ejemplo, si la ley la emitió la Asamblea Nacional se dirige contra el Presidente que es su representante<sup>12</sup>. Se interpone contra el Presidente de la República cuando éste emita el reglamento.

## **7. Procedimiento**

### **A. Interposición del recurso**

El segundo párrafo del artículo 11 de la Ley de Amparo señala los elementos que debe contener el escrito de interposición del recurso.

La Ley de Amparo carece de disposiciones que, a diferencia del proyecto del Partido Popular Social-Cristiano, concedan al recurrente una oportunidad para corregir los errores u omisiones de ellos. Sólo se le otorga una oportunidad en el artículo 12, para llenar las omisiones formales.

### **B. Admisibilidad**

Los conceptos de admisibilidad y fundabilidad son aplicables tanto a la demanda como a los recursos. A manera de introducción me referiré a la admisibilidad, porque la doctrina asimila el amparo a una u otra de las últimas figuras, pues su naturaleza es dudosa. Algunos dicen que es un recurso, otros que es una demanda, otros que es una acción-impugnación, haciéndolo participar de una naturaleza mixta (de la acción y del recurso)<sup>13</sup>.

La admisibilidad de la demanda o del medio impugnativo (recurso) exige que se cumplan los requisitos procesales para que puedan ser tramitados y fallados en el fondo<sup>14</sup>. Por ejemplo, son requisitos de admisibilidad de la demanda las exigencias de los artículos 1021 y 1024 Pr., y el juez de oficio, según lo dispone el artículo 1035 Pr., puede rechazar la demanda que no contenga los tres primeros requisitos señalados en el 1021 o cuando fuere ininteligible u oscura; son requisitos de

---

<sup>12</sup>. Art. 23 del Estatuto General de la Asamblea Nacional.

<sup>13</sup>. Se considera por un sector doctrinal minoritario, pero respaldado por autores destacados, que la jurisdicción constitucional es voluntaria, no contenciosa (cfr. Cappelletti, Breves explicaciones de otros problemas y conclusión, Ob. Cit., pág., 107).

<sup>14</sup>. Alcalá Zamora Castillo, Derecho procesal penal. T. III. Guillermo Koaft. Ltda. Argentina, pág. 237; Cfr. Calamandrei. La acción págs. 56 y sigs.; El proceso, págs. 349 y sigs.; Estudios, Ob. Cit., T. I.

admisibilidad del recurso de apelación: recurrir dentro del término de ley, ser apelable la sentencia, tener interés jurídico el apelante, ausencia de pacto de no apelar, que no se interponga en forma condicional. Los controla el juez *a quo* y el tribunal *ad quem*, quien aún de oficio los puede denunciar en cualquier tiempo aunque haya admitido provisionalmente el recurso<sup>15</sup>. Nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere a ellos usando indistintamente los vocablos admisión y procedencia del recurso.

El trámite de la admisibilidad y la exigencia de fundar el recurso (expresar los agravios en el escrito de interposición) son medios usados para impedir la interposición de recursos maliciosos o temerarios, sin viabilidad.

El trámite de la admisibilidad se realiza *ad limine*, constituyendo la puerta de entrada, en donde se controla la posibilidad de acceso al trámite de la demanda o recurso, pero sin prejuzgar el fondo del asunto.

La fundabilidad se refiere a las razones jurídicas que se invocan en la demanda o recurso y de cuyo acreditamiento y justicia dependerá el éxito de los mismos. En la demanda, son: existencia de un derecho, interés y legitimación activa y pasiva. Generalmente las razones del recurso se fundan en normas de derecho material, pero hay casos en que son de carácter procesal y la sentencia que decida aplicará esas normas.

Al concepto de admisibilidad de la demanda se le ha dado por algunos autores gran amplitud<sup>16</sup>, comprendiendo muchas figuras. Se considera que forman parte de él: la capacidad procesal y la capacidad para ser parte, la jurisdicción y la competencia, los requisitos formales de la demanda, los requisitos fiscales, la legitimación, el interés y las imposibilidades judiciales de atender desde el umbral la pretensión del demandante.

En la mayoría de las legislaciones no se aprecian y fallan *ad limine* las inadmisibilidades de la demanda. Son objeto de excepciones dilatorias puestas al servicio del demandado por aplicación del principio dispositivo, pero en algunos códigos la omisión de cualquier elemento del contenido de la demanda provoca su rechazo desde el inicio aún de oficio por el juez.

Es importante destacar que el fondo o mérito del asunto, lo mismo que sus presupuestos: existencia de un derecho, interés (legítimo, actual y lícito) y la legitimación en la causa activa y pasiva deben ser fallados en la sentencia definitiva, como quiera que atañen a la fundabilidad, y la acción es autónoma (se otorga al que tiene o no tiene el derecho sustancial invocado) y vista por el Derecho Procesal moderno como un derecho humano fundamental, ya que concede el poder de solicitar la actividad jurisdiccional para pedir justicia.

---

<sup>15</sup>. Artículo 2002 Pr.

<sup>16</sup>. Enrique Vescovi, Derecho procesal. Recursos, Ediciones Idea, Montevideo, 1985, T. VI, pág. 34.

Como es lógico y puede observarse, las inadmisibilidades de la demanda y del recurso tienen tratamientos diferentes: las primeras se tramitan y como regla general no se fallan *ad limine*; las segundas se fallan *ad limine*, sin, o con escasos, trámites.

No obstante, algunas se aprecian y fallan en el umbral: la incompetencia absoluta se denuncia de oficio por el juez<sup>17</sup>; la falta de los tres requisitos del artículo 1021 Pr. o cuando la demanda fuere ininteligible u oscura. El obstáculo legal que imposibilita la tutela jurídica (pedir divorcio vincular donde no existe) y la invocación de una causa torpe para fundar la pretensión (reclamar deudas de juegos prohibidos) se estiman como motivos de inadmisibilidad. En estos dos últimos casos se admite por excepción, dada la naturaleza de ellos, que el juez rechace la demanda desde el inicio pronunciándose sobre el fondo del asunto.

La Ley de Amparo distingue entre la admisibilidad y los requisitos de forma del recurso de inconstitucionalidad. Establece el trámite de admisibilidad más con el propósito de que no funcione que el de evitar recursos maliciosos o temerarios, pues se le conceden facultades al Tribunal para apreciar en vía de inadmisibilidad cuestiones vinculadas al fondo que en el amparo, más asimilable a la acción que al recurso, deben dejarse para la decisión de la sentencia definitiva.

Cuando falten los requisitos de forma, el Tribunal, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley de Amparo, le señala al recurrente un plazo de cinco días para que llene las omisiones del recurso, bajo apercibimiento de tenerlo por no interpuesto, si no lo hiciere. Estos requisitos son: que el recurso se redacte en español, que sea por escrito y en papel sellado y que se acompañen sendas copias para el funcionamiento contra quien se dirige y el Procurador General de la República, quien participa como parte. Interpuesto en forma el recurso, el Tribunal dentro de quince días se pronuncia sobre la admisibilidad con base en los artículos 6, 10, 11, 12, 13 y 19 de la Ley de Amparo. La resolución que tome será rechazando el recurso si hubieren causas de inadmisibilidad y, en caso contrario, ordenará su tramitación.

Así lo dispone el artículo 14 de la Ley de Amparo.

Veamos cuáles son las causas de inadmisibilidad contempladas en los citados artículos:

a) Artículo 6 de la Ley de Amparo

Este artículo, que establece fundamentalmente la legitimación activa, señala tres condiciones para este recurso a saber:

i) Que se interponga por un ciudadano.

---

<sup>17</sup>. Art. 827, inc. 2. Pr.

Este es un presupuesto de admisibilidad, por lo que si el recurso lo interpone un extranjero, una persona jurídica o un ciudadano que tiene suspendido sus derechos, el Tribunal lo puede declarar inadmisibile desde la entrada.

ii) Que el recurrente resulte perjudicado en forma directa o indirecta en sus derechos constitucionales.

Ya vimos que este requisito del perjuicio personal al recurrente es inconstitucional por oponerse a la acción popular consagrada en la Constitución. Pero en el supuesto que no lo fuere, creo que es un exceso de la Ley considerar al interés como una cuestión de admisibilidad controlable en el umbral, como se hace en los recursos propiamente dichos, por las razones siguientes: el amparo tiene más de acción que de recurso y, como consecuencia, el interés para obrar debe ser tratado en forma diferente a la del recurso. En cada uno de ellos, el interés para obrar se aprecia y falla en forma diferente. En la acción, el interés para obrar es objeto de decisión de la sentencia definitiva o cuando menos, como sucede en Brasil y Venezuela (excepción de inadmisibilidad), objeto, junto con algunos de los otros presupuestos de fondo o condiciones de la acción, de una excepción de previo y especial pronunciamiento, porque la acción, en virtud de su autonomía, se concede al que tiene o no tiene la razón. En el recurso, el derecho a la impugnación lo tienen las partes que han actuado previamente en el proceso y la medida del interés lo da el agravio que consta en el expediente, por lo que se puede apreciar y decidir en el umbral como condición de admisibilidad, sin peligro de prejuzgar el fondo del asunto. Además, no se trata del ejercicio inicial de la acción y de juzgarla en el inicio, sino de la realización de un acto procesal dentro del proceso. Claro está que cuando es un tercero el que recurre, se puede abrir un incidente para acreditar el interés y con base en su resultado, conceder o denegar el recurso.

En resumen, en su afán de impedir el funcionamiento del amparo, partiendo de que es un recurso, estima como condición de admisibilidad el interés para obrar.

La Ley de Amparo habla de que la norma recurrida perjudique los derechos constitucionales del recurrente. De manera que si el cuerpo legal impugnado que se opone a la Constitución no viola derechos consagrados en la misma, el recurso puede ser declarado inadmisibile, aunque se oponga a otras disposiciones de la Constitución. Es otra limitación del recurso que no aparece en el artículo 187 de la Constitución, por lo que en esta parte puede ser tachada de inconstitucional la Ley de Amparo.

iii) Que se recurra contra una ley, decreto o reglamento.

Si no se recurre contra un cuerpo legal de esa especie se puede declarar inadmisibile el recurso, a menos que la naturaleza del mismo sea el objeto principal de la impugnación, en cuyo caso debe fallarse en la sentencia definitiva.



#### b) Artículo 10

Este artículo señala sesenta días para interponer el recurso, contados desde la fecha en que entra en vigencia el cuerpo normativo impugnado. Si no se recurre tempestivamente, se declara la inadmisibilidad.

#### c) Artículo 11

Este artículo, en su primera parte, señala los requisitos de forma del recurso; y en su segunda, el contenido del mismo. Sostengo esto porque el artículo 14 no expresa que todo lo establecido en el artículo 11, al cual remite, sea objeto de inadmisibilidad. Lo que se deduce de su redacción es una remisión para que se busquen estos motivos en el citado artículo.

De acuerdo con lo expuesto, la omisión de un requisito de forma da lugar a que el Tribunal mande a llenar el vacío. Por el contrario, la omisión de uno de los elementos que debe contener el recurso, señalados en el párrafo segundo del artículo 11, es causa de inadmisibilidad.

#### d) Artículo 12

La remisión que hace el artículo 14 al 12 es innecesaria y antitécnica. Si el recurrente no llenó las omisiones que el Tribunal le ordenó que hiciera, el recurso se tendrá por no interpuesto. La resolución será teniéndolo así y no declarándolo inadmisibile.

Además esos son requisitos formales, a los que el propio art. 12 da un tratamiento diferente del de la inadmisibilidad.

#### e) Artículo 13

El artículo 13 establece que el recurso puede interponerse personalmente o por medio de apoderado. Si se hiciere en esta última forma, el apoderado debe estar especialmente facultado para ello en escritura pública otorgada ante Notario domiciliado en Nicaragua.

Por lo expuesto, si el apoderado no tuviere facultades suficientes o el poder no fuere otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua, el Tribunal declarará la inadmisibilidad.

Esta es otra traba que se le pone al recurso. Bien es sabido que cerca de un millón de nicaragüenses fueron privados por el FSLN del derecho de cartular fuera del país. Para interponer el recurso tenían que venir al país, lo que era prácticamente imposible.

## f) Artículo 19

Este artículo establece que la sentencia que declara inconstitucional o constitucional una ley, decreto-ley, decreto o reglamento, o una parte de éstos, produce cosa juzgada general en cuanto a los puntos debatidos.

Si la ley en todo o en parte fue declarada inconstitucional con anterioridad y se pretende en el nuevo recurso discutir nuevamente su inconstitucionalidad, se declarará inadmisibile el recurso, si la ley en todo o en parte ya fue declarada constitucional en un anterior recurso, y se tratare en el nuevo declararla inconstitucional, también se declarará la inadmisibilidad.

De los expuesto fácilmente se deduce que la admisibilidad, con excepción del fondo o mérito del conflicto (constitucionalidad o inconstitucionalidad), todo lo abarca: el fondo y la forma; la capacidad procesal y la capacidad para ser parte; ilegitimidad de personería; interés para obrar; materia de la impugnación; tiempo de la interposición; elementos del escrito de interposición; y control de la cosa juzgada sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad declarada con anterioridad.

## C. Otros trámites

Admitido el recurso, el Tribunal pedirá informe al funcionario en contra del que se interpuso, el cual lo dará dentro de quince días del notificado<sup>18</sup>. Si el tribunal necesitare algún dato para resolver, dictará la providencia ordenando su obtención con intervención de las partes<sup>19</sup>. La procuraduría dictaminará sobre el recurso dentro de seis días y después el Tribunal fallará dentro de sesenta días<sup>20</sup>.

En este recurso, la confrontación sobre la que decide el tribunal se da entre la Constitución y el cuerpo legal impugnado<sup>21</sup>. Como ambos forman parte del Derecho, no necesitan probarse, por lo que basta citar en el escrito de interposición el concepto de violación y la fecha de publicación y vigencia del cuerpo legal impugnado. Es poco o nada lo que tiene que probarse en este recurso, por lo que la ley no contempla ningún término probatorio.

<sup>18</sup>. Art. 15 LA.

<sup>19</sup>. Art. 18 LA.

<sup>20</sup>. Art. 17 LA.

<sup>21</sup>. Tanto el amparo como la casación son instrumentos de lucha a favor del cumplimiento del Derecho, pero diferentes. En el primero, la confrontación se da entre el acto o cuerpo legal (de inferior jerarquía) y la Constitución (de superior jerarquía) y se juzga sobre la validez de los primeros con base en la conformidad con ésta. Es un sistema de control externo encomendado al poder judicial en el cual el Estado deposita su confianza; En la segunda, entre la sentencia y la ley, y se juzga sobre la legalidad de ésta (control de la legalidad). Es un sistema de control interno de carácter jurídico, aunque originalmente fue externo y político, del legislativo sobre el judicial, a quien los revolucionarios franceses no le tenían confianza. No obstante, Alcalá Zamora Castillo encuentra una semejanza entre el recurso de inconstitucionalidad y la casación. El primero persigue constatar la conformidad de una ley con la Constitución; y el segundo, la de una sentencia con la ley aplicable al caso discutido. De aquí que, así como la casación admite la impugnación por errores *in procedendum e iudicandum* el de la inconstitucionalidad procede por violaciones materiales y formales. En nuestro sistema, ocupamos la casación para acusar de inconstitucionales a las leyes (Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, Ensayos de Derecho Tribunal de Garantías Constitucionales, Ensayos de Derecho Procesal.

## 8. Efectos

De acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley de Amparo, la inconstitucionalidad produce efectos para el futuro (a partir de la sentencia que la declara) y en forma general, de manera que la ley o reglamento dejan de ser tales como si hubieren sido derogados, desaparecen de la legislación nacional.

También la sentencia que declara la constitucionalidad produce cosa juzgada general<sup>22</sup>. Lo cual significa que será constitucional para todos sin que pueda volverse a discutir su inconstitucionalidad, con base en lo cual el Tribunal puede rechazar de plano el recurso<sup>23</sup>.

El Tribunal, de oficio, puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del resto del cuerpo de normas, cuando se impugnó una parte del mismo.

El carácter constitutivo (*efectos ex nunc*) que le imprime la Ley de Amparo a la sentencia, es contrario al efecto declarativo que se desprende del artículo 182, que a texto expreso dispone que no tienen valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se opongan a la Constitución. Se consagra la nulidad absoluta con el objeto de que la defensa de la Constitución sea completa. Este resultado sólo lo puede dar la sentencia declarativa con efectos retroactivos. Con la retroactividad del sistema declarativo, se borran todos los efectos de la ley declarada inconstitucional, por eso expresa el citado artículo que no tendrán efecto alguno. En resumen, la Constitución consagra el sistema declarativo con los naturales efectos retroactivos. En este punto también puede ser tachada de inconstitucional la Ley de Amparo.

Pero no sólo choca con la Constitución, sino también comete el error de no proveer de correctivos al sistema constitutivo. Veamos: si se realiza una acción tipificada como punitiva por una ley y ésta es declarada con posterioridad inconstitucional, como tal declaración sólo tiene efectos para el futuro, (sistema constituti-

---

Revista de Jurisprudencia Argentina, S.A., 1944. pág. 513. Derecho Procesal Penal, T. III, pág. 316). Las semejanzas que tengan en manera alguna borran las notables diferencias. Sin embargo, no son incompatibles; los revolucionarios franceses crearon la casación como un instrumento de control constitucional, pues el Tribunal de Casación originalmente era un órgano político adscrito al poder legislativo, con la finalidad de que se cumpliera estrictamente la teoría de la separación de poderes; por lo que, para cumplir con esta separación, tampoco interpretaba la ley y no se pronunciaba sobre la decisión del asunto, limitándose en caso de infracción a anular y reenviar el asunto. En México, el amparo abarca las dos figuras. En Nicaragua existe una Ley de Amparo que consagra el recurso de inconstitucionalidad, lo cual está autorizado por la misma Ley de Amparo (art. 20 LA;) No se vaya a creer que al dejar de tener vigencia la Constitución anterior, quedó derogada dicha causal, porque en realidad sólo cayó el orden jerárquico en que descansaba el sistema que, al entrar en vigor la nueva Constitución volvió a funcionar (cfr. Mario Cappelletti, Control judicial de la constitucionalidad de las leyes, págs. 37 y sigs.; Danilo Manzanares Enríquez, Causales de casación en el fondo. Tesis doctoral, León, Nicaragua, 1961, págs. 15-16; «Opinión de la Corte Suprema», en B.J. de 1915, págs. 739 y 740). En España, en donde el amparo se concede también contra las resoluciones judiciales violatorias de las libertades y derechos constitucionales, es considerado por algunos autores como un recurso especial de casación limitado a examinar la aplicación e interpretación hecha por los tribunales ordinarios de las normas constitucionales reguladoras de los derechos constitucionales (cfr. José Antonio Miguel Calatayud, «El Amparo», RCDI, número. 559, julio-agosto, pág.88).

<sup>22</sup>. Art. 19, inc. 2, LA.

<sup>23</sup>. Arts. 14 y 19 LA.

vo de la Ley de Amparo) será juzgada y penada de acuerdo con ella, a pesar de haber sido declarada inconstitucional. Por el contrario, en el sistema declarativo se sobreseerá a mi favor en el procedimiento y, si ya fui condenado, se revisará el proceso para dejarme en libertad, porque la sentencia tiene efectos retroactivos que borran los efectos basados en la ley inconstitucional.

Para casos como éstos, se debió contemplar algún correctivo que le diera efecto retroactivo a la sentencia. En España, el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aplica la retroactividad en sanciones administrativas y las reglas de la retroactividad penal en sanciones de este tipo. Dice así: «Artículo 40.1: Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, en los que se haya hecho aplicación de los procesos penales o contencioso-administrativos referente a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión o limitación de la responsabilidad».

Creo que, para suavizar este rigor, podría aplicarse la regla de la retroactividad penal beneficiosa al reo, contemplada en los artículos 38 de la Constitución y 14 Pn. al caso expuesto, pues se ajusta más al sistema declarativo consagrado en el artículo 182 de la Constitución, que es el que debe aplicarse para restablecer en este punto la supremacía de la Constitución y el principio penal *indubio pro reo*.

El caso del ejemplo contempla una situación diferente a la retroactividad penal. En la retroactividad penal existen dos leyes ordinarias, la más rigurosa (la antigua) y la nueva más favorable al reo. En el caso del ejemplo, existe la Constitución (antigua ley) y una ley posterior declarada inconstitucional, por lo que no puede aplicarse la regla de la retroactividad penal. Es ley más favorable la que se aplica retroactivamente, aquélla que elimina el carácter delictivo de la acción o rebaja la pena, o en general beneficia al reo.

El Proyecto del Partido Popular Social-Cristiano establece el sistema declarativo con las responsabilidades correspondientes para suavizarlo. Creo que la Ley de Amparo vigente consagró el sistema constitutivo con el propósito de no restituir en sus derechos a cantidad de personas perjudicadas por leyes inconstitucionales.

## **9. Inconstitucionalidad en casos concretos**

Bajo este epígrafe, el Capítulo IV del Título II de la Ley de Amparo contempla la posibilidad de alegar en casación y en el amparo la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, indicando algunas reglas de procedimiento y señalando los efectos de la sentencia que se pronuncia en esos recursos.

Se contemplan dos formas de declarar la inconstitucionalidad: dentro de un juicio mediante sentencia dictada por cualquier juez o tribunal: (jueces locales, jueces de distrito, tribunales de apelación y Corte Suprema de Justicia<sup>24</sup>, conocido como sistema difuso); y en el recurso de amparo, que conoce directamente la Corte Suprema previa interposición, por razones de facilidad, ante un Tribunal de Apelación, sin que exista con anterioridad juicio ante autoridades judiciales<sup>25</sup>. La inconstitucionalidad declarada por la Corte Suprema en virtud de la casación o el amparo produce efecto futuros y generales.

