



INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA
FUNDADO EN 1995



A 21 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: VIGENCIA Y DESAFÍOS

Edwin Castro Rivera - Sergio J. Cuarezma Terán
Directores

**Instituto de Estudio e Investigación Jurídica
(INEJ)**

A 21 años de la Constitución Política: Vigencia y desafíos

Directores

Edwin Castro Rivera
Sergio J. Cuarezma Terán

Presentación

Daniel Ortega Saavedra
Presidente de la República de Nicaragua

Prólogo

Manuel Alcántara Sáez
Catedrático Universidad de Salamanca, España



Equipo editorial

Dirección	:	Edwin Castro Rivera Sergio J. Cuarezma Terán
Coordinación	:	Francisco Enríquez Cabistán
Cuido de la edición	:	Alicia Casco Guido
Revisión del texto	:	Lea Meza Córdoba
Diseño interior y de portada	:	Eduardo Espinales
Fotografías de portada	:	Cortesía del diario LA PRENSA

ISBN: 978-99924-0-732-5

Todos los derechos reservados conforme a la ley
© INEJ, 2008

Apdo. Postal A-113 Managua, Nicaragua

Impreso por Servicios Gráficos
Managua, Nicaragua

Esta investigación y publicación se llevó a cabo con fondos propios del INEJ. El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

ÍNDICE GENERAL

Presentación	13
Prólogo.....	19
Agradecimientos.....	25
1 Aspectos introductorios	
1.a la Constitución Política de Nicaragua	
La Constitución, Símbolo político integrador	29
<i>Manuel Martínez Sevilla</i>	
A 21 años de La Constitución Política: Vigencia y desafíos	31
<i>Rafael Solís Cerda</i>	
La Constitución de la nación nicaragüense en un Estado Social de Derecho	37
<i>Sergio J. Cuarezma Terán</i>	
I. Introducción.....	37
II. La persona frente al poder	39
1. La profundización del Estado de Derecho.....	41
III. El Estado de Derecho como presupuesto de la convivencia.	41
1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía.....	41
2. Desarrollo legislativo de la Constitución	42
3. La administración de justicia como garante del Estado de Derecho	45
4. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial.....	45
5. Estado de Derecho y Cultura.....	46
IV. En busca de los Derechos Humanos	46
Los principios rectores y diseño estructural de la Constitución Política.....	49
<i>Francisco Enríquez Cabistán</i>	
I. Constitución Política y sus Principios Rectores.....	49
II. Eje diseñador de la Constitución Política	53
a. Parte General o Preambular.....	53
b. Parte dogmática.....	53
c. Parte orgánica.....	54
d. Parte de protección constitucional	55
e. Parte de Revisión Normativa.....	57

Reformas a la Constitución Política de 1987	63
<i>Edwin Castro Rivera</i>	
I. El procedimiento de reforma constitucional en el ordenamiento Nicaragüense	63
II. Reforma Parcial	64
III. Reforma 1990. Aprobada 30 de enero 1990	65
IV. Reforma 1990. Ley N. 115	66
V. Reforma de 1994. Ley N° 173	68
VII. Reforma 2000, Ley No. 330, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua	69
VIII. Reforma 2004. Ley No. 490, Ley que Reforma Parcialmente el art. 138, inciso 12 Constitucional	70
IX. Reforma 2005. Ley No. 521.....	71
X. Reforma 2005. Ley 527.....	72
XI. Ley Marco 2005. Ley No. 558 “Ley Marco para la Estabilidad y Gobernabilidad del País”	72

2. Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional

El constitucionalismo y el amparo de los derechos fundamentales.....	75
<i>Francisco Rosales Argüello</i>	
I. Introducción.....	75
II. Breve análisis del constitucionalismo.....	76
a. Surgimiento de mecanismos de control	78
b. Constitución Política de 1911	80
c. Constitución política de 1939.....	81
d. Constitución política de 1948.....	82
e. Constitución política de 1950.....	82
f. Constitución política de 1974.....	83
g. Ley de amparo del 28 de mayo de 1980.....	84
h. Ley de amparo No. 49 - 1988	85
i. Reforma parcial a la Constitución Política de Nicaragua .	86
Constitución Política y Derechos Humanos	89
<i>Álvaro Andrés Motta Navas</i>	
Supremacía Normativa de la Constitución Política y Justicia Constitucional	95
<i>Julio Ramón García Vilchez</i>	
I. Supremacía de la Constitución Política y Justicia Constitucional.....	95
II. La Justicia Constitucional.....	96
III. Algunas reflexiones	97

3. El Derecho a la información y la tutela de datos personales

La libertad de expresión y la información como un Derecho Social	103
<i>Freddy Potoy Rosales</i>	
El conjunto de derechos, garantías y libertades	104
Principios de la Declaración de Chapultepec	105
El concepto de la censura	106
Nicaragua y los desafíos.....	107
Protección de datos personales.....	109
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	

4. Del Sistema Educativo nicaragüense

La educación y la Constitución Política en Nicaragua	117
<i>Miguel De Castilla Urbina</i>	
I. La historia y evolución de los fundamentos constitucionales de la educación en Nicaragua	118
a) Primera Etapa: de la Constitución de Cádiz a la Constitución de 1893.....	118
b) Segunda etapa: de la Constitución de 1893 (Zelaya) a la de 1974 (Somoza Debayle-Agüero Rocha)	118
II. El origen político de los artículos que sobre la educación nacional aparecen en la Constitución Política de 1987	120
III. La Constitución Política de la República de Nicaragua en el Currículo de la Educación Básica y Media (2007)	121
La educación superior	125
<i>Orlando Mayorga Sánchez</i>	

5. Justicia e Independencia

Justicia y género en la Constitución Política de Nicaragua	133
<i>Alba Luz Ramos Vanegas</i>	
I. Las luchas por los derechos individuales.....	133
II. La igual y no discriminación en la Constitución Política bases para aplicar una justicia de género	134
III. Los Tratados Internacionales que refirman los derechos de igualdad y no discriminación.....	135

La independencia del juez	141
<i>Mario A. Houed Vega</i>	

El debido proceso como garantía constitucional	
Vigencia y desafíos.....	147
<i>Silvio Antonio Grijalva Silva</i>	
I. Introducción.....	147
II. Alcance del debido proceso.....	149
III. Extensión de las garantías a todas las etapas de la persecución penal	150
IV. Conclusiones.....	150

6. Ejército, Policía y el Estado de Derecho

La constitucionalidad del Ejército de Nicaragua	155
<i>Moisés Omar Halleslevens Acevedo</i>	
Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua	156
Constitución política 1987.....	157
Constitución Política, Reforma de 1995	158

La jurisdicción militar en la Constitución Política de Nicaragua.....	163
<i>César Ovidio Largaespada Pallavicini</i>	

I. Antecedentes	163
II. La Jurisdicción Militar en el período de 1979 hasta la aprobación de la Constitución Política de 1987.....	164
III. La jurisdicción militar en la Constitución actual	165
IV. La reforma constitucional de 1995 (Ley 192) y sus efectos en la jurisdicción militar	166
V. La jurisdicción militar en relación a las reformas constitucionales del 2005	167
VI. La jurisdicción militar actualmente.....	167

La Policía Nacional bajo el Estado Democrático y Social de Derecho	169
<i>Aminta Granera Sacasa</i>	

I. Antecedentes (1979-1987).....	169
II. Aprobación y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1987.....	171
III. El fortalecimiento normativo e institucional de la Policía Nacional.....	173
IV. Conclusiones.....	174

7. Debido proceso, Sistema Penitenciario y la Judicialización de la Ejecución de la pena

Ejecutar lo juzgado en la Constitución Política.....	177
<i>Roxana I. Zapata López</i>	
La función de la pena en la Constitución Política	185
<i>Darvyn Centeno Mayorga</i>	

8. Presidencialismo y parlamentarismo

La representación parlamentaria en Nicaragua	193
<i>Luis Humberto Guzmán</i>	
I. Concepto de representación.....	193
II. Parlamento	197
III. La representación parlamentaria en Nicaragua	202
¿Presidencialismo y Parlamentarismo? El debate político a 21 años de la Constitución de 1987	207
<i>Eduardo Marengo</i>	
I. Una tradición presidencialista	207
II. Revolución y Poder Constituyente.....	208
III. El nuevo debate: ¿Hacia un régimen parlamentario?	209
IV. ¿Más reformas?	211

9. La Administración Pública bajo el Estado Social de Derecho

El contencioso-administrativo y el control de la Administración Pública en la Constitución Política de Nicaragua.....	215
<i>Jesús González Pérez</i>	
I. El derecho a la tutela judicial efectiva	215
II. Proyección del principio en el Ordenamiento jurídico.....	217
1. Los textos constitucionales.....	217
2. El órgano jurisdiccional	218
3. Legitimación	219
4. Objeto del proceso.....	219
5. Efectividad de las sentencias	220
La Contraloría General de la República y su facultad de fiscalización.....	223
<i>Luis Ángel Montenegro</i>	

La Constitución Política de 1987 y el Régimen Municipal nicaragüense	227
<i>Patricia Delgado</i>	
Régimen de las Finanzas Públicas en la Constitución Política.....	235
<i>Wálmaro A. Gutiérrez</i>	
I. Introducción.....	235
II. El régimen presupuestario en la Constitución Política de 1974.....	236
III. El régimen presupuestario en el Estatuto Fundamental.....	236
IV. El régimen presupuestario en la Constitución Política de 1987.....	237
V. Legislación Presupuestaria.....	238
El control judicial de los actos gubernativos y de la Administración Pública.....	243
<i>Soraya Obregón Sánchez</i>	
I. Antecedentes	243
II. Control judicial de los actos gubernativos.....	244
III. Control judicial de la Administración Pública.....	246
La función de la Administración Pública como interés general de la nación.....	249
<i>Mayling Dolmus</i>	
I. Introducción.....	249
II. Régimen de Servicio Civil en Nicaragua.....	250
Antecedentes históricos.....	250
Fundamentos jurídicos de la Ley No. 476.....	252

10. El Derecho Internacional y el Derecho de Integración

Las Constituciones de Centroamérica y el Derecho Comunitario	257
<i>Mauricio Herdocia Sacasa</i>	
I. Introducción.....	257
II. La base constitucional del Derecho Comunitario.....	259
III. La relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional	260
IV. Los contenidos del Derecho Comunitario en Centroamérica	262
VI. Conclusiones.....	267
El principio de Justicia Universal y la Constitución Política de la República de Nicaragua.....	275
<i>Marta Patricia Montenegro</i>	

I. Planteamiento.....	275
II. Algunas anotaciones básicas sobre la Constitución de la República de Nicaragua: conceptos y características	276
III. Principio de justicia universal: Constitución Política y otros instrumentos legales	277
Conclusiones	282
El refugio, el asilo y la extradición en la Constitución Política.....	
<i>Orlando Guerrero Mayorga</i>	
I. Consideraciones Generales	285
II. El Refugio.....	285
III. El asilo.....	286
IV. La extradición	287
V. Derecho comparado centroamericano	288
VI. Nicaragua.....	289
VII. Conclusiones.....	290
Nacionalidad y ciudadanía en la Constitución Política de Nicaragua.....	
<i>César Vega Masís</i>	
I. Introducción.....	295
II. Nacionalidad.....	295
III. Doble o múltiple nacionalidad.....	296
IV. Ciudadanía	297
V. La nacionalidad en la Constitución Políticade Nicaragua	298
VI. La ciudadanía en la Constitución Políticade Nicaragua	300

PRESENTACIÓN

La presente obra, “A 21 años de Constitución Política: Vigencias y Desafíos”, llevada a cabo por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), bajo la dirección académica y científica del Diputado Edwin Castro Rivera y del Magistrado Sergio J. Cuarezma Terán (ambos académicos e investigadores del INEJ), sintetiza un proceso histórico y social de marcha y contramarchas. En la década de su entrada en vigencia, el país sufrió un cambio radical en todos sus niveles, el triunfo de la Revolución Popular Sandinista desmanteló la estructura institucional y política de una vieja dictadura. La transición no fue serena, llevó varios años de creación, todo ello bajo una cruel intervención extranjera que promovía el enfrentamiento entre hermanos y hermanas nicaragüenses.

A pesar del panorama sombrío que toda guerra crea, el pueblo nicaragüense, en aquel contexto, creó las bases para un Estado de Derecho y de la democracia, finalidad de la Revolución; esta labor nacional se anida en la Constitución Política de 1987. Una Constitución que en el contexto de una guerra, con sus aciertos y desaciertos, permitió bajo un régimen de corte fuertemente presidencialista dar pasos y emprender otros para la tutela de los derechos humanos, el Estado Social de Derecho y una verdadera democratización, a través de la democracia participativa y representativa. La realidad histórica es que a partir de esta Constitución Política, el país ha venido desarrollando su vida institucional, política y social, de ella se desprenden todos los procesos electorales con una alta participación ciudadana en los comicios y ha permitido al país, por primera vez en su historia, elegir con confianza y transparencia a sus autoridades nacionales y locales.

En este sentido, el régimen político republicano que proclama la Constitución Política, orienta su vida institucional bajo la dirección de un régimen presidencial, siguiendo la línea histórica de nuestras pasadas constituciones. Este régimen, como expresa en una valiosa investigación los profesores Daniel Zovatto y Jesús

Orozco Henríquez, *Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: Lectura Regional Comparada*,¹ *se caracteriza como aquel que reúne en un solo individuo, denominado Presidente de la República, (que tiene) las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. El Presidente es elegido popularmente, y no puede ser destituido por el Legislativo; a la vez, el Presidente queda inhabilitado para disolver el Parlamento, por lo que los mandatos de ambos son fijos.*

En la actualidad, se plantea que en los sistemas presidenciales la concentración del poder y la irresponsabilidad de su ejercicio no son compatibles con un Estado constitucional. El Derecho comparado muestra la evolución que se ha dado en cuanto a la actualización de los sistemas presidenciales. La preservación de estos sistemas no excluye que sean reformados y actualizados. La mayor parte de las reformas han consistido en adoptar instituciones que tienen su origen en los sistemas parlamentarios,² ya que, y con razón, Zaffaroni, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la nación de Argentina y Miembro fundador del INEJ, expresa que el presidencialismo es la causa del desprestigio del resto de poderes del Estado. “El sistema presidencialista, advierte, está agotado, no está haciendo más que traer problemas, cada vez va a traer problemas más graves.” Por tanto, “no queda otra solución que marchar en América Latina al parlamentarismo, no hay otra alternativa y a un parlamentarismo puro, no semi parlamentarista”.

No obstante, y a pesar de la rigurosidad de dicho sistema de gobierno que permite mayor injerencia en otras funciones del Estado y de la Administración del mismo, la decisión política del Frente Sandinista de Liberación Nacional, es promover la descentralización del poder presidencial y promover, desde la Asamblea Nacional, un mayor control del Poder Ejecutivo en sus decisiones, como recientemente (enero del 2008) hemos dejado constancia con la entrada en vigencia de las pasadas reformas constitucionales que profundizan, progresivamente, la transición de un régimen político presidencial a uno parlamentario. Por cierto, esta discusión, respecto qué sistema de gobierno, presidencial o parlamentario, debe prevalecer en las democracias contemporáneas, es un debate vigente en América Latina, que se desarrolló durante los años ochenta y noventa en la que puede observarse, entre los académicos y expertos, dos posiciones: la normativo-deductivo de Juan Linz, y la *histórico-empírico* de Dieter Nohlen.³

La posición de Juan Linz defiende al parlamentarismo como forma de gobierno “ideal”.⁴ Según Linz, por un lado, demuestra la “inferioridad” estructural del presidencialismo, destacando la relación entre los derrumbes democráticos y los problemas de transición y consolidación de la democracia y, por otro, la presencia del presidencialismo en América Latina. Linz recomendaba por tanto, sin restricciones, la introducción del parlamentarismo como la mejor opción para todos los países de la región sin perjuicio de su grado de desarrollo o sus especificaciones históricas. Según Linz, las debilidades del presidencialismo se expresan en la *dualidad democrática del Legislativo y el Ejecutivo, la rigidez del sistema, poco apta para la política democrática de la negociación e incapaz de enfrentar situaciones de crisis entre ejecutivo y legislativo, y el carácter conflictivo y de suma cero de las elecciones presidenciales y de la competencia partidaria*. Estas características del presidencialismo establecerían “incentivos” para estrategias no cooperativas entre los actores políticos y de ello derivarían situaciones de bloqueo institucional que podrían degenerar en intervenciones militares y propiciar el derrumbe de la democracia.⁵

En cambio la postura de Nohlen, no prefería un a priori un sistema de gobierno concreto, criticaba los supuestos teóricos y metodológicos de la posición de Linz (parte propia) y abogaba por una perspectiva de investigación que tratase comparativamente la cuestión de la idoneidad democrática de sistemas de gobierno en situaciones históricas concretas.⁶

El sistema Parlamentario, según los profesores Daniel Zovatto y Jesús Orozco Henríquez,⁷ *se caracteriza por un Ejecutivo dual, en tanto que las funciones de jefe de Estado y jefe de gobierno se encomiendan a personas distintas, donde el jefe de gobierno es prácticamente elegido por la mayoría parlamentaria, que también puede exigir responsabilidad política al gobierno (a uno de sus miembros o al gabinete como unidad) y propiciar la conclusión anticipada de su encargo, en tanto que en contrapartida el jefe de gobierno puede solicitar al jefe de Estado la disolución anticipada del Parlamento*.

Así, el Parlamentarismo, que nace con el Parlamento en la edad media, tiene sus propios estilos y expresiones que se afilian al mismo según el tiempo, y es aquí donde la palabra parlamentari- zación (parliamentarianism), como nos afirma el profesor Diego Valadés,⁸ Investigador del Instituto de Investigación Jurídica de la

UNAM (México) y Miembro fundador del INEJ, tiene apenas en inglés un reconocimiento académico reciente, para significar un proceso constructivo del sistema parlamentario, una tendencia hacia ese sistema o una formación política parecida o semejante a dicho sistema. El parlamentarismo fue moldeando su propio estilo y lenguaje o bien como expresa el profesor Diego Valadés,⁹ la parlamentarización significa *el proceso constructivo de un sistema de naturaleza parlamentaria, la incorporación de instituciones de oriundez parlamentaria en otro tipo de sistema político, con el propósito de asimilarlo al parlamentario y la adopción de instituciones de origen parlamentario.*

Nuestra Constitución Política ha tenido tres reformas capitales en el sentido de ir parlamentarizando el sistema, la reforma de 1995, la reforma del 2000 y la reforma de 2005; ha ido transfiriendo funciones y facultades que originalmente estaban en el Poder Ejecutivo a la Asamblea Nacional.

Pienso, como algunos de los autores de la presente obra, que la Constitución Política habiendo alcanzado su mayoría de edad debe de enfrentar una profunda, seria y responsable reforma no sólo con el objeto de adecuarse a los signos de los tiempos, sino para una mayor protección a los derechos humanos, la promoción de un nuevo modelo económico para fortalecer las iniciativas de inversiones y de desarrollo económico del país, reorganizar la institucionalidad del Estado, un nuevo sistema de gobierno orientado al parlamentarismo para evitar la concentración de poder en el Poder Ejecutivo y democratizar las decisiones en el seno de la Asamblea Nacional, expresión de la soberanía del pueblo, y fortalecimiento a la independencia del resto de los poderes del Estado. Una reforma que avance en el ejercicio de la democracia directa por parte del dueño del Poder, el ciudadano, el pueblo.

Daniel Ortega Saavedra

Presidente de la República de Nicaragua
Managua, 18 de abril de 2008

Notas

- 1 Ver Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: Lectura Regional Comparada en la obra colectiva: Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México e IDEA Internacional, 1ra edición, 2008, p. 10.

- 2 Valadés Diego. La Parlamentarización de los sistemas presidenciales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 1ra edición, 2007, p. 3.
- 3 Ver Zovatto Daniel y Orozco Henríquez Jesús Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: Lectura Regional Comparada en la obra colectiva: Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México e IDEA Internacional, 1ra edición, 2008, p. 10.
- 4 Ver Zovatto Daniel y Orozco Henríquez Jesús Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: Lectura Regional Comparada en la obra colectiva: Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México e IDEA Internacional, 1ra edición, 2008, p. 10.
- 5 Ver Zovatto Daniel y Orozco Henríquez Jesús Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: Lectura Regional Comparada en la obra colectiva: Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México e IDEA Internacional, 1ra edición, 2008, p. 11.
- 6 Ver Zovatto Daniel y Orozco Henríquez Jesús Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: Lectura Regional Comparada en la obra colectiva: Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México e IDEA Internacional, 1ra edición, 2008, p. 10 y 11.
- 7 Ver Zovatto Daniel y Orozco Henríquez Jesús Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: Lectura Regional Comparada en la obra colectiva: Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México e IDEA Internacional, 1ra edición, 2008, p. 10.
- 8 La Parlamentarización de los sistemas presidenciales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 1ra edición, 2007, p. 4.
- 9 La Parlamentarización de los sistemas presidenciales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 1ra edición, 2007, p. 5.

EL PAPEL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA POLÍTICO

La política tiene que ver con el ejercicio del poder en un espacio público. Su desempeño está constreñido por reglas que son concebidas como instituciones, por la actuación, en el citado marco público, de agentes individuales o colectivos que han venido denominándose como actores sociales, por el legado acumulado desde el pasado de su propio devenir y por su interacción con otros esquemas de poder. Estos cuatro tipos de elementos y dimensiones componen un sistema político,¹ como se verá seguidamente la Constitución apenas si es un elemento del mismo si bien su carácter es manifiestamente relevante. La complejidad, la interdependencia y la complementariedad son las principales características que acompañan a las clásicas de la visión sistémica de la política desarrollada a partir de la década de 1950. Aquellas hacían referencia a la búsqueda del equilibrio que daba cabida a las ideas de que los elementos del sistema político eran funcionalmente interdependientes y que tendían a actuar hasta alcanzar cierto nivel de estabilidad,² y también al papel desempeñado por conceptos como *outputs* en tanto que “colocación autorizada de valores”³ e *inputs* como demandas y apoyo,⁴ al significado de la retroalimentación como capacidad de recibir información de las consecuencias de los *outputs*⁵ y a la importancia de definir correctamente sus límites en la medida en que desempeña un papel vital la idea de intercambios entre el sistema y su entorno.⁶ Todo ello fue complementado con la enunciación de un esquema funcional que recogía seis ejes propios de la actividad de todo sistema político, se trataba de la articulación y de la agregación de intereses, la hechura de la acción del gobierno, la aplicación y adjudicación de la misma y la comunicación.⁷

El primer conjunto de elementos que componen un sistema político se refiere, por tanto, a las reglas que definen la competencia entre individuos a la hora de regular la relación con su entorno y con ellos mismos. El carácter competitivo de la situación es crucial

por cuanto que alude a dos circunstancias permanentemente presentes en la historia de la humanidad: la existencia de recursos escasos y la tendencia de individuos aislados o de grupos de individuos a querer imponer su voluntad sobre otros. Las medidas regulatorias hacen, pues, alusión a los títulos de propiedad y a la convivencia. Para la mayoría de los sistemas políticos occidentales y progresivamente a partir de finales del siglo XVIII estas reglas se han recogido en los textos constitucionales⁸ y en el ordenamiento jurídico que los desarrolla donde se dan cabida, en su caso, los grandes códigos,⁹ la legislación orgánica y la legislación ordinaria de carácter político y económico.¹⁰ Estas instituciones formalmente reconocidas definen el régimen político. A su lado se yerguen otras de carácter informal que hacen alusión a prácticas habituales reales del manejo de la política y que se superponen sobre las primeras influyendo o tergiversando su sentido e incluso anulando sus prescripciones. Fenómenos como el clientelismo, el amiguismo, el caudillismo, el sexismo, el racismo, entre otros, que invaden la cotidianeidad y que tienen profundas raíces en el comportamiento de los individuos deben ser tenidos en cuenta en su dimensión de presencia real en la política. Su carácter institucional es asumido al aceptar una definición de las instituciones como la enunciada más arriba. Las instituciones formales interactúan con las informales de manera constante requiriendo una visión analítica cuidadosa para no realizar interpretaciones sesgadas de la realidad sobre la base de tener únicamente en cuenta el mundo de lo escrito o de despreciarle completamente por su carácter “formal”.

El segundo conjunto de elementos que integra un sistema político hace referencia a los individuos en tanto que agentes, definidos por las instituciones con derechos y deberes, que actúan bajo relaciones de poder en el marco público definido por éstas. Su carácter vuelve a ser doble en virtud de adscripción formal o informal. Los primeros vienen a estar definidos con precisión por las instituciones formales como es el caso, entre los más conocidos, de los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y, eventualmente, las Fuerzas Armadas. Los segundos aparecen bien con carácter secreto como serían las mafias, células de grupos terroristas o con carácter espontáneo informal dando expresión explícita a formas variopintas de acción colectiva que van desde los denominados nuevos movimientos sociales basados en visiones postmaterialistas a los comités cívicos que encabezan movimientos de protesta o huelgas generales.¹¹ Estos agentes, de un tipo u otro, interactúan asimismo

con las instituciones. La acción de los agentes las modifica en la medida de su presión y de la permeabilidad de éstas y a su vez las instituciones condicionan la actuación de aquéllos que ven en las mismas exigencias para su reconversión e incentivos de mayor o menor calado para la obtención de sus objetivos.

Todo sistema político está dotado de una dimensión temporal según la cual los momentos de su pasado que tuvieron especial significado en su devenir se han ido sedimentando. La congelación de determinados hechos de la historia, fundamentalmente de naturaleza conflictiva, modificándose con el paso del tiempo por distintos agentes que normalmente alcanzan posiciones de poder, termina por crear mitos. Los mitos, tanto de carácter individual como colectivo, ayudan a estructurar instituciones básicas para el funcionamiento del sistema político como son el nacionalismo, el republicanismo, el laicismo y sus opuestos, entre otros, y contribuyen a dotar a los agentes de identidad grupal haciéndoles adquirir un sentir y una forma de actuar colectiva. La proyección de estos mitos y de las identidades colectivas en el presente ayuda a constituir la cultura política de un determinado sistema político. En este concreto sentido, la cultura política proyecta imágenes colectivas de los individuos, así como su orientación psicológica, en tanto que conjunto con referencia a un espacio preciso relativa a evaluaciones, cogniciones y afectos de actos y situaciones políticas.¹² Instituciones, agentes y cultura política vuelven a interactuar sistémicamente. Los dos primeros modifican lenta y gradualmente la cultura política, especialmente en su dimensión de “alfabetización cívica”¹³ al igual que en el accionar de los actores cuyos resultados van sedimentándose paulatinamente, y ésta determina a aquéllos, fundamentalmente en sus aspectos y comportamientos informales.¹⁴

Finalmente, los sistemas políticos tienen una dimensión espacial que les hace ser subsistemas de otro sistema o sistemas con los que vuelven a ser interdependientes. Esta situación principalmente viene a referirse al carácter internacional de la política según el cual existen sistemas cuya influencia en las pautas internas de otros es evidente y cuyo rango va desde ámbitos de vecindad,¹⁵ a la pertenencia a esquemas de integración regional¹⁶ o a otros de ámbito multilateral.¹⁷ Pero no solamente debe considerarse este carácter, también debe reconocerse el sentido subsistémico en las relaciones establecidas entre sistemas políticos nacionales y otros de ámbito estadual, regional o incluso municipal. De nuevo aquí vuelven a recogerse relaciones sistémicas con los otros

elementos constitutivos de un sistema político. La naturaleza de esta dimensión tiene repercusiones en las instituciones que se adaptan a los requisitos del sistema “mayor”¹⁸ así como los agentes,¹⁹ de la misma manera, una determinada posición en el entramado internacional ayuda a configurar determinadas pautas de la cultura política.²⁰ Pero en el sentido contrario también es posible identificar influencias con lo que la interacción queda de manifiesto.

Los dos conjuntos de elementos y las dos dimensiones citadas definen un sistema político. El carácter de complejidad, complementariedad y sistemicidad presiden sus relaciones que culminan dotando a cada sistema de individualidad entre el conjunto de sistemas y a lo largo del tiempo, fruto del propio dinamismo de la política y de su carácter “procesal”. No hay dos sistemas políticos iguales, bien sean de orden estatal, provincial o local, pero tampoco el mismo sistema es igual entre el momento t1 y el momento t2. La posición que tiende a equiparar al sistema político con el orden constitucional es, por consiguiente, reductora y simplista y está en la base de aquellas posiciones que tienden a pensar, muy erróneamente, en el valor salvador que tiene per se todo proceso de reforma constitucional. En este sentido, los límites de la ingeniería constitucional vienen precisamente acotados por el carácter sistémico de la política.

Manuel Alcántara Sáez
Universidad de Salamanca
Salamanca, febrero de 2008

Notas

- 1 Véase Alcántara (1993 y 1995).
- 2 Véase Easton (1953: 268).
- 3 “Authoritative allocations of values or binding decisions and the actions implementing and related to them”. Easton (1965:126).
- 4 Véase Easton (1965: 112-117).
- 5 Véase Easton (1965: 127-130).
- 6 Véase Easton (1965: 60-69).
- 7 Véase Almond y Powell (1966: 29).

- 8 El Reino Unido es una excepción a este proceso por no contar con una Constitución escrita.
- 9 Los Códigos Civil y Mercantil son un ejemplo en lo atinente a aspectos relativos a la regulación y transmisión de la propiedad y a la definición de ciudadanía.
- 10 Me refiero a la legislación que desarrolla, en su caso, la actividad de los poderes del Estado, la de carácter electoral, la que regula el funcionamiento de los partidos políticos, la relativa al Banco Central y en general a aquellas instancias o procesos que tienen que ver con la puesta en marcha de decisiones políticas.
- 11 Como en la crisis de 2001 serían los grupos de piqueteros en Argentina.
- 12 Véase Almond y Verba (1963).
- 13 Por alfabetización cívica, de acuerdo con Milner (2002: 1), se entiende “la capacidad de conocimiento y de habilidad de los ciudadanos para dar sentido a su mundo político”, algo que pueden promover con relativa facilidad las instituciones y las políticas públicas estableciendo un círculo virtuoso para potenciar la participación política informada.
- 14 En esta relación se produce una confrontación que ilustra uno de los principales conflictos que viven buena parte de las sociedades contemporáneas al enfrentarse instituciones cívicas, en el ámbito de lo que serían derechos expresamente formalizados, con identidades colectivas alzadas sobre fuertes componentes emocionales de carácter étnico, lingüístico o religioso.
- 15 El sistema político de Estados Unidos y el de Cuba, por ejemplo. La política de ambos países no puede entenderse (más la del segundo) sin considerar las relaciones entre ambos definidas en primer lugar por su proximidad geográfica.
- 16 Es el caso del sistema político español y el de la Unión Europea, por ejemplo. Buena parte de la política española no puede entenderse sin lo que sucede en Bruselas.
- 17 Piénsese en la condicionalidad de numerosas políticas de la gran mayoría de los países latinoamericanos con respecto al Fondo Monetario Internacional, aquéllos, individualmente considerados, son subsistemas de éste, que, a su vez, lo es de Estados Unidos.
- 18 Las Constituciones de países miembros de esquemas de integración regional terminan adaptándose a exigencias de los mismos, pero también las expresiones informales. Una estructura de Estado federal interactúa de manera diferente que otra de Estado unitario con diversos actores y con la mayor o menor especificidad de subculturas regionales.
- 19 Hay partidos políticos que buscan reafirmar un determinado perfil ideológico adscribiéndose a grupos parlamentarios en instancias supranacionales, lo mismo sucede con los sindicatos. En el ámbito informal sucede algo

similar como puede comprobarse en la Masonería o en redes de terrorismo internacional.

- 20 En el rechazo a equipararse a Centroamérica radica una de las constantes clásicas de la cultura política de Costa Rica y su excepcionalismo.

Bibliografía

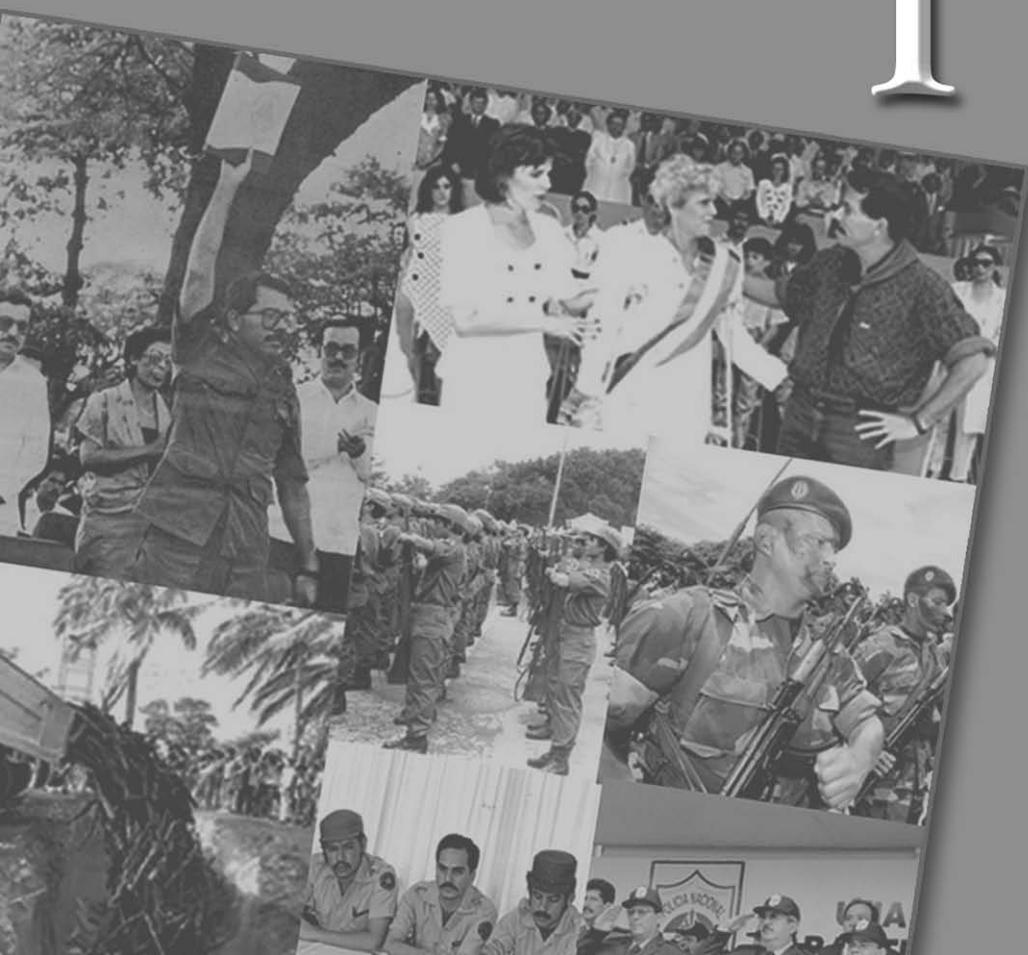
ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel (1993). "Cuando hablamos de ciencia política, ¿de qué hablamos? Revista Mexicana de Sociología. México. Págs.: 147-178. ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel (1995). *Gobernabilidad, crisis y cambio*. México. Fondo de Cultura Económica. ALMOND, GABRIEL Y SIDNEY VERBA (1963): *The civic culture, political attitudes and democracy in five nations. An analytic study*. Boston. Little, Brown and Co. ALMOND, GABRIEL Y G. BINGHAM POWELL Jr. (1966). *Comparative Politics: a Developmental Approach*. Boston. Little, Brown and Co. EASTON, DAVID (1953). *The Political System. An Inquiry into the State of Political Science*. New York. Alfred A. Knopp, Inc. EASTON, DAVID (1965). *A Framework for Political Analysis*. Englewood Cliffs. Prentice Hall. MILNER, HENRY (2002). *Civic Literacy. How Informed Citizens Make Democracy Work*. Hanover. University Press of New England.

AGRADECIMIENTOS

Deseamos agradecer la valiosa labor y el tiempo que dedicó a la coordinación de la presente obra, a Francisco E. Enríquez Cabistán, Profesor del Programa de Estudios de Postgrado en Derecho Constitucional del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, también, expresar nuestro agradecimiento y reconocimiento a Lea Marina Meza Córdoba, Asistente de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) por su dedicación y tiempo a la corrección de esta obra.