Si la sentencia la pronuncia un juez o tribunal inferior y no pudiere llegar a casación porque no se recurrió o porque no admite ese recurso, deberá enviarse a la Corte Suprema para que se pronuncie sobre el punto de la inconstitucionalidad. Si es confirmada, la sentencia confirmatoria produce efectos futuros y generales. No está de más señalar que la sentencia dictada por los jueces o tribunales inferiores no sienta jurisprudencia ni anula todo o parte del cuerpo legal declarado inconstitucional, sólo resultará inaplicable al caso concreto. La Corte Suprema es la única competente para dictar una sentencia con esos trascendentales efectos.

La ley no dispuso expresamente nada en relación con los efectos de la resolución de la Corte Suprema sobre la sentencia de los jueces o tribunales inferiores. Si se confirma la inconstitucionalidad, no afecta a la sentencia del tribunal inferior y sus efectos son para el futuro, lo que también refuerza lo expuesto primeramente. Si la sentencia declara la inconstitucionalidad de la ley considerada constitucional por el juez o tribunal *a quo*, no se modifican los efectos que produjo entre las partes la sentencia del tribunal inferior por aplicación de la Ley de 2 de julio de 1912.

Debemos reconocer que la consagración de los efectos generales en el sistema difuso es un avance, pues no existía en las anteriores leyes<sup>26</sup>. En el sistema difuso se puede proceder a petición de parte o de oficio. El juez o tribunal lo hace en la primera forma, cuando la inconstitucionalidad del cuerpo legal la pide una de las partes del proceso mediante solicitud en tal sentido. Para proceder en la segunda forma, lo autorizan los artículos 182 de la Constitución, 194 Pr. y 5 de la Ley de Amparo. La Corte Suprema ha mantenido este criterio desde hace mucho tiempo, fundado en disposiciones semejantes al artículo 182 de la Constitución, que sienta el principio de la supremacía de la Constitución<sup>27</sup>.

Para impugnar las violaciones a la Constitución hechas por la sentencia, existe una causal autónoma y es la primera de la casación en el fondo (art. 2057, inc. 1,

---

<sup>24</sup>. Art. 5, inc. 1, 20 y 21 LA.

<sup>25</sup>. Art. 20 LA.

<sup>26</sup>. Cuando entraron en vigencia el Código de Procedimiento Civil y la Ley de 2 de julio de 1912, el sistema de nuestro amparo era el de la inaplicabilidad de la ley declarada inconstitucional al caso concreto y sin efectos generales, y no hay razón para creer que el Código haya implantado otro diferente al permitirle a los jueces y tribunales en el artículo 194 Pr. aplicar con preferencia la Constitución y rechazar las leyes estimadas inconstitucionales. Todavía en 1936 la Corte Suprema decía que nuestro sistema constitucional no permitía invalidar la ley de modo general. (S. 11 a.m. del 20 de mayo de 1936, B.J., pág. 9318).

<sup>27</sup>. S. 12 m. del 3 de mayo de 1921, B.J.,pág. 3286; S. 9.30 a.m. del 29 de agosto de 1970, B.J.,pág. 20074.

Pr.). La jurisprudencia ha limitado el alcance de esta causal a los supuestos en que la violación a la Constitución es directa y no a través de leyes o códigos ordinarios<sup>28</sup>, en cuyo caso cabe aplicar la causal 2 del artículo 2057 Pr. Lo correcto es aplicar la causal 1 de este artículo cuando se violen directamente las disposiciones constitucionales y cuando se aplica una ley inconstitucional<sup>29</sup>.

No conozco antecedente de esta causal en el Derecho comparado, y la doctrina dominante en Nicaragua le niega razón de existir, pues con la causal segunda se pueden impugnar las violaciones a la Constitución. La existencia de la causal primera se funda en las razones siguientes: importancia de mantener la supremacía de la Constitución; el hecho de que con esta causal se aclara la duda de si es, o no procedente el recurso fundado en normas constitucionales, pues se pensaba que carecían de aplicaciones directas e inmediatas, lo cual no es cierto, sobre todo en constituciones modernas las cuales, a diferencia de las clásicas, contienen un buen número de derechos y garantías de aplicación inmediata.

¿Cuáles son los efectos de la declaración de constitucionalidad parcial o total del cuerpo legal emitida por la Corte Suprema de Justicia en las vías expuestas? Creo que también son generales y no pueden volverse a discutir, y para ello aplicamos el artículo 19 de la Ley de Amparo.

El mencionado Capítulo IV del Título II de la Ley de Amparo no tiene razón de ser. El sistema difuso debe ser regulado por la Constitución y el Código de Procedimiento Civil<sup>30</sup>, y lo referente al amparo debe pasar al capítulo que lo reglamenta.

No obstante, se justifica la inserción provisional del sistema difuso, porque la Constitución lo omitió, y representa mucho tenerlo, aun provisionalmente, en una ley constitucional. Es verdad que se encuentra consagrado en el artículo 194 Pr., pero siempre necesita de un respaldo constitucional para su funcionamiento más duradero y firme.

---

<sup>28</sup>. S. 11 a.m. del 22 de febrero de 1966, B.J., pág. 41; S. 9.45 a.m. del 2 de febrero de 1967, B.J., pág. 41; S. 11 a.m. del 12 de mayo de 1967, B.J., pág. 75; S. 8.30 a.m. del 5 de septiembre de 1967, B.J., pág. 175; S. 10.35 a.m. del 22 de diciembre de 1967, B.J., pág. 258; S. 8.30 a.m. del 13 de agosto de 1970, B.J., pág. 186; S. 9.45 a.m. del 15 de diciembre de 1971, B.J., pág. 242; S. 10 a.m. del 24 de febrero de 1972, B.J., pág. 14; S. 9.45 a.m. del 14 de marzo de 1972, B.J., pág. 39; S. 8.30 a.m. del 15 de agosto de 1972, B.J., pág. 190; S. 12.m del 9 de marzo de 1961, B.J., pág. 20328; S. 10. a.m. del 21 de abril de 1961, B.J. pág. 30396.

<sup>29</sup>. Arístides Somarriba V. Casación en el fondo. Tesis doctoral. León, 1947, págs. 43 y sigs.; Danilo Manzanares E., Causales de casación en el fondo, Págs. 11 y sigs.; «Opinión de la Suprema», publicada en el B.J. de 1915, págs. 739 y 740.

<sup>30</sup>. Antes de la toma del poder por el FSLN, el sistema difuso era regulado en el art. 194 Pr., el art. 311 Cn (1974) y en la Ley del 2 de julio de 1912.

## Capítulo VI

### El amparo

SUMARIO: 1. Materia. 2. Legitimación activa. 3. Legitimación pasiva. 4. Competencia. 5. Tramitación. 6. Efectos.

#### 1. Materia

El amparo se interpone contra toda disposición, acto o resolución y en general toda acción u omisión de autoridades no judiciales o sus agentes, a menos que las judiciales actúen en funciones administrativas, que violen o traten de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Así lo dispone el artículo 23 de la Ley de Amparo.

#### 2. Legitimación activa

Se interpone por la persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en peligro inminente de ser perjudicado, por disposición, acto, resolución, acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagradas en la Constitución<sup>1</sup>. Lo pueden interponer nacionales y extranjeros.

Ya vimos que la reducción del amparo a la violación de los derechos y garantías constitucionales establecida en los artículos 3, 23 de la Ley de Amparo, 164, inciso 3, y 188 de la Constitución, choca con la amplitud de protección de todas y cada una de las partes de la Constitución consagrada en el artículo 182 de la Constitución, pero que prevalecía éste.

El cercenamiento hecho al amparo es muy grande, lo mismo el que sufrió el de inconstitucionalidad, al exigirse la misma violación de esos derechos y garantías<sup>2</sup>. Con estas medidas y el debilitamiento de las facultades del juez ejecutor en la exhibición personal, se le han cortado las dos manos al amparo en general, con consecuencias graves, como si lo mismo se le hiciera a un pintor.

#### 3. Legitimación pasiva

Se interpone en contra del funcionario o autoridad que emitió el acto imputado de violatorio de la Constitución, contra el agente ejecutor o contra ambos<sup>3</sup>.

Se recoge la doctrina y tradición de nuestro constitucionalismo en esta disposición, por lo que la jurisprudencia y opiniones anteriores a esta nueva Ley son aplicables.

---

<sup>1</sup>. Art. 23 LA.

<sup>2</sup>. Art. 6 LA.

<sup>3</sup>. Art. 24 LA.

## 4. Competencia

La Corte Suprema de Justicia es la competente para conocer y fallar el amparo; pero la Ley de Amparo comisionó al Tribunal de Apelaciones donde no hay salas, o a la sala civil de éstos donde existen, para que instruya las primeras actuaciones hasta la suspensión del acto inclusive<sup>4</sup>. Se concede tal comisión para facilitar la interposición y ciertos trámites del recurso.

Este artículo habla de conocer de estas primeras diligencias, lo cual es excesiva afirmación, porque de acuerdo al artículo 160, inciso 3 de la Constitución, a la Corte Suprema le corresponde el conocimiento y fallo del amparo. La atribución concedida al Tribunal de Apelaciones sólo la podemos apreciar como una comisión judicial hecha por la Ley.

## 5. Tramitación

El recurso se interpone por escrito en papel común, acompañando sendas copias para las autoridades responsables y el Procurador General de Justicia, que es parte. El interesado tiene treinta días para hacerlo, contados desde la notificación o conocimiento del acto. Este plazo se puede ampliar por razón de la distancia<sup>5</sup>.

El segundo párrafo del artículo 27 de la Ley de Amparo señala los elementos que debe contener el escrito de interposición. Ninguna novedad trae, solamente vale la pena destacar dos circunstancias: Se permite la interposición por medio de apoderado especialmente autorizado, sin la limitación del artículo 13 de la Ley de Amparo que exige al otorgante comparecer ante un Notario domiciliado en Nicaragua, y representa un avance sobre la Ley de Amparo anterior, que exigía la presencia en el país del agraviado para que quedara interpuesto, aunque es menos amplia que la de ley de Amparo de 1974, que permitía su interposición con poder general judicial sin especial autorización.

Por otra parte, se contempló el silencio administrativo, aunque no dice si la circunstancia de no fallar equivale a una resolución confirmativa o denegativa; simplemente concede el derecho de recurrir de amparo si la autoridad de la última instancia no resuelve dentro del término legal. La regulación es muy útil, sobre todo en estos últimos tiempos, donde es ya un estilo de actuación no decidir las peticiones que los interesados hacen a las autoridades, burlándose del derecho de petición consagrado en el artículo 52 de la Constitución.

El funcionario, señalado como responsable, debe rendir un informe, y su falta es tenida como presunción de ser cierto el acto reclamado. El Procurador General de Justicia y las personas que pueden ser afectadas por la resolución tienen intervención en el amparo. Se pena con deserción la no comparecencia del recurrente

---

<sup>4</sup>. Art. 25 LA.

<sup>5</sup>. Art. 26 y 27 inc. 1, y 30 LA.



dentro del término de tres días ante la Corte Suprema. La ley regula la suspensión del acto como medida precautelar. Sigue en esto a las leyes anteriores.

El artículo 43 de la Ley de Amparo dispone que si el Tribunal no encontrare datos suficientes para fallar, abrirá el amparo a prueba por diez días. Será admisible toda clase de prueba y puede el Tribunal recabarlas de oficio si lo considera conveniente. Buena parte del material probatorio aparece en las diligencias levantadas por las autoridades responsables, las cuales tendrán que ser enviadas al Tribunal.

El citado artículo le permite a éste fallar de acuerdo con los datos que arrojan las diligencias y las que con posterioridad se pudieran adoptar sin necesidad de abrir la prueba. Aplicar esta disposición atendiendo su sentido literal resulta peligroso. Por una parte, las pruebas aportadas en las diligencias administrativas por el funcionario culpable no son recibidas con las garantías necesarias. Por otra parte, debe abrirse a prueba el amparo siempre que existan hechos dudosos o controvertidos, a menos que la discusión sólo verse sobre la constitucionalidad del acto y no sobre los hechos del conflicto, pues no debemos olvidar que el amparo tiene más de juicio que de recurso, por lo que es necesaria la prueba. El amparo no tiene una simple función revisora del acto de la autoridad, en la cual no sea necesario el término de prueba.

No se establecen sanciones adecuadas para la retardación de la justicia y el incumplimiento de las resoluciones del tribunal. En el Proyecto del Partido Popular Social-Cristiano se hizo una regulación detallada de las responsabilidades del Tribunal sentenciador y de las autoridades responsables o encargadas de hacer cumplir las resoluciones. Para tal fin, se tipificaron varios delitos y se establecieron multas y otras sanciones. Se contempla, como medida novedosa, la separación de los magistrados que no resolvieron en tiempo el amparo.

Es muy importante la regulación amplia y eficaz de las responsabilidades y sanciones para que el amparo funcione mejor y se ejecuten sus resoluciones.

En el artículo 5 de la Ley de Amparo se consagran varias orientaciones generales y principios procesales, aplicables a los tres recursos que regula Ley de Amparo, a saber: la participación activa del juez o tribunal en el recurso, inclusive en el cumplimiento de las resoluciones; y la aplicación de los principios procesales de economía, buena fe, igualdad, publicidad y celeridad.

El citado artículo no contiene más que una enumeración de principios con escasa aplicación, pues no se desarrollan en el resto del articulado de la Ley de Amparo. Por el contrario, algunos son violados como hemos visto: el de economía, porque se exige papel sellado para interponer el recurso de inconstitucionalidad; el de igualdad, al obligar prácticamente a los nicaragüenses, que se encuentren en el extranjero a venir a Nicaragua para interponer el citado recurso.

El proceso constitucional es inquisitivo<sup>6</sup>, dada la naturaleza esencialmente pública de las normas que protege (las constitucionales) y la indisponibilidad de las mismas. Partiendo del tal carácter, podemos estructurarlo sobre los principios y bases siguientes: consagración de la acción popular; dirección y participación activa del Juez; indisponibilidad del objeto; impulso oficial; búsqueda de la verdad material (a esto contribuye la prueba oficiosa, la lista abierta y la sana crítica); aplicación de los principios de concentración, publicidad, buena fe y oralidad. La Ley de Amparo de 1988 (Promulgada bajo el gobierno sandinista) está lejos de ajustarse a tales lineamientos. Por el contrario, el Proyecto del Partido Popular Social-Cristiano se aproxima a ellos.

## **6. Efectos**

La sentencia que se dicta en el amparo sólo tiene efectos en relación con el caso controvertido<sup>7</sup>, que son los efectos relativos de la cosa juzgada.

Si el acto reclamado fuere positivo, la sentencia que acoge el amparo restituye al quejoso en sus derechos mediante el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes de la violación. Si fuere negativo, la autoridad será obligada a respetar la ley o garantía y a cumplir con lo que ésta exija<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup>. Calamandrei, Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudio sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, págs. 225 y sigs.

<sup>7</sup>. Art. 44 LA.

<sup>8</sup>. Art. 45 LA.

## Capítulo VII

### El recurso de exhibición personal

SUMARIO: 1. Materia. 2. Legitimación activa. 3. Legitimación pasiva. 4. Competencia. 5. Procedimiento.

#### 1. Materia

Este recurso tiene por objeto proteger la libertad, integridad y seguridad de las personas, consagradas, entre otros, en los artículos 25, 31 y 35 de la Constitución. La violación de esas garantías da origen a este recurso<sup>1</sup>.

#### 2. Legitimación activa

Se concede a favor del que sufre la violación o amenaza y lo puede promover éste o cualquier habitante de la República (acción popular) por escrito, carta, telegrama o verbalmente<sup>2</sup>. Cuando se interpone contra un particular, sólo se permite hacerlo por escrito o verbal<sup>3</sup>.

#### 3. Legitimación pasiva

La exhibición personal se da tanto contra las autoridades como contra los particulares, por actos restrictivos de la libertad personal. En las leyes anteriores aparecían en forma separada. Esta unión ha provocado ciertas oscuridades en la distribución de capítulos y ubicación de artículos, lo que refleja falta de mejor técnica.

#### 4. Competencia

Cuando la exhibición se realiza contra actos de autoridad por detención ilegal, conoce el Tribunal de Apelaciones o la Sala Penal en su caso. Se nombra, para cumplimentar la exhibición, a un Juez Ejecutor. Si el recurso se concede contra un particular, es el juez penal respectivo el que personalmente o por delegado cumplimentará la exhibición.

---

<sup>1</sup>. Ante la ausencia de procedimientos especiales se ha recurrido en Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Perú y Brasil) del *habeas corpus* (exhibición personal) como instrumento de protección de todos los derechos consagrados en la Constitución, a excepción, en algunos países, de los de carácter económico. Por otra parte, se ha ocupado el amparo como *habeas corpus*, y asimismo como medio de protección de todos los derechos fundamentales, con excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus* que funciona paralelamente con él. En nuestro país, bajo la Ley de Amparo, funciona el recurso de inconstitucionalidad de la ley, el amparo, propiamente dicho y el *habeas corpus*. Este fue consagrado en el Código de Instrucción Criminal de 1879, y posteriormente fue absorbido por las leyes de amparo, pues técnicamente pertenece al Derecho Procesal Constitucional y no al Proceso Penal (Víctor Manuel Ordóñez. La defensa de la libertad personal en Nicaragua, Universidad Centroamericana, Managua, 1989).

<sup>2</sup>. Art.52 LA.

<sup>3</sup>. Art. 74 LA.

## 5. Procedimiento

Nada especial y digno de comentarse y menos de elogiarse existe en la Ley de Amparo de 1988. Por el contrario, existen evidentes inconvenientes. Por ejemplo:

**A. Cuando la exhibición se pide por amenazas de detención ilegal, de previo se solicita informe a la autoridad responsable, en vez de nombrar inmediatamente al Juez Ejecutor, con palpable pérdida de tiempo y grave riesgo para la seguridad e integridad del quejoso.**

**B. Se debilita la independencia del Juez Ejecutor, pieza fundamental de la exhibición personal, pues éste puede ser acusado por la autoridad responsable ante el Tribunal de Apelaciones, cuando estime que se ha excedido en su atribución o resuelto contra ley expresa, y se establece como sanción una multa de 25 por 100 córdobas de sus ingresos y otras responsabilidades. También lo puede juzgar de oficio dicho Tribunal por las mismas razones<sup>4</sup>. Cuando el Tribunal no está contaminado por la política, la situación no es peligrosa, pero en caso contrario resulta fatal, pues es quien interpreta y decide lo que expresa la ley.**

A lo anterior se puede agregar como medida de hostigamiento y ablandamiento contra ciertos ejecutores el envío frecuente de casos, ya que el cargo es obligatorio bajo la sanción de ser juzgado por desobediencia y multado con el 25 por 100 córdobas de sus ingresos<sup>5</sup>. Estas medidas tienen por objeto ablandar a los ejecutores y obligarlos a seguir las orientaciones del Tribunal.

En conclusión, es necesario dictar una nueva Ley de Amparo ajustada a nuestra realidad y a los principios del Derecho Procesal Constitucional, o cuando menos, a la Constitución de 1987 y sus reformas.

---

<sup>4</sup>. Arts. 67 y 83 LA.

<sup>5</sup>. Art. 59 LA.

## Tercera Parte

### Alcances de la reforma constitucional

#### Capítulo Unico

#### Breve estudio

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Líneas generales del contenido original de la Constitución. 3. Principios que inspiran la reforma constitucional. 4. Derechos y garantías. 5. Controles del poder. 6. Sistema económico. 7. El Poder Legislativo. 8. Poder Judicial. 9. Poder Ejecutivo. 10. La Contraloría General de la República. 11. La Procuraduría General de Justicia. 12. El Poder Electoral. 13. Procuraduría de Derechos Humanos. 14. El Ejército y la Policía. 15. Autonomía municipal. 16. Instituciones de la democracia directa. 17. Cultura. 18. Combate al nepotismo y la corrupción. 19. Estado de derecho. 20. Asamblea Constituyente.

#### 1. Introducción

1. Se trata de un breve estudio sobre las principales reformas constitucionales y sus incidencias en la vida nacional. Es un tema harto interesante y vinculado con el Derecho como ciencia, la Sociología Jurídica, la Filosofía del Derecho y hasta un poco con la profecía. Esto lo digo porque tendré que analizar, aunque brevemente, la estructura de la reforma, su función en la vida social, los fines que se propone y algo sobre su futuro, para lo que se necesita tener algo de profeta.

Para comprender mejor lo que voy a expresar, es preciso aclarar ciertos conceptos.

El Derecho y la sociedad se influyen mutuamente: un cambio social trae o puede traer aparejada la modificación o sustitución del orden legal, o una reforma legal provoca o puede provocar un cambio social, en algunas ocasiones sin base en inquietudes o fermentos sociales.

Pero debemos reconocer que el Derecho, así como puede servir de factor de cambio, también puede convertirse en un obstáculo serio y capaz de impedir la transformación por las vías legales y precipitar al país a la violencia y al desorden.

En Nicaragua se ha producido un cambio social, político y económico. Vive en los hechos y en el pensamiento del pueblo, pero sólo que se ha podido institucionalizar en parte. El sandinismo y la envolvente ola democrática latinoamericana han liberado poderosas fuerzas que buscan un cauce legal en donde participar. Dispersarlas o retenerlas es antidemocrático y hasta peligroso porque pueden convertirse en violencia.

Nuestro pueblo es trabajador, emprendedor, productivo y cuenta con recursos naturales y no es justo impedirle su felicidad y bienestar. Mucho tiempo, riqueza

za y esfuerzos se han perdido en nuestras infructuosas luchas políticas. La culpa es imputable a los dirigentes. En pocas ocasiones se ha logrado una mayoría tan elevada entre fuerzas de tendencias bien diferentes, a fin de tomar decisiones trascendentales para la vida del país, como son las reformas constitucionales.

Para que las reformas no sean papel mojado, la sociedad civil y los partidos políticos deben vigilar celosamente su cumplimiento. No debemos olvidar que en la interacción Derecho-sociedad podemos encontrar tres Derechos: el que aparece en las leyes, el aplicado por los operadores legales (jueces, etc.) y el Derecho utilizado por la sociedad. Esto explica que muchas leyes entren en desuso y otras sean aplicadas por los tribunales en forma no ajustada a su texto (por amplitud o por restricción), etc.

Por otra parte, muchas disposiciones constitucionales tienen carácter programático o contienen principios vagos o generales. Esto obliga a presionar a los legisladores para que dicten las leyes que las desarrollen, a las autoridades competentes para que asignen los recursos económicos necesarios para que tengan realidad práctica, y a los poderes del Estado para que se sometan al espíritu de ellas.

La democratización y modernización de Nicaragua no termina con la aprobación de las reformas a la Constitución. Poner en práctica las nuevas orientaciones constitucionales y actualizar nuestra añeja legislación, es una delicada tarea que traerá cambios profundos en el ordenamiento jurídico que en forma directa y efectiva beneficiará al país. Para realizarla, es preciso promulgar nuevos códigos: penal, civil, mercantil, procesal civil, procesal penal; un Código de Ética; un Código Penal y Procesal Penal militares; modernizar el Registro de la Propiedad Inmueble; reducción y tecnificación del Estado; promulgar las leyes que ordene o requiera la reforma constitucional (Ley de lo Contencioso Administrativo, Ley del Patrimonio Familiar, etc.) etc. Esto es un serio reto para los juristas, el Estado, los partidos políticos y la sociedad en general.

Ya se ha aprobado el nuevo Código del Trabajo, la nueva Ley Orgánica de Tribunales (vetada parcialmente), la Ley de Iniciativa Ciudadana de Leyes y la Ley de la Procuraduría de Derechos Humanos.

## **2. Líneas generales del contenido original de la Constitución**

Para comprender mejor el alcance de las reformas constitucionales, haré un resumen del contenido original de la Constitución de 1987.

a) En materia de derechos humanos no se establece el sistema de la lista abierta (*numerus apertus* de los derechos y garantías); existen muchas disposiciones programáticas que representan meras aspiraciones; muchas disposiciones constitucionales remiten a la ley ordinaria para su regulación o establecen conceptos vagos o indefinidos (intereses nacionales, intereses de la mayoría, el bien co-

mún) lo que da lugar para que se desnaturalicen esos derechos; varias disposiciones son violatorias de los derechos consagrados en los convenios o documentos internacionales incorporados en el art. 46 Cn. Pero lo más importante es que no se cumplían en la realidad.

b) El poder ejecutivo tenía una posición superior sobre los otros poderes del Estado, terminando con la división de poderes, como puede verse en algunos ejemplos: el ejecutivo podía legislar (decretos con fuerza de ley) en materia fiscal, lo mismo que en lo administrativo y organizativo en relación con los ministerios de Estado, entes autónomos y gubernamentales<sup>1</sup> y, en general, cuando la Asamblea le delegare esas funciones en su totalidad<sup>2</sup>, con excepción de los códigos, que no era respetada; podía vetar las leyes<sup>3</sup>; tenía iniciativa de ley<sup>4</sup>; elaboraba el presupuesto nacional<sup>5</sup>; reglamenta las leyes<sup>6</sup>; decretaba el estado de emergencia que le concede poderes omnímodos<sup>7</sup>; dirige la política externa<sup>8</sup>; dirigía la economía del país y determinaba la política y programa económico y social<sup>9</sup>; proponía temas para la elección de magistrados de la Corte Suprema, Consejo Supremo Electoral y del Contralor de la República<sup>10</sup>; nombraba al Presidente de la Corte Suprema<sup>11</sup>.

c) En materia municipal se permitía la injerencia del ejecutivo en los asuntos municipales<sup>12</sup>; la elección de alcaldes no era por voto popular.

d) La iniciativa económica y su planificación era atribuida al Estado, a pesar de que se proclamaba la aceptación de la economía mixta.

### **3. Principios que inspiran la reforma constitucional**

En la reforma constitucional se establecen como principios: la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos<sup>13</sup>. Para hacer efectivo el pluralismo político y la participación de las minorías, se mantiene el sistema del cociente electoral, se exigen mayorías especiales para el nombramiento de magistrados de la Corte Suprema y del Consejo Supremo Electoral, del Contralor y Subcontralor de la República, del Superintendente y Vice-superintendente General de Bancos y del Presidente del Tribunal Supremo Electoral<sup>14</sup>.

<sup>1</sup>. Arts. 150 incs. 3 y 4 y 151 Cn.

<sup>2</sup>. Art. 138 inc. 16 Cn.

<sup>3</sup>. Art. 150 inc. 3 Cn.

<sup>4</sup>. Art. 150 inc. 3 Cn.

<sup>5</sup>. Art. 150 inc. 5 Cn.

<sup>6</sup>. Art. 150 inc. 10 Cn.

<sup>7</sup>. Art. 150 inc. 9 Cn.

<sup>8</sup>. Art. 150 inc. 8 Cn.

<sup>9</sup>. Art. 150 inc. 13 Cn.

<sup>10</sup>. Art. 150 inc. 14 Cn.

<sup>11</sup>. Art. 163 Cn.

<sup>12</sup>. Art. 177 Cn.

<sup>13</sup>. Art. 5 Cn.

<sup>14</sup>. Arts. 138 y 170 Cn.

Falta la consagración expresa de los principios siguientes: la seguridad jurídica e igualdad, aunque aparecen en otros artículos de la Constitución.

Estos principios tienen efectividad práctica y legal porque sirven de inspiración al intérprete y de límite e inspiración al legislador. Bien podrían ser defendidos por un amparo o un recurso de inconstitucionalidad.

#### **4. Derechos y garantías**

**A. Se mantiene el reconocimiento de los principales documentos internacionales sobre Derechos Humanos<sup>15</sup>, incorporándose en la reforma la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña<sup>16</sup>.**

**B. Se prohíbe el servicio militar obligatorio y el reclutamiento forzoso para la Policía y el Ejército<sup>17</sup>.**

**C. Se establece el juicio por jurado, el recurso de revisión y la prohibición del fuero atractivo<sup>18</sup>. Los dos primeros regulados por sendas leyes.**

**D. Sólo se puede estar detenido por orden del juez o autoridad facultada por la ley. El detenido debe ser liberado o puesto a la orden de la autoridad competente dentro de 48 horas<sup>19</sup>.**

**E. Se garantiza la propiedad privada incluyendo la de los medios de producción.**

No existe confiscación de bienes, y para expropiar es preciso pagar precio justo y en efectivo. Se permite pagar con bonos la expropiación de latifundios incultivos<sup>20</sup>.

No obstante, la propiedad está limitada por su función social, por lo que se le puede imponer gravámenes, limitaciones y obligaciones en cuanto a su ejercicio.

El derecho de propiedad todavía está bien definido y garantizado, por lo tal urge una solución rápida de acuerdo a la nueva ley de propiedad, y a las medidas que complementariamente se aprueben.

---

<sup>15</sup>. Art. 46 Cn. Estos son: Declaración Universal de los Derechos Humanos. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas. La Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

<sup>16</sup>. Art. 71 inc. 2 Cn.

<sup>17</sup>. Art. 96 Cn.

<sup>18</sup>. Art. 34, incs. 2 y 3 Cn.

<sup>19</sup>. Art. 33 Cn.

<sup>20</sup>. Art. 5 y 44 Cn.



**F. Se establece el patrimonio familiar<sup>21</sup>. Esto une y fortalece a la familia. Es inembargable y exento de toda carga.**

**G. El Estado se compromete a prestar atención especial y sin distinción en todos sus programas a los discapacitados y a los familiares de los caídos y víctimas de guerra<sup>22</sup>.**

**H. No existe censura previa y están exentos de impuestos fiscales, municipales y regionales la importación de papel, la maquinaria, equipo y refacciones para los medios de comunicación escritos, radiales y televisivos, así como también la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas y materiales escolares y científicos de enseñanza, diarios y otras publicaciones periódicas<sup>23</sup>.**

A los medios de comunicación se les señala una función social y se reconoce el derecho a su acceso a los nicaragüenses.

**I. Se prohíben los impuestos confiscatorios<sup>24</sup>. Esto es una cuestión de hecho que corresponde determinar a los tribunales de justicia.**

Como puede observarse fácilmente, se han perfeccionado y aumentado las garantías y derechos fundamentales de los nicaragüenses, lo que trae beneficios para la paz social. Es una muestra de la voluntad política de respetar y garantizar el cumplimiento de los derechos y libertades.

Existen recursos procesales para defender estos derechos como son: el amparo, el *habeas corpus* y, como última instancia, la Corte Interamericana de Justicia, con sede en Costa Rica.

## **5. Controles del poder**

La reforma termina con la tradicional preponderancia del poder ejecutivo y se sustituye por un sistema de equilibrio de competencias y controles de los poderes, muy importante para el funcionamiento de la democracia y el establecimiento del Estado de Derecho.

De nada han servido los formidables poderes concedidos al ejecutivo, porque continúa siendo ineficiente. Mientras más se le concedan, principalmente en lo económico, su ineficiencia aumenta. Por tal razón la Ciencia Política latinoamericana estudia la posibilidad de sustituir el presidencialismo por el parlamentarismo o bien perfeccionarlo, llegando hasta formular un sistema mixto.

---

<sup>21</sup>. Arts. 71, inc. 1 Cn.

<sup>22</sup>. Art. 56 Cn.

<sup>23</sup>. Art. 68 Cn.

<sup>24</sup>. Art. 114, inc. 2 Cn.

Prevalece la idea de perfeccionar el ejecutivo mediante su control efectivo, reducción de sus competencias y otorgamiento de eficacia operativa. Dentro de este movimiento se propone también, entre otras soluciones, un Consejo de Ministros con determinadas e importantes facultades, el voto de censura a los ministros, de carácter simplemente correctivo o acompañado de la renuncia y la inserción de un Primer Ministro, el cual, mediante el otorgamiento o delegación, asumiría funciones del Presidente, principalmente administrativas, separando así un poco sus cargos de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Su nombramiento y remoción le correspondería al Presidente con o sin la aprobación de la Asamblea, según el alcance que se le quiera dar al sistema. Podría funcionar con un Consejo de Ministros.

Los controles pueden ser internos o externos. Son internos: en el poder ejecutivo los que ejercen el Consejo de Ministros y el Consejo Nacional de Planificación Económico-Social, en el Poder Judicial los recursos contra las resoluciones judiciales (reposición, apelación, casación, revisión, etc.) ; como el Poder Legislativo es unicameral, no existe un control del Senado, pero se produce un control con la oposición que hacen las minorías y la exigencia de mayorías especiales para determinadas resoluciones, tampoco existen recursos internos contra sus actos como lo ha sostenido la Corte Suprema<sup>25</sup>; en el poder electoral, los recursos que se conceden y la fiscalización y participación de los partidos políticos.

Los externos pueden provenir de la opinión pública o a través de otros poderes:

**A. El ejecutivo controla al poder legislativo por medio del veto, la iniciativa de tramitación urgente de leyes, la iniciativa en la formulación del presupuesto, las declaraciones de emergencia y el control de las fuerzas armadas.**

**B. El poder legislativo controla al poder ejecutivo, pidiéndole informes e interpellando a los ministros y viceministros de Estado, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales; aprobando, modificando o rechazando el decreto de suspensión de derechos y garantías; desaprobando las iniciativas de ley que envíe; mediante el nombramiento del Contralor y Subcontralor de la República, Superintendente y Vicesuperintendente General de Bancos, y Procurador y Subprocurador de Derechos Humanos; controlando y estableciendo de los porcentajes constitucionales fijos o adecuados a las necesidades del órgano favorecido por presupuesto nacional; aprobando el presupuesto por medio de ley, en el que deben detallarse los ingresos y egresos; aprobando o rechazando los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico, de comercio internacional, de integración regional, de defensa y seguridad, los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación y los que vinculen el ordenamiento jurídico del Estado; recibiendo anualmente**

---

<sup>25</sup> S. 9 a.m. del 26 de noviembre de 1992, B.J., p. 259. Existe voto razonado que sostiene que se puede recurrir al Plenario.

**un informe del Contralor, Superintendente de Bancos y Presidente del Banco Central.**

**C. El poder judicial controla al poder legislativo a través de la justicia constitucional (inconstitucionalidad de la ley y recurso de amparo contra la generalidad de sus actos); al ejecutivo por medio del contencioso-administrativo, aún no regulado, pero suplido por el recurso de amparo; y al electoral en materia no electoral por medio del amparo, pues contra las resoluciones dictadas sobre ella no hay recurso ordinario ni extraordinario, según lo dispone el art.173 parte final Cn.**

**D. El poder ejecutivo y el poder legislativo controlan al poder judicial por medio de los nombramientos de magistrados; el poder legislativo controla al poder judicial nombrando y destituyendo a los magistrados por causa justa.**

**E. El poder legislativo controla al poder electoral nombrando a sus magistrados.**

Existen otros órganos de control, como el Banco Central, la Procuraduría General de Justicia, la Procuraduría de Derechos Humanos, la Contraloría General de la República. Se ha considerado útil darles independencia a dichos órganos en relación con los poderes del Estado, a fin de obtener de ellos imparcialidad y tecnicismo. En relación con estos nombramientos, se considera por la Ciencia Política moderna que cuando menos deben ser ratificados por la asamblea. Igual trato reciben los embajadores.

Se dan otros controles, denominados verticales, como son la autonomía municipal, el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular de ley. Actualmente existe una ley reglamentando el art. 142 Cn., que establece el derecho de cinco mil ciudadanos para presentar una iniciativa de ley a la Asamblea. Su proyecto lo elaboró por encargo de Hagamos Democracia.

Este cambio es un fuerte obstáculo para el establecimiento de gobiernos arbitrarios y abre las puertas para gobiernos de leyes, asentados dentro de un Estado de Derecho.

## **6. Sistema económico**

Aparece regulado en los arts. 98 Cn. y siguientes, y otros. Entre las opciones de economía planificada y centralizada, economía social de mercado y economía mixta, se puede situar dentro de la última. Es de tipo transaccional pues, aunque señala como norma general que la actividad económica corresponde a los particulares, permite la gestión económica pública y establece límites a la iniciativa particular y a la propiedad privada. La inclinación a favor de uno u otra, dependerá de las fuerzas políticas que ocupen el poder y las circunstancias imperantes. Esto lo

vuelve flexible, por lo que debe actuarse con prudencia para no ahuyentar la inversión económica e impedir la creación de riquezas.

No debemos olvidar que por el art. 130 Cn., la nación nicaragüense se convirtió, una vez que entró en vigencia la reforma, en un Estado Social de Derecho, el cual, por su propia naturaleza, no sólo promueve y atiende el cumplimiento de los derechos y libertades individuales, sino también el de los sociales. Además, interviene en la vida social y económica del país para convertirse en un Estado benefactor, actualmente en crisis por razones de insostenibilidad económica y grave deterioro de la responsabilidad de las personas para solucionar sus propios problemas, acostumbradas al Estado protector, lo cual las lleva a un sometimiento peligroso. No queremos ni egoísmos deshumanizantes, ni tutelaje estatal totalitario.

En general, el Estado moderno está en crisis: es muy pequeño para atender los requerimientos de la globalización de la economía y las relaciones internacionales, y muy grande, ineficiente y costoso para atender los problemas internos.

## **7. Poder Legislativo**

**A. Recobra sus facultades perdidas y se le da la oportunidad de convertirse en un gran foro de discusión y decisión de los problemas políticos, sociales y económicos nacionales. Tal protagonismo dependerá mucho del acercamiento de los diputados al pueblo para conocer sus problemas e inquietudes, de la agilidad de los procedimientos de la Asamblea para tomar decisiones, de la obligación que deberá imponerse a los otros poderes del Estado para que le brinden la información y asistencia técnica que requieran, de la capacidad y amor de los diputados a su país, y del adecuado presupuesto para atender sus necesidades materiales y de personal idóneo.**

**B. Es el único que puede decretar impuestos, modificarlos o suprimirlos y, además, aprueba los planes de arbitrios de las municipalidades<sup>26</sup>. Sólo por ley se pueden crear impuestos. La Constitución le reserva a la ley este poder (la denominada reserva de ley).**

El poder impositivo es de los más importantes y se ha trasladado en forma exclusiva al legislativo, que originalmente lo compartía con el ejecutivo, a pesar de que existía norma expresa y especial en la Constitución que disponía lo contrario. En virtud del mismo, el Estado obtiene recursos para lograr sus fines y hasta se ocupa para formular una política de distribución de bienes.

**C. No existe delegación de facultades de legislar a favor del ejecutivo. Es una medida muy sana porque la delegación rompe la división de poderes.**

---

<sup>26</sup>. Arts. 114 y 138 inc. 27 Cn.

**D. La Asamblea está compuesta de 90 diputados: 20 por representación nacional y 70 por representación departamental y Regiones Autónomas. En esta forma se conjugan los intereses nacionales con los departamentales y regionales, y se logra cierto acercamiento de los diputados al pueblo. Son elegidos por el sistema del cociente electoral, por un período de cinco años. También forman parte de la Asamblea Nacional como diputados propietarios y suplentes, los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República que, no habiendo ganado, hayan obtenido un número de votos igual o superior al promedio de los cocientes regionales electorales<sup>27</sup>.**

**E. Se establece la obligación de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República a su favor<sup>28</sup>. Ayudará a mejorar su funcionamiento.**

**F. Tiene la facultad de aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa y seguridad; los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación; y los que vinculen el ordenamiento jurídico del Estado<sup>29</sup>.**

Pacíficamente se acepta en la doctrina que el ejecutivo, como director de la política internacional, negocie y celebre los tratados, convenios o acuerdos internacionales y después los apruebe la asamblea legislativa.

Convenio y tratado se contemplan como diferentes, aunque doctrinalmente son sinónimos. En algunos países, se considera que existe convenio cuando se refiere a acuerdos económicos, comerciales o administrativos. Por otra parte, se emplea aprobación como sinónimo de ratificación, conceptos diferentes. La ratificación la hace el ejecutivo después de la aprobación del legislativo.

## **8. Poder Judicial**

**A. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por la Asamblea Nacional por un período de siete años, de listas presentadas por el Presidente de la República<sup>30</sup> y por diputados de la Asamblea Nacional, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes (Barra de Abogados, etc.). Los magistrados de los Tribunales de Apelaciones son nombrados por la Corte Suprema de Justicia por un período de cinco años<sup>31</sup>. El nombramiento de jueces y magistrados por la Corte Suprema, impide la independencia interna en todos sus grados jerárquicos inferiores. Como este sistema de cooptación tiene años de funcionar, ya se escuchan quejas de los magistra-**

---

<sup>27</sup>. Arts. 133 y 136 Cn.

<sup>28</sup>. Art. 132 párrafo 2) Cn.

<sup>29</sup>. Arts. 138 inc. 12 y 150 inc. 8 Cn.

<sup>30</sup>. Arts. 138 inc. 7 y 162 Cn.

<sup>31</sup>. Arts. 164 inc. 5 Cn.

**dos de los Tribunales de Apelaciones criticándolo y pidiendo su cambio por la carrera judicial.**

El nombramiento sigue siendo político, pero se anuncia la carrera judicial, la cual debe ser regulada por la ley<sup>32</sup>. Dentro del actual marco constitucional no tendrá el alcance que por su propia naturaleza tiene.

**B. La función de la Corte Suprema es especializada, pues se divide en cuatro salas: civil, penal, constitucional y contencioso-administrativo. La Corte Plena conocerá del recurso de inconstitucionalidad de la ley y de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado. El número de magistrados es de doce<sup>33</sup>. Por acuerdo reciente, la Corte se organizó en cuatro salas de seis miembros. Esto obliga a que todos los magistrados pertenezcan a dos salas, menoscabando la especialidad del magistrado. Pienso que así se hizo porque las salas de tres se estimaron muy reducidas en el Tribunal de mayor jerarquía del país.**

**C. Se establece que el poder judicial recibirá no menos del 4% del Presupuesto General de la República<sup>34</sup>.**

**D. La defensa de la Constitución (Justicia Constitucional) se le encomienda al poder judicial, pero ya en forma especializada, excepto cuando conoce la Corte Plena, que no es especializada.**

Esto es un avance, pero lo ideal en el futuro es el Tribunal Constitucional, independiente del poder judicial. Este, por varios motivos, no es el indicado para ello: los magistrados de la justicia ordinaria casi nunca declaran inconstitucionalidades, por ser muy conservadores; no son especializados en justicia constitucional, que exige un particular sistema de interpretación, aplicación y tramitación; el pueblo actualmente no confía en ellos para que asuma tal competencia. En el proyecto original de reformas se contemplaba el Tribunal Constitucional, pero los límites de una reforma parcial probablemente provocaron su eliminación.

**E. Sobre la base de una amplia responsabilidad civil, se organiza el contencioso-administrativo para controlar la legalidad de los actos de la administración pública<sup>35</sup>. Representa un formidable mecanismo de defensa de la ciudadanía frente a los actos arbitrarios o ilegales del ejecutivo.**

En el proyecto original se entregaba esta materia al conocimiento de un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Por el contrario, en la reforma aprobada, es a una Sala de la Corte Suprema. La primera solución es la indicada.

---

<sup>32</sup>. Arts. 130 inc. 7 y 159 Cn.