Aspectos introdutorios a la Constitución Política de Nicaragua

1





LA CONSTITUCIÓN, SÍMBOLO POLÍTICO INTEGRADOR

Manuel Martínez Sevilla¹

Aunque las Constituciones han perdido parte de su peso político a consecuencia de las rápidas transformaciones político-sociales, es innegable que posean el importante carácter de presentarse como símbolos de integración política de un país. Así, en grado distinto, según los casos, los ciudadanos, sea individualmente, sea agrupados políticamente, han procurado, frecuentemente, referir sus conductas y actuaciones a los instrumentos políticos básicos. En este sentido, las Constituciones han desempeñado una función política integradora en la medida que a su sombra se desenvuelve el dinamismo político, para lo cual es menester que las personas y sus agrupaciones políticas consideren como suya la Constitución, sin perjuicio de que puede variar las correspondientes interpretaciones de ella.

Esta tarea integradora no se realiza solamente en la adhesión emocional a un texto, sino en la conciencia de que la dialéctica política no debe rebasar los cauces del Estado de Derecho y, que tanto los derechos y libertades constitucionales, como el funcionamiento de los poderes públicos constitucionalmente, deben moverse dentro de aquél. La Constitución Política es el símbolo del Estado de Derecho en la medida que manifiesta, formalmente, su esencia y contenidos, en la misma medida que el documento constitucional expresa solemnemente el deseo de convivir dentro del orden del Estado de Derecho, es un valor que las personas internalizan, siempre que, por supuesto, lo sientan como suyo, útil y efectivo.

La Constitución representa la integración de las personas en la convivencia política, es un símbolo político superior porque ordena los cimientos básicos de dicha convivencia con arreglo a la justicia y al Derecho, magnitudes imprescindibles para toda convivencia humana. Es, para las personas, un reducto de garantías de varios derechos y garantías de índole democrática. En

ellas, por ejemplo, se establece, la libertad de religión y su libre ejercicio, la libertad de expresión o de prensa y de la reunión en forma pacífica de la población; la seguridad jurídica de las personas, sus domicilios, documentos y efectos protegidos de actos arbitrarios y la prohibición de detención a las mismas si no existe una orden judicial; garantías del derecho al debido proceso judicial, el derecho a ser informado por los motivos de la detención y el derecho a la defensa.

Toda Constitución aspira a presentar un cuadro racional e innovador de los derechos individuales o fundamentales, de las estructuras económicas-sociales, políticas y administrativas. Mediante la proclamación de la igualdad, la Constitución crea un amplio cuerpo de personas formalmente iguales ante la ley, aunque continúen de hecho algunas diferencias entre las mismas. Esta igualdad formalizada permite la configuración del concepto de ciudadano(a) que ve asegurada su libertad gracias al establecimiento de la separación de poderes, que limita el poder y pretende prevenir sus abusos, y la proclamación solemne de los Derechos y Libertades fundamentales frenos, también, del poder y condiciones para que actúe y se desarrolle la ciudadanía. Cuando estos límites se vuelven tenues, fallan o desaparecen, la persona queda desnuda, vulnerable, ante el poder del Estado.

La Constitución Política, y la nuestra no debería ser una excepción, es una expresión plástica de la totalidad, como elevación a categoría fundamental para la convivencia política de los símbolos, sentimientos y afirmaciones ideológicas firmemente compartidos por cada una de las personas. Es la representación estética de los postulados políticos básicos para organizar la convivencia política; el conjunto de símbolos políticos que integran a las personas y las hace participar, con confianza, en el ejercicio del poder y la construcción de su sistema de vida.

1 Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.

A 21 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: VIGENCIA Y DESAFÍOS

Rafael Solís Cerda¹

Desde el inicio de la Revolución con el Estatuto Fundamental decretado el 20 de julio de 1979, se promulgaron los Derechos Universales y con el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses se afirmaron los derechos fundamentales de todos los nicaragüenses.

La Asamblea Nacional Constituyente, electa el 4 de noviembre de 1984, finalizó el 19 de noviembre de 1986 el trabajo de elaboración de la Constitución Política de Nicaragua. Habían pasado exactamente siete años y cuatro meses desde el triunfo de la Revolución. “La Constitución, compromiso con el futuro” fue el lema elegido para hacer al pueblo nicaragüense consciente del esfuerzo y trascendencia del proceso constitucional. La elaboración de la Constitución Política constituyó un compromiso pluralista y un notable intento de conciliación de posiciones en aras de la Unidad Nacional. Su elaboración entre la aguda crisis económica y los sufrimientos de la guerra, reflejó la firme voluntad política de sentar las bases jurídicas sobre las que siga levantándose el edificio de la nueva Nicaragua. La Constitución Política fue promulgada solemnemente el 9 de enero de 1987.

Antes de debatirse el proyecto de Constitución Política en la Asamblea Nacional, la Comisión Especial Constitucional. Se realizó consulta a los partidos políticos, a las organizaciones populares y a las gremiales y a todo tipo de asociación con personería jurídica que quisieron exponer sus ideas. La presentación del Anteproyecto el día 21 de febrero de 1986 ante la Asamblea Nacional en pleno, constituyó otra de las etapas del trabajo. Durante los meses de junio y julio de 1986, se realizaron los Cabildos Abiertos, en los que el texto del Anteproyecto fue ampliamente discutido en reuniones de grupos homogéneos de la población, a lo largo de toda la geografía nacional, con una participación de unos 100 mil ciudadanos y algunos cientos de extranjeros visitantes o residentes en el país. El trabajo de la Comisión Dictaminadora Constitucional,

formada el 21 de febrero de 1986 y que, con excepción de los 2 miembros del Partido Liberal Independiente (PLI) que se retiraron de la Comisión Especial Constitucional, mantuvo los mismos miembros que habían compuesto, terminó el 5 de septiembre de 1986, con un Proyecto de Constitución. El 16 de septiembre de 1986 inició el debate en el pleno de la Asamblea Nacional y concluyó el 19 de noviembre con la votación y aprobación del texto constitucional. La nueva Constitución Política de Nicaragua contiene un Preámbulo y once títulos. El Preámbulo se caracteriza por ser una evocación histórica de las principales gestas de lucha por la independencia y la soberanía del país y al mismo tiempo invoca la representación de aquellos grupos sociales que más se distinguieron en la lucha revolucionaria.

El proyecto de Constitución Política tuvo influencia liberal, especialmente, en lo referente a la organización del Estado. Se siguió un modelo clásico de la época liberal, cuando Montesquieu y otros ilustrados del liberalismo francés diseñaron la estructura del Estado, dividiéndolo en un Poder Ejecutivo, un Poder Legislativo y un Poder Judicial, se siguió la estructura de las Constituciones Políticas Liberales de América Latina. Sin embargo, hay una serie de pensamientos revolucionarios que fueron incorporados al texto, por ejemplo, los derechos a la transformación económica que se hicieron en Nicaragua en esa época, como la nacionalización de la banca, el comercio exterior y los recursos naturales.

La Constitución Política comienza afirmando la independencia, soberanía y autodeterminación como derechos del pueblo y de la nación y tipifica la injerencia en los asuntos internos y los intentos de menoscabar la independencia como atentado contra la vida del pueblo. Concede un valor parejo a la democracia participativa y a la democracia representativa, a través del sufragio universal, libre, directo y secreto, pero sobre todo a través de la participación directa en los asuntos públicos del pueblo. Aún viéndolo a la perspectiva, la Constitución Política refleja la realidad de la actual sociedad nicaragüense con el establecimiento de un orden internacional justo, que aparece equiparado con el compromiso de lucha por la paz. Plasma el carácter del nuevo Estado, que destruyó los fundamentos de un Estado oligárquico y semi-burgués constituido para beneficio de las minorías. Recoge los principios de pluralismo político, economía mixta y no-alineamiento.

Reconoce el derecho a la organización, no sólo sindical, sino también de toda clase de grupos homogéneos de la población, permitiéndose a estas organizaciones adoptar o no una filiación partidaria. Se reconoce también el derecho de petición, de crítica, denuncia, personal y colectiva, a los poderes del Estado a cualquier autoridad y el derecho a obtener una pronta respuesta.

Deja establecido el derecho de concentración, manifestación y movilización pública.

Establece el deber de los cuatro Poderes del Estado de responder ante el pueblo por el desempeño de sus funciones y de informar al pueblo de su trabajo y actividad, así como de atender y escuchar los problemas populares e intentar resolverlos. El pueblo nicaragüense es caracterizado como “de naturaleza multiétnica”, reconociendo así las diferentes etnias de la Costa Atlántica y poniendo los fundamentos para el establecimiento de sus derechos y del régimen de autonomía territorial. Se declaran también de uso oficial las lenguas de la Costa Atlántica en todos aquellos casos que la ley establezca. Se proclama también al pueblo nicaragüense como “parte integrante de la nación Centroamericana”. En este contexto, la Constitución Política defiende la unidad Centroamericana y todos los esfuerzos para la integración de Centroamérica, añadiendo el compromiso con los esfuerzos de paz y la aspiración a la unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe. Finalmente, se establece el carácter laico del Estado.

Se encuentran consignados en la Constitución Política los derechos a la libertad, seguridad y personalidad jurídica, a la privacidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y demás comunicaciones, a la igualdad ante la ley y a la no discriminación por razones de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica y condición social. Se reconocen todos los derechos a los extranjeros, excepto los derechos políticos. Se reconoce la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión, prohibiéndose cualquier medida coercitiva que pudiera menoscabar estos derechos. Está establecida la libertad de expresión “en público o en privado, individual y colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio”. Igualmente, el derecho a la libertad de movimiento en el país y para entrar y salir de él. Se reconoce el derecho a la propiedad personal de bienes necesarios y esenciales para el desarrollo integral de la persona.

También establece los derechos de exhibición personal (*habeas corpus*) y de amparo. Las declaraciones y convenios sobre derechos humanos, económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de los que Nicaragua es signataria en el ámbito de la ONU o en el de organizaciones latinoamericanas, tienen rango constitucional.

La Constitución Política señala la existencia de cuatro Poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, independientes y coordinados armónicamente. También, la rendición de cuentas de sus bienes para todo funcionario del Estado, antes y después de asumir el cargo, el establecimiento de la carrera administrativa

y el deber de que los funcionarios de los cuatro poderes, electos directa o indirectamente, respondan ante el pueblo, le informen de su gestión, escuchen sus problemas y traten de resolverlos. Para la elección de los Diputados de la Asamblea Nacional, la Constitución Política señala el sistema proporcional regulado en la Ley Electoral del año 2000.

Los miembros de la Asamblea Nacional, el Presidente y Vicepresidente de la República y los gobiernos de los Municipios son designados por elección directa entre el electorado regional, nacional y municipal respectivamente. Entre las muchas funciones que se otorgan a la Asamblea Nacional, en quien reside el Poder Legislativo, se cuentan entre las más importantes, además de la legislativa, la facultad de interpelar a los ministros y otros altos funcionarios, la de rechazar o aprobar el presupuesto nacional, los tratados internacionales, la de otorgar o cancelar la personalidad jurídica; la de elegir (de una terna propuesta por el Presidente) a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral y a los Miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República, la de determinar la división política y administrativa del país y la de delegar las funciones legislativas en el Presidente de la República durante el período de receso anual. Las iniciativas de ley corresponden a los Diputados de la Asamblea Nacional y al Presidente de la República. En las materias de su competencia, también a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Supremo Electoral.

La atribución al jefe del Ejecutivo como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, hacen del Estado nicaragüense una República presidencialista. Entre las principales funciones del Presidente, antes de la reforma de 1995, se encontraban algunas que reforzaban el carácter presidencialista del Estado: la facultad de dictar Decretos Ejecutivos con fuerza de ley en materia fiscal y administrativa, la de nombrar y remover a los ministros y otros altos funcionarios del ejecutivo, la de legislar durante el período de receso de la Asamblea Nacional, la de reglamentar las leyes, la de dirigir las relaciones exteriores y celebrar tratados internacionales, la de decretar el estado de emergencia (sometido en un plazo de 45 días a la ratificación o no de la Asamblea Nacional) y la de dirigir la economía y determinar los programas económico-sociales del país.

El cuarto poder del Estado, esta configurado por el Consejo Supremo Electoral, en la Constitución Política y otros organismos subordinados a él, a los que corresponde exclusivamente la organización, dirección y vigilancia de los procesos electorales. Esto supone que este poder independiente es la última instancia para resolver resoluciones de organismos electorales subordinados, así

como también reclamos e impugnaciones de los partidos políticos. Igualmente debe garantizar la libertad de los procesos electorales y tiene facultades para brindar condiciones de seguridad para los partidos contendientes.

En 1990 se reformó el calendario electoral para las elecciones del 25 de febrero de ese año. Tres años después el contexto global ya había cambiado con la caída del Sistema Socialista y dejó de tener razón pasando de un mundo bipolar a uno unipolar y globalizado. En 1994 la Constitución Política sufre otra reforma, una más sustancial en 1995, otra el año 2000 y la última en el 2005.

Hoy se requiere contar con una nueva Constitución Política que responda a la economía, a la política y al orden jurídico actualmente establecido, una Constitución Política que pase de ser simples principios de participación a una Constitución Política que garantice esa participación directa ciudadana, donde los diferentes sectores de la sociedad puedan coexistir dentro de un sistema democrático lejos del sistema presidencialista para hacerlo mas participativo e incluyente, tomando lo bueno del sistema presidencial de la época e integrando un orden jurídico con mayor injerencia de la sociedad civil. Es necesario actualizar la Constitución Política por el sistema parlamentario que permita no sólo mayor control al Poder ejecutivo, sino mayor coordinación entre sí para establecer un equilibrio simétrico entre los poderes del Estado y fortalecer así, el proceso de consolidación económica y de la democracia en el país.

1 Magistrado Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN NICARAGÜENSE EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Sergio J. Cuarezma Terán¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La persona frente al poder. 1. La profundización del Estado de Derecho. III. El Estado de Derecho como presupuesto de la convivencia. 1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía. 2. Desarrollo legislativo de la Constitución. a. El modelo del Estado nicaragüense. b. La Administración pública. 3. La administración de justicia como garante del Estado de Derecho. 4. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial. 5. Estado de Derecho y Cultura. IV. En busca de los Derechos Humanos.

I. Introducción

Nicaragua ha optado, sin duda, y con singular determinación, por un nuevo orden democrático con desarrollo y justicia para la población. Existen ciertas tendencias cada vez más fuertes a la democratización y la transformación de sus instituciones, también la modernización económica, racionalización y privatización del espacio estatal, entre otras. Sin embargo, y muy a pesar de estos grandes esfuerzos, en el país se han profundizado las contradicciones económicas y sociales, la pobreza ha aumentado, la iniquidad y la violencia social no ha desaparecido, y muchas de las instituciones democráticas y sociales han sufrido un grave deterioro.

Ante esta situación, la atención del Estado debe de centrarse estratégicamente en promover el aseguramiento de las condiciones básicas de vida para el ciudadano (seguridad humana), la erradicación de la pobreza, propiciar la creación de espacios de democratización, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas y los principios del Estado de

Derecho. Los esfuerzos dirigidos hacia la creación y fortalecimiento de las condiciones para el respeto de estos principios significan el cimiento para lograr un desarrollo integral, ya que estos permitirían ofrecer condiciones para la gobernabilidad y la estabilidad en el proceso democrático que actualmente vive el país. Y, en aspectos concretos, igualmente implica generar la confianza para la inversión privada como actor importante en el fortalecimiento económico de los países. La promoción del Estado de Derecho permite a los sectores menos favorecidos o vulnerables la reivindicación de sus derechos y libertades con la promoción de la seguridad jurídica, producto de la garantía de la independencia de la justicia y la no concentración del poder. El Estado debe aunar esfuerzos para la identificación y aplicación de una estrategia de gestión para fortalecer y profundizar el proceso de construcción o transformación del Estado de Derecho.

Hay que destacar, que el país advierte una carencia de institucionalidad sólida, carece de una cultura democrática arraigada, y padece de crisis económicas recurrentes, y de una pobreza creciente. Estos factores evitan que el Estado (de Derecho) y sus instituciones no cristalicen de forma profunda. No debe haber un Estado democrático con pobreza. Los poderes del mismo frecuentemente están en un sitio distinto al consagrado por el ordenamiento jurídico. La realidad institucional, la constituyen pues, una Asamblea Nacional débil, un Poder Judicial poco confiable y una Administración pública frágil. Los estudios de Mitchell Seligson y la Encuesta Nacional sobre integridad y corrupción, realizada por CIET Internacional y financiada por el Banco Mundial, hace más de dos años, señalaban con grave preocupación la desconfianza de los nicaragüenses en sus instituciones democráticas, situación que nuevamente se manifiesta en la quinta y sexta consulta ciudadana, de julio de 1999, del Grupo cívico Ética y Transparencia. En este sentido se expresa el Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá de 2003. También, y a pesar de que la aspiración democrática de Nicaragua parece tener un rango popular muy alto, existe un déficit democrático significativo en la cultura, comportamiento y prácticas cotidianas de la comunidad.

Existe pues cada vez más la convicción de que la sociedad nicaragüense está organizada por un Estado frágil y atomizado. El problema real es que el Estado nicaragüense ciertamente no está organizado ni estructurado como tal, por lo tanto no es el centro del poder, sino el lugar donde pueden satisfacer las demandas cualquier núcleo de poder de *facto*. El problema del Estado nicaragüense no es el exceso de poder, sino precisamente su carencia y falta de institucionalidad, con lo que corre el riesgo de que cualquier persona, institución o poder de *facto* lo suplante

y, subsiguientemente las personas carezcan de protección ante esta realidad.

No obstante, la democracia continúa siendo para el país un referente esencial para su proceso de transformación. Así, y de forma progresiva, se han establecido los Derechos fundamentales de las personas; aparecen los partidos políticos y se marcha a los procesos electorales, constituidos en demandas permanentes de la población. Sin embargo, a lo largo de este proceso de transición se percibe una tendencia de la democracia a estancarse en sus logros iniciales, mostrando gran incapacidad para remontarse hacia sus otras ofertas. La democracia se expresa en una realidad jurídico-política, satisfaciendo a los actores políticos y a las instituciones del Estado, pero produciendo una creciente y manifiesta insatisfacción en la población.

II. La persona frente al poder

El poder del Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales de la comunidad social, pero también constituye una gran tentación para quienes lo alcanzan. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo a los intereses de la sociedad y con justicia y moderación es muy antiguo, y de una u otra forma se ha manifestado en casi todas las épocas. Una de las principales funciones del derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio.

El poder está limitado por la soberanía que radica en el pueblo (art. 2 Constitución Política) y debe estar concebido para el desarrollo, progreso y crecimiento de los habitantes. Por ello, la Constitución Política considera nulos los actos del poder público violatorios de los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad de las instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones (art. 131 Constitución Política).