<sup>33</sup>. Art. 163 Cn.

<sup>34</sup>. Art. 159 Cn.

<sup>35</sup>. Art. 33 inc. 4 y 131 Cn.

La Corte Suprema de Justicia presentó a la Asamblea Legislativa un Proyecto de Ley de lo Contencioso-Administrativo, ya en comisión. La reforma judicial redundará en beneficio de la paz jurídica y la justicia, tan necesarias en cualquier país. El inicio de la carrera judicial se realizará con estas normas, aunque tendrán que hacer algunas reformas, incluso constitucionales, para su consagración definitiva.

## **9. Poder Ejecutivo**

**A. El período del Presidente y Vicepresidente de la República es de cinco años<sup>36</sup>, pero exige la segunda vuelta entre el primero y segundo candidato, cuando no se obtuviere el 45% de los votos válidos. En esta segunda elección ganará el que ostenta el mayor número de votos<sup>37</sup>. Esto le concede mayor representatividad y legitimidad al Presidente y Vice-presidente, salvo abstenciones. Para una democracia en formación, sería conveniente el plazo de cuatro años.**

**B. No se permite la reelección para el período inmediato, pero pasado ese período es posible ser nuevamente Presidente. Con ese segundo período, ya no se le permitirá ser Presidente para un tercer período<sup>38</sup>. Además, no se permite la sucesión dinástica<sup>39</sup>.**

Esta prohibición se extiende a los alcaldes.

Esto representa la consagración de una cara aspiración de los pueblos latinoamericanos que, entre otras finalidades, favorece el surgimiento de nuevos líderes y tiende a impedir las dictaduras y el nepotismo. En algunos países no se permite más que un período presidencial.

**C. Junto con el Presidente, actúa en determinados casos y materias el Consejo de Ministros y el Consejo Nacional de Planificación Económica y Social. Además, los acuerdos y providencias del Presidente serán refrendados por el ministro correspondiente. Son controles internos útiles.**

## **10. Contraloría General de la República**

Se mantiene la autonomía y el Contralor y Subcontralor son nombrados por la Asamblea por un período de seis años. La Ciencia Política le ha dado gran importancia a la contraloría, y la considera como un poder más del Estado. Es recomendable que el Contralor sea vitalicio, para garantizar su independencia. Controla el recto manejo de los fondos y bienes públicos para evitar y perseguir la corrupción estatal.

---

<sup>36</sup>. Art. 148 párrafo 2) Cn.

<sup>37</sup>. Art. 147 Cn.

<sup>38</sup>. Arts. 147 inc. 4 a) Cn.

<sup>39</sup>. Art. 147 inc. 4c Cn.

Para su funcionamiento efectivo, es preciso dotarlo de un presupuesto ordenado y de mayores poderes. Algunos piensan que se le debe permitir acusar criminalmente, pero creo que no es conveniente. Hay que mantenerlo alejado de toda contienda para que no pierda confianza e imparcialidad.

## **11. La Procuraduría General de Justicia**

La Asamblea no nombra al Procurador General de Justicia; en cambio, en el proyecto original, su similar (el Fiscal General de la República) era nombrado por la Asamblea. No existe razón para que sea excluido del mismo tipo de nombramiento que emplea el legislativo para el nombramiento del Contralor, Procurador de Derechos Humanos, Superintendente de Bancos, etc.

La Procuraduría de Justicia es un organismo importante de control de la legalidad; representa al Estado y defiende los intereses de los menores e incapaces. Su autonomía se impone. Actualmente lo nombra el Presidente y de él depende.

## **12. Poder Electoral**

**A. Son cinco magistrados los que integran el Tribunal Supremo Electoral, nombrados por la Asamblea Nacional de listas propuestas por el Presidente de la República y los diputados<sup>40</sup>, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes. Su período es de cinco años<sup>41</sup>, y nombran bajo un sistema de cooptación a los miembros de los demás organismos electorales de acuerdo con la Ley Electoral. Esto deja un margen para la intervención de los partidos en la proposición de listas de candidatos para los Consejos Departamentales y las Juntas Receptoras de Votos, como lo dispone la Ley Electoral de 1966, en sus arts. 16 y 23.**

**B. Se apartan del Consejo Supremo a los partidos políticos. Creo que es un avance, pero debe tenerse mucho cuidado en seleccionar solamente a personas honestas como operadores del sistema, y darle a los partidos amplias facultades de fiscalización.**

Creo que en la Constitución deben sentarse las bases fundamentales que regulen la existencia y funcionamiento de los partidos políticos. Estos no son órganos estatales, sino independientes, con funciones públicas y surgidas de la sociedad civil. Son piezas fundamentales de la democracia moderna y una expresión del pluralismo político. Por tal razón debe promoverse el fortalecimiento de los mismos, su modernización y acercamiento al pueblo. Para el buen funcionamiento del sistema, es conveniente evitar la atomización de los partidos.

---

<sup>40</sup>. Art. 138 inc. 8 y 170 Cn.

<sup>41</sup>. Art. 172 Cn.



### **13. Procuraduría de Derechos Humanos**

Se crea la Procuraduría de Defensa de los Derechos Humanos. Al Procurador y Subprocurador de Derechos Humanos los nombra la Asamblea Legislativa<sup>42</sup>.

Esta es una institución de gran importancia encargada de promover, defender y vigilar el cumplimiento de los derechos humanos. Aunque el Procurador de Derechos Humanos es un delegado de la Asamblea, debe dársele autonomía para que desempeñe adecuadamente sus funciones.

Al Procurador debe permitírsele hacer las investigaciones necesarias, las recomendaciones pertinentes, y hasta pedir la destitución de un funcionario que no cumpla con sus indicaciones. Por otra parte, los funcionarios desobedientes deben ser castigados por desacato, los que recibirán como pena accesoria la destitución del cargo.

El 10 de enero de 1996 se publicó la ley N° 212, denominada Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Crea la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos como órgano independiente, con personalidad jurídica y patrimonio propios y autonomía funcional y administrativa, dirigida por un Procurador y un Subprocurador.

Se califica al Procurador como un comisionado de la Asamblea Legislativa encargado de la promoción, defensa y tutela de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Como consecuencia puede vigilar y controlar a la administración pública estatal, municipal y universitaria.

El procedimiento es sencillo. Puede actuar de oficio o por denuncia; llamar a su despacho a funcionarios públicos; pedir la colaboración de las autoridades; hacer inspecciones e investigaciones relacionadas con documentos; castigar con desacato la desobediencia de sus resoluciones o peticiones; puede pedir la destitución o suspensión de los funcionarios culpables; promover la enseñanza, estudio y divulgación de los derechos humanos; interponer los recursos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal; nombrar a los procuradores de la Niñez, la Mujer y los Pueblos Indígenas y Comunidades Etnicas y otros procuradores especiales; archivar las diligencias cuando no existe violación; profundizar la investigación cuando existe presunción de violación; declarar que existe tal violación, en cuyo caso iniciará los procedimientos o recursos para defender, restablecer o tutelar los derechos violados o en peligro de serlo; hacer las advertencias al funcionario y, si el caso lo amerita, iniciar el procedimiento administrativo disciplinario, o trasladar el caso penal a la Procuraduría General de Justicia. El Procurador rendirá un informe anual a la Asamblea Legislativa.

---

<sup>42</sup>. Art. 138 incs. 9 y 29 Cn.

Creo que en este informe debe haber una evaluación de la situación de los derechos humanos y publicarlo. A su vez, la Asamblea debe hacer las recomendaciones y tomar las medidas correspondientes, lo cual debe ser publicado.

## **14. El Ejército y la Policía**

**A. El Ejército y la Policía son sometidos al poder civil, sea directamente por el Presidente de la República, sea a través del ministerio correspondiente. Deben ser apolíticos, profesionales, apartidistas, obedientes y no deliberantes<sup>43</sup>.**

**B. Se le señalan como fines al Ejército la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad territorial<sup>44</sup>. Los principios y orientaciones expuestos son excelentes, pero deben cumplirse para bien de Nicaragua y el Ejército. Este debe dejar de ser fuente de poder político. No debemos olvidar que su participación en política ha sido la causa de su destrucción. La historia registra la existencia de 12 ejércitos. No repitamos el ciclo.**

**C. No se permite el servicio militar obligatorio ni el reclutamiento forzoso para el Ejército y la Policía<sup>45</sup>.**

**D. Se prohíbe a los organismos del Ejército y la Policía o a cualquier institución del Estado ejercer actividades de espionaje político<sup>46</sup>.**

Es importante crear la Policía Judicial adscrita al Poder Judicial.

La Policía en general tiene que ser organizada de acuerdo con los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Policía y Ejército son dos instituciones completamente distintas y no hay que confundirlas.

## **15. Autonomía municipal**

**A. Se consagra la autonomía política, administrativa y financiera de los municipios. Se gobiernan por autoridades nombradas en elecciones populares directas por un período de cuatro años<sup>47</sup>.**

**B. Se elige al alcalde por mayoría de votos y sólo puede ser reelecto por un período que no sea consecutivo<sup>48</sup>.**

---

<sup>43</sup>. Arts. 93, 95 y 97 Cn.

<sup>44</sup>. Art. 92 párrafo 1) Cn.

<sup>45</sup>. Art. 96 Cn.

<sup>46</sup>. Art. 96 párrafo 2) Cn.

<sup>47</sup>. Arts. 177 y 178 Cn.

<sup>48</sup>. Art. 178 Cn.

**C. Los alcaldes y vicealcaldes serán electos por mayoría relativa de votos. Los concejales serán electos por el sistema del cociente electoral. El alcalde y vicealcalde sólo podrán ser electos por un período, pero no para el inmediato siguiente.**

**D. Se establece la obligatoriedad de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República a favor de los municipios, priorizando su distribución a los de menos capacidad de ingreso<sup>49</sup>.**

Como la democracia directa es prácticamente imposible establecer, es necesario ocupar el barrio y el municipio para practicarla mediante cabildos, asambleas o reuniones para consultar o tomar decisiones.

La intervención en la política municipal es el primer ejercicio práctico de los valores democráticos aprendidos en la familia, la escuela o universidad y la sociedad. Después viene el de la elección de autoridades supremas y la intervención en el proceso de discusión y de decisiones de las resoluciones estatales.

## **16. Instituciones de la democracia directa**

Se conserva el plebiscito y el referéndum. Se agrega la iniciativa popular de leyes con el respaldo de 5.000 firmas, exceptuando ciertas materias<sup>50</sup>.

Estas instituciones vienen a oxigenar la democracia representativa, un poco ahogada por alejarse sus representantes del pueblo, incumplir con las obligaciones impuestas por la naturaleza de su mandato o porque prometen una cosa y hacen otra. La actual Ley Electoral suprimió la exigencia de una mayoría especial (60%) para que la Asamblea Legislativa autorizara un plebiscito o referéndum, convirtiéndolos en sumamente difíciles. Por otra parte, permite que se celebren por petición de 50 mil personas.

Debe mejorarse el contenido del art. 2 Cn., pues coloca en posición de inferioridad a la democracia directa en relación con la representativa. Es un retroceso, pues el art. 2 Cn. original las trata con igualdad. Por otra parte, debe suprimirse el concepto de soberanía nacional, ya que en realidad el concepto que acoge la Constitución es el de soberanía popular. Son contradictorios y con consecuencias prácticas diferentes.

Ya se aprobó la Ley de Iniciativa Ciudadana de leyes que reglamenta el art. 140 inc. 4 Cn.

---

<sup>49</sup>. Art. 177 párrafo 2) Cn.

<sup>50</sup>. Art. 140 inc. 4 Cn.

## **17. Cultura**

Las universidades y los centros de educación superior gozan de autonomía académica, financiera, orgánica y administrativa. Están exentos de impuestos, sus bienes no pueden ser objeto de expropiación, intervención, ni de embargo, salvo que la obligación tenga por origen contratos civiles, mercantiles o laborales.

A los profesores, estudiantes y trabajadores se les permite participar en la gestión universitaria. Las universidades y centros de educación técnica superior, que según la ley deban ser financiados por el Estado, recibirán una aportación del 6% del Presupuesto General de la República. La determinación de si el 6% comprende los ingresos ordinarios y extraordinarios está pendiente, pues en la Constitución no se hizo ninguna distinción. Existe un problema de interpretación, que periódicamente provoca disturbios.

La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria en los centros del Estado. La secundaria es gratuita en los centros del Estado, sin perjuicio de las contribuciones voluntarias de los padres de familia. Así lo dispone el art. 121 Cn.

La enseñanza y la salud deben estar respaldadas con un buen porcentaje del Presupuesto Nacional. Son factores fundamentales para el desarrollo en general del país.

## **18. Combate al nepotismo y la corrupción**

El concepto patrimonialista del Estado (administrarlo como negocio propio) nos ha llevado al nepotismo, la corrupción y la dictadura. Esta trágica tríada es duramente combatida por la reforma. Si en esto se logra éxito, se habrá hecho una verdadera revolución. Estos vicios han impedido nuestro desarrollo económico, político y social.

Para apreciar las medidas contra el nepotismo, pueden verse las normas siguientes: arts. 130 párrafo 61, 138 inc. 9, 152 inc. f) y 171 inc. 3 a).

Para la corrupción las siguientes: arts. 130 párrafos. 2 y 3, 138 incs. 9 y 10, 171 inc. 3 y 178 Cn.

Es conveniente que los diputados no puedan desempeñar otros cargos en los poderes del Estado y después reincorporarse a la Asamblea, como lo permite el art. 138 inc. 10, vi)Cn.

## **19. Estado de Derecho**

El Estado de Derecho se encuentra sumamente deteriorado, por lo que su efectivo restablecimiento es tarea fundamental de hoy. Entre las causas que lo entorpecen tenemos: la corrupción estatal; el desbordamiento legal de las perso-

nas por la desastrosa situación de la economía, la salud, la vivienda, la educación y la moralidad; el nepotismo; la falta de visión política y social de ciertos dirigentes; la crisis de la justicia y del poder judicial que la administra, la impunidad peligrosa, la inseguridad jurídica; el problema de la propiedad que ha mantenido en buena medida al país fuera de la legalidad y del desarrollo económico, que requiere necesariamente de la inversión nacional y extranjera; un sistema legal añejo y un Estado grande e ineficiente. Nuestra tarea es ardua y consiste en quitar poco a poco los obstáculos para que florezca la democracia y el pueblo pueda buscar en paz y prosperidad su felicidad.

## **20. Asamblea Constituyente**

En un futuro oportuno sería conveniente celebrar una Asamblea Constituyente que haga una nueva Constitución democrática, ajustada a nuestro modo de ser, querer y realidades, pues la reforma constitucional de 1995 es una obra inconclusa y que, por insertar instituciones democráticas dentro de una Constitución autocrática, resulta una mixtura difícil de comprender, llena de contradicciones y oscuridades. De la reforma podemos conservar bastante material valioso. Es una reforma muy buena.



# **Cuarde Parte**

## **La justicia**

### **Capítulo I**

#### **El sistema en general**

SUMARIO: 1. Importancia de la justicia. 2. Valores que se persiguen: A. Justicia. B. Celeridad y seguridad. C. Accesibilidad. 3. Su crisis. 4. Organos y factores que intervienen. 5. Estado actual de la justicia en Nicaragua. A. Influencia política. B. Falta de una capacitación especializada. C. Condiciones materiales deficientes. D. Justicia cara, lenta y no de buena calidad. E. Alto índice de impunidad. F. Desconfianza. 6. Carácter complejo y su enfoque unitario. 7. Factores que intervienen. A. Sistema de selección de jueces y magistrados. B. Legislación añeja. C. Influencia política del Ejecutivo. D. Presupuesto inadecuado. E. Procuraduría General de Justicia sin independencia. F. Falta de una Policía Judicial. G. Ausencia de una política criminal. H. Una gran marginalidad jurídica. I. Crisis en los gremios profesionales forenses y en la enseñanza universitaria.

#### **1. Importancia de la justicia**

Por medio de la administración de justicia se solucionan, en forma civilizada y por un tercero imparcial (juez), los conflictos que se presenten entre los particulares o entre éstos y el Estado (contencioso-administrativo). También complementa e imprime certeza a una serie de actos en lo que no aparece el litigio (jurisdicción voluntaria).

Sirve como un instrumento de defensa de la propiedad, el honor, la vida y la libertad que mantienen la estructura moral de la persona. Un sistema arbitrario de justicia destruye tal estructura, al colocar al individuo en la impotencia de defender lo que para él es la razón y el fin de su existencia.

Los resultados de la administración de justicia no se valoran en beneficios económicos, aunque los tiene. Produce nada menos que paz social y seguridad, al solucionar los conflictos en forma imparcial, justa y definitiva; esto permite al individuo desarrollar en forma libre y en confianza todas sus facultades físicas e intelectuales, y sirve de base al país para desarrollar, en un clima de confianza y garantía, su economía y sus instituciones políticas y sociales.

Quiero advertir que estas son unas simples notas y no un estudio detenido sobre la práctica. Contiene sugerencias de experiencias personales y de algunos organismos vinculados con este tema (Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua, etc.). El estudio técnico y práctico del sistema judicial, tendrá que ser hecho por un grupo de juristas, asistidos por sociólogos, antropólogos y psicólogos. En otros países se han hecho estudios de esta naturaleza en algunas ramas, como la penal. La solución del problema del buen funcionamiento de la

administración de justicia no puede esperar. No debemos olvidar que la administración de justicia tiene tal envergadura que es encomendada a un poder del Estado.

## **2. Valores que se persiguen**

Para que la administración de justicia pueda cumplir sus fines en forma eficiente, debe esforzarse en la realización de los valores siguientes: justicia, accesibilidad, celeridad y seguridad.

### **A. Justicia**

La sentencia no es algo caprichoso, resultado de la voluntad incontrolada del juez, dictada en el momento que lo crea oportuno. Por el contrario, debe ser producto de un proceso investigativo, rápido, imparcial y seguro, en donde las partes, en pie de igualdad puedan defender y probar sus alegaciones. También tiene que ser ampliamente razonada y fundada en el Derecho. Sólo así el pueblo puede depositar su fe en la administración de justicia y vivir en armonía. La mayor parte de los errores se cometen en la comprobación y apreciación de los hechos y no en la aplicación del derecho, aunque en nuestro medio ocurren con frecuencia estos últimos tipos de errores. Las sentencias en contra de inocentes son frecuentes en nuestro medio y en el de otros países que, por tener la pena de muerte, han ejecutado a muchos inocentes. Así se cometen verdaderos asesinatos y robos judiciales.

Para evitar tal cosa, los jueces deben ser preparados en sicología forense y otras ramas auxiliares, a fin de apreciar en forma inmediata y crítica las pruebas, principalmente la de confesión, testifical, de inspección y pericial.

### **B. Celeridad y seguridad**

La celeridad puede conducir a un resultado errado y la lentitud, aunque más segura, al agotamiento de las partes, a frustrar las pretensiones del victorioso o a prolongar el sufrimiento del inculgado.

La fórmula ideal consiste en combinar ambos valores: celeridad y seguridad, estructurando un juicio rápido, en el cual no se sacrifique la seguridad de obtener una sentencia justa, apegada a la realidad de los hechos y a la ley. Esto se puede lograr con el juicio oral del que nos ocuparemos más adelante.

Nuestros juicios civiles, comerciales, laborales y penales son escritos y lentos, duran muchos años y son costosos. Están llenos de crisis procesales que paralizan su marcha: incidente de previo pronunciamiento, paralizaciones, etc. Por otra parte, las cárceles todavía retienen a personas a quienes no se les ha iniciado juicio y nadie postula a favor de ellas. La garantía constitucional de la celeridad del juicio penal<sup>1</sup> es una disposición que no tiene aplicación real.

---

<sup>1</sup>. Art. 34 inc. 2Cn.



## C. Accesibilidad

Se le otorga tanto al rico como al pobre el derecho de poner en movimiento la función jurisdiccional de un tribunal para que le resuelva su conflicto<sup>2</sup>. También se les concede en el proceso iguales derechos y garantías a las partes para que defiendan sus derechos, en virtud del principio de igualdad ante la ley, generalmente constitucionalizado en todos los países civilizados<sup>3</sup>.

Estas son garantías formales de acceso a la justicia en relación con los pobres. Pero, si bien es cierto que el Estado no cobra por el servicio (pago a los jueces, de los locales, del mobiliario, etc.<sup>4</sup>, no asume los gastos de los abogados, los causados en la búsqueda de prueba, etc. Estos lo asume el cliente y son caros, por lo que multitud de personas no los pueden pagar y llevar sus pretensiones a los tribunales, viendo frustradas sus pretensiones, razón por la cual muchos de ellos son víctimas de transacciones leoninas y otros ocupan la venganza, haciéndose justicia con su propia mano.

Por otra parte, el rico tendrá al abogado especialista y experimentado, y el pobre, cuando logra llegar al tribunal, tendrá uno inexperto por carecer de fondos para pagar a un especialista.

En el proceso penal, la accesibilidad la impone la autoridad que principia a funcionar inmediatamente que se produce un hecho criminal para averiguar y sancionar al delincuente. El reo es llevado al proceso, su acceso es impuesto y su defensa (letrada o de estudiantes) un presupuesto procesal<sup>5</sup>. Si es pobre, su defensa oficiosa generalmente es deficiente.

También existen personas que no tienen acceso a la justicia, porque desconocen sus derechos, o porque en virtud de la distancia no tienen una autoridad a la mano ante quien presentar su caso.

Para solucionar el grave problema de los pobres, se han propuesto varios sistemas: el beneficio de pobreza, sin ninguna utilidad práctica y en desuso en nuestro país; la defensa por abogados nombrados y pagados por el Estado; la defensa costeadá por el Estado, pero ejercida por abogados independientes y seleccionados por el interesado; la asistencia legal considerada como un riesgo asumido por un sistema de seguro. Además existen oficinas que ayudan a los pobres, manejadas por partidos políticos, universidades y otras instituciones no gubernamentales. Es preciso organizar en nuestro país un sistema efectivo de defensa para los pobres. El grado de marginalidad jurídica es muy grande.