Sin embargo, no todos los habitantes tienen el conocimiento de la obligatoriedad del poder público de sujetar su ejercicio a la Constitución y las leyes. Por ejemplo, esto ocurre con la Administración pública, pues la mayoría percibe lo que es un ministro, un alcalde, un concejal, pero no todos saben que la “función pública” se debe a los “intereses del pueblo” y que los funcionarios “deben de atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos” (art. 131 Constitución Política), y que, por tanto, esa organización administrativa ha sido dotada de facultades excepcionales para ello.

El sistema constitucional, por sí mismo, no garantiza que el poder actúe sin violentar los principios de legalidad y de la libertad como garantías jurídicas. Por el contrario, en su diario hacer, puede producirse (y de hecho se producen) actos de violencia, pues el poder se inmiscuye en la cotidianidad de la vida de las personas. Aquí aparece la idea de someter al poder y de dotar al habitante de los instrumentos que le permitan exigirle que justifique su manera de actuar ante el derecho.

Todo ello se justifica, además, porque la Constitución Política basa el sistema de garantías sobre la noción esencial de los principios de “libertad, justicia y el respeto a la dignidad de la persona humana”, entre otros (art. 5 Constitución Política). El poder, justamente por serlo, puede actuar con violencia o abuso en el uso de las facultades discrecionales de las cuales tiene que gozar para cumplir con su cometido de procurar el bienestar público. Igualmente puede ser violento en la aplicación de su poder normativo, amparándose en su pura formalidad y, con más razón, en el ejercicio de las prerrogativas de la administración en el desarrollo de su actividad ordinaria.

Las actuaciones del poder no pueden ser reductos de impunidad. Por eso deben ser susceptibles de enjuiciamiento por cualquiera que resulte afectado por ellas. La Constitución prevé en este sentido un sistema de protección jurisdiccional de los derechos y garantías, basado en el principio de la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben esos derechos. Este sistema da origen a recursos como el de Amparo, el de Inconstitucionalidad y el contencioso-administrativo, este último con rango de ley ordinaria.

En este sentido, el Recurso de Amparo al igual que el de Inconstitucionalidad y el de Exhibición Personal tienen como fin garantizar la supremacía de la Constitución Política. El Recurso de Amparo faculta a los ciudadanos y ciudadanas a proceder en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías que la Constitución Política le consagra. El Recurso de Inconstitucionalidad le permite a los ciudadanos o ciudadanas, cuando una ley, decreto o reglamento les perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales, acudir directamente a la Corte Suprema de Justicia, siguiendo determinados procedimientos para que se tutelen sus derechos afectados. El Recurso contencioso-administrativo es un mecanismo compensatorio puesto a disposición del particular, para garantizar su posición jurídica frente a la Administración pública.

1. La profundización del Estado de Derecho

El Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución dentro de la amplia perspectiva del Estado Democrático y Social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución Política y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana.

Estas prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública y la forma de desarrollarlas es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones (educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria) así como su intensidad (Ver arts. 57, 58, 59, 63 y 64 Constitución Política).

III. El Estado de Derecho como presupuesto de la convivencia

La existencia de un Estado de Derecho es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica del habitante, y se apoya en tres presupuestos: La vigencia de un orden jurídico, el principio de legalidad (bajo el cual el Estado somete su actividad) y la separación de funciones de los poderes del Estado. Incluye en su noción la creación del derecho supeditado al hecho de que la Constitución es la Ley Suprema. También que las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del marco de acción constitucional y que deben de estar inspiradas en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático: libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos.

1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía

Las características del Estado de Derecho son, entre las fundamentales, la sujeción al principio de legalidad, a la jerarquía normativa, el reconocimiento y respeto a los Derechos fundamentales de las personas, a la reserva de ley y al control judicial de los actos administrativos. Estas características del Estado de Derecho, se traducen en seguridad para la realización de los valores sociales

y su respeto frente a probables actos arbitrarios de los poderes públicos.

El Estado de Derecho tiene como base el principio de legalidad, garantía contra el abuso del Estado en contra de las personas. El principio de legalidad nace y resulta de identificar la acción del Estado con la ley, se refiere a la forma, cómo el Estado desarrolla su acción limitada y sujeta a la norma jurídica. En este sentido el habitante queda protegido cuando el Estado se ve imposibilitado a infringir la ley, es decir, que la relación Estado-Habitante está fundamentada en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho: la *seguridad jurídica*. En dicha relación el Poder Judicial aparece como un presupuesto para garantizarla. Por esta razón *la independencia externa e interna y el prestigio del Poder Judicial* es tarea prioritaria y estratégica en el proceso democrático que vive Nicaragua.

2. Desarrollo legislativo de la Constitución

No obstante, para alcanzar ese Estado de Derecho es necesario convertir en leyes los postulados constitucionales aún pendientes de desarrollar y articular. Existe un consenso entre los juristas nicaragüenses que el texto de la Constitución requiere un desarrollo legislativo acorde con sus amplios horizontes y con la complejidad del momento actual. Esto hace urgente fortalecer y apoyar al Poder Legislativo y al Poder Judicial en la tarea de definir, promulgar y hacer que se apliquen las leyes necesarias para garantizar la vigencia real de todos los Derechos fundamentales de las personas. Habrá que redoblar esfuerzos políticos, administrativos y económicos para la creación de leyes cada vez más ajustadas tanto a la realidad actual como a las más ambiciosas visiones de futuro de la nueva Nicaragua.

Desde su perspectiva actual, el texto constitucional nicaragüense requiere de un desarrollo legislativo amplio y complejo, pues todavía no hay una total correspondencia entre la titularidad formal de los derechos en él consagrados y su ejercicio real y efectivo. El Estado nicaragüense necesita de un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad social que garantice, en primer lugar, que el Estado esté conceptualizado, estructurado y organizado de forma coherente a su naturaleza o modelo constitucional, el Estado Social de Derecho (art. 130 Constitución Política). En este sentido, el Estado estaría organizado con los procedimientos adecuados y seguros para desarrollar su actividad estatal y administrativa (Por ejemplo: Ley de Organización del Estado; Ley General de la Administración Pública) Es decir, el Estado nicaragüense debe experimentar una reforma urgente y profunda en el plano formal e institucional, social

y económico. Ya que no es posible, por la propia naturaleza de su modelo, pretender la existencia de un Estado pasivo, artesanal y contemplativo, sólo de carácter formalista.

El desarrollo del Estado de Derecho cumple una función en el plano de la seguridad jurídica que, como consecuencia se traduce en estabilidad política, económica y social. Es necesario, entonces, promover el respeto a la supremacía de la Constitución Política y la jerarquía de las leyes; crear un marco de legalidad administrativa adecuada a las necesidades del país; fortalecer la separación, independencia y coordinación entre los poderes del Estado, el reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales y el control de la constitucionalidad. Todos estos elementos conforman los pilares mínimos para la construcción del Estado constitucional de Derecho.

En este sentido, el Estado de Derecho es la garantía real de los derechos y libertades fundamentales de la persona y de que cada agente social pueda disponer de un horizonte confiable para sus actividades y desarrollo. También asegura que la institucionalidad pública se remita a áreas de competencia, sin desbordarse, propiciando que los ciudadanos puedan desplegar sus iniciativas con libertad y seguridad.

a. El modelo del Estado nicaragüense

La idea de fortalecer el Estado de Derecho, cobra mayor necesidad si se toma en consideración la naturaleza constitucional del Estado nicaragüense. La Constitución Política (producto de las reformas de 1995) establece que la Nación nicaragüense se constituye en un “Estado Social de Derecho” (Art. 130 Constitución Política).

Este modelo de Estado, producto de la unión de los principios del Estado liberal y del Estado social, supone la superación del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales, por lo menos en teoría. El Estado liberal responde a la preocupación *de defender a la sociedad de su propio poder*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado Social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado en los temas sociales, el Estado social se edifica a continuación en motor activo de la vida social, está llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. La Constitución Política, al crear el modelo de Estado en Social y de Derecho, hace que del *Estado-guardián* preocupado ante todo de no interferir en el

juego social, pasa a configurarse en un Estado *intervencionista* (*Welfare State*).

El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis, la aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas. Siendo así su naturaleza, no resulta contradictorio con ese Estado Social el imponerse los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio de la persona, no obstante, para impedir que se desarrolle en un Estado intervencionista autoritario. Pero para la gran mayoría de la población es el Estado Social es el que les permite hasta avanzada edad una vida relativamente digna, basada en la libre determinación, como expresa *Helmut Simon*. El fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo supone la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real o social. Así, la fórmula del Estado Social que establece la Constitución Política, estaría al servicio de las personas (art. 131 Constitución Política), y tomando partido efectivo en la vida activa de la sociedad, sin temor de que se desborde de los controles del Estado de Derecho.

b. La Administración pública

En la sociedad nicaragüense existe un elevado nivel de expectativas en torno a la actividad de los poderes públicos. Sin desconocer el papel positivo que ha jugado el sistema político en la transformación de la sociedad nicaragüense, en el curso de su evolución se han generado algunas disfunciones que le impiden acompañar y sostener las transformaciones que son una exigencia perentoria; impidiendo la plena realización de las garantías sociales, económicas, políticas e individuales contempladas en la Constitución.

La Administración pública es un instrumento de ejecución de las políticas del Estado, empero en su estructura reproduce los desajustes del sistema político y su pérdida de dinamismo e incapacidad para dar adecuadas respuestas a las crecientes y heterogéneas demandas emanadas de la sociedad civil. Se evidencia así una marcada falta de capacidad para impulsar el proceso de transformaciones requerido y atender debidamente al ciudadano y ciudadana en los aspectos que la Ley pone a su cargo. La disfun-

ción básica de la Administración pública puede estar en el llamado “sistema del botín”.

En el sistema del botín (*spoils system*) al implicar la sobrepoblación de todas las decisiones que afectan el aparato público, aumenta la discrecionalidad en las decisiones públicas, y sustenta la selección y precaria continuidad de los funcionarios públicos, en lealtades partidistas y personales. Se basa en que el poder público, el “botín”, pertenece y es distribuido por el partido triunfador.

La presencia excesiva de la *ratio* política, signada por el sistema del botín, si bien encontró su razón de ser en circunstancias históricas y en contextos determinados, hoy en día se yergue como un obstáculo fundamental para el desarrollo de una administración eficiente. Esta debe caracterizarse por la estabilidad en la función pública, y estar dotada de funcionarios competentes, capaces de orientar a la administración pública hacia la atención de las demandas de las mayorías y no de cerrados criterios clientelistas. Una administración que se configure sobre esta base, será capaz de establecer y administrar reglas iguales para todos, estables en el tiempo, que brinden seguridad a la sociedad civil y que estimulen su fortalecimiento.

3. La administración de justicia como garante del Estado de Derecho

Una de las bases del Estado de Derecho es un Poder Judicial autónomo e independiente, provisto de los necesarios recursos humanos y materiales, dotado de una infraestructura técnica moderna y formado por jueces y magistrados capacitados que reúnan las condiciones profesionales, técnicas y de integridad moral, y por tribunales cuya organización y funcionamiento aseguren un rendimiento satisfactorio y oportuna resolución de los juicios. Asegurándose de esta forma la supremacía o el imperio de la Constitución y las leyes y con ello la plena vigencia de los derechos y garantías de la persona, esenciales para el desarrollo democrático del país.

4. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial

Una reforma al Poder Judicial no se agota en la modificación de la estructura de los tribunales, sino que debe aspirar a un adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, mediante la adopción de sistemas, métodos y procedimientos que permitan una mayor eficiencia en el servicio de la Administración de justicia, y se traduzca en más rendimiento de los tribunales y racionamiento del gasto que ellos ocasionan. Así como reformar

los sistemas administrativos y, entre otras medidas establecer un régimen de distribución de expedientes en todas las jurisdicciones y modernizar los sistemas de archivo; e incorporar la informática a todo el sistema de Administración de justicia, como requisito indispensable para agilizar y modernizar los procedimientos y procesos, tanto administrativos como jurisdiccionales.

5. Estado de Derecho y Cultura

El Estado de Derecho se fundamenta en la estabilidad del orden jurídico, en la interiorización de dicho ordenamiento por el propio sistema, y en la transformación de la cultura jurídica de la sociedad. Este último aspecto es importante para la concepción de una reforma legal, ya que la misma no puede ser percibida tan sólo como una secuencia de transformaciones formales de códigos y leyes, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado constable, una transformación cultural de gran dimensión.

Por tanto la reforma debe abordarse también desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social. Las violaciones de los derechos de las personas, en algunos casos, se producen a pesar de la existencia de garantías suficientes en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho para la persona no es un valor fundamental. Debe implantarse el Estado de derecho como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre los mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de que cada persona lo asuma como propio.

IV. En busca de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos son comunes a todas las mujeres y hombres, esa concepción se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptada en 1948. La Constitución Política no sería lo que es sin los Derechos humanos. En este sentido, se produce, como expresa el profesor Pérez Luño, un vínculo interdependiente de carácter genético y funcional entre el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, *ya que el Estado de Derecho para serlo debe garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho*. De la misma manera la Constitución económica representa la base material de la actuación de los derechos fundamentales, pero la misma se haya integrada en gran medida, por aquellos derechos humanos que delimitan el régimen de la

propiedad, la libertad de mercado, el sistema tributario o el marco de las relaciones laborales y la seguridad social.

Desde el punto de vista teórico los Derechos humanos tienen su correlativo crítico y propositivo en Nicaragua, puesto que la formalidad de las normas que rigen dan lugar a un cuestionamiento a su origen liberal –clásico, pasando por las distancias existentes entre su positivación y su vigencia real, hasta llegar al contraste de éstos con las demandas cotidianas de vastos sectores sociales. Así la Constitución Política de Nicaragua contiene un importante y generoso contenido en Derechos Humanos, cuya amplitud nada tiene que envidiar a la de los países que suelen considerarse como modelos por el derecho constitucional comparado. La lectura de la misma es altamente positiva en este sentido. Hay que destacar que se ha adherido a casi todos los tratados internacionales que configuran el eje central del derecho internacional de los derechos humanos. En este ámbito, Nicaragua ha demostrado una disposición al compromiso internacional por los derechos humanos.

Sin embargo, para los nicaragüenses los Derechos humanos como realidad política y social abre un abanico de cuestionamientos sobre su viabilidad y nos plantean la relatividad del concepto mismo. El paradigma de los derechos humanos ha significado para Nicaragua un referente para las luchas por mejores condiciones de vida a la población. Su desarrollo en los últimos decenios ha instrumentalizado los canales de expresión de innumerables víctimas silenciadas en el pasado por regímenes militares, dictatoriales y políticos gubernamentales. En este sentido, aunque se da un avance significativo en la legislación nicaragüense sigue sin darse una respuesta esperanzadora a las realidades cada vez más acuciantes que vive el país.

En los últimos trece años Nicaragua ha experimentado cambios significativos en lo que respecta a una reformulación de las políticas en materia de derechos humanos. Los alcances y finalidades de estos espacios estatales son vistas desde ópticas diversas por diferentes sectores de la comunidad: para algunos, se constituyen en importantes logros a defender, mejorar y proteger, dada su inexistencia en regímenes anteriores y las posibilidades que en ellos se vislumbran para desarrollar acciones concretas a favor de los sectores vulnerables.

El país, a pesar de los esfuerzos de transformaciones formales, todavía no tiene no ha desarrollado totalmente una institucionalidad que promueva o proteja los Derechos humanos. Al estudiar este fenómeno no puede menos que observarse que la consagración de los Derechos humanos en nuestra Constitución Política aparece como *inofensiva* en tanto la precariedad de las

instituciones garantizadoras ponen en duda el reconocimiento, respeto y protección de los mismos. En este sentido, contrasta este realismo con la idea deformada de que el propio poder (en sentido general), cuya precariedad no es capaz de reconocer y, por ende, se resiste a ceder una parte del mismo, y si lo hace es con la condición de que le garantice cierta seguridad en caso de perder el poder, como señala el profesor Zaffaroni.

Por tal razón, y como expresa el profesor argentino Zaffaroni, los esfuerzos nacionales e internacionales para mejorar o fortalecer el esfuerzo de la institucionalidad no harán más que reforzar sus defectos si se limitan a lograr una mayor eficacia; cuando una máquina está mal diseñada, nada que no sea el aumento de producto defectuoso se logra haciendo que funcione con mayor eficacia; el mejoramiento del producto depende de un cambio de diseño.

Para otros, a pesar del entusiasmo inicial generado por estos esfuerzos de cambios, se duda en el logro de soluciones duraderas y de fondo a problemas graves de violaciones de derechos humanos, en el plano civil y político, así como en lo que atañe a política viable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, levantan interrogantes sobre si éstos son funcionales al propio sistema, fundamentado en privilegios, intereses y razones de Estado, que denotarían la ausencia de una voluntad política real para superar la negación de derechos para la mayoría de la población nicaragüense.

Lo que parece evidente es que la sociedad nicaragüense se encuentra en un proceso permanente de transformación lo cual hace comprensible su vida problemática y conflictiva; vive pues enfrentamientos, pugnas, se encuentra inmersa en una profunda crisis. Algunos de estos problemas tienen un carácter transitorio porque están determinados a aspectos específicos que finalizan por ser resueltos de una u otra forma. Otras tensiones son, por oposición, más profundas e implican una grave amenaza para la comunidad y para su existencia misma como institución colectiva y la vigencia de los derechos humanos.

1 Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua. Profesor del Programa de Maestría de Derecho Penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

LOS PRINCIPIOS RECTORES Y DISEÑO ESTRUCTURAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Francisco Enríquez Cabistán¹

SUMARIO: I. Constitución Política y sus Principios Rectores: 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 privada; la libre cooperación internacional; y el respeto a la autodeterminación de los pueblos, resolución pacífica de las controversias y la integración centroamericana. II. Eje diseñador de la Constitución Política. a. Parte General. b. Parte Dogmática. c. Parte Orgánica. d. Parte de Protección Constitucional. e. Parte de Revisión Normativa.

I. Constitución Política y sus Principios Rectores

La Constitución Política nace con la noción de Estado,² su organización y la premisa de tutela jurídica de los Derechos Fundamentales de una determinada comunidad. El vínculo genético entre Estado y Constitución Política es muy fuerte, uno no puede darse sin el otro, el Estado con los parámetros y regulaciones constitucionales de vida de la población, y la Constitución Política como eje diseñador del Estado, sus límites y garantías.