---

<sup>2</sup>. Arts. 52 y 158 Cn.

<sup>3</sup>. Arts. 27 y 165 Cn.

<sup>4</sup>. Art. 165 Cn.

<sup>5</sup>. Arts. 34 inc. 5 Cn, y 235 In.

Por otra parte, se hace necesario cambiar el mapa judicial en algunos sitios, para llevar la justicia al mismo lugar en donde están los núcleos de población más numerosos.

Los arts. 27 y 165 Cn. que se refieren a la igualdad y a la gratuidad de la justicia, carecen de aplicación real en relación con los pobres.

### **3. Su crisis**

Notoria es la grave crisis económica, política y social que destruye nuestro país. No nos referiremos a sus causas, por exceder al alcance de este estudio.

A esa crisis no puede escapar el poder judicial, poder al que menos o ninguna atención se le ha dado a través de la historia. Siempre ha permanecido relegado al olvido, pero no por descuido, sino porque es el dique más firme contra los aviesos designios de los tiranuelos y oligarquías que cíclicamente han gobernado el país para su provecho personal. Saben que un poder judicial fuerte, sano, confiable e independiente terminaría con su hegemonía.

Para nadie es un secreto que la justicia en nuestro país es lenta, cara, politizada e insegura, expuesta a la corrupción; que al poder judicial sólo hasta ahora se le asignó el 4 % del presupuesto, que las instalaciones son inadecuadas; que el personal es mal pagado; que el personal que administra justicia carece de la preparación necesaria; que los códigos sustantivos y procesales son anticuados; que no se ha dictado la normativa interna para ajustar nuestra legislación a los Convenios Internacionales suscritos y ratificados (Pacto de San José, etc.); que no existe un brazo ejecutor que cumpla con las resoluciones judiciales, dejando impotente a la justicia; que la balanza de la justicia no funciona adecuadamente, lo cual genera desconfianza; que existe desconfianza del pueblo en los que administran justicia.

La crisis, los vicios y desconfianza en la justicia se ve reflejada en las encuestas realizadas de tiempo en tiempo. Esta crisis resulta patente y triste, peor aún si comparamos nuestra situación con los logros que han conseguido gran cantidad de países en materia de codificación y administración de la justicia.

### **4. Organos y factores que intervienen**

En la administración de justicia y su eficiencia, en diferentes grados de intensidad y esferas de acción, están involucrados no sólo el poder judicial, sino también el legislativo y sectores del poder ejecutivo.

Asimismo participan las universidades, las organizaciones profesionales forenses y los organismos defensores de los derechos humanos.

El ejecutivo lo hace por medio de la Procuraduría General de Justicia en el proceso penal, civil y amparo. Además la Procuraduría es el órgano que vela en

general por el cumplimiento de la ley. El legislativo coopera aprobando códigos y leyes que después aplica el Poder Judicial. Intervienen también la policía, el sistema penitenciario y el defensor de oficio en lo penal.

Por otra parte, los factores culturales, políticos, económicos y sociales, son determinantes para la localización de las causas de la crisis, el deseo de suprimirla y la medida en que puede hacerse. También influyen en la eficiencia del sistema.

## **5. Estado actual de la justicia en Nicaragua**

### **A. Influencia política**

En nuestro país, el poder judicial inveteradamente ha sido víctima de la influencia política e intervención de los otros poderes, principalmente del ejecutivo, estructurado por el constitucionalismo criollo como el más fuerte en el campo político, económico y social, quien prácticamente ha controlado a los otros poderes a través de grandes partidos que en sucesiones temporales, muchas veces encabezados por tiranuelos y grupos oligárquicos, han gobernado Nicaragua.

Para asegurar el control político del Poder Judicial se ha usado, entre otros medios, un sistema de selección de jueces y magistrados que permite al partido gobernante colocar a la mayoría de sus partidarios o simpatizantes en la administración de justicia, acompañado de una asignación presupuestaria raquítica y de plazos cortos de nombramiento para mantener una constante presión.

Tal situación ha dado pábulo para que accedan a la función jurisdiccional por favoritismos políticos, familiares, sociales y económicos, personas sin idoneidad académica y moral; que por esos mismos favoritismos los funcionarios judiciales en muchas ocasiones retuerzan la justicia; y se administre justicia no en nombre del pueblo sino de un partido (o partidos) y de los grupos económicos y políticos que representan. Esta situación se ha agudizado en los últimos tiempos, al extremo de ser uno de los problemas fundamentales del país.

A raíz de la promulgación ( en 1787) de la Constitución de los Estados Unidos centenares de constituciones inspiradas en ella se promulgaron en América y Europa. No escaparon a esta influencia la Constitución Federal Centroamericana de 1824 y las posteriores que se dictaron después de su disolución. Se calcula que se dieron 350 constituciones bajo su influencia en los primeros 60 años del siglo XIX. La organización política del mundo contemporáneo se hizo bajo su influencia. Acoge la teoría de la división de poderes dentro de un saludable juego de controles y contrapesos entre los poderes constituidos (ejecutivo, judicial y legislativo).

El constitucionalismo norteamericano ha hecho importantes aportes al constitucionalismo moderno, entre otros, el constitucionalismo escrito, el régimen presidencial y el control de la constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial.

En el sistema presidencial, el Ejecutivo funciona y gira en torno a una persona, denominada Presidente. Este personaje encarna al ejecutivo. Sus funciones son polifacéticas, su accionar enérgico y goza de una gran legitimidad, porque su elección viene del voto del pueblo. Tiene responsabilidad política, civil y penal. Funciona con colaboradores o auxiliares de su libre elección y remoción, denominados Ministros o Secretarios.

Su aplicación se ha hecho en forma pura en algunos países, en otros con modalidades, y hasta se ha desnaturalizado cuando la propia Constitución o el actuar político destruyen el equilibrio de los poderes, mediante el establecimiento de un ejecutivo superior a los otros poderes que aparecen avasallados, lo que da lugar, en casos extremos, a la dictadura.

Las guerras de independencia que le dieron gran relevancia a los militares, y el régimen presidencial, con un Ejecutivo preponderante, les vino como anillo al dedo, pues les permitió, desnaturalizando el sistema, convertirse en dictadores militares durante medio siglo. Sustituyeron en cierta forma a los virreyes y capitanes generales de la colonia. Después se alternaron los dictadores civiles y militares mediante cuartelazos, guerras y elecciones fraudulentas. El fundamento del poder radicaba en el ejército y no en el pueblo.

La dictadura presidencial latinoamericana es reflejada magistralmente en novelas famosas: *El Señor Presidente*, de Miguel Angel Asturias (dictadura de Estrada Cabrera); *Oficio de Difuntos*, de Arturo Uslar Pietri (dictadura de Juan Vicente Gómez); *El Recurso del Método*, de Alejo Carpentier; *El Otoño del Patriarca*, de Gabriel García Márquez; y *Yo, El Supremo*, de Augusto Roa Bastos (la dictadura de Rodríguez de Francia).

El constitucionalismo latinoamericano tiende a establecer un ejecutivo superior a los otros poderes, lo cual adquiere mayor gravedad cuando el Estado interviene en la economía, la salud, la educación y el comercio. Esta tendencia se refleja en los textos constitucionales y en la práctica política.

Existen tres versiones de la teoría de la división de poderes: la francesa, que atribuye a cada poder sus funciones sin que pueda intervenir y controlar a los otros; la norteamericana, que establece un sistema de control de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado; y la falsa, que erige al ejecutivo en poder superior a los otros, seguido por el constitucionalismo latinoamericano. En la actualidad existe una tendencia a perfeccionar el sistema presidencial, haciéndolo más funcional, eficiente, descentralizado y controlado, dentro de una economía de mercado y una democracia política participativa.

El principal peligro reside en el ejecutivo. Tanto a éste como a los partidos, a los otros poderes y grupos de presión debe impedírseles que intervengan en la administración de justicia.

En general, el problema de Nicaragua es de justicia: justicia política para garantizar la pureza del voto popular, la vigencia de los derechos humanos y el funcionamiento del Estado de derecho; justicia social para distribuir mejor la riqueza nacional; y justicia correctiva ante los tribunales.

## **B. Falta de una capacitación especializada**

El juez es un jurista con conocimientos generales del Derecho, pero además de eso debe tener conocimientos especiales sobre la función que desempeña: a) Sicología judicial, crítica de la prueba, técnica de redacción de sentencia. b) Profundización sobre la materia y ramas afines sometidas a su conocimiento. Por ejemplo un juez de lo penal debe profundizar sobre el Derecho Penal, Criminología, Criminalística, Medicina Forense, etc. c) Sobre todo, de ética judicial. Ni siquiera en las universidades existe una asignatura de ética profesional. Hay que elaborar un Código de Ética Judicial que abarque a jueces y abogados, y también un Código de Ética Notarial.

El Código de Moral Profesional de la Asociación Forense Americana aparece publicado en el B.J. de 1920 y en el Código de Procedimiento Civil. Señala normas éticas de conducta a los abogados en sus relaciones con los tribunales de justicia y con los clientes. En su preámbulo expresa: «El futuro de la República depende, en gran parte, del mantenimiento de la justicia pura y sin mancha. Y no puede mantenerse así, a menos que la conducta y los designios de los miembros de nuestra profesión sean tales que merezcan la aprobación de todos los hombres justos».

Esta preparación previa especializada no existe, y la universitaria es deficiente, lo que evidentemente influye en la baja calidad de la justicia. Se podría lograr la educación especializada a través de la Escuela Judicial manejada por la Corte Suprema, las universidades y los gremios profesionales forenses. El discurso del cambio tiene que venir fundamentalmente de afuera, de los que lo promueven, y no del sector que se quiere cambiar y que no ha visto su necesidad.

## **C. Condiciones materiales deficientes**

El poder judicial carece de edificios propios y las condiciones de los que ocupa no son buenas; el mobiliario deja mucho que desear; el apoyo técnico es deficiente (faltan máquinas, computadoras, etc.); los sueldos son bajos, desacordes con la dignidad de los funcionarios judiciales; no existen bibliotecas para consulta de los jueces y magistrados y las pocas que existen son deficientes; los archivos son mal llevados y los procesos se pierden, confunden y mutilan; la aglomeración de gente en los locales de los juzgados y la falta de organización y de personal del tribunal impide el despacho rápido y ordenado de los asuntos; no existen suficientes vehículos para realizar ciertas diligencias judiciales (notificaciones, inspecciones); no se llevan estadísticas; la papelería y otros materiales de trabajo son escasos; algunos complejos judiciales, como el de Managua, provocan muy mala im-

presión, pues se ven envueltos por una multitud de personas angustiadas que caminan apresuradamente por entre centenares de pequeños negocios de fritangas y frutas. Toda esta situación no favorece la buena administración de justicia y conlleva desconfianza en la misma.

Hay que reconocer que se están construyendo en los municipios centros de justicia. Es una buena labor.

#### **D. Justicia cara, lenta y no de buena calidad**

La justicia en Nicaragua es cara, lenta y no de buena calidad. A lo primero, contribuyen la lentitud del proceso escrito y la alarmante carestía general de la vida.

A lo segundo contribuye el carácter escrito de nuestro proceso civil y penal; los pocos jueces y auxiliares para atender muchos juicios; escaso apoyo técnico para trabajar con rapidez; malos sueldos que no estimulan a trabajar con ahínco; pocas comodidades para trabajar y la falta de una adecuada administración y aprovechamiento de los recursos.

Los jueces y tribunales deben ser apartados de la parte administrativa para que dediquen su tiempo a resolver los casos sometidos a su conocimiento. En España, donde existe carrera judicial, la carga administrativa la lleva el Consejo Superior de la Magistratura, y en los Estados Unidos existe una especialidad sobre Administración de Justicia. Mucho se insiste en manejar los tribunales y juzgados con eficiencia.

A lo tercero contribuye la deficiente enseñanza universitaria de los funcionarios judiciales, influencias políticas, la ausencia de una enseñanza especializada, la falta de apoyo técnico de organismos especializados (Policía Judicial, Instituto de Medicina Forense, etc.), y leyes añejas o injustas.

Por todo ello es una maldición gitana caer en manos de la justicia y hasta ganar el pleito. Nuestro gran poeta Rubén Darío, en forma admirable, retrata la justicia en un poema titulado «Un Pleito» que resumimos así: Dos gatos se robaron un rico queso de bola que no pudieron repartírselo equitativamente, por lo que recurrieron a un mono de mucha conciencia, competencia y versado en jurisprudencia para que partiera el queso en mitades de igual peso e idéntica proporción. El mono con un cuchillo cortó el queso y colocó en cada platillo de la balanza un trozo. La balanza indicó que uno de ellos era mayor que el otro. Para encontrar la igualdad que buscaba, mordía y se comía una parte del trozo mayor, pero como el mordisco era mayor que la diferencia que había, volvía a hacer la misma operación muchas veces, comiéndose los dos trozos sin poderlos nivelar. Furiosos los dos gatos le reclamaron, y él les contestó: «Hijos, la Justicia es antes que nosotros y que todo». El mono siguió mordiendo, pesando y nivelando hasta que del queso quedaron pocos pedazos. Al final se quedó con el resto del queso y les dijo a los gatos: « Esto, a mi me corresponde por los gastos del proceso».

También Moliere, en *Las Trapacerías de Scapin*, se refiere a lo complicado y caro del juicio. Scapin le explica a Arganto que para pleitear se necesita dinero para pagar notificaciones, abogados, consultas. Además serán muchos los afa-nes, prisión y penalidades, y lo que es peor, soportar las necesidades que sueltan delante de todo el mundo esos graciosos de mal género que son los abogados.

### **E. Alto índice de impunidad**

La impunidad provoca desconfianza en la administración de justicia y trastor-nos graves en la paz social. Las mismas autoridades gubernamentales reconocen que existe bastante impunidad en el país. Podemos citar, entre otras, las causas siguientes:

a) El brazo de la justicia no llega hasta los que detentan el poder militar o político y a sus partidarios. En la década pasada y parte de la que corre se usó el monopolio de la acción penal en manos del Estado para lograr la impunidad: los gobernantes y sus partidarios no eran acusados ante la justicia penal y los oposito-res, por el contrario, eran perseguidos.

La ola de delincuencia que ahoga a Nicaragua no tiene precedentes. Su prin-cipal fuente ha sido el poder público: genocidios, crímenes políticos y comunes que no se averiguan y sancionan, usurpaciones masivas de terrenos y bienes estatales y particulares, amnistías que favorecen la impunidad y promueven la delincuencia. Este proceder inspira el mal ejemplo en una sociedad en descompo-sición social, moral y económica. Por otra parte, aproxima a la pareja del delito (victimario y víctima) a tal situación que provoca su realización.

b) La propiedad privada carece de garantías. Lo que existe es la ocupación, lo que cada quien de hecho puede ocupar y defender, situación mantenida y prote-gida por las autoridades. El dueño que pierde la posesión tendrá que pagar para recuperar su propiedad. Sobre estas bases circula la riqueza. El Derecho no viene a ser otra cosa que la continuación de la guerra.

c) Son muchos los crímenes que no llegan al conocimiento de las autorida-des de policía y judiciales porque no confían en la justicia de ellos, quedando así impune esos delitos. El pueblo interpretando sabiamente la falta de un Estado de derecho, expresa que «no existe ley ni justicia».

d) Falta de apoyo técnico de parte de organismos especializados para averi-guar la comisión del delito y la persona que lo cometió.

e) Inclinación de algunos funcionarios a favor de ciertos intereses políticos, lo que da pie a dejar impune algunos crímenes. No hay que olvidar que Goethe, en boca de uno de sus personajes de *Fauto* expresa: «El juez que no sabe castigar acaba por asociarse con el delincuente».

## **F. Desconfianza**

La influencia política sobre el poder judicial, la falta de la prometida renovación de jueces y magistrados, la carestía, lentitud y no buena calidad de la justicia, la creciente impunidad, entre otros factores, provocan desconfianza en ella, lo cual trae graves consecuencias para la paz social.

En virtud de esta desconfianza, las víctimas de las confiscaciones, apropiaciones, intervenciones y usurpaciones de la propiedad no han querido llevar sus conflictos a los tribunales de justicia. Piensan que las resoluciones serán favorables a los usurpadores. No se cuenta, pues, con el poder judicial para ayudar a resolver el problema de la propiedad, quizá el principal que aqueja al país. La solución del problema de la propiedad es de urgencia y complejo. Tiene aspectos políticos, económicos, sociales, legales y de justicia. La fórmula ideal puede resultar de la sabia combinación de esos elementos. Lógicamente, serán respetados todos los verdaderos sujetos agrarios o urbanos, pero no se permitirá sustituir un viejo sujeto por uno nuevo, o despojar de sus bienes a los pequeños propietarios, pues esto no es justicia. De la solución justa de este problema dependerá en buena medida el futuro democrático, político y social de este país.

Es justo reconocer que ya se están haciendo avances significativos para mejorar la administración de justicia y reconstruir el concepto de propiedad y sus garantías.

En lo personal considero que gran parte de nuestra crisis proviene de factores culturales, por lo cual debemos cambiar el discurso cultural. Esto va dirigido principalmente a los intelectuales, políticos, escritores, historiadores, prensa hablada y escrita, profesores y, en general, a los que crean, modifican o transmiten la cultura. Sin pretender agotar el tema y solamente por vía de ejemplo hacemos algunas reflexiones y recomendaciones, por supuesto personales.

En la política se precisa: cambiar el concepto patrimonialista del Estado (gobernar como en un negocio propio y en provecho propio) que según parece proviene de España por una serie de hechos y manifestaciones que así lo confirman, como, por ejemplo, el descubrimiento le otorgó a los reyes de España la propiedad y soberanía sobre las tierras conquistadas (según Bula del Papa Alejandro VI, y las reparticiones de indios por las encomiendas); por la idea de que el gobernante es un simple servidor que emplea sus esfuerzos y sacrificios a favor de los intereses del pueblo, cambiar la idea de la guerra o del golpe de Estado por la del voto para solucionar las disputas políticas y, en general, cambiar los valores de la guerra por los de la paz; introducir en el pueblo la vocación de servicio a la comunidad y su desenvolvimiento dentro de un ambiente de solidaridad social; repudiar y sancionar la corrupción estatal; inculcar la idea de que los hombres y mujeres tienen derechos inherentes o simplemente legales, que es necesario reclamar y defender su aplicación; hacer ver que el poder del Estado debe estar repartido en varios poderes para evitar la dictadura y que además debe estar sometido al cumplimiento



to de las leyes dentro de un Estado de Derecho; demostrar que la democracia es solamente un instrumento para lograr la libertad, comodidad y felicidad del hombre, por lo que constantemente deben promoverse sus valores, cumplir a lo que obliga y ejercitarse los derechos que concede para así poderla conservar.

En lo económico, debemos enseñar que el trabajo material e intelectual son las fuentes legítimas de nuestras adquisiciones y, por lo tanto, deben respetarse sus frutos; que la libertad de trabajo y de empresa son factores fundamentales para la prosperidad económica, política y social de las personas y las naciones; que el crecimiento económico y la riqueza que produce es un factor fundamental para la prosperidad material, felicidad espiritual y efectivo ejercicio de los derechos y libertades de las personas y del pueblo en general; que la pobreza no es una virtud, ni es buena para nadie; que es un deber respetar la propiedad privada; que es más beneficiosa a la dignidad, libertad y prosperidad del hombre la riqueza adquirida por su esfuerzo, que el paternalismo privado o estatal lleno de peligros y utopías que conducen generalmente a opresiones o sometimientos desastrosos. Generalmente, las utopías son experimentos socialistas.

En lo moral debemos promover la honradez; el trabajo como factor dignificante; demostrar que la ociosidad y la pobreza son factores de destrucción; promover la solidaridad social; y, en general, enseñar los valores morales cristianos dentro de una amplia libertad de culto y de pensamiento.

## **6. Carácter complejo y su enfoque unitario**

Pareciera un contrasentido que a un asunto complejo, en el que intervienen varios poderes, algunos organismos y diversos factores, se le aplique un enfoque y tratamiento unitario, pero no lo es. No se trata de construir una Teoría General de la Administración de Justicia, sino de formular un plan práctico para evaluar el sistema, determinar su grado de eficacia, las causas de su crisis y las soluciones adecuadas a las realidades sociales, económicas, políticas y locales. También tiene la ventaja de forzar a los diferentes organismos del Estado a contraer un compromiso, en unidad de propósitos y esfuerzos, para modernizar y hacer eficiente la justicia.

El carácter de nuestro problema es bien particular y complejo. Para la solución del mismo deben intervenir con buena voluntad y sinceridad los poderes del Estado, las universidades y los grupos profesionales, aportando lo que a cada quien le corresponde hacer en favor de una mejor y moderna administración de justicia.

Por ejemplo, el ejecutivo debe poner sus recursos económicos y humanos y la fuerza política que tiene para emprender la reforma. De inmediato podría nombrar una comisión de juristas auxiliada del personal adecuado (sociólogos, etc.) que, previo las investigaciones y estudios correspondientes, formule un Programa General de Reforma Judicial. El legislativo debe emprender la modernización de

nuestra legislación. Las universidades deben mejorar su enseñanza y aportar su personal técnico para la reforma. El poder judicial podría mejorar la Escuela Judicial y colaborar estrechamente en la reforma. Los organismos profesionales pueden aportar personal especializado y mejorar el nivel moral y profesional de sus asociados.

## **7. Factores que intervienen**

### **A. Sistema de selección de jueces y magistrados**

El sistema de selección de jueces y magistrados es de gran importancia, ya que se vincula estrechamente con el tema de la independencia, capacidad y moralidad de dichos funcionarios. Son varios los sistemas que se han formulado: nombramiento por el ejecutivo con aprobación del legislativo; elección popular; carrera judicial; selección por órgano especial; cooptación. Nos limitaremos al nuestro.

Desgraciadamente en nuestro país generalmente las elecciones de autoridades estatales no han sido limpias. El negocio funciona así: el pueblo se toma el poder por las armas y un grupo, a espaldas de él, pasa a controlar los poderes del Estado (incluyendo al electoral), y la vida política, económica y social del país. Desde esa posición de ventaja celebra elecciones amañadas para una Constituyente, la que emite una Constitución en la que se permite la reelección y después se convierte en asamblea ordinaria. Posteriormente se celebra el mismo tipo de elecciones para Presidente. En esta forma se conquista el poder ejecutivo y legislativo, los que a su vez les corresponde nombrar a los principales funcionarios del poder judicial y a los del Electoral, quienes a su vez nombran a los inferiores. Para finalizar se repiten periódicamente elecciones para autoridades superiores y municipales también amañadas, hasta que viene otra guerra o golpe de Estado.

Este ha sido nuestro desastroso ciclo político. Es un sistema centralista y jerárquico, manejado por el Presidente. Visto el sistema en una forma más sencilla y resumida podemos decir que: a) la fuerza y el fraude generan el poder político; y b) el Presidente nombra de dedo a los principales funcionarios del Estado (diputados, ministros, magistrados, etc.) y controla el resto de los nombramientos.

Este sistema humilla y corrompe. Se necesita ser un héroe para no caer en sus vicios. Por eso de nada sirve que se cambien las personas porque el sistema las aplasta. Como consecuencia, es preciso cambiar el sistema. No obstante, tal camino principia a ser abandonado y hemos entrado en un proceso de transición democrático.

Como ya expresamos, la Asamblea Legislativa, a través de un procedimiento de citas y consultas anteriormente descrito, nombra a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con criterio político partidista, quien a su vez nombra con el mismo criterio político a los jueces, registradores, médicos forenses y magistrados

de los Tribunales de Apelaciones. Controlada la Corte Suprema de Justicia por los partidos políticos, controlan también al resto de los miembros del poder judicial.

Para evitar todos estos inconvenientes, es preciso establecer la carrera judicial que garantice la independencia del poder judicial. Esta independencia conlleva una autonomía orgánica (gobierno propio y administración propia) y otra funcional, en virtud de la cual los jueces y magistrados al administrar justicia sólo deben someterse a la ley y a la equidad.

## **B. Legislación añeja**

Nuestras constituciones presentan un panorama diferente al que se vive en las leyes ordinarias y en la realidad política, social y económica. Son falsas, fraudulentas. No se cumplen. Cualquiera que lea nuestras constituciones fácilmente puede deducir que Nicaragua es un formidable ejemplo de democracia y justicia social.

En general, nuestras leyes ordinarias han vivido al margen de los valores constitucionales y ya no responden a los avances de la ciencia del derecho y a las realidades sociales, políticas y económicas del país. Están divorciadas de la técnica y de la realidad.

Esta situación lógicamente incide desfavorablemente en una buena administración de justicia y en el desarrollo del país. Por ejemplo, la legislación añeja no contempla los nuevos actos, contratos y figuras que van surgiendo en el tráfico jurídico; ciertas soluciones de las leyes ya no son justas en la actualidad; presentan muchas contradicciones, oscuridades y errores; regulan procesos lentos y caros; las demarcaciones judiciales están un poco desajustadas.

Veamos brevemente algunos ejemplos de la vejez de nuestra legislación:

a) El Código de Instrucción Criminal es de 1879. Existen dos proyectos de un nuevo Código: uno publicado en 1965 y otro publicado durante el régimen frentista. El primero no representa un gran avance y mantiene el juicio escrito; y el segundo no fue aceptado por los juristas nacionales debido a que no se ajusta a la realidad nicaragüense.

b) El Código Penal del 3 de marzo 1974. Necesita actualización y existe un buen proyecto del Dr. Sergio García Quintero, que contiene importantes avances y es un excelente material para las futuras reformas.

c) El Código Civil de 1904. Necesita actualización y existe un proyecto preparado poco tiempo después de entrar en vigencia el actual por el Dr. Alfonso Ayón. Es difícil obtenerlo y según la Corte Suprema de 1922, con ligeras modificaciones en materia familiar y de sucesiones, es una repetición del vigente.

d) El Código de Comercio de 1914. Necesita actualización y existe un buen proyecto patrocinado por el Banco Central, publicado en 1978.

e) El Registro Público de la Propiedad de 1904 y el Registro Mercantil de 1914. Necesitan urgentemente cambiar sus técnicas registrales y modernizar sus principios.

f) La Ley del Notariado anexa al Código de Procedimiento Civil de 1906. Necesita actualización y existe un proyecto de Código del Notariado patrocinado por la Barra de Abogados.

Al carácter añejo de nuestras leyes, hay que añadir el problema de la ordenación sistemática de la gran cantidad de leyes sueltas, el de la inflación jurídica propia de las dictaduras y causa de confusión, y el de los vacíos legales (falta de una Ley de lo Contencioso-Administrativo, Ley Penitenciaria, etc.). Existe un proyecto de Ley del Sistema Penitenciario.

### **C. Influencia política del Ejecutivo**

El principal peligro del intervencionismo se encuentra en el poder ejecutivo. Tanto a éste como a los partidos y grupos de presión deben impedírseles que intervengan en la administración de justicia.

Hay que rescatar cuanto antes al poder judicial de las manos de los políticos, que fundamentalmente se valen del ejecutivo para intervenir en su esfera de acción. En gran medida su independencia es en relación con el poder ejecutivo. Basta que el poder judicial no sea independiente para que no exista Estado de Derecho. La carrera judicial, no me canso de repetirlo, es un paso muy importante para lograr su independencia.

No debemos perder de vista que son varios los factores que contribuyen a la independencia del poder judicial: división de poderes, sistema de selección, inamovilidad, remuneración adecuada, presupuesto suficiente, buena preparación jurídica y moral, etc.

### **D. Presupuesto inadecuado**

Es indispensable un presupuesto adecuado a las necesidades del poder judicial. Para mayor seguridad y estabilidad es preferible que se conceda con rango constitucional un porcentaje del Presupuesto Nacional como ya se ha hecho en otros países incluyendo algunos centroamericanos (Costa Rica y Guatemala). La actual reforma le asignó el 4 % del Presupuesto Nacional, el cual no se le ha podido completar. Esta medida contribuirá a su independencia, modernización, aumento de sueldos, mejor preparación jurídica y moral de sus funcionarios y, en general, a elevar la calidad de la justicia y el nivel de confianza del pueblo en ella.

## **E. Procuraduría General de Justicia sin independencia**

La Procuraduría General de Justicia es una institución muy importante en el cumplimiento de la legalidad de un país y son muchos los intereses que tutela: defiende a los menores e incapaces, interviene en los procesos penales y civiles, en el amparo, representa al Estado, etc. De aquí que sea muy importante tener una Procuraduría con independencia orgánica y funcional, la que no tiene actualmente porque el Procurador depende y es nombrado por el Presidente.

## **F. Falta de una policía judicial**

Es preciso crear una policía civil organizada bajo principios propios y democráticos, al servicio de un Estado de Derecho. Sus funciones y fines principales son: defender el orden público y jurídico, respetar y hacer que se respeten los derechos de las personas, capacitarse adecuadamente para perseguir el delito, obedecer a la autoridad civil de la que depende, servir de brazo ejecutor de las resoluciones judiciales y administrativas.

Se puede dividir en varias ramas : judicial, municipal, de hacienda, de narcóticos, etc. La policía judicial debe estar adscrita al poder judicial.

## **G. Ausencia de una política criminal**

En Nicaragua no existe una política criminal, ni pequeña (sentido restringido) ni grande (sentido amplio). Todo se deja a la improvisación. No se trabaja con base en estadísticas, realidades y estudios científicos. Un programa de política criminal debe fundarse en:

a) Un sistema amplio de prevención del delito por medios educativos, recreativos, familiares, de vigilancia policial y cooperación de la comunidad, mejoramiento de la salud, vivienda y, en general, del nivel de vida.

b) El estudio científico del delito, sus causas, frecuencias y penalidades adecuadas.

Debe partirse de la idea de que la sanción penal sólo debe establecerse ante la ausencia de otra solución extrapenal. El derecho penal es subsidiario, en el sentido de que se recurre a la sanción penal como última solución frente a los actos dañosos.

El estudio de las causas del delito, su frecuencia, la eficacia de las penas impuestas, las posibilidades de su averiguación, permiten planificar una sólida y eficaz política criminal: prioridad en la persecución de ciertos delitos (terrorismo, drogas, etc.); mayor vigilancia sobre determinado tipo de delito en relación con otros; aumento de la pena en unos o cambio del tipo de penas en otros; etc. La tendencia moderna es limitar la prisión para los delitos graves y sancionar los me-

nos graves con otros tipos de penas que no sea la prisión (multa, etc.). Se justifica esta solución, porque la prisión no cumple con su finalidad rehabilitadora, se aleja innecesariamente de la sociedad a quien bien puede reacomodarse en ella y existen otros tipos de penas para esos delitos que adecuadamente reparan el daño.

c) Un Código Penal ajustado a lo expuesto anteriormente. Nuestro Código no obedece a tales lineamientos.

d) Un sistema de justicia penal que garantice un juzgamiento justo y rápido, en el que también participe la víctima. Se puede lograr con el proceso oral.

Nuestro proceso penal es escrito, lento, manejado por jueces que no tienen independencia y con poca preparación especializada. El sistema penal en todas sus etapas: preventiva, juzgamiento y ejecución, está plagado de violaciones a los derechos humanos. Estas violaciones se vuelven más irritantes en la etapa de ejecución, o sea, en el sistema penitenciario.

La investigación de la policía es la que generalmente sirve de fundamento de la sentencia de los jueces y tribunales. Los hechos (el cuadro fáctico), que es la base fundamental de la sentencia, los pone la policía; El derecho lo aplica el juez. No debemos olvidar que en la determinación y apreciación de los hechos es en donde se cometen los más grandes errores judiciales. En el sistema penal es donde existe la mayor crisis de nuestra justicia.

e) Una asignación adecuada de recursos económicos y humanos para desarrollar las metas de la política planificada.

f) Un sistema penitenciario para rehabilitar al condenado.

Nuestro sistema de justicia penal gira en torno al poder judicial, la policía y el sistema penitenciario. Estos dos últimos ponen en crisis la independencia y unidad de la función jurisdiccional. Además no funcionan bien, a pesar de que la policía tiene un mayor personal que el del poder judicial. La policía pone los hechos fundamentales de la sentencia del juez y juzga en ciertos casos. También el sistema penitenciario usa de la sanción punitiva.

## **H. Una gran marginalidad jurídica**

Para nadie es un secreto que existe una gran marginalidad jurídica producto de nuestra pobreza y de la injusta distribución de la poca riqueza que existe.

La igualdad ante la ley y el proceso<sup>6</sup> y el principio de la gratuidad de la justicia<sup>7</sup> no resuelven el problema de la marginalidad jurídica, o sea, el acceso de los po-

---

<sup>6</sup>. Arts. 27 y 165 Cn.

<sup>7</sup>. Art. 156 Cn.

bres a la justicia, porque ninguno de los dos principios les otorgan los recursos económicos para que puedan pagar abogados que los representen, hagan los gastos necesarios para recabar pruebas, emplear el tiempo necesario para preparar su defensa y moverse rápidamente a los lugares que fueren necesarios. La justicia gratuita sólo garantiza que el servicio que da el Estado para administrar justicia no lo paguen las partes, sino que lo asume el Estado.

Para los pobres, esos dos principios de igualdad y gratuidad no tienen ningún significado. Ellos no llegan voluntariamente al proceso a pedir justicia. Normalmente llegan obligados a comparecer como acusados en el proceso penal.

El problema es de gran envergadura porque las grandes masas populares desposeídas, que representan la mayoría de la población, van perdiendo la confianza en la justicia y la democracia, lo cual pone en peligro al mismo sistema democrático.

Se han formulado varias soluciones: beneficio de pobreza, en desuso; defensa a cargo de los órganos profesionales forenses, muy gravoso, por no decir imposible de cumplir para ellos y poco ajustada al sistema de libre trabajo y empresa; defensa asumida por el Estado y servida por abogados estatales o particulares pagados por el mismo Estado, muy gravosa para el Estado; riesgo cubierto por el Seguro Social; bufetes populares de las universidades, partidos políticos o grupos organizados de la sociedad civil.

Uno solo es difícil que funcione, pero combinados pueden operar con éxito y cubrir más ámbito. Es preciso, pues, apoyar un amplio servicio de consulta jurídica general y de defensa judicial a los pobres.

## **I. Crisis en los gremios profesionales forenses y en la enseñanza universitaria**

Durante el régimen frentista el Notariado y la Abogacía entraron en una aguda crisis que llevó a poner en duda su futura existencia. De ella no han podido salir totalmente porque el país está al borde de la catástrofe. Sus organizaciones no tienen poder de convocatoria, están divididas y sus actividades escasamente redundan en beneficio económico, cultural y moral de la profesión y de sus asociados.

Por otra parte, la permanente piñata sandinista prostituyó a un sector del notariado y convirtió a los Registros de la Propiedad en instituciones de fraude e inseguridad, lo cual está en total oposición a sus principios fundamentales.

Ante esta situación es preciso promover la elevación de sus niveles organizativos, morales, culturales y económicos. Así lo exige el bienestar del país, el Derecho y la justicia.

Las universidades han bajado su nivel académico por lo que es preciso revisar sus programas de estudio y métodos de enseñanza. Si bien las universidades preparan juristas y no a simples prácticos, es necesario combinar la enseñanza teórica con la práctica, acabando con la simple lección magistral.

No hay que olvidar que el proceso es un drama en el que intervienen tres actores principales: el juez, el demandante y el demandado o acusado. Normalmente, y así lo impone la realidad, cada uno de ellos es abogado, aunque reciben el apoyo decidido de sus representados: el juez, del Estado (policía, médico forense, etc.), y los abogados del demandante y demandado, de sus clientes.

De las verdades parciales del demandante y del demandado o acusado, el juez extrae la verdad real hasta donde lo permiten las limitaciones humanas. Mientras más preparados, honestos y eficientes sean los tres actores mejor será la justicia.

Por lo expuesto, y con la finalidad de que funcione mejor la justicia, las universidades y los grupos profesionales deben preocuparse por mejorar el nivel moral, académico y profesional de los que actuarán o actúan en el campo del Derecho. También la ley procesal debe consagrar el principio de lealtad procesal y sancionar su violación, a fin de que las partes se abstengan de hacer trucos y provocar retrasos en la tramitación del proceso.



## Capítulo II

### La reforma penal

SUMARIO: 1. El pentágono penal. 2. La ley penal sustantiva. 3. Proceso penal. 4. Sistema penitenciario. 5. La Policía. 6. La Procuraduría de Justicia. 7. Seguridad del Habitante: A. Concepto B. Desarrollo humano sostenible. C. Causas del deterioro de la seguridad. D. Extralimitación punitiva del Estado. E. Negligencia, deficiencia e indiferencia estatal. 8. Reformas a nivel latinoamericano.

#### 1. El pentágono penal

La justicia penal es una de las principales formas en los que se manifiesta el carácter democrático o dictatorial del gobierno. De aquí la importancia de adelantarse en esta época de transición, a fin de presentarle al pueblo y al Estado un sistema penal democrático para su adopción.

La crisis de la justicia se manifiesta con mayor intensidad en el sistema penal, y por eso requiere de preferente atención. El sistema penal descansa sobre cinco instituciones fundamentales: la ley penal sustantiva, el proceso, la policía, la procuraduría penal (Fiscal, Ministerio Público, etc.) y el sistema penitenciario. Este pentágono penal ha preocupado mucho a la doctrina y a la política penal de los diferentes estados.

#### 2. La ley penal sustantiva

¿Está legitimado el Estado para penalizar? La pregunta parece peregrina para los que estamos acostumbrados a ver al Estado, a través de la historia y de nuestra propia experiencia, crear el tipo penal, aplicar la pena y encerrar al reo. Pero para un fuerte sector doctrinal, encabezado por el profesor de la Universidad de Rotterdam y experto de las Naciones Unidas, Louk Hulsman, el sistema penal (incluyendo el *ius puniendi* y la prisión) debe desaparecer porque crea al delincuente y no ha realizado los fines sociales para que fue destinado, sin admitir reformas al mismo. En lugar de castigar y estigmatizar, propone solucionar los conflictos a través de conciliaciones no judiciales y arbitrajes.

Hulsman contempla las infracciones como riesgos sociales, y su reparación consistiría en la indemnización a las víctimas. La intervención judicial solamente se daría para asuntos graves o en el supuesto de fracasar la conciliación o solución civil.

Para esta corriente, denominada abolicionista, el sistema penal es violento, inútil e inoperante en sus tres fases: creación del tipo y de la pena, su aplicación y ejecución.

El proyecto es muy ambicioso y linda con la utopía, pues requiere de un grado superior de cultura, de solidaridad, de comprensión y de paz jurídica, difíciles de alcanzar, menos aún en nuestros países latinoamericanos, y, en general, del ter-

cer mundo. No obstante, pone en evidencia la crisis del sistema, al cual impulsa al mejoramiento para evitar su colapso.

La realidad presenta un aumento de la delincuencia, mucha de ella organizada, rica, tecnicada, violenta y hasta internacionalizada (drogas, etc.), por lo que es preciso no bajar la guardia y duplicar esfuerzo, sin abandonar el carácter humanista que debe tener el sistema penal. Su humanización se impone.

No obstante, el Derecho Penal tiene límites y campos vedados. Primero, los derechos humanos y el uso legítimo y respetuoso de los mismos. El derecho penal, por el contrario, debe protegerlos cuando fuere necesario. Se penalizan sólo aquellas conductas que, independientemente de concepciones morales o religiosas, causan un daño social que se opone a la convivencia pacífica, segura y libre. Segundo, la penalización de las ilegalidades solamente debe darse cuando no es posible otra solución extrapenal y el caso lo amerite. No existe función más exquisita y peligrosa que penalizar. Son muchos los intereses y derechos en juego: la víctima, el victimario, la sociedad, la libertad, el honor, la vida e integridad de la persona, la propiedad, la seguridad y la paz social.

Ha surgido una nueva corriente de pensamiento denominada minimalista que patrocina un Derecho Penal mínimo en cuanto a la penalización y amplio en la consagración y cumplimiento de garantías en el proceso, principalmente en relación con el imputado. Algunos de sus seguidores piensan dismantelar en un futuro el sistema penal.

Existen otros problemas relacionados con este apartado: la retroactividad de la ley penal, los tipos en blanco, la sustitución de la prisión por otras penas no privativas de la libertad (daños y perjuicios, multas, etc.), especialmente en los delitos de poca gravedad.

La regulación de la peligrosidad, de la escuela positiva, ha dado pie para que se dicten leyes que castigan conductas que no están dentro de los linderos del Derecho Penal. Estas leyes llegan a su extremo en las denominadas leyes de peligrosidad sin delito, violatorias del principio de legalidad, ya que sin tipicidad se sanciona o se privan a las personas de ciertos derechos.

El futuro es aterrador cuando el iusfilósofo italiano, Norberto Bobbio, expresa que no hay materia que el Derecho no haya regulado o no pueda regular en un hipotético futuro, incluso la delimitación del Derecho como disciplina de las relaciones externas, podría ser desmentida en una sociedad imaginaria del tipo orwelliano, en la cual un Estado super totalitario controlara los pensamientos y los sentimientos de los súbditos.

El Proyecto de Código Penal del distinguido jurista, Dr. Sergio García Quintero, bien puede servir de base para uno nuevo. Es importante destacar que trata de proteger a la víctima, muchas veces olvidada injustamente en algunas legislaciones.

### 3. Proceso penal

El Código de Instrucción Criminal de 1879 y sus reformas, ha servido para la aplicación de tres códigos penales: el de 1879, el de 1891 y el de 1974. Ya cumplió un siglo y no se ha podido cambiar a pesar de su obsolescencia.

Regula dos juicios principales: el ordinario y el sumario. También contempla otros especiales. El ordinario es escrito y el sumario verbal, pero no llega a constituir éste último un verdadero proceso oral.

El ordinario tiene dos etapas: la instrucción (o informativo) y el plenario. Ambas etapas son escritas.

Se inicia de oficio, por denuncia o por acusación del ofendido o de la Procuraduría Penal en su caso; la prueba se analiza por el sistema de la prueba tasada (restablecido porque se abusó del sistema de la sana crítica consagrado por el gobierno sandinista, al confundirlo con la apreciación en conciencia, propia del jurado), pero con lista abierta de medios probatorios; es formalista; se admiten los recursos de apelación, casación y revisión. Dentro del procedimiento se inserta el jurado como una pieza fundamental para el juzgamiento de ciertos delitos.

Nuestro proceso penal en general es escrito, lento, complicado y costoso. La defensa de oficio no funciona con eficacia y la marginalidad jurídica de los pobres es enorme. Como puede observarse, se aparta de la Ley de Enjuiciamiento Penal de España de 1872 y 1882 que consagran el plenario oral.

Existen dos proyectos de Código Procesal Penal: uno de 1965 y el otro elaborado durante el gobierno sandinista. En el primero, el proceso es escrito y no representa un gran avance. El segundo fue rechazado por los juristas y pueblo en general, incluyendo a los comunistas.