La Constitución Política, como instrumento democrático, refleja el consenso entre los actores de poder. Es un fenómeno no necesariamente jurídico, si no político, con un carácter de superlegalidad al cual se somete todo el ordenamiento jurídico de una nación. La doctrina ha coincidido que la Constitución Política se podría caracterizar en dos premisas fundamentales, que son a saber: a. Norma normarum y b. lex suprema/fundamental.

- a. Norma Normarum: La Constitución Política es Norma normarum porque es la fuente de nacimiento del ordenamiento jurídico de un país.
- b. Lex Suprema/Fundamental: El carácter de lex suprema/fundamental de la Constitución Política radica en que ésta no puede ser vulnerada por ninguna normativa inferior a la misma. En ese sentido, el art. 182 de nuestro cuerpo constitucional expresa: “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 le opongan o alteren sus disposiciones”.

Las Constituciones modernas se han venido nutriendo en los últimos tiempos del pensamiento liberal francés en donde predomina el sometimiento a la ley y el respeto a ciertas garantías o libertades propias del ser humano (libertad, igualdad, el derecho de propiedad, fraternidad y dignidad), basados en el bien común o interés general de la nación.³

Siguiendo esos parámetros, nuestra Primera Norma plasma en su art. 5 y como fundamento de la nación nicaragüense los siguientes preceptos: 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 privada; la libre cooperación internacional; y el respeto a la autodeterminación de los pueblos, además se añaden dos principios como: resolución pacífica de las controversias y la integración centroamericana.

- a. Libertad: Según la Declaración de Derechos y Deberes del Ciudadano de Francia, la libertad “es la facultad de hacer todo aquello que no perjudique al otro” (arts. 2 y 4); es decir que lo pretendido en ese apartado es que la persona humana pueda disponer de la capacidad de sus actos y las consecuencias de los mismos.

La libertad es vista en toda su dimensión (ámbito de circulación, pensamiento, expresión, etcétera) y el Estado debe de crear las condiciones de vida que permitan el respeto a este precepto, aunque hay decisiones de los diversos operadores que irrespetan dicha libertad, por ejemplo la construcción de imágenes religiosas cuando nuestro Estado es laico y no posee religión oficial (art. 14 Constitución Política).

- b. La justicia: Es el conjunto de normas jurídicas que permiten establecer un adecuado funcionamiento entre la comunidad y sus instituciones, estableciendo las conductas permisivas y prohibidas. La justicia queda en entredicho cuando sus opera-

dores benefician a determinadas personas solamente por la condición política y/o económica que éstas posean.

- c. El respeto a la dignidad de la persona humana: El ser humano por su propia condición posee derechos inherentes, con identidad y la potestad de elegir y decidir sobre los mismos. Ejemplo de estos derechos, entre otros, son la vida, la religión, la raza, etcétera.

La dignidad humana gira alrededor del respeto del ser humano y el Estado debe buscar como diseñar mecanismos que tutelen y ejecuten estos derechos. No sé puede pensar en un Estado excluyente y discriminador, un *Estado-Objeto*, con un contenido vacío. Una vulneración a la dignidad del ser humano es cuando, por ejemplo, el Estado rechaza ofertas laborales a personas por razón de raza o de religión.

- d. El pluralismo político, social y étnico: Este acápite se refiere a la obligación del Estado de respetar la libertad de pensamiento, de ideología y de raza; además, garantiza la participación política y ciudadana, rechaza mecanismos antidemocráticos de acceso y participación del poder. En este sentido, el art. 5 párrafo 2 de la Constitución Política de Nicaragua plantea: “El pluralismo político asegura la existencia y participación de todas las organizaciones políticas en los asuntos económicos, políticos y sociales del país, sin restricción ideológica, excepto aquellos que pretenden el restablecimiento de todo tipo de dictadura o de cualquier sistema antidemocrático”.

- e. El reconocimiento a las distintas formas de propiedad privada: El derecho de propiedad es un derecho que debe ser respetado y tutelado. La Constitución Política en el art. 5 párrafo 4 reconoce diferentes tipos de propiedades, tales como: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria; todo con la noción del servicio público y del respeto a la propiedad privada, todo en aras del interés general de la nación. Este reconocimiento nace de un Estado con características productivas, sociales y comunitarias bien marcadas.

En décadas atrás se han dado múltiples vulneraciones a este derecho, y los legisladores en los últimos años han buscado como enmendar este error con formas muy precisas para proteger este derecho, por ejemplo se prohibió la figura de la confiscación y se dejó solamente establecido la expropiación para casos de interés social o de utilidad pública, previa y justa indemnización a la parte que se le ha trastocado su propiedad (art. 44).

- f. La libre cooperación internacional: La libre cooperación internacional se define como la actitud voluntaria de un donante de otorgar beneficios a una comunidad determinada. Este donante puede ser un Estado, organismos no gubernamentales, etcétera.

Al establecerse este precepto en la Constitución Política se hace referencia por un lado, a la libertad del Estado de elegir sus relaciones diplomáticas y de cooperación, y por otro, a que las entidades donantes no condicionen su ayuda según los intereses que les puedan beneficiar.

- g. El respeto a la autodeterminación de los pueblos.⁴ El Estado de Nicaragua reafirma la unidad nacional. Integra a las áreas territoriales del Pacífico y el Atlántico, reconociéndosele iguales derechos y obligaciones; seda un reconocimiento especial a la Costa Atlántica o Caribe con su autonomía y la facultad que tienen éstas de tener sus propias autoridades, manejar su presupuesto, tener territorio propio y de participar en las decisiones políticas, económicas y sociales en que se relacione la vida del país.
- h. Resolución pacífica de las controversias: Este apartado se fundamenta primero, en el respeto soberano de las naciones y de las actuales democracias, y segundo, en el respeto a la ley por la población de los países. Nicaragua ha ratificado y reconocido el Derecho Internacional Americano que promulga la solución armónica y sin imposiciones militares de las controversias y en base a la ley internacional y nacional de los Estados. Ese es el espíritu que la Constitución Política manifiesta: “Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto, se inhibe y proscribse todo tipo de agresión política, militar, económica, cultural y religiosa, y la intervención en los asuntos internos de otros Estados. Reconoce el principio de solución pacífica de las controversias internacionales por los medios que ofrece el derecho internacional, y proscribse el uso de armas nucleares y otros medios de destrucción masiva en conflictos internos e internacionales; asegura el asilo para los perseguidos políticos, y rechaza toda subordinación de un Estado respecto a otro” (art. 5 párrafo 5 Constitución Política).
- i. La integración centroamericana: Los procesos de integración regional en Centroamérica han venido haciendo que los líderes de los Estados piensen en unificar las economías y los territorios, situación que se da por mantener estable el interés comercial y político de las zonas limítrofes de los países. Ya no se puede pensar aisladamente. Estamos frente a un mundo global que exige participación colectiva y de unidad entre

los países. Nicaragua y los demás países de Centroamérica frente a estos aires de integración regional, propugnan por la unidad de los mismos. Toda decisión que se tome de aquí en adelante, debe hacerse pensando en una visión colectiva de las naciones. Este pensamiento es lo expresado por nuestro texto constitucional cuando afirma: “Nicaragua privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de la gran patria centroamericana” (art. 5 último párrafo).

Los preceptos antes mencionados, son el sustento mismo de la Constitución Política y está debe basar su aplicación programática en el fiel cumplimiento de los mismos.

II. Eje diseñador de la Constitución Política

De forma tradicional se ha dicho que la Constitución Política se divide en tres partes: general o preámbular, dogmática y orgánica; a lo cual le añado, para un mejor estudio de la misma Carta Magna, la parte de protección constitucional y de revisión normativa.

a. Parte General o Preambular

En esta sección se hace alusión a los principios filosóficos o pragmáticos de una nación. Existe una invocación y evocación a héroes y mártires, así como personalidades nacionales. En la mayoría de los casos el Preámbulo refleja el contexto político e histórico en que se aprueba y discute la Constitución Política; es por eso que nuestra Constitución Política refleja en el Preámbulo el contexto histórico de la revolución vivida en los años ochenta.⁵

b. Parte dogmática

La parte dogmática es el reflejo del respeto al ser humano y su dignidad, ya que alude a los derechos y garantías constitucionales que posee la persona humana. Se nace del derecho natural propio donde existen ciertos derechos anteriores al Estado y que por tal razón deben ser respetados.

Se podría decir, que la matriz donde se originan estos derechos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Es de esta forma que la mayoría de las Constituciones, Nicaragua no es la excepción, ve estructurada su parte dogmática en una serie de derechos: individuales (primera generación); políticos (segunda generación); sociales, económicos y culturales (tercera generación); y los referidos al medio ambiente y tecnología (cuarta generación); conformando todos estos derechos, un catalogo

universal que deben de ser respetados, seguidos y cumplidos por la mayoría de Estados del mundo.

c. Parte orgánica

En este acápite se hace mención del Estado y su organización. Nicaragua es un Estado Social de Derecho (art. 130 párrafo 1 Constitución Política)⁶ y se organiza en 4 Poderes del Estado: Legislativo, Judicial, Ejecutivo y Electoral⁷ (art. 129 Constitución Política); en órganos de creación constitucional y en órganos propios de la Administración Pública.

La organización en Poderes del Estado se deriva de la ya clásica División de Poderes⁸ de Montesquieu, donde va existir un balance de poderes y contrapoderes, y un actuar equilibrado entre los mismos, para evitar la concentración del poder en manos de una persona.

Los órganos de creación constitucional son aquellos que la propia Constitución Política crea y estructura, como los establecidos en el art. 138 inciso 9: Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

La Administración Pública, según el profesor Fernando Garrido Falla, “es un complejo orgánico situado desde el seno del Poder Ejecutivo con actividades no homogéneas. Se nace e inspira de la tesis de División de Poderes”.

Siguiendo al propio Garrido Falla, la Administración Pública se clasifica en un carácter subjetivo (se refiere a los sujetos propios del actuar administrativo) y carácter objetivo (el actuar propio de los sujetos de la Administración Pública).

La Administración Pública también se puede disgregar en órganos centralizados, descentralizados y desconcentrados.

Los órganos centralizados⁹ son aquellos órganos donde existe la concentración de poderes¹⁰ en manos del Presidente de la República, así como la jerarquía de un órgano con respecto al otro; el ejemplo más claro de estos órganos son los Ministerios y Vice- ministerios de Estado.

En cambio, en los órganos descentralizados¹¹ existe la transferencia de poderes del órgano central a entidades locales o regionales, todo con la noción de un mejor trabajo y servicio de la Administración Pública hacia las comunidades. Los órganos

descentralizados poseen autonomía administrativa, funcional y financiera así como territorio propio y personalidad jurídica. Un ejemplo claro de estos entes son los municipios.

Los órganos desconcentrados¹² son instituciones intermedias, es decir que son órganos nacidos de entidades centralizadas pero con aspiraciones de llegar a ser órganos descentralizados. Poseen autonomía en sus funciones, pero no financiera; no poseen territorio propio, y algunos podrían llegar a tener personalidad jurídica propia, otros no.

d. Parte de protección constitucional

La Constitución Política no solamente posee un catálogo de derechos propios del ser humano sino también mecanismos de protección a dichos derechos. Esta característica es propia de una Constitución Política garante de la dignidad humana y de su fiel cumplimiento. Dicho mecanismo de protección constitucional se expresará a través de una justicia constitucional que controle el respeto y el carácter de superlegalidad de la Constitución Política.

Dicho *bloque de constitucionalidad* nace de tres sistemas ya clásicos: el concentrado, el difuso y el mixto.

El Sistema Concentrado cuyo origen es Hans Kelsen, plantea la idea de que solamente debe existir un órgano especializado que vele por la supremacía de la Constitución Política y que ésta supremacía constitucional se iba a expresar a través de una pirámide cuya cúspide la encabezaba la Constitución Política misma. Dicho órgano especializado recibe diferentes nombres: Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad o Sala Constitucional; este último caso es el nicaragüense, donde nuestro legislador a partir de las reformas constitucionales de 1995 divide en 4 salas a la Corte Suprema de Justicia (CSJ): civil, penal, constitucional y de lo contencioso administrativo. Este tipo de sistema se expresa a través del recurso por inconstitucionalidad. Nuestra Constitución Política plasma en ese sentido que se establece el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano (art. 187).

En cambio el Sistema Difuso, traslapa el control o bloque de constitucionalidad a las cortes (tribunales de apelaciones o jueces) con trámites ordinarios produciendo efectos solamente entre las partes. Este sistema se refleja a través del recurso de amparo o de exhibición personal (*habeas corpus*). Nuestra Carta Magna manifiesta que se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda

acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política (art. 188) y el recurso de exhibición personal o habeas corpus se establece en favor de aquellos cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo (art. 189).

El último sistema es el mixto, que abarca la aplicación del sistema concentrado y difuso. Nuestra legislación sigue esta corriente y así lo expresa la Ley de Amparo (arts. 20 y 21) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5).

El art. 26 de la Constitución Política¹³ establece la figura de la acción de *habeas data* con la finalidad de proteger los datos privados de las personas. Según el profesor Rigoberto González Montenegro, las garantías son aspectos esenciales de aquellos derechos que siendo fundamentales, requieren de una protección sin dilación, *in extremis* expedita. Esto se muestra diáfonomamente en la institución del Habeas Corpus, es decir, no puede haber libertad sin dignidad humana. En este contexto de *mutatis mutandi*, es aplicable la institución del *habeas data*, ya que para acceder a la intimidad de las personas de manera abusiva, se está en capacidad de lesionar su dignidad.

En ese sentido, siguiendo al profesor argentino Enrique Falcón, citado por el también profesor González Montenegro, el *Habeas Data* viene a ser un remedio urgente para que las personas puedan obtener: a) el conocimiento de los datos a ellos referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados, y b) en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

Actualmente, no existe procedimiento ni jurisprudencia para aplicar la acción de *habeas data*. Lo más indicado, para no vulnerar los derechos fundamentales y no exista una ley especial, es aplicar esta figura jurídica siguiendo los parámetros del *habeas corpus*.

Otro apartado que nuestra legislación procesal constitucional no abarca de manera precisa es lo que respecta a la *inconstitucionalidad por omisión legislativa*. No hay postulado expreso ni jurisprudencia.

El Defensor del Pueblo de España, Don Enrique Múgica Herzog, ha expresado que el recurso por inconstitucionalidad por omisión legislativa, mediante resolución del Tribunal Constitucional Español, “sólo existe cuando la Constitución impone al legislador

la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”.

e. Parte de Revisión Normativa

El presente acápite hace referencia a la vigencia o actualización de la Constitución Política. La Constitución Política de una nación es el producto de los acontecimientos políticos, jurídicos e históricos que se producen como consecuencia de ello, y se plantea dos premisas fundamentales: la primera dirigida a estar creando constituciones porque la vigente ya no es de utilidad, y la segunda a adecuar la Constitución Política actual a los vaivenes o nuevos aires que se respiran.

En el primer caso, estaríamos ante la situación de manosear la Constitución Política según los intereses políticos a través de una reforma total, lo cual no es recomendable si la cultura es de respeto al Estado de Derecho y al principio de legalidad. Y en el segundo caso, simplemente es adecuar la Constitución Política al contexto que se vive en la nación a través de reformas parciales.

Lo anterior nos lleva a definir el Poder constituyente y el Poder Constituido.

El Poder Constituyente nace del concepto de soberanía que radica en la población de un país y que esta depositada en sus representantes, que son debidamente electos a través de un sufragio electoral. Dichos representantes están limitados por la propia Constitución Política.

La Constitución Política por tanto, es el eje sobre el cual van a girar las actuaciones de los funcionarios públicos. El Poder Constituyente que se sostiene y limita por la Constitución Política produce Poderes Constituidos a través del trámite de reformas constitucionales (Constituyente Permanente: parcial o total, y el Constituyente Revolucionario). Dichos Poderes Constituidos son los Poderes del Estado, los órganos de Creación Constitucional y los órganos propios de la Administración Pública y que ya detallamos en la parte orgánica de la Constitución Política.

Notas

- 1 Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- 2 Entiéndase al Estado en su concordancia moderna; ese Estado nacido de las revoluciones liberales de finales del siglo XVII (Inglaterra, 1688) e inicios del siglo XVIII (Estados Unidos, 1776; y Francia, 1789), en donde se promulgaba

un Estado respetuoso de las leyes y del reconocimiento de los derechos y garantías más intrínsecos al ser humano, a su dignidad; ese es el sentido de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su arto. 16 afirmaba que para que existiese Constitución Política deberían existir: a) División de Poderes y b) Reconocimiento de Derechos y Garantías.

- 3 Como interés general de la nación se debe entender la creación y estabilidad de las condiciones de vida democrática, social, política, institucional y económica de una comunidad en específica.
- 4 El arto. 5 párrafo 3 de la Cn afirma: “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución”.
- 5 El Preámbulo de nuestra Carta Magna expresa en ese sentido: “NOSOTROS... Representantes del Pueblo de Nicaragua, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente. Evocando la lucha de nuestros antepasados indígenas... el espíritu de unidad centroamericana y la tradición combativa de nuestro Pueblo que, inspirado en el ejemplo del General JOSÉ DOLORES ESTRADA, ANDRÉS CASTRO Y ENMANUEL MONGALO, derrotó al dominio filibustero y la intervención norteamericana en la Guerra Nacional... La gesta antintervencionista de BENJAMÍN ZELEDÓN... Al General de Hombres Libres, AUGUSTO C. SANDINO, Padre de la Revolución Popular y Antiimperialista... La acción heroica de RIGOBERTO LÓPEZ PÉREZ, iniciador del principio del fin de la dictadura... El ejemplo de CARLOS FONSECA, el más alto continuador de la herencia de Sandino, fundador del Frente Sandinista de Liberación Nacional y Jefe de la Revolución... A todas las generaciones de Héroes y Mártires que forjaron y desarrollaron la lucha de liberación por la independencia nacional...
- 6 El Estado Social de Derecho, supone dos componentes: primero, el sometimiento del Estado al Derecho, y segundo el actuar permanente y activo del mismo Estado en la búsqueda cotidiana de satisfacer el fiel cumplimiento de los derechos ciudadanos establecidos en la Constitución Política, en especial los derechos sociales y económicos, el Estado se transforma en un ente eficiente de administrar los recursos públicos en aras del interés general de la nación. Véase Cuaresma Terán, Sergio y Enriquez Cabistán, Francisco: “Derechos humanos y jurisdicción constitucional”, Centro de Estudio e Investigación Jurídica / Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 236 ss.
- 7 El Poder Electoral se incorpora como Poder del Estado en 1962, cuando se reforma la Constitución Política de 1950.
- 8 Propers Weils nos manifiesta que más que una División de Poderes existe un reparto de Poderes donde el Ejecutivo se queda con la parte del León, un ejemplo de ello es que el Ejecutivo posee la Administración Pública, la actividad policial, gubernativa, etcétera.