La Constitución establece una serie de importantes garantías, pero en la práctica no se cumplen o se cumplen mal muchas de ellas, por ejemplo:

a) se dice en el art. 34 inc. 2Cn. que el reo debe ser juzgado sin dilación, pero el proceso es escrito, caro y lento, como consecuencia, y también por otras causas, centenares de presos permanecen en la cárcel largo tiempo sin que sean condenados o absueltos o iniciado juicio (los denominados presos sin condena, cuyo alto porcentaje en Latinoamérica es alarmante);

b) en el mismo artículo se expresa que nadie puede declarar en contra de sí mismo, su cónyuge, compañera o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable, pero se conocen de muchos casos de confesiones obtenidas por medio de coacción por la policía que son tomadas en cuenta por los tribunales;

c) en el mismo artículo se dispone que el procesado tiene derecho a que se dicte una sentencia dentro de los términos legales en cada instancia y no se cumple;

d) existe el sobreseimiento provisional que deja en incertidumbre al imputado hasta la prescripción de la acción o el aporte de nuevas pruebas para su condena o absolución, opuesto a los derechos humanos que se desprenden del principio *non bis in idem*, establecido en el art. 34 inc. 8 Cn., Su supresión ha sido recomendada por los juristas y organismos internacionales.

Es conveniente advertir que ha surgido una corriente doctrinal que propugna por un Derecho Penal de Garantía. Coincide con las ideas fundamentales del Derecho Penal Mínimo, pero pone énfasis en las garantías procesales del imputado dentro del proceso penal y sostiene la importancia de mantener el Derecho Penal.

Existe una fuerte tendencia para dejar en manos del Ministerio Público el monopolio de la acción penal y la investigación del sumario bajo ciertos controles judiciales, siguiendo la tendencia germánica. Normalmente va acompañada de una desjudicialización que comprende, entre otras instituciones, los criterios de oportunidad, conversión y suspensión de la persecución penal.

En virtud del primero, en los delitos de insignificación social (2 años de prisión, por ejemplo) o en los delitos en que la culpabilidad del procesado sea mínima o cuando el hecho culposo le ha causado al inculpaado graves daños y sufrimientos morales que hacen innecesaria la pena, el Ministerio Público con autorización del juez y consentimiento del agraviado se abstendrá de ejercitar la acción penal.

En virtud del segundo, se convierte en privada una acción pública en aquellos delitos que requieran denuncia o instancia particular, en los que no existe interés público declaradamente comprometido o se dan contra el patrimonio, convirtiendo en dispositiva dicha acción (pago de daños y perjuicios, etc.). En virtud del último, se suspende la persecución penal en los mismos casos que cabe la suspensión final de la pena. Por esta institución se ahorra un largo proceso que podría concluir en una suspensión de la pena. El reciente Código Procesal Penal de Guatemala está inspirado en estos principios.

En términos generales, el nuevo Código de Instrucción Criminal debe estar inspirado en los principios científicos de la oralidad, concentración, inmediación, sana crítica y celeridad (sin descuidar la seguridad). Además, es preciso que se respeten los derechos humanos, se limpie de formalismos inútiles el proceso, se permita la reclamación de la responsabilidad civil, se organice una defensa gratuita a los pobres, que son los más afectados por el sistema, y se desarrollen y respeten los derechos y garantías establecidos en la Constitución para la realización del proceso.

#### 4. Sistema penitenciario

La administración de justicia en materia penitenciaria evidencia una profunda crisis, la cual constituye un obstáculo para el orden jurídico y la paz social, y atenta contra derechos fundamentales de la persona humana. Nuestra justicia penal centra su acción en la privación de la libertad, utiliza indiscriminadamente la detención y es común observar en qué forma se violenta los derechos humanos del detenido.

Para febrero de 1996, la población penal era de 3266 personas (sin incluir 56 reos que se encuentran en convivencia familiar), siendo el tiempo de permanencia de los reos el siguiente: de 0-6 meses, 660; de 6-9 meses, 213; de 9-12, 122; de 1-2 años, 223; de 2 años y más, 26, para un total de 1184 reos procesados.

Para la estructura y funcionamiento del sistema penitenciario se necesitan políticas dirigidas a solventar las fallas derivadas de la inapropiada infraestructura física, que se reflejan en los altos índices de hacinamiento de los establecimientos de reclusión, y a enfrentar la escasez de recursos humanos y la inadecuada formación de gran parte del personal carcelario. Se suma a lo anterior, las deplorables condiciones de salubridad que presenta la mayoría de los pabellones de los centros de reclusión y la escasez de fuentes de trabajo, que obliga a mantener a la población penal en el ocio.

Un buen sector doctrinal ha decretado el fracaso de la prisión y del sistema que la administra. Michel Foucault fustiga duramente la prisión y analiza su desarrollo histórico como puede consultarse en sus obras «Vigilar y castigar», «La verdad y la forma jurídica» y «La vida de los hombres infames» (colección de estudios). Expresa en esta última: «La institución penal, con la prisión en el centro, fabrica una categoría de individuos que constituyen con ella un círculo: la prisión no corrige, atrae incesantemente a los mismos, produce poco a poco una población marginal...»

A fines del siglo XIX, Oscar Wilde narra en varias cartas y un artículo periodístico sus amargas experiencias en la cárcel. Da cuenta de todos sus horrores, la mala alimentación, las enfermedades crónicas que se padecen, la insalubridad, los insomnios, el sistema celular de confinamiento y el silencio, el estado de locura a que es llevado el individuo, degradado al nivel de una bestia, la petrificación del corazón humano que conduce a la muerte de los sentimientos y afectos naturales, el ilimitado horror a que son sometidos los niños, quienes se corrompen en las cárceles, la poca influencia humana del sistema carcelario. En su Balada de la Cárcel de Reading expresó: «Las acciones más viles, lo mismo que las hierbas venenosas, crecen bien en el aire de la cárcel; únicamente lo que hay de bueno en el hombre se agota y se marchita allí». Como consecuencia, pidió su reforma. Fue un duro golpe al sistema.

En La Colonia Penitenciaria, Franz Kafka relata los horrores del sistema y los inconcebibles principios y procedimientos del juzgamiento que puede terminar, por

simples o inocentes actos, en la muerte por una máquina infernal. Prevalece la injusticia en el procedimiento y la inhumanidad en la ejecución. El seudo proceso se presenta así: a) El reo no conoce la sentencia, porque resulta inútil anunciarla. b) No sabe que ha sido condenado. c) No se le concede ninguna oportunidad de defenderse. d) Sentencia el oficial más duro del penal y admirador del oficial que inventó la máquina. e) El principio de este juez era que la culpa es siempre indudable. f) No es necesario la prueba y la declaración del procesado.

Advirtiéndole que el mal nunca termina y vuelve al rato que se ausenta, Kafka le formula al inventor de la máquina este epitafio: «Aquí yace el antiguo comandante. Sus partidarios, que ya deben de ser incontables, cavaron esta tumba y colocaron esta lápida. Una profecía dice que después de determinado número de años el comandante resurgirá, y desde este casa conducirá a sus partidarios para reconquistar la colonia. Creed y esperad».

A la prisión se le atribuyen muchos males, entre ellos tenemos: no corrige al delincuente para después reintegrarlo a la sociedad, por el contrario es una escuela de delincuentes; destruye la unión familiar y el mundo de relaciones y amistades del reo; lo endurece en contra de la sociedad que lo ha proscrito; los pobres son a los que generalmente encarcelan, quedando al margen del sistema los delincuentes de cuello blanco; los reos salen de la prisión desadaptados, estigmatizados y rechazados por la sociedad; hace perder la dignidad; fabrica culpables que generalmente vuelven a la prisión.

En nuestro país las cárceles se encuentran en una situación lamentable: no existe un sistema educativo adaptado a las finalidades constitucionales de la prisión (educación y reinserción a la sociedad); están sobrepobladas de presos y detenidos; la alimentación y la atención médica son malísimas y los internos padecen de muchas enfermedades; aprenden a refinar sus malas inclinaciones y salen a hacer más daño a la sociedad.

Según el informe de 1995 del CENIDH prácticamente no existe presupuesto de salud para el sistema penitenciario, por lo que muchos reclusos están en situación deplorable de salud, sin posibilidad de brindarles tratamiento médico, lo que en algunos centros han provocado brotes de malaria, dengue y cólera. Por otra parte, el estado de hacinamiento es deplorable en 8 centros penales, donde el 70% de los internos duermen sobre tablas o cartones en el piso y el 56% no tiene ni colchones ni sábanas, es limitado el acceso a la energía eléctrica, agua potable y servicios eléctricos y el 25% de los reos a nivel nacional se encontraba esperando la sentencia definitiva.

En el Informe Anual 1995 de la Comisión Permanente de Derechos Humanos (C.P.D.H.), «Apertura de las Autoridades Policiales», manifiestan que dicho centro en coordinación con la Inspectoría Civil de Responsabilidad Profesional del MINGOB y la Inspectoría General de la Policía, realizaron una intensa actividad de concientización sobre los derechos humanos de los nicaragüenses en unos qui-

nientos miembros de la Policía y el Sistema Penitenciario Nacional. No obstante, a pesar de esta apertura de las autoridades superiores de la Policía para los organismos de derechos humanos, la Policía continuó incurriendo en una serie de actos violatorios de los derechos humanos.

En cuanto a la situación penitenciaria, abordan que el Sistema Penitenciario Nacional (S.P.N.) continúa siendo desastroso, con un enorme desabastecimiento en cuanto alimentación y medicinas para los prisioneros, lo que ocasionó que a finales del año en la Cárcel Modelo de Tipitapa (el centro más grande del país), murieran tres prisioneros, producto de epidemias y por falta de una atención médica adecuada. Además, ni siquiera se cuentan con los elementos médicos básicos para atender casos de emergencia.

La falta de vehículos en el S.P.N. para cumplir adecuadamente con los traslados de reos para las diligencias judiciales, entre otras, provoca una marcada retardación de justicia que abarca el cincuenta por ciento de una población penitenciaria, cercana a los tres mil quinientos prisioneros a nivel nacional.

En Matagalpa, la población penitenciaria en general tiene problemas de abastecimiento de agua, e igual sucede en el Centro Penitenciario de Waswalí, ubicado a varios kilómetros de la ciudad, donde se torna más difícil ya que un vehículo tiene que trasladarles el agua para tomar y a veces consiguen un poco más de agua que la utilizan para bañarse cada dos días.

En Estelí, la población de prisioneros sobrepasa la capacidad de las cárceles, cuyas condiciones físicas, no ofrecen seguridad para que los prisioneros no se escapen, pues son galerones de madera cuya vida útil está vencida. En la celebración del XVI Aniversario del Sistema Penitenciario de Estelí, Mons. Abelardo Mata señaló: « en estos momentos se han reducido las actividades de carácter reeducativo en nuestros penales y con la posibilidad real que en el próximo año desaparezcan por falta de presupuesto». Lo mismo ocurre en las cárceles de Chinandega.

La Asociación Nicaragüense Pro-Derechos Humanos (A.N.P.D.H), en su documento «Situación de los Derechos Humanos, Nicaragua 1995» aborda la delicada situación en que se encuentran los reos actualmente, tanto en las celdas de detención de la Policía Nacional como en las cárceles del Sistema Penitenciario Nacional. Ambas instituciones tienen bajo su cargo a más reos de lo que ofrecen sus capacidades, lo que ha provocado que los detenidos se encuentren en condiciones de hacinamiento y reciban una alimentación deficiente.

Por su parte, las diversas instituciones penitenciarias visitadas informaron a la A.N.P.D.H. que algunos de ellos cuentan con un médico permanente, sin embargo carecen de recursos para la adquisición de medicamentos.

El primer semestre de 1995 los sistemas penitenciarios sobrepasaron el 70% de sus capacidades en Estelí, Chinandega, Tipitapa, Mujeres, Granada, Juigalpa,

Matagalpa y Bluefields; teniendo un total de ocho centros penitenciarios, con un total en capacidad de 2,411 reos y con un promedio total de reos de 4,112.

Por otro lado, hacen mención del estado de las instalaciones físicas. Algunas de las celdas para detenidos en la Policía Nacional no prestan condiciones adecuadas. En lo que se refiere a Matagalpa y Estelí se caracterizan por su escasa iluminación y ventilación.

En el Sistema Penitenciario de Managua, el deterioro en las instalaciones físicas es evidente, además tienen problemas las instalaciones de agua potable y el drenaje de las aguas negras.

Por lo expuesto, es preciso cambiar el sistema educativo, especializar al personal en materia penitenciaria; establecer un sistema de trabajo voluntario debidamente remunerado; brindar un tratamiento más humano al interno. También es muy importante la presencia de la justicia en el sistema penitenciario si se quiere mejorar y conservar la potestad de que juzgar y ejecutar lo juzgado pertenece al poder judicial. No debemos olvidar dos cosas importantes: muchas materias relacionadas con el cumplimiento de la pena corresponde exclusivamente al poder judicial, como, por ejemplo, la libertad condicional, la libertad del que cumplió su condena; al sistema penitenciario se le conceden amplias potestades disciplinarias y al reo sus derechos. Es conveniente que un juez controle el cumplimiento de todas estas materias. Para la mayor eficacia debe ser un juez especial de ejecución penal.

En el Código de Instrucción Criminal y en algunas leyes especiales, existen pocas disposiciones que se refieran a la ejecución penal y no se ha promulgado una Ley Penitenciaria. Se precisa de una regulación amplia de la ejecución penal que tienda a convertir en realidad, de acuerdo con nuestras posibilidades, la finalidad del art. 39 Cn., que es reeducar al reo para incorporarlo nuevamente a la sociedad, asimismo a consagrar los derechos y deberes de los internos. Esto puede estar repartido de acuerdo con la técnica legislativa y la materia penal y administrativa, en el Código de Instrucción Criminal y en una Ley Penitenciaria.

Se considera indispensable establecer un sistema de ayuda postcarcelaria, a fin de orientar al egresado en su adaptación y obtención de trabajo. Todas estas medidas deben ir acompañadas de un programa de educación a la sociedad sobre la importancia de ayudarles en aras de su propio bienestar y tranquilidad.

En resumen, cuanto antes debemos emprender la reforma del sistema penitenciario y dotarlo de un presupuesto adecuado.

## **5. La Policía**

El concepto de policía que hemos tenido en Nicaragua lo heredamos de los siglos XVII y XVIII, muy diferente del moderno concepto. El poder de policía se



refiere a todo lo que el hombre hace y aparece vinculado al Ejército. Es una concepción peligrosa y atentatoria contra la libertad. La policía no puede juzgar sobre faltas o contravenciones, menos aún con la amplitud señalada.

Tal totalitarismo se manifiesta en el Código de Policía de 1880, que establece multas, encarcela, reprende y decomisa, regula materias religiosas, morales, laborales, higiénicas, de espectáculos públicos, vagancia, ebriedad, orden público, juegos, sobre curanderos y parteras, mendigos, ornato, colegios, agricultura, caminos, imprenta, moneda, etc. Más de cuarenta y dos amplísimos rubros abarca.

De esta situación se ha abusado y persisten graves resabios que es preciso acabar. Se han detectado casos en que se impone seis meses de cárcel. Los poderes ejecutivos de los países latinoamericanos se valen de la policía, la cual está bajo su dependencia, para dominar el sistema penal, ejercer control social, punitivo y político, apartando o debilitando al poder judicial.

Como consecuencia se necesita una policía civil, obediente y sujeta al poder civil, organizada al servicio de los ideales democráticos y de los principios de Estado de derecho.

Es curioso observar que en el Código de Policía promulgado en el siglo pasado se creó la policía judicial y hoy, a finales del siglo XX, ha desaparecido. Esa policía podía hacer pesquisas para descubrir a los delincuentes y perseguir a los hallados en flagrante delito o por orden competente, recoger el arma con que se cometió el delito y todo los objetos que sirvan para probar su perpetración y debe «prestar mano fuerte a las autoridades, ejecutando y auxiliando la ejecución de las providencias y órdenes que se dictan».

Se necesita una policía judicial adscrita al Poder Judicial, dotada de suficientes elementos técnicos, humanos y económicos. En el informe final del Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, se sentó el criterio de que si se quieren poderes judiciales independientes es menester que la policía dependa administrativamente del poder judicial, y termina recomendando tal dependencia funcional y administrativa a este poder.

Hoy la policía detiene sin orden judicial y puede retener a un individuo hasta por dos días. En algunas oportunidades no permite que el detenido consulte a un abogado. Esto se presta a persecuciones políticas o de cualquier otra índole. También se le ha facultado a levantar una especie de instructiva que frecuentemente los jueces y tribunales fallan de acuerdo con ella, sustituyendo en esta forma a la autoridad judicial en la comprobación de los hechos. El plenario sólo se ocupa para presentar testigos de buena conducta, olvidándose que representa el verdadero juicio contradictorio y que debe fallarse de acuerdo con la prueba que en esta etapa del juicio se obtiene y no con la del sumario o de la policía.

## **6. La Procuraduría de Justicia**

Es un importante organismo para el cumplimiento de la legalidad y tiene diversas funciones tuitivas: vela por interés de los menores, interviene en el proceso civil y en el penal, en el amparo, representa al Estado, etc. Estas funciones no son atendidas a cabalidad por falta de recursos técnicos, humanos y económicos. A lo anterior hay que agregar su falta de independencia.

Se pretendió que en la reforma constitucional de 1995 se le concediese autonomía, y que el Procurador General de la República fuera nombrado exclusivamente por la Asamblea Legislativa por mayoría especial. Otra solución era convertirlo en un organismo judicial. Ambas soluciones se ajustan a las recomendaciones del estudio citado del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pero ninguna se ha logrado.

En Nicaragua hemos aprendido a desconfiar, y por eso vemos con malos ojos que la instrucción del proceso penal sea entregada a la Procuraduría Penal, y menos a la policía, como se pretendió en el proyecto de Código de Instrucción del régimen sandinista, en el cual el plenario estaba a cargo de un tribunal popular. Para llegar al monopolio de la acción penal y a la investigación del sumario en poder del fiscal, tendríamos que perfeccionar todo el sistema penal, haciéndolo funcionar dentro de un ambiente democrático para que no se ahogue.

Debe ser un juez el encargado de esa tarea, como lo ha sido siempre. Es preferible que sea un juez diferente al del plenario y de la sentencia, para conservar incólume la imparcialidad judicial, valor fundamental de un proceso justo.

## **7. Seguridad del habitante**

En los países de la región centroamericana, especialmente en Nicaragua, se ha presentado un deterioro de las condiciones de la seguridad de los habitantes y una de las necesidades más urgentes es la lucha contra la delincuencia.

La seguridad del habitante y el fenómeno de la criminalidad tienen importancia por la incidencia que tiene en el proceso de democratización y desarrollo del país, marcado por un estancamiento económico y deterioro social, una cultura de violencia, dictaduras y conflictos armados, y con los consecuentes abusos en el uso de la fuerza por parte del Estado.

### **A. Concepto**

El concepto de seguridad de los habitantes, como lo presenta el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo comprende no sólo la seguridad jurídica bajo un Estado de Derecho, en el cumplimiento de la ley, posibilitando la coherencia del ordenamiento jurídico y la consolidación del desarrollo humano sostenible,

mediante el paso de su reivindicación de necesidades humanas a su constitución como derecho efectivo.

En otras palabras la seguridad de los habitantes, como expresa Elías Carranza, debería incluir no sólo la seguridad de no ser víctima de delitos, sino también la de gozar de la vigencia de un Estado constitucional de Derecho, y de un estándar mínimo o razonable de bienestar en materia de salud, de educación, de vivienda e ingreso. Este concepto sería el de desarrollo humano sostenible, que tiene a la equidad como principio.

## **B. Desarrollo humano sostenible**

El objetivo del desarrollo humano es ampliar las oportunidades de las personas, para que puedan satisfacer sus necesidades básicas en un clima de convivencia, libre de todo peligro, daño o riesgo a su vida, integridad física o a su patrimonio. Esa libertad sería lo que se puede calificar como seguridad, siendo el Estado el responsable de garantizarla, a través de sus instituciones, para evitar lo que el PNUD califica como «perfil de sufrimiento humano». La esencia de desarrollo humano sostenible es que todas y todos tengan igual acceso a las oportunidades de desarrollo ahora y en el futuro.

## **C. Causas del deterioro de la seguridad**

En el caso de Nicaragua la seguridad del habitante se ve deteriorada, entre otras, por el incremento de la criminalidad, por la extralimitación del Estado en el uso de su facultad punitiva, por la negligencia, deficiencia e indiferencia del Estado.

El incremento de la criminalidad genera temor y alarma social en la población. Para Elías Carranza, tal temor y alarma social origina a su vez actitudes y reacciones al nivel de los individuos, y al nivel de las políticas públicas; finalmente el delito, el temor al delito y las medidas de reacción (que no siempre son las correctas) se combinan para deteriorar la naturaleza de nuestra sociedad, haciéndola menos solidaria y aumentando la violencia. Hay tres categorías de delitos que afectan especialmente la seguridad del habitante (los datos estadísticos fueron obtenidos de ILANUD):

a) Delitos contra la vida y la integración personal. Las tasas por 100 mil habitantes sobre la base de las denuncias consignadas en las estadísticas policiales son: 176 en 1990; 217 en 1991; 262 en 1992; 266 en 1993 y 308 en 1994. La explicación del incremento de estos delitos tiene su base en la tenencia de armas de fuego por parte de la población, como consecuencia de la postguerra y de la «mano de obra desocupada» que durante la década de los 80 tuvieron empleo en las fuerzas armadas regulares y de oposición.

b) Delitos contra la propiedad. La tasa por 100 mil habitantes de estos delitos fue: 516 en 1990; 510 en 1991; 547 en 1992; 638 en 1993; y 633 en 1994. En otros

países se ha demostrado en estos delitos se da una correlación inversa entre la relación consumo-delitos: al reducirse el consumo per cápita aumentan los delitos contra la propiedad y viceversa. En Nicaragua se estaría verificando la relación inversa entre las variables consumo y delitos contra la propiedad, ya que a mayor pobreza corresponde menor ingreso, a lo obviamente que corresponde menor capacidad de compra, a lo que corresponde menor consumo, como explica Elías Carranza.