- 9 La centralización administrativa: es una forma de organización administrativa, integrada en un régimen jerarquizado, en la que un conjunto de órganos se estructura uno con respecto a otros, de arriba hacia abajo, formando una unidad que se logra y se mantiene en virtud de las determinaciones del Presidente de la República. Los Ministerios de Estado son entes centralizados, no tienen autonomía de ningún tipo, patrimonio ni personalidad jurídica propia (arto. 4 párrafo 1 de la Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo, Ley No. 290).
- 10 Entre los Poderes del Presidente tenemos: el nombramiento, mando, vigilancia, sancionador, revisión y resolución de conflictos.
- 11 La descentralización administrativa es una forma de organización administrativa en la cual se confiere a través de una Ley a un órgano, autonomía técnica y administrativa para ejercer determinada competencia administrativa. Se le otorga patrimonio propio y personalidad jurídica, existiendo control o tutela del Presidente de la República o del Ministerio al que estén vinculados. El Director del ente es nombrado por el Presidente de la República o por la autoridad establecida de acuerdo a su Ley Creadora (arto. 4 párrafo 3 de la Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo, Ley No. 290).
- 12 La desconcentración administrativa, es una forma de organización administrativa en la cual el órgano centralizado confiere autonomía técnica a un órgano de su dependencia para que ejerza una competencia limitada a cierta materia o territorio. El ente gubernamental que tiene administración desconcentrada no tiene patrimonio propio ni personalidad jurídica, su status legal y presupuesto devienen del Ministerio al que estén vinculados jerárquicamente (arto. 4 párrafo 2 de la Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo, Ley No. 290).
- 13 Este artículo manifiesta: “Toda persona tiene derecho: A su vida privada y a la de su familia. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo... Al respeto de su honra y reputación... A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información...”



2

Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional

REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1987

Edwin Castro Rivera¹

SUMARIO: I. El procedimiento de reforma constitucional en el ordenamiento Nicaragüense. II. Reforma Parcial. III. REFORMA 1990.- Aprobada 30 de enero 1990, publicada en la Gaceta N.46 del 6/3/90. IV. REFORMA 1990.- Ley N. 115, Publicada en la Gaceta N. 226 del 23/11/90. V. Reforma de 1994. Ley N. 173, aprobada el 30/08/94. VI. Reforma de 1995. Ley N. 192, publicada en la Gaceta 124 del 4/07/95. VII. Reforma 2000, Ley N° 330, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua. Aprobada: 18/01/2000, Publicada 19/01/2000, Gaceta N° 13. VIII. Reformas del 2005, Ley 520. Aprobada el 13 de enero del 2005. IX. Reforma 2005. Ley 521. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 28 del 18 de febrero de 2005. X. Reforma 2005. Ley 527, aprobada el 15 de marzo del 2005. XI. Ley Marco 2005. Ley No. 558 “Ley Marco para la Estabilidad y Gobernabilidad del País”.

I. El procedimiento de reforma constitucional en el ordenamiento Nicaragüense

De la consideración de la Constitución Política, por un lado, como ley suprema y, por otro, como complejo normativo en el que se regulan las atribuciones y competencias del Estado, y la garantía a la libertad del ciudadano, derivaría la idea de que tan impresionante conquista histórica ha de considerarse por necesidad, inmutable. Ya en la Edad Media, los grandes pactos entre el *Rex* y el *Regnum*, donde cabe situar los precedentes más claros del constitucionalismo moderno y donde se establecen las primeras limitaciones al poder y las primeras garantías de libertad, solían firmarse *in perpetuam rei memoriam*.²

Son tres los aspectos que según Pedro de la Vega operan la reforma en la organización constitucional democrática y a los que conviene hacer referencia. El primero, la reforma como un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política; la

necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica, esto se presenta como la primera exigencia del sistema constitucional. En segundo lugar, hay que tener claro que esa adecuación de la Constitución Política a través de la reforma a la realidad política se debe producir sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. La reforma como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. "...reformular la constitución no significa el destruirla, sino simplemente acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al constituyente..."³ Y en tercer lugar, la reforma tendrá que ser la institución que garantice las garantías en ellas establecidas.

Las reformas son las transformaciones que se hace a una Constitución Política legalmente en vigencia. En nuestro caso, la fuente que regula el procedimiento de reforma en el ordenamiento nicaragüense está regulada en el capítulo III Reformas constitucionales de los arts. 191 al 195 de nuestra Constitución Política.

Nuestra Constitución Política regula dos maneras para su reforma, la de manera parcial o total, la Asamblea Nacional está facultada para reformar parcialmente la Constitución Política (art. 191) y para conocer y resolver sobre la iniciativa de reforma total de la misma.

II. Reforma Parcial

La iniciativa de la reforma parcial únicamente la tienen el Presidente de la República y un tercio de los diputados (31 diputados tienen que presentarla). Para la iniciativa ésta debe señalar: los artículos que se pretenden reformar, con la Expresión de Motivos, en plenario se toma la decisión de enviarla a una comisión especial que dictaminará un plazo no mayor de 60 días.

El proyecto de reforma recibirá a continuación el trámite previsto para la formación de la ley. La iniciativa de reforma parcial deberá ser discutida en dos legislaturas. Para la aprobación se requiere del 60% de los diputados (56). EL presidente promulgará, no tiene derecho al veto.

III. Reforma 1990. Aprobada 30 de enero 1990, publicada en la Gaceta N° 46 del 06 de marzo de 1990

El Gobierno de Reconstrucción Nacional, conformado para dirigir al país luego del derrocamiento de la dinastía somocista, tenía la gran tarea de activar la economía. Sin embargo, la oposición de Estados Unidos de Norteamérica al nuevo gobierno, fue un gran impedimento. En 1981 el gobierno de Ronald Reagan inició un fuerte bloqueo económico y financió a grupos armados denominados “la contra”. La nueva guerra civil fue el escenario de las elecciones de noviembre de 1984, en el cual ganó la presidencia Daniel Ortega Saavedra. El 9 de enero de 1987 se promulgó la nueva Constitución Política. En agosto del mismo año los presidentes centroamericanos adoptaron, los Acuerdos de Esquipulas II con el fin de alcanzar una paz firme y duradera y la democratización del istmo. Para conseguir la paz se solicitó a los gobiernos que apoyaban a movimientos armados antigubernamentales que cesará su apoyo. Se llamó a un alto al fuego y se comprometieron a impedir el uso de sus territorios para acciones desestabilizadoras para otros gobiernos. En vías de consolidar la democracia se comprometieron a celebrar elecciones libres.

El acuerdo suscrito señalaba: “...creadas las condiciones inherentes a toda democracia, deberán celebrarse elecciones libres, pluralistas y honestas, como expresión conjunto de los Estados Centroamérica para encontrar la reconciliación... Luego de efectuarse las elecciones para integrar el parlamento centroamericano deberá realizarse en cada país, con observadores internacionales e iguales garantías, dentro de los plazos establecidos y los calendarios que deberán proponerse de acuerdo a las actuales Constituciones Políticas, elecciones igualmente libres y democráticas para el nombramiento de representantes populares en los municipios, los congresos y asambleas legislativas y la Presidencia de la República.”

En este contexto, la oposición Nicaragua presentó la demanda de una reforma constitucional integral, que luego se convertiría en el Programa de Gobierno de la Unión Nacional Opositora (UNO). La UNO demandaba la constituyente por considerar la Constitución Política de 1987 un instrumento jurídico-político propio de un Estado totalitario, por lo cual no era apropiada para sustentar una democracia auténtica e integral.

El 4 de agosto de 1989 el presidente de Nicaragua suscribió un acuerdo con dieciocho partidos políticos donde convinieron que las autoridades ejecutivas y legislativas que resultasen electas el

25 de febrero de 1990, tomaran posesión de sus cargos el 25 y 24 de abril de 1990, respectivamente.

Para el cumplimiento de estas disposiciones resultaba necesario reformar transitoriamente la Constitución Política. Su objetivo fundamental era anticipar en nueve meses los comicios de ese año, recortando el período presidencial del Gobierno y de los representantes ante la Asamblea Nacional, para permitir la realización de las elecciones el 25 de febrero de 1990.

La “Reforma Constitucional para las elecciones del 25 de febrero de 1990” aprobada el 30 de enero de 1990 y publicada en la gaceta No. 46 del 6 de marzo de 1990 se caracterizó tal y como lo señala la misma constitución por ser aprobada en dos debates, en las sesiones ordinarias número quince de 1989 y uno de 1990.

IV. Reforma 1990.- Ley N. 115, Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, N° 226 del 23 de noviembre de 1990

Vale la pena hacer mención en nuestro estudio, sobre las reformas constitucionales de 1990, específicamente, la Ley 115, la cual hacía mención a las faltas temporales del Presidente de la República, la misma establecía como falta temporal del Presidente de la República la ausencia por un período mayor de tres meses, esta reforma no entró en vigencia ya que el texto constitucional no fue modificado, la redacción de los artículos quedó como estaba originalmente.

En dichas reformas se estableció el período para que el presidente pudiera salir del país sin autorización, siendo éste menor de tres meses. También se estableció como falta temporal la imposibilidad manifiesta del Presidente de la República para ejercer su mandato.

En las reformas de 1995 se establece que el período para que el Presidente de la República pueda salir del país sin autorización es de quince días. Para un período mayor de quince días y menor de treinta días requerirá previa autorización de la Asamblea Nacional. Así como se estableció también en las reformas de 1995 como faltas temporales del Presidente de la República: la imposibilidad o incapacidad temporal manifiesta para ejercer el cargo, declarada por la Asamblea Nacional y aprobada por los dos tercios de los diputados.

V. Reforma de 1994. Ley N° 173, aprobada el 30 agosto de 1994

Los artículos contenidos en la Ley N. 173 son los siguientes:

Se reforma los arts. 192 y 195 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 5 del nueve de enero de mil novecientos ochenta y siete, los que se leerán así: “art. 192.- La iniciativa de reforma parcial deberá señalar el o los títulos, capítulos y artículos, que se pretenden reformar, suprimir o adicionar con expresión de motivos. La iniciativa deberá ser enviada a una comisión especial que dictaminará en un plazo no mayor de sesenta días. El proyecto de reforma recibirá a continuación el trámite previsto para la formación de la ley. Art. 195- La reforma de las Leyes Constitucionales se realizará de acuerdo al procedimiento establecido para la reforma parcial de la Constitución.”

En la misma reforma se establecía que su entrada en vigencia era a partir de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial.

Por no haber promulgado, ni mandado a publicar el Presidente de la República, en ese entonces Violeta Barrios de Chamorro, la Reforma Parcial a la Constitución Política, aprobada por la Asamblea Nacional el 23 de febrero de 1994, en acatamiento a lo dispuesto en los arts. 142 y 192 de la Constitución Política. en el carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, Luis Humberto Guzmán Arias, mandó a publicarla el 30 de agosto del mismo año.

Con fecha del dos de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, los Doctores: Max Hernández, Leonel Blandón y José Blandón introdujeron ante la Corte Suprema de Justicia, un Recurso por Inconstitucionalidad contra la denominada Ley No. 173. Este recurso fue resuelto por Auto del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco, razonando en el por cuanto la Ley No. 173 a que hacen referencia los recurrentes, fue publicada en “El Nuevo Diario” del seis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, y no en La Gaceta, Diario Oficial, como lo señala el mismo texto de la Ley que en su art. 2 determina que la vigencia de la Ley será a partir de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial, hecho que no ha ocurrido hasta la fecha. Es un hecho a destacar, que a la fecha ningún presidente la ha mandado a publicar en la Gaceta Diario oficial, como lo mandata la misma ley, a doce años de su aprobación, todavía está en un limbo jurídico.

VI. Reforma de 1995. Ley No. 192, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 124 del 04 de julio de 1995

La Constitución Política de 1987 se caracteriza por establecer un régimen presidencialista tendientes a establecer un número mayor de facultades al Poder Ejecutivo, esto en cierta forma creaba un desequilibrio respecto de los demás poderes del Estado. En este sentido el Presidente podía dictar decretos en materia fiscal, tenía facultad legislativa delegada para períodos de receso de la Asamblea Nacional, no tenía un plazo determinado para reglamentar las leyes que lo requerían, de tal manera que si en algún caso éste no estaba de acuerdo con las decisiones del legislativo, podía abstenerse de reglamentar.

Luego de las elecciones del 25 de febrero de 1990, en las cuáles resultó electa la candidata de la Unión Nacional Opositora, Violeta Barrios de Chamorro, la demanda de dicho partido de una reforma total de la Constitución Política continuó siendo una constante en los primeros años de su gobierno. Se decide la realización de una reforma parcial sustancial de la Constitución Política promovida por diputados del Frente Sandinista y partidos que se habían separado de la UNO.

El propósito de estas reformas era contribuir al proceso de estabilización del país y del sistema político, con el objeto de perfeccionar el sistema democrático. Para esta tarea era necesario adecuar el ordenamiento jurídico constitucional, de tal manera que se efectuara una fuerte transferencia de Poder del ejecutivo hacia el legislativo logrando un mayor equilibrio entre los poderes del Estado.

La iniciativa presentada, en lo referente a materia dogmática pretendía adaptar los principios fundamentales a las nuevas exigencias de la época, fortaleciendo los derechos ciudadanos frente al Estado para evitar intervenciones de éste en ámbitos de libertad.

La propuesta de reforma en relación a la parte orgánica introducía cambios en la estructura del texto constitucional, asignando un capítulo bajo el Título VIII a la Procuraduría de los Derechos Humanos, al Tribunal Constitucional y a la Fiscalía General de la Nación. Algunos de estos artículos fueron considerados como principios de un sistema parlamentarista, por lo que al final, los diputados decidieron reducir las facultades presidencialistas e introducir las reformas en la estructura ya existente.

Es importante destacar que dichas reformas, una vez aprobadas por el legislativo, fueron vetadas por el Ejecutivo lo que provocó un período de crisis institucional y trastornos políticos, siendo necesario celebrar un diálogo entre representantes de los poderes legislativo y ejecutivo.

Las conversaciones entre los actores políticos culminaron con la firma de un acuerdo político que permitía la aprobación de las reformas, postergando la ejecución de algunas de ellas hasta después de las elecciones de noviembre de 1996. En este marco se promulga la Ley No. 199, Ley Marco de Implementación de las Reformas Constitucionales, aprobada el 03 de julio de 1995, y publicada el 05 de julio de 1995, La Gaceta, Diario Oficial, No. 125.

La Ley 192, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua fue promulgada bajo la Presidencia de Doña Violeta Barrios de Chamorro. En total fueron sesenta y cinco los artículos reformados en este período, 30 corresponden a materia dogmática y 35 corresponden a la parte orgánica.

VII. Reforma 2000, Ley No. 330, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua. Aprobada el 18 de enero del 2000, publicada el 19 de enero del 2000, La Gaceta, Diario Oficial, No. 13.

La Ley 330 expresa textualmente en el Considerando, que el propósito primordial de esta reforma es "...dotar a las instituciones públicas que ella menciona de una mayor capacidad funcional y ampliar la composición de sus órganos de dirección para que las competencias y atribuciones que la propia Constitución Política y las leyes les confieren puedan ser ejercidas con más eficacia para que tenga como resultado una mejor atención a las necesidades y requerimientos de los ciudadanos..."⁴

VIII. Reforma 2004. Ley No. 490, Ley que Reforma Parcialmente el art. 138, inciso 12 Constitucional- Publicado en La Gaceta No. 132 del 7 de Julio de 2004

Aprobación en primera legislatura el 19 noviembre de 2003 y en segunda legislatura el 15 de junio de 2004

Las reformas a la Constitución Política de 1995 contemplaron dentro de las atribuciones de la Asamblea Nacional el aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdo 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 vinculan el ordenamiento jurídico del Estado. Para ratificar estos instrumentos internacionales, el órgano legislativo tenía un plazo de 60 días perentorios, vencido el plazo se tenían por aprobados. Sin embargo, esta disposición fue considerada por los representantes de este poder como un límite de las atribuciones soberanas de la Asamblea Nacional, ya que la ratificación por omisión prescrita en el párrafo segundo del inciso 12 del art. 138, resultaba desventajoso para el país en el campo internacional. Así queda señalado en la exposición de motivos de dicha ley: "...aceptar la prescripción de un plazo, para aprobar los instrumentos internacionales que pasarán a ser leyes nacionales, una vez aprobados por omisión por el mero transcurso de sesenta días, no se compagina con la seriedad y prudencia que debe pautar la aprobación de las leyes que regirán los destinos de Nicaragua..."

Con la aprobación de estas reformas, la Asamblea Nacional propiciaría un mayor fortalecimiento de sus facultades en la aprobación de Instrumentos Internacionales.

**Reformas del 2005, Ley 520.
Aprobada el 13 de enero del 2005**

La Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua, Ley No. 520, aprobada durante el gobierno del Presidente Enrique Bolaños pretendía fortalecer las atribuciones del Poder Legislativo en relación a la ratificación, interpelación y destitución de funcionarios del poder ejecutivo, así como reformar los preceptos relativos al poder de veto del Presidente de la República.

Dentro de las principales transformaciones podemos destacar que la Asamblea Nacional puede solicitar informes no sólo a ministros,

viceministros y presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales (como estaba contemplado anteriormente), sino que esta facultad se extiende al Procurador y Sub-procurador General de la República, siendo ésta una obligación ineludible, y dispone además que la no comparecencia injustificada será causa de destitución.

La Asamblea podrá además, con votación calificada de 60% de los diputados, destituir al funcionario que consideren no apto para el ejercicio del cargo.

Otro aspecto a destacar es en lo referente al nombramiento hecho por el Presidente de la República a los Ministros y Viceministros, Procurador y Sub-Procurador General de la República, Jefes de Misiones Diplomáticas, y Presidentes o directores de Entes Autónomos y Gubernamentales, sólo se considera un nombramiento firme hasta que sea ratificado en un plazo no mayor de 15 días, con el voto favorable del 60% del total de Diputados.

Las reformas adicionan que la Asamblea Nacional puede elegir con voto favorable del 60% del total de diputados, de listas propuestas por el Presidente y diputados, al superintendente y a los intendentes de servicios públicos, y director y subdirector del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural.

En lo relativo al veto, las reformas disponen que cuando éste sea parcial, debe contener la expresión de motivos de cada uno de los artículos vetados, siendo tarea de la comisión correspondiente, dictaminar sobre cada uno de los artículos vetados. La Asamblea Nacional con un número de votos que exceda la mitad de sus miembros podrá rechazar el veto de cada artículo en cuyo caso el Presidente de la Asamblea Nacional mandará a publicar la ley.

IX. Reforma 2005. Ley No. 521. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 28 del 18 de febrero de 2005.

El art. 9 de la Constitución Política establece como mandato del Estado privilegiar la unidad centroamericana y apoyar todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica de Centroamérica. En este sentido, el Parlamento Centroamericano juega un papel trascendental en los procesos de armonización legislativa y la creación jurídica del Sistema de Integración Centroamericana. Para los legisladores, el Estado de Nicaragua no había otorgado a los Diputados ante el Parlamento Centroamericano, iniciativa de ley de Decreto legislativo, a pesar de que éstos han sido electos

de forma universal, directa y secreta por el pueblo nicaragüense, y como tal son depositarios de la soberanía y voluntad popular.

Esta ley fue aprobada el 13 de enero de 2005 y publicada en la Gaceta No. 35 del 18 de febrero del 2005, se centró principalmente en reformar el art. 140 del Capítulo II “Poder Legislativo” del Título VIII “de la Organización del Estado” de la Constitución Política.

X. Reforma 2005. Ley 527, aprobada el 15 de marzo del 2005

La ley de Reforma Parcial de la Constitución Política, Ley No. 527, aprobada durante el gobierno del presidente Enrique Bolaños tenía como propósito reformar dos artículos constitucionales.

El primer artículo reformado fue el 68, en el cual se agregó al final del cuarto párrafo un enunciado que establece la reserva legal para la exención de toda clase de impuestos a materiales utilizados por medios de comunicación, como papel, maquinaria, equipo y refacciones. Establece además la misma reserva para la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas, materiales escolares y científicos de enseñanzas, diarios y otras publicaciones periódicas. Esta materia por disposición constitucional debe ser regulada por las leyes tributarias.

El segundo artículo reformado fue el 93, en el cual se suprimió del segundo párrafo la frase “y la policía” y del párrafo tercero la frase “y policías”, con lo cual se define que los delitos y faltas estrictamente militares, cometidos por miembros del Ejército serán conocidos por los Tribunales Militares establecidos por Ley. En el caso de delitos y faltas comunes que cometan con militares, éstos serán conocidos por los Tribunales Comunes. Con lo anterior se precisó que los delitos militares sólo pueden ser cometidos por miembros del Ejército.

XI. Ley Marco 2005. Ley No. 558 “Ley Marco para la Estabilidad y Gobernabilidad del País”

El 19 de octubre del 2005, la Asamblea Nacional aprobó la Ley Marco la cual tiene como precedente, la Ley No. 199 Ley Marco de Implementación de las Reformas Constitucionales, aprobado en 1995, por medio de la cual se retrasaba la implementación de las reformas aprobadas ese mismo año.

Al igual que su predecesora, la Ley 558 tuvo como propósito primordial, solucionar la crisis institucional ocasionada por los desacuerdos entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, sobre la validez de las reformas constitucionales contenidas en la Ley 520. De la firma del Acuerdo Político alcanzado entre ambos poderes, del cual fue testigo el Cardenal Miguel Obando y Bravo y el Embajador Dante Caputo, enviado personal del Secretario General de la OEA, se desprendió la necesidad de dictar una Ley Marco que permitiera restaurar la estabilidad y gobernabilidad del país.

El Considerando de la ley 558 establece claramente en su inciso III “...Que motivados por el deseo de brindar a Nicaragua la estabilidad que requiere para alcanzar el desarrollo pleno en todos los ámbitos de la vida nacional, así como contribuir al proceso de institucionalización de la democracia, la Asamblea Nacional a través de los partidos políticos representados en ella y el Presidente de la República han alcanzado un Acuerdo Político, en el cual se han comprometido a establecer el mecanismo legal que decida sobre la implementación de la Ley No. 520, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política...”

La Ley 558 dispuso que la Ley 520 de Reforma Parcial a la Constitución Política, La Ley No. 511, Ley de la Superintendencia de los Servicios Públicos; la Ley No. 512, Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural; la Ley de Seguridad Social, y las demás leyes y actos legislativos que se derivan de las mismas, quedaran suspensas en su aplicación hasta el 20 de enero del 2007, para que, las nuevas autoridades electas en el 2006, aceptaran o rechazaran estas leyes.

Establece además que los funcionarios públicos nombrados por la Asamblea Nacional en virtud de actos legislativos derivados de la Ley No. 520, y de otras leyes conexas, asumirán sus cargos a partir del 20 de enero del 2007. Para el período presidencial que concluía el 10 de enero del 2007, continuarían en pleno ejercicio de sus cargos, las autoridades nombradas con anterioridad a la Ley 520.

Notas

- 1 Coordinador de la Bancada y diputado ante la Asamblea Nacional por el partido FSLN y la Convergencia Nacional: “Unida, Nicaragua triunfa”. Profesor de Derecho Constitucional del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- 2 De la Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 53-54.
- 3 Ibid.

- 4 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua, Ley No. 330, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 13, 19 de enero de 2000.

EL CONSTITUCIONALISMO Y EL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Francisco Rosales Argüello¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve Análisis del Constitucionalismo en Nicaragua. a. Surgimiento de mecanismos de control en la Constitución Nicaragüense. a.1. El amparo. b. Constitución Política de 1911. b.1. Carácter Preventivo. c. Constitución Política de 1939. d. Constitución Política de 1948. e. Constitución Política de 1950. e.1. Ley de Amparo de 1950. e.2. Reforma a la Constitución política de 1950, en 1955. e.3. Reforma a la Constitución política de 1950, en 1959. e.4. Reforma a la Constitución política de 1950, en 1962. f. Constitución Política de 1974. f.1. Ley de Amparo de 1974. g. Estatuto Fundamental del Gobierno de Reconstrucción Nacional y Estatuto de Derechos y Garantías de los nicaragüenses de 1979. h. Ley de Amparo de 1980. i. Ley de Amparo de 1988. J. Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua. j.1. Ley de Reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo. k. Cuadro Comparativo Constitución Política versus Ley de Amparo.

I. Introducción

Antes de hablar del constitucionalismo, se hace necesario hablar del concepto de Estado de Derecho, puesto que en la actualidad hablamos del Estado Constitucional de Derecho. El Estado de Derecho no es más que el sometimiento del Estado a la ley. Dentro de la concepción teocrática de Estado y de Derecho, éstos son producto, no del hombre, sino de Dios. Dios es la fuente del poder, creador del hombre y de la sociedad; en tal virtud el monarca por esta concepción teológica emana de Dios y de ahí la famosa concepción de Bossuet, que afirmaba quien estaba en contra del monarca estaba en contra de Dios. Con el concepto moderno del Estado, producto de la concepción contractual, cuyos orígenes se encuentran en la Doctrina de John Locke y de Juan Jacobo Rousseau, el Estado es producto del contrato social.

El hombre abandona parte de sus libertades y derechos a cambio de que se le garanticen otros, que él considera fundamentales y básicos para el desarrollo en la sociedad. De su estado natural, pasa por el consentimiento, por la voluntad, a constituir el Estado. Es en este contexto que en realidad se puede hablar de Estado de Derecho, y no antes, puesto que el monarca era el que graciosamente aparecía otorgando derechos que el hombre reclamaba a través del derecho natural como propio, inherente a su persona e inalienables. Basta recordar la famosa frase de Luis XIV *L'Etat c'est moi*, evidencia absoluta, del absolutismo.

La razón de ser de la Constitución en la historia del Derecho Constitucional es la de establecer un límite al poder soberano. La Constitución Política tiene como límite, única y exclusivamente su propio marco, establecido en ella. Ninguno de los Poderes del Estado puede violentar la Constitución Política. Su irrespeto, destruiría el régimen de Derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del país, las que tienen la obligación de mantener incólume el Ordenamiento Supremo mediante el aseguramiento del Principio de Supremacía con que está investido respecto a la legislación secundaria, la cual está supeditada a ella. Nuestra Constitución Política así lo establece en el art. 182 que literalmente dice: “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 le opongan o alteren sus disposiciones”. En este mismo sentido el art. 4 de la Ley No. 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua: “La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del derecho según los preceptos y principios constitucionales.” El medio de control establecido para que su contenido no sea una simple proclama de Principios carentes de efectividad, lo consigna el art. 187 de la Constitución Política y el art. 2 de la Ley No. 49, Ley de Amparo, que establecen el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se le oponga, que es el que le da precisamente la efectividad para que todo ciudadano pueda ejercerlo.

II. Breve análisis del constitucionalismo

El constitucionalismo en Nicaragua, se remonta a la Constitución de Cádiz. Sin duda alguna, el Acta de Independencia del 15 de septiembre de 1821 y el “Acta de los Nublados” del 28 de Septiembre

de 1821 de León, hacen mención a la vigencia de la Constitución de Cádiz: “que en su consecuencia continúen todas las autoridades continuadas (sic) en el libre ejercicio de sus funciones con arreglo a la Constitución y a las leyes”.² En este mismo sentido, el Dr. Julio Ramón García Vílchez nos transcribe el art. 7 del Decreto de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente del 2 de julio de 1823, donde en su parte conducente se dice: “se dispuso que se continuase observando la Constitución, Decretos y leyes de la antigua España en todo lo que no sean opuestos a la independencia y libertad de los pueblos”.³ Constitución que sobrevive hasta 1824 en que se promulga la Constitución de la Federación Centroamericana. En 1826, se promulga la Constitución Política del Estado nicaragüense en su calidad de Miembro de la Federación y es hasta en 1838 que se dicta la Constitución Política del primer Estado libre de Nicaragua del 12 de noviembre de ese año, que tiene su antecedente en el Decreto del 30 de abril de 1838 donde Nicaragua se separa de la Federación.⁴ Con posterioridad tenemos el Proyecto de Constitución Política de 1848 y la Constitución Política de 1854 y cabe destacar el Pacto Providencial del 12 de septiembre de 1856, que permite el triunfo sobre Walker en la Batalla de San Jacinto y que le da origen al gobierno *chachagua* de Martínez y Jerez. Y finalmente la Constitución de 1858 hasta llegar a la Libérrima de 1893, donde por primera vez aparece orgánicamente la concepción de un Estado moderno en Nicaragua y marca un hito en nuestro desarrollo constitucional. Todas las Constituciones anteriores, independientemente que fueran Estado Federal o Unitario, proclamaban la defensa de los derechos del hombre y del ciudadano, libertad, igualdad, propiedad y seguridad, así como establecían una clara separación de Poderes; los Principios de Independencia y Soberanía, y era el Pueblo el que verdaderamente tenía la soberanía del Estado. Asimismo se establecía el Principio de Legalidad y de Supremacía Constitucional en los arts. 8 y 12 de la Constitución Política de 1826, que expresaban: “Todo funcionario ejerce su autoridad á nombre del Estado, y conforme á la ley: ninguno es superior a ella: por ella funcionan, y por ella se les obedece y respeta.” “...El Estado podrá reclamar por medio de sus autoridades supremas, las leyes y órdenes ó cualquiera disposición en que los altos Poderes de la República traspasen los límites que les ha fijado la Constitución Federal, ó en que de cualquiera otra manera se ataque la independencia, ó felicidad del Estado.”

Cabe hacer mención a la Constitución Política de 1838, que define el objeto del Estado y del Gobierno republicano como la búsqueda de “la felicidad de los individuos que componen el mismo Estado”. El Gobierno es republicano, popular y representativo; y establece en su art. 43 que no podrá imponerse ninguna contribución, ni

empréstito que no sea por el poder legislativo, y nunca sin una justa proporción a las facultades de cada uno de los contribuyentes. Ninguna contribución pesará sobre determinadas personas. El respeto a la vida, la reputación, la libertad, la seguridad de los habitantes son protegidas por la Constitución Política. La Separación de Poderes (art. 50) es un acto de soberanía y “se dividirá para su ejercicio en los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial.”

La Constitución Política de 1854 fue promulgada por Fruto Chamorro, sin la participación de los democráticos, el 30 de abril de ese año, ya que éstos habían sido enviados al exilio o confinados fuera de Occidente. Esta Constitución Política pretendió cambiar el nombre de Director a Presidente de la República y el nombre de Estado por República, pretendiendo instalar una dictadura constitucional que le permitiera el mantenimiento del orden en un marco legítimo: Legitimidad y Orden. Es una Constitución Política clasista, retrógrada que violenta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Derechos fundamentales del Hombre como es el derecho a elegir y a ser elegidos a cargos públicos de elección popular y establece una clara diferencia entre ricos y pobres. Cito:⁵ “El nuevo proyecto descartaba a la mayoría de los nicaragüenses de ser elegidos, no sólo para el cargo de presidente, sino también para otros cargos públicos, lo que atentaba directamente contra las ideas que anteriormente se habían propagado de las igualdades ciudadanas. El derecho de los poseedores de riquezas era más importante que el derecho natural, abogado teóricamente en constituciones anteriores. Por eso, el proyecto constitucional exigía que para ser presidente de la república se requiriera, entre otras cosas, “poseer un capital de cuatro mil pesos libres” (art. 48); y para ser senador se necesitaba también “poseer un capital que no bajase de los dos mil” (art. 29). Pero con relación al proyecto de 1848, no se exigía capital ni a los aspirantes a ministros del despacho (art. 57) ni a los futuros magistrados (art. 64)”.

a. Surgimiento de mecanismos de control

Hasta ahora las Constituciones Política, anteriores a la de 1893, se habían limitado al marco establecido en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su art. 16 establece que toda Sociedad que no tiene una separación de poderes claramente establecida y una declaración de garantías asegurada, no tiene Constitución. En la Constitución de 1893 aparecen instituciones como el control de constitucionalidad de las leyes que se ejerce a través del Amparo por Inconstitucionalidad (art. 117), el Recurso de Amparo, propiamente dicho, por violación a derechos consignados en la Constitución Política, y el Recurso de

Exhibición Personal (art. 28). Hay una revisión jurisdiccional del acto de la Administración Pública. La Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la inconstitucionalidad en abstracto como en el caso concreto (art. 116 incisos 3 y 6) Se establece el Principio de Unidad de Jurisdicción (art. 115) así como el Juicio Político (art. 116 inciso 2). El Estado de Derecho no está sólo determinado por la separación de poderes y la Declaración de Garantías, sino que hay una sujeción absoluta a la Constitución Política y a la ley. La Constitución Política establece el mecanismo a través de la Ley de Amparo que fue promulgada en 1894. Aunque parezca un eufemismo, la Constitución Política misma en el Capítulo “De la Reforma”, prescribe como norma imperativa en su art. 160 que la Asamblea que declare que debe reformarse la Constitución Política, quedará disuelta. Por primera vez establece un carácter rígido en la Constitución y determina que sólo deberá decretarse su reforma absoluta, diez años después de haber entrado en vigencia. Los derechos y garantías constituyen un amplio catálogo que va del art. 26 al 67. Establece en materia electoral, la obligatoriedad del voto y prescribe que el voto activo es irrenunciable y obligatorio para los ciudadanos. Asimismo establece el sufragio directo y secreto y le pone fin a las desigualdades establecidas por la Constitución Política de 1854 y 1858. Se proclama que la República es democrática y representativa y que se compone de tres Poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La soberanía es una, inalienable e imprescriptible y reside esencialmente en el pueblo.

a.1 El amparo

La inclusión a nuestro ordenamiento constitucional de la institución del Amparo, data desde 1893, dictada como producto de la Revolución Liberal y consagrada bajo el Título XX “Leyes Constitutivas”, reglamentada por la Ley de Amparo dictada por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de julio de 1894 y, publicada el 4 de octubre de 1894, inspirada en el sistema mexicano con sus diferencias y particularidades propias. Se consagra el Sistema Concentrado y el difuso o concreto, como protección de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política al promulgar la Ley de Amparo, dejando su defensa en manos del Poder Judicial, a través de los Jueces y Tribunales ordinarios. El art. 1 establece:⁶ “Hay derecho de intentar el recurso de amparo contra los actos o resoluciones de cualquier autoridad o funcionario que violen la Constitución o las Leyes Constitutivas o restrinja alguna de las garantías individuales”. Asimismo el art. 2 establecía que el recurso tendría cabida aunque la violación se cometiera en cumplimiento de una ley o mandato u orden superior contrarias a la Constitución Política, a las leyes constitutivas y, podía ser intentado por toda persona residente en la República.

El recurso por inconstitucionalidad de una ley consagra la acción popular de inconstitucionalidad, sin más requisitos que el ser residente en la República. Elimina la forma, se establecía que el recurrente podía recurrir verbalmente ante la Corte Suprema de Justicia para entablar su Recurso de Amparo. Instituye la oralidad, estableciendo la diferencia con el formalismo de las leyes posteriores que tienen el sistema escrito.

b. Constitución Política de 1911

Esta Constitución Política, organizó el Estado en tres poderes independientes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Presidencialismo es ratificado y el Presidente es electo por el voto popular directo y público. El Gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo; la soberanía reside en el pueblo y se establece los Principios de Legalidad y Constitucionalidad, los funcionarios y los poderes estaban subordinados a la Constitución Política y a las leyes que dictaban su competencia. Cualquier acto contrario a la Constitución Política y a la ley podía ser declarado nulo, a través de la Ley de Amparo. Se garantiza de manera general, tanto a los nacionales como a los extranjeros la seguridad personal, la libertad y la propiedad, la libertad de culto, el sufragio directo y público. En esta Constitución se mantuvieron los mismos derechos y garantías de la *non-nata* de 1905.

En el texto reformado de la Constitución Política de diciembre de 1911, se establece el Recurso por Inconstitucionalidad y el Recurso de Amparo como ley constitucional, luego de haber sido suprimidas en la reforma de la Constitución Política de 1896. La revisión es de carácter jurisdiccional puesto que es la Corte Suprema, de conformidad con el art. 123 de la Constitución Política inciso 5 y art. 124 que conoce del Recurso por Inconstitucionalidad y Amparo. El art. 1 de la misma prescribe “El Recurso Extraordinario de Amparo tiene por objeto mantener la Constitución y leyes constitutivas y hacerlas prevalecer contra leyes o decretos, resoluciones, órdenes o mandatos de cualquier autoridad o funcionario, que las violen o restrinjan o contra los actos de particulares que violen la garantía de la libertad personal.

b.1 Carácter preventivo

En esta evolución surge un elemento de calidad, el Recurso podía ser intentado por toda persona hábil que resultara o pudiera resultar perjudicada en sus derechos, aunque la violación no se hubiera manifestado por actos, siempre que fuera inminente la consumación de los mismos.