En la investigación «Evolución del delito en Nicaragua 1980-1995», realizada por la Secretaría Ejecutiva de la DGPN, el Programa de Derechos Humanos de la UCA/CE y el ILANUD se encontró correlación entre la variable desempleo y delitos contra la propiedad, al verificar que los delincuentes capturados por la policía en los últimos cinco años (1990 a 1995) en 30% no tenía ningún tipo de trabajo y un 48% estaba subempleado, por lo que el 78% de los detenidos estaban en el desempleo, ya sea abierto o encubierto. En este sentido el desempleo estaría más directamente relacionado con la reducción y con la consiguiente reducción de consumo.

c) Delitos contra la libertad sexual. Para Elías Carranza, en los últimos años se han elevado los registros de denuncia de estos delitos, lo cual es un avance positivo o se pone de manifiesto un fenómeno que se había mantenido oculto y favorece medidas de prevención adecuada y el tipo de sanción correspondiente. Las tasas por 100 mil habitantes de dichos delitos es de 13.9 en 1990; 17.8 en 1991; 30 en 1992; 41 en 1993 y 44 en 1994. La interpretación de este incremento se encuentra en la falta de educación sexual, la ausencia de prevención de abusos y agresiones sexuales a la niñez y la mujer, el papel de los medios de comunicación que generalmente es negativo a la hora de abordar este tema, la extralimitación de la represión en el aumento de las penas de los mismos y el nulo trabajo con la familia para prevenir estos delitos (el 75% de estos delitos ocurren en el interior de las familias).

#### **D. Extralimitación punitiva del Estado**

El sistema penal puede ser una fuente muy importante de inseguridad del habitante, que se puede manifestar en sus diferentes niveles: policial, judicial y penitenciario. El tipo y calidad de legislación que tenemos vigente (Reglamento de Policía de 1880, el Código Penal de 1974, el Código de Instrucción Criminal de 1879) vulneran en la mayoría de los casos de derecho y libertades fundamentales del habitante, generando detenciones arbitrarias, carencia de garantías del detenido, falta de igualdad frente a la ley, indefensión de los acusados, retardo procesal, falta de derecho y atención a la víctima, situación penitenciaria de hacinamiento o peligro de vida.

## **E. Negligencia, deficiencia e indiferencia estatal**

Para Rosa del Olmo, su margen es muy amplio ya que habría que detectar las condiciones de residencia de las personas, la ubicación de viviendas en zonas de alto riesgo, la deficiencia en la infraestructura para la protección de las viviendas, la situación deficitaria en el equipamiento de emergencia, la deficiencia en las políticas estatales de información y prevención de desastres naturales. Incluso, el daño o riesgo a la vida por falta de agua potable, como resultado por ejemplo de no darle mantenimiento a las tuberías, o el daño a la propiedad por inundaciones ocasionadas por falta de drenaje adecuado, o por los cortes violentos del servicio de luz eléctrica que afecta, de manera especial, a los electrodomésticos de las viviendas de los ciudadanos sin recursos que viven en los barrios de nuestras ciudades y los cortes de agua sin aviso previo y por tiempo ilimitado que generan insalubridad en los hogares.

En este orden de ideas, es importante establecer la relación entre la presencia permanente de huecos en la calles de la ciudad, así como en las carreteras del país, y el daño o riesgo a la vida de quien conduce un vehículo y de terceros, sin olvidar el posible riesgo a su propiedad por los daños que ocasionan al vehículo el estado en que se encuentran las vías de tránsito.

Las causas anteriores nos ponen de manifiesto que la inseguridad del habitante no es un tema exclusivo de la criminalidad. Es decir, la inseguridad no sólo nace del miedo de ser víctima de un delito de homicidio, robo o secuestro, sino de estar sujetos a leyes obsoletas y a condiciones materiales que ponen en grave peligro la vida, la integridad física y psicología, la seguridad jurídica y el patrimonio de las personas.

## **8. Reformas a nivel latinoamericano**

La mayor parte de los países latinoamericanos están reformando o han reformado sus sistemas penales. En Centroamérica, Costa Rica ya lo hizo e incluso está mejorando lo hecho recientemente, Guatemala acaba de publicar un nuevo Código de Procedimiento Penal, Honduras y el Salvador están a punto de hacerlo. Nicaragua no puede quedar atrás en este avance.

En resumen, debemos reformar el sistema penal de acuerdo con nuestras realidades y posibilidades. Es casi imposible encontrar una opinión contraria debidamente fundamentada.

Sin perjuicio de la ayuda internacional, la reforma tiene que ser realizada por nicaragüenses y para nicaragüenses.

## Código de Abreviaturas

|          |                                                                |
|----------|----------------------------------------------------------------|
| A.C.     | Antes de Cristo.                                               |
| Art.     | Artículo.                                                      |
| Arts.    | Artículos.                                                     |
| B.J.     | Boletín Judicial.                                              |
| C.       | Código Civil de Nicaragua.                                     |
| CEDH     | Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos. |
| Cfr.     | Confrontar.                                                    |
| CIDH     | Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos.          |
| Cn.      | Constitución.                                                  |
| Etc.     | Etcétera.                                                      |
| F.S.L.N. | Frente Sandinista de Liberación Nacional.                      |
| Inc.     | Inciso.                                                        |
| L.A.     | Ley de Amparo.                                                 |
| L.E.     | Ley Electoral.                                                 |
| L.I.     | Ley de Inmunidad.                                              |
| L.O.T.   | Ley Orgánica de Tribunales.                                    |
| LOPJ     | Ley orgánica del poder judicial.                               |
| O.E.A.   | Organización de Estados Americanos.                            |
| O.N.U.   | Organización de las Naciones Unidas.                           |
| Pag.     | Página                                                         |
| Pn.      | Código Penal de Nicaragua.                                     |
| Pr.      | Código de Procedimiento Civil de Nicaragua                     |
| S.       | Sentencia.                                                     |
| S.A.     | Sociedad Anónima.                                              |
| Sigts.   | Siguientes.                                                    |
| U.C.A.   | Universidad Centroamericana                                    |

## Índice Onomástico

|                              | Página             |
|------------------------------|--------------------|
| Amaya Cora                   | 267                |
| Arce Joaquín                 | 26                 |
| Aristides Somarriba          | 286                |
| Bidar Germán J.              | 70                 |
| Bryce Jame                   | 84                 |
| Burgos Ignacio               | 273                |
| Calamadrei                   | 275, 276, 277, 290 |
| Calatayud Antonio            | 283                |
| Cappelletti                  | 265, 275, 277, 283 |
| Cicerón                      | 211                |
| De Rotterdam Erasmo          | 211                |
| De Unamuno Miguel            | 123                |
| De Fiore Joaquín             | 112                |
| De Victoria Francisco        | 211                |
| De Vega García Pedro         | 263                |
| Di Ruffia Paolo Biscaretti   | 153                |
| Duverger Maurice             | 220                |
| Escobar Aguilar María Ofelia | 210                |
| Escobar Fornos Iván          | 61, 266, 276       |
| Fix Zamudio Hector           | 266, 267, 275, 276 |
| Flores-Valdez                | 26                 |
| Freude                       | 112                |
| García de Enterría Eduardo   | 80                 |
| García Jorge Mario           | 52, 271            |
| González Pérez               | 266, 272           |
| Grocio Hugo                  | 211                |
| Hamilton Alexander           | 49                 |
| Hart H.L.A.                  | 68, 69             |
| Hesiodo                      | 211                |
| Hirchbery Max                | 179                |
| Hobbes Thomas                | 211                |
| Kelsen                       | 69, 212, 263       |
| Koafi Guillermo              | 277                |
| Laferreira                   | 185                |
| Linares Juan Francisco       | 77, 275            |
| Locke                        | 211                |
| Loewenstein Karl             | 220                |
| Manú y Buda                  | 211                |
| Manzanares Danilo            | 283, 286           |
| Marshall John                | 49                 |
| Mezey Mitchael L.            | 118                |
| Montesquieu                  | 211                |
| More Thomas                  | 112                |
| Nathan Cardozo Benjamín      | 224                |

|                           |             |
|---------------------------|-------------|
| Ordóñez Víctor Manuel     | 291         |
| Pérez Royo Javier         | 170         |
| Platón                    | 112         |
| Quintero César A.         | 139         |
| Quiroga Lavie Humberto    | 75          |
| Rousseau Juan Jacobo      | 211         |
| Rubio Llorente Francisco  | 265         |
| Sanin Greiffenstean Jaime | 275         |
| Schmitt Carl              | 81, 82, 263 |
| Sieyes                    | 81,83       |
| Silva Bascuñan Alejandro  | 275         |
| Sofocles                  | 211         |
| Solís Falla Alex          | 167         |
| Solón                     | 211         |
| Stemmle Robert A.         | 179         |
| Varas Guillermo           | 57          |
| Vescovi Enrique           | 278         |
| Washington George         | 108         |
| Wilde Oscar               | 112         |
| Zamora Castillo Alcalá    | 277, 282    |
| Zimmerman Joseph F.       | 121         |



## Índice de artículos

### Constitución Política de Nicaragua

|                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Página |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Art.39, 56, 70, 80, 98                                                                                                                                                                                                                                                          | 22     |
| Art. 72                                                                                                                                                                                                                                                                         | 25     |
| Art. 2, 48, 5                                                                                                                                                                                                                                                                   | 29     |
| Art. 2, 47, 132, 146                                                                                                                                                                                                                                                            | 37     |
| Art. 129, 182, 150, 164, 188                                                                                                                                                                                                                                                    | 41     |
| Art. 60, 80                                                                                                                                                                                                                                                                     | 42     |
| Art. 164                                                                                                                                                                                                                                                                        | 60     |
| Art. 164, 182                                                                                                                                                                                                                                                                   | 63     |
| Art. 8, 9, 46, 71                                                                                                                                                                                                                                                               | 74     |
| Art. 44, 114                                                                                                                                                                                                                                                                    | 76     |
| Art. 192, 193                                                                                                                                                                                                                                                                   | 84     |
| Art. 7                                                                                                                                                                                                                                                                          | 87     |
| Art. 193                                                                                                                                                                                                                                                                        | 91     |
| Art. 168, 173                                                                                                                                                                                                                                                                   | 92     |
| Art. 2, 173, 140                                                                                                                                                                                                                                                                | 118    |
| Art. 49, 55, 5, 180, 30, 87                                                                                                                                                                                                                                                     | 127    |
| Art. 55                                                                                                                                                                                                                                                                         | 130    |
| Art. 144                                                                                                                                                                                                                                                                        | 137    |
| Art. 138                                                                                                                                                                                                                                                                        | 138    |
| Art. 158                                                                                                                                                                                                                                                                        | 141    |
| Art. 2, 146, 178                                                                                                                                                                                                                                                                | 142    |
| Art. 178                                                                                                                                                                                                                                                                        | 149    |
| Art. 132                                                                                                                                                                                                                                                                        | 157    |
| Art. 138,99                                                                                                                                                                                                                                                                     | 158    |
| Art. 132, 5, 11, 21, 26, 32, 33, 34, 36, 42, 44, 45, 50, 51, 54, 61,<br>67, 68, 72, 74, 79, 81, 82, 88, 91, 93, 95, 97, 99, 100, 104, 106<br>107, 108, 112, 121, 125, 130, 131, 138, 139, 140, 145, 150, 151<br>153, 157, 158, 162, 164, 166, 173, 175, 177, 178, 181, 183, 200 | 165    |
| Art. 130                                                                                                                                                                                                                                                                        | 168    |
| Art. 2, 7, 50, 132, 146, 178                                                                                                                                                                                                                                                    | 170    |
| Art. 131                                                                                                                                                                                                                                                                        | 178    |
| Art. 5, 44, 99, 32                                                                                                                                                                                                                                                              | 183    |
| Art. 139, 138, 191, 149                                                                                                                                                                                                                                                         | 191    |
| Art. 140, 191                                                                                                                                                                                                                                                                   | 201    |
| Art. 140                                                                                                                                                                                                                                                                        | 202    |
| Art. 113, 150, 191, 11, 141                                                                                                                                                                                                                                                     | 203    |
| Art. 141                                                                                                                                                                                                                                                                        | 205    |
| Art. 142, 150, 143, 141                                                                                                                                                                                                                                                         | 209    |
| Art. 143                                                                                                                                                                                                                                                                        | 210    |
| Art. 23                                                                                                                                                                                                                                                                         | 225    |
| Art. 25, 26                                                                                                                                                                                                                                                                     | 226    |

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Art. 25, 26                                                                  | 227 |
| Art. 26, 27                                                                  | 228 |
| Art. 28, 30, 31, 32, 33, 34, 45                                              | 229 |
| Art. 34                                                                      | 230 |
| Art. 35, 36, 37, 38, 40, 41                                                  | 231 |
| Art. 42, 43, 44, 48, 50, 49, 53, 54, 55, 47, 51, 52                          | 232 |
| Art. 56, 57, 58, 65, 116, 59, 61, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78 | 233 |
| Art. 78, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87,                                         | 234 |
| Art. 47                                                                      | 276 |
| Art. 150, 151, 138, 163, 177, 5, 170                                         | 295 |
| Art. 46, 71, 96, 34, 33, 5, 44                                               | 296 |
| Art. 71, 56, 68, 114                                                         | 297 |
| Art. 114, 138                                                                | 300 |
| Art. 133, 136, 132, 138, 150, 162, 164,                                      | 301 |
| Art. 130, 163, 159, 33                                                       | 302 |
| Art. 148, 147                                                                | 303 |
| Art. 138, 170, 172                                                           | 304 |
| Art. 138, 29                                                                 | 305 |
| Art. 93, 95, 97, 92, 96, 177, 178                                            | 306 |
| Art. 177, 140                                                                | 307 |
| Art. 34                                                                      | 312 |
| Art. 52, 158, 27, 165, 34                                                    | 313 |
| Art. 27, 165, 156                                                            | 326 |

### **Código de Procedimiento Civil de Nicaragua**

|           |        |
|-----------|--------|
|           | Página |
| Art. 2057 | 31     |
| Art. 194  | 37     |
| Art. 194  | 41     |
| Art. 2002 | 278    |
| Art. 827  | 279    |
| Art. 194  | 285    |
| Art. 194  | 286    |

### **Ley orgánica del Poder Judicial**

|         |        |
|---------|--------|
|         | Página |
| Art. 13 | 31     |

### **Reglamento interno de la Asamblea Nacional**

|                           |        |
|---------------------------|--------|
|                           | Página |
| Art. 88, 84               | 203    |
| Art. 89, 91               | 204    |
| Art. 95, 98, 99, 104, 105 | 205    |

## **Ley Electoral**

|          | Página |
|----------|--------|
| Art. 142 | 87     |
| Art. 61  | 129    |
| Art. 148 | 149    |

## **Estatutos de la Asamblea Nacional**

|                         | Página |
|-------------------------|--------|
| Art. 20                 | 158    |
| Art. 31                 | 159    |
| Art. 27, 33, 34, 138    | 160    |
| Art. 39, 40             | 161    |
| Art. 5                  | 196    |
| Art. 43                 | 203    |
| Art. 49, 51, 50, 52, 95 | 204    |
| Art. 47, 48             | 205    |
| Art. 23                 | 277    |

## **Ley Orgánica de Tribunales**

|                             | Página |
|-----------------------------|--------|
| Art. 19, 144, 164, 143, 167 | 179    |
| Art. 110, 111, 116          | 266    |

## **Código Penal de Nicaragua**

|               | Página |
|---------------|--------|
| Art. 385, 386 | 179    |

## **Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos**

|             | Página |
|-------------|--------|
| Art. 8      | 180    |
| Art. 44, 46 | 244    |
| Art. 50, 51 | 245    |
| Art. 61, 63 | 246    |

## **Convención Europea de Derechos Humanos**

|                     | Página |
|---------------------|--------|
| Art. 21, 26, 27, 28 | 247    |
| Art. 25             | 248    |
| Art. 48             | 250    |

## **Ley de Inmunidad**

Art. 8, 9, 10, 11, 12, 14

Página  
195

## **Ley de Amparo**

Art. 18, 19

Página  
32

Art. 5

60

Art. 1, 2, 6, 7

63

Art. 6

102

Art. 51,

269

Art. 23

273

Art. 15, 18, 17

282

Art. 20, 19, 14

283

Art. 5, 20, 21

285

Art. 23, 6, 24

287

Art. 25, 26, 27, 30

288

Art. 44, 45

290

Art. 52, 74

291

Art. 67, 83, 59

292

## **Código de Instrucción Criminal**

Art. 235

Página  
313

## **Indice de Jurisprudencia**

### **Año 1915**

Op. págs. 739, 740

283

Op. págs. 739,740

286

### **Año 1918**

S. 12 m. del 18 de agosto B.J.p 2034

266

### **Año 1921**

S. 12 m. del 3 de mayo B.J.p.3286

285

### **Año 1928**

S. 11:30 a.m. del 25 de enero B.J.p.6238

47

S. 11:30 a.m. del 25 de enero B.J.p.6238

274

### **Año 1929**

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| S. 10 a.m. del 6 de agosto B.J.p.7097     | 47  |
| S. 12 m. del 27 de septiembre B.J.p. 7163 | 47  |
| S. 10 a.m. del 6 de agosto B.J.p. 7097    | 274 |
| S. 12 m. del 27 de septiembre B.J.p.6163  | 274 |

### **Año 1930**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| S. 10:30 a.m. del 25 de febrero B.J.p. 7342 | 178 |
|---------------------------------------------|-----|

### **Año 1936**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| S. 11 a m. del 20 de mayo B.J.p. 9318 | 285 |
|---------------------------------------|-----|

### **Año 1960**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| S. 11 a.m. del 2 de mayo B.J.p. 19946 | 178 |
|---------------------------------------|-----|

### **Año 1961**

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| S. 12 m. del 9 de marzo B.J.p.20328     | 286 |
| S. 10 a.m. del 21 de abril B.J.p. 30396 | 286 |

### **Año 1962**

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| S. 10:30 a.m. del 13 de agosto B.J.p. 366 | 268 |
|-------------------------------------------|-----|

### **Año 1964**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| S. 9:45 a.m. del 12 de enero B.J.p.8 | 178 |
|--------------------------------------|-----|

### **Año 1966**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| S. 10 a.m. del 22 de febrero B.J.p.41 | 42  |
| S. 11 a.m. del 22 de febrero B.J.p.41 | 286 |

### **Año 1967**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| S. 9:45 del 22 de febrero B.J.p. 41         | 42  |
| S. 11 a.m. del 12 de Mayo B.J.p. 75         | 42  |
| S. 8:30 a.m. del 5 de septiembre B.J.p. 175 | 42  |
| S. 10:35 a.m. del 22 de diciembre B.J.p.258 | 42  |
| S. 9:45 a.m. del 2 de febrero B.J.p.41      | 286 |
| S. 11 a.m. del 12 de mayo B.J.p. 75         | 286 |
| S. 8:30 a.m. del 5 de septiembre B.J.p. 175 | 286 |
| S. 10:35 a.m. del 22 de diciembre B.J.p.258 | 286 |

### **Año 1970**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| S. 8:30 a.m. del 13 de agosto B.J.p. 186   | 42  |
| S. 9:30 a.m. del 29 de agosto B.J.p. 20074 | 285 |
| S. 8:30 a.m. del 13 de agosto B.J.p. 186   | 286 |

### **Año 1971**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| S. 9:45 a.m. del 15 de diciembre B.J.p. 242 | 42  |
| S. 9:45 a.m. del 15 de diciembre B.J.p. 242 | 286 |

### **Año 1972**

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| S. 10 a.m. del 24 de febrero B.J.p. 14   | 42  |
| S. 9:45 a.m. del 14 de marzo B.J.p.39    | 42  |
| S. 8:30 a.m. del 15 de agosto B.J.p. 190 | 42  |
| S. 10 a.m. del 24 de febrero B.J.p. 14   | 286 |
| S. 8:30 a.m. del 15 de agosto B.J.p. 190 | 286 |
| S. 9:45 a.m. del 14 de marzo B.J.p. 39   | 286 |

### **Año 1982**

|                    |    |
|--------------------|----|
| S. del 13 de mayo  | 40 |
| S. del 16 de junio | 40 |

### **Año 1989**

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| S. 9:30 del 7 de abril B.J.p.87 | 269 |
|---------------------------------|-----|

### **Año 1991**

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| S. 11 a.m. del 8 de febrero B.J.p.23     | 206 |
| S. 11 a.m. del 2 de octubre B.J.p.170    | 266 |
| S. 11 a.m. del 2 de octubre B.J.p. 170   | 276 |
| S. 10 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.170 | 276 |

### **Año 1992**

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| S. 11 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.254 | 38  |
| S. 11 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.254 | 47  |
| S. 11 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.254 | 60  |
| S. 11 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.254 | 200 |
| S. 11 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.254 | 206 |
| S. 11 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.254 | 266 |
| S. 11 a.m. del 24 de noviembre B.J.p.254 | 272 |
| S. 10 a.m. del 21 de julio B.J.p. 163    | 276 |
| S. 9 a.m. del 26 de noviembre B.J.p.259  | 298 |

### **Año 1997**

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| S. 9 a.m. del 7 de enero          | 200 |
| S. 10:30 a.m. del 18 de diciembre | 200 |



























































































































