En la Ley de Amparo se establece los casos de improcedencia del Amparo: a) contra las resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos contenciosos de su competencia, de conformidad con las leyes; b) contra las resoluciones de los otros funcionarios públicos, siempre que no se hubieren agotado los recursos ordinarios que la ley establecía; c) contra los actos de ocupación temporal efectuados por autoridades militares; d) contra la requisita de los bienes muebles durante la vigencia del Estado de Emergencia.

El efecto de la sentencia de amparo era inter-partes, no tenía efectos erga omnes, sólo protegía al quejoso, al declarar inaplicable en el caso concreto la ley inconstitucional y no hacía una declaración general de la ley o decreto ley inconstitucional.

Tanto la Ley de Amparo de 1894 como la de 1912, establecían el recurso contra los actos consumados, mandando a que se repusieran las cosas al estado en que se encontraban antes, y obligando al recurrido a pagar al recurrente una indemnización por los perjuicios causados.

c. Constitución política de 1939

Por primera vez se desarrollan las garantías sociales e individuales,⁷ de los arts. 63 al 137 en la Constitución Política, aparece la función social de la propiedad, seguridad social, gratuidad y obligatoriedad de la educación, derechos laborales. En síntesis, toma en cuenta la cláusula social del Tratado de Versalles de 1919 que le pone fin a la 1ª. Guerra Mundial, capítulo 13, de la cual Nicaragua es suscriptora, Tratado que le da origen a la Organización Internacional del Trabajo.

Nicaragua es un Estado unitario, el Gobierno es democrático y representativo y se organiza a través de los 3 Poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Se establece el equilibrio de los Poderes. Se proclama el Principio de Legalidad y sujeción a la Constitución Política y a las leyes. Art. 2 y 11 de la Constitución Política: "Ningún órgano del gobierno, funcionario, persona o reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o facultades que las que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contradicción a este artículo es nulo." En materia de control de constitucionalidad, establece el Recurso de Amparo en el art. 119 de la Constitución Política: "Toda persona tiene derecho para requerir amparo a fin de hacer efectivas las garantías que la Constitución y las Leyes constitutivas establecen, cuando indebidamente coartada en el goce de ellas por leyes, decretos, resoluciones, órdenes, mandatos o actos de cualquier autoridad, funcionario o agente de éstos". El Estado

garantiza el derecho de *habeas corpus*. Art. 118 de la Constitución Política “Se garantiza la libertad de prensa, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión, la libertad de manifestación, el derecho de petición, la libertad de creencia, de cultos, la libertad de cátedra, etcétera. El régimen es presidencialista y el voto es popular, directo y secreto”. Se establece el Principio de Unidad de Jurisdicción, se crean los Tribunales y Jueces de lo Contencioso Administrativo. Se establece el Recurso por inconstitucionalidad de una ley, en abstracto y en el caso concreto. Art. 257 Constitución Política, inciso 17.

La Ley de Amparo de 1939 introdujo como novedad en relación a las anteriores, en el art. 2 establece que el recurso únicamente podía ejercerlo la parte a quien perjudique o pueda perjudicar; es decir la parte agraviada.

d. Constitución política de 1948

Esta Constitución fue producto del Pacto Cuadra Pasos-Somoza García. Es una Constitución similar a la anterior en cuanto a la organización del Estado, tiene el mismo catálogo de derechos y garantías que va desde el art. 34 al 111.

El marco jurídico del control de constitucionalidad está constituido por el art. 39 de la Constitución Política, art. 213 inciso 12, asimismo establece el Recurso de lo Contencioso Administrativo regulado en el art. 213 inciso 14 y 16. Se establece el Recurso por inconstitucionalidad de forma o fondo de una ley o decreto.

e. Constitución política de 1950

La Constitución de 1950 fue producto del Pacto de los Generales Chamorro-Somoza, suscrito el 3 de abril de 1950. Casi idéntica a la anterior, con un título de Derechos y Garantías que va del art. 36 al 126, como novísimo, se puede decir, en esa Declaración de derechos y garantías, el establecimiento por primera vez, el intervencionismo de Estado, art. 85 y 86, asimismo se prohíben los monopolios, en beneficio del interés privado. Como aporte sustancial a los derechos fundamentales de los trabajadores, consolida el órgano Tribunal Superior del Trabajo en el art. 212, que había sido creado por la Constitución Política de 1948, art. 207, donde el Juez del Trabajo podía constituir Tribunal con representante del patrón y obrero en la forma en que la ley estableciera y que nunca hizo.

e.1 Ley de Amparo de 1950

Suprimió el Recurso por Inconstitucionalidad de forma o fondo de una ley o decreto, así como el Recurso en contra de las disposiciones expedidas por los encargados de la Administración del Distrito Nacional.

e.2 Reforma a la constitución política de 1950, en 1955

Introduce en su art. 116 una norma discriminatoria contra todos aquellos que tengan ideología comunista o similar, lo mismo que cualquier otro partido de organización internacional y se proscriben que los individuos a que a ellas pertenezcan no pueden desempeñar ninguna función pública sin perjuicio de las otras penas que la ley señale.

e.3 Reforma a la Constitución Política, en 1959

Establece la no reelección para el que hubiere ejercido la Presidencia de la República en el período anterior. El art. 186 establece también la prohibición para ser elegido Presidente, al caudillo, los jefes de un golpe de estado, de revolución o de cualquier movimiento armado ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

e.4 Reforma parcial a la constitución política en 1962

Esta reforma crea el Poder Electoral y agregó que el voto es secreto y reformó la Ley Electoral.

f. Constitución política de 1974

Esta reforma fue producto del Tratado Agüero-Somoza, conocido como Kupia-Kumi (“un solo corazón, un solo latir”); no se hicieron cambios sustanciales en materia de derechos fundamentales.

f.1 Ley de Amparo de 1974

En el Recurso de Inconstitucionalidad se podía proceder en contra de una ley, decreto o tratado.

En cuanto a los casos de Improcedencia del amparo, además de las enunciadas en la ley anterior, agregaron dos más: 1) contra los actos relativos a la organización de los Poderes del Estado y el nombramiento y remoción de los funcionarios que gozaban de inmunidad; y 2) contra las resoluciones que admiten recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y las que dice

ese mismo Tribunal. Una novedad de esta reforma fue el establecimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cual nunca tuvo vida jurídica por no haberse dictado la ley necesaria ni tampoco se integró el Tribunal.

Estatuto fundamental del Gobierno de Reconstrucción Nacional y estatuto sobre derechos y garantías de los nicaragüenses, 1979

El 19 de julio de 1979 triunfó la Revolución Popular Sandinista y puso fin a la dictadura de la familia Somoza. El Gobierno de Reconstrucción Nacional fue conformado por una Junta de Gobierno y el 20 de julio, luego de instalarse en Managua, promulgó el “Decreto Fundamental del Gobierno de Reconstrucción Nacional”, que derogaba la Constitución del año 1974 y todas las leyes constitucionales (art. 3). Disolvía las estructuras del gobierno anterior, como las Cámaras, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Superior del Trabajo (art. 2), y garantizaba los principios fundamentales como el respeto a los derechos humanos, de conformidad con los documentos promulgados por la Organización de Estados Americanos (OEA); la libertad de conciencia, de culto, de sindicalización y otras (arts. 6-8) A la vez organizaba el Estado, cuyos poderes eran: la Junta de Gobierno, el Consejo de Estado y los Tribunales de Justicia (art. 9). El Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses fue decretado el 21 de agosto. El 4 de Enero de 1980 se promulga la Ley de Amparo para la Libertad y Seguridad Personal. Se suprimió el Recurso de Inconstitucionalidad y el Amparo propiamente dicho. Solamente se regulaba el Amparo por detención o amenaza de ella, en virtud de orden de cualquier funcionario, autoridad, Entidad o Institución estatal, autónoma o no, por actos restrictivos de la libertad de las personas de cualquier habitante de la República realizado por particulares y por auto de prisión dictado contra quien no estando detenido materialmente, pretendiera librarse de sus efectos.

El procedimiento para ejercer el derecho de Amparo no varió en relación a los establecidos en la ley de 1974.

g. Ley de amparo del 28 de mayo de 1980

El 28 de mayo de 1980 nuevamente fue reformada la Ley de Amparo y publicada en La Gaceta Oficial No. 122 del 31 de mayo de 1980.

En el contenido de la ley, suprimieron el Recurso de Exhibición Personal y solamente restringieron su objeto a recurrir de amparo contra toda disposición, acto o resolución y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de

los mismo, que haya violado, viole o amenace violar sus derechos establecidos en los Estatutos de julio de 1979.

Los requisitos formales para introducir el Recurso de Amparo fueron los mismos que señalaba la Ley de Amparo de 1974, adicionando los siguientes: Prueba que el recurrente se encontrara físicamente en el País. En el caso de las personas jurídicas, también deberían de presentar prueba que su representante legal se encontraba en el país. El haber agotado los recursos ordinarios establecidos por la Ley. La permanencia en el País era un requisito indispensable para poder recurrir de amparo.

h. Ley de amparo No. 49 - 1988

A la fecha se han promulgado nueve Leyes de Amparo, incluida la actual. La Ley de Amparo de 1988 fue producto del Pacto de Paz Esquipulas II, donde se estableció como una condición para la paz que se promulgara una nueva Ley de Amparo. Nuestra Constitución Política por disposición expresa, ubica en la cúspide a ésta y literalmente el art. 182, señala “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 le opongan o alteren sus disposiciones.”

En un principio como consecuencia directa de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su art. 16 proclamó que: “Toda sociedad que no tiene la separación de poderes establecida y una garantía de derechos asegurada, no tiene Constitución”, se conocía de las violaciones a las garantías establecidas en la Constitución Política y tuvo un desarrollo particular el Recurso de Exhibición Personal o Recurso de *habeas corpus*, art. 45 Constitución Política, el cual dice: “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”. Esto, hoy ha sufrido una evolución, de la protección de los derechos individuales se pasó a proteger derechos sociales y colectivos, conocidos como derechos humanos de segunda generación y hoy los derechos de tercera generación, medio ambiente, biodiversidad, etcétera. De tal suerte que de manera general podemos decir que cualquier persona natural o jurídica puede recurrir de Amparo por cualquier violación de los derechos consignados en la Constitución Política. Toda la Constitución Política está protegida por el control constitucional establecida en ella.

i. Reforma parcial a la Constitución Política de Nicaragua

Durante el período presidencial de la Señora Violeta Barrios de Chamorro, asumida el 25 de febrero de 1990 después de un proceso democrático de elecciones, la Constitución Política, fue objeto de otra reforma por medio de la Ley No. 192, , publicada el 4 de julio de 1995, en la Gaceta, Diario Oficial # 124. Las reformas estaban concernidas al Capítulo V “Poder Judicial”, del Título VIII “De la Organización del Estado las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, y su integración en Salas, Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo. Con la creación de estas Salas se consolida el concepto moderno del Estado de Derecho en Nicaragua, ya que le hacía falta el Tribunal Contencioso Administrativo. Revisión jurisdiccional en general de los actos de la Administración pública en general, entendiéndose ésta como los actos de los cuatro Poderes (art. 164 Constitución Política incisos 10 y 11). El Título X “Supremacía de la Constitución, su reforma y de las Leyes Constitucionales, Capítulo I “De la Constitución Política”, sólo sufrió reforma el art. 185 referido a la Ley de Emergencia.

i.1 Ley No. 205 “Ley de Reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo No. 49

Del art. 6 de la ley anterior suprimieron el decreto-ley, que no está contemplado en la Constitución Política, (art. 187); así como la restricción que dicha norma causaba ya que los recurrentes por inconstitucionalidad de la ley, para poder hacer uso de este medio de defensa constitucional tenían que demostrar el perjuicio directo o indirecto que en sus derechos constitucionales le causaba la ley, decreto o reglamento recurrido. Asimismo, la reforma al art. 51 de la Ley No.49, añadió cuatro causales de improcedencia del Recurso de Amparo: Contra el proceso de formación de la ley, su promulgación o su publicación o cualquier acto o resolución legislativa (las que dicho sea de paso, ya fueron declaradas inconstitucionales por Sentencia No. 98 del 17 de agosto del 2001). Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado o éste se haya consumado de modo irreparable. Contra las resoluciones dictadas en materia electoral y contra los actos relativos a la organización de los Poderes del Estado y el nombramiento y destitución de los funcionarios que gozan de inmunidad. Asimismo establece que el contenido de esta ley se aplicara a la sustanciación y ritualidad de los recursos por inconstitucionalidad o de amparo que estuvieren en tramitación. De esta manera el Poder Legislativo invade la jurisdicción del Poder Judicial diciéndole como deben de resolverse los recursos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley. El art. 159 de la Constitución Política es violentado al romper el Principio de Unidad de Jurisdicción e

invasión de las facultades del Poder Judicial. La Asamblea Nacional no sólo hace la norma sino que la interpreta y la aplica, dejando a la Corte Suprema de Justicia reducida en su potestad jurisdiccional, ya que ella le resuelve los Recursos de Inconstitucionalidad contra la Constitución Política y sus Reformas, mandándolos a declarar improcedentes, así como a la aplicación retroactiva de la misma, dejando en total y absoluta indefensión a los recurrentes que oportunamente interpusieron sus recursos.

Hemos remarcado la vinculación entre las constituciones y la ley de amparo porque las declaraciones de derechos y garantías de los ciudadanos sin tener el instrumento que viabilice estos derechos sería papel mojado y el control constitucional es hoy por hoy es uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho a nivel mundial. En la jurisprudencia se encuentran sentencias en que la Corte conoce del fondo de los recursos a pesar de que no se han llenado los requisitos de forma o bien no se ha agotado la vía administrativa, por tratarse de derechos fundamentales como en el caso de la sentencia No. 47 del 14 de marzo del 2005; No. 146 del 14 de julio de 1999 y No. 13 del 5 de febrero del 2002.

Sin embargo, debemos señalar que hasta hoy la Corte Suprema de Justicia no ha dicho que los derechos fundamentales consignados en el art. 46 de la Constitución Política “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”. Se encuentran en un mismo nivel que cualquier otra norma constitucional y menos aún establecer el carácter vinculante de la jurisprudencia de los tribunales internacionales europeos y de la Corte Interamericana, como sucede en otros países.

Cuadro comparativo Constitución Política y Ley de Amparo

Constitución Política	Leyes de Amparo	
	Fecha de promulgación	Fecha de publicación en La Gaceta
10 dic. 1893	30 julio 1894	No. 84 4/10/1894
10 nov. 1911	24 noviembre 1911	No. 25 31/1/1912
22 marzo 1939	31 marzo 1939	No. 76 13/4/ 1939
22 enero 1948	22 enero 1948	No. 26 5 /2/1948
01 nov. 1950	06 noviembre 1950	No. 27 8 /2/1951
13 abril 1974	25 octubre 1974	No. 257 11/11/1974
19 julio 1979 Estatuto Fundamental	04 enero 1980	No. 6 8/1/1980
19 julio 1979 Estatuto de Derecho y Garantías	28 mayo 1980	No. 122 31/5/1980
09 enero 1987	16 noviembre 1988	No. 241 20/12/1988

Notas

- 1 Magistrado Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- 2 Esgueva, Antonio. *Las Constituciones Políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*, Editorial El Parlamento, 1994, p. 109.
- 3 García Vilchez, Julio Ramón. *Recurso por inconstitucionalidad, teoría, práctica y jurisprudencia*; Grupo Editorial LEA, 2007, p.75.
- 4 Esgueva, Antonio, ob. cit., p. 228.
- 5 Esgueva, Antonio, ob. cit., p. 265.
- 6 Esgueva, Antonio, ob cit., p. 265.
- 7 Castro Rivera, Edwin y Calderón Marengo, Margine. *Derecho Constitucional en Nicaragua*, UCA, 2007, p. 47.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS

Álvaro Andrés Motta Navas¹

El título cuarto del Texto Superior de la República de Nicaragua se denomina “Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense”, en su desarrollo consagra los derechos, los principios y los valores de la comunidad nicaragüense y de todas y cada una de las personas que la integran.

Sin lugar a dudas, la Constitución de Nicaragua es un texto humanista. Su centro y razón de ser es la persona humana, su dignidad, su vida, su libertad y su igualdad. En ese sentido, la inherencia de los derechos de la persona humana, constituye el faro que orienta la lectura, comprensión e interpretación de la Constitución.

El respeto, la promoción y protección de los derechos humanos no tiene excepción. El Texto Superior evidencia la intención del constituyente de superar la formulación de un catálogo teórico de derechos y libertades de las personas, para concretar reales y efectivas garantías en cabeza de todos y cada uno de los habitantes del territorio nicaragüense.

En forma similar a varias constituciones de la postguerra, la Constitución de la República de Nicaragua estipuló el Bloque de Constitucionalidad, integrando al máximo nivel de su categoría normativa, los diferentes tratados y convenios internacionales referentes a derechos humanos a que hace referencia el texto constitucional. En tal virtud, el artículo 46 de la Carta Magna, previó el artículo 46.

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención

Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Los instrumentos internacionales integrados por el artículo citado denotan el alto grado de compenetración que en materia de derechos humanos deseó el constituyente nicaragüense con la comunidad internacional. Debe recordarse, en este orden de ideas, que la parte dogmática del Texto Superior, recoge la totalidad de experiencias y reflexiones realizadas en occidente desde el movimiento constitucionalista liberal. La forma como se expone la vida, la libertad, la igualdad y la obligada referencia a los tratados y convenios internacionales, destacando en todo caso la superioridad de la persona sobre el Estado, hace de la Constitución de Nicaragua, un instrumento de convivencia, desarrollo y progreso bajo la ideología occidental clásica.

De manera contundente, el artículo 23 de la Carta dispone la inherencia e inviolabilidad del derecho a la vida. El texto dice: “Artículo 23. El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana”. En Nicaragua no hay pena de muerte. Y, con un profundo sentido humanista, proscribiremos la pena de muerte, bajo una defensa radical y contundente del derecho a la vida. Por supuesto, la vida es condición del ejercicio de los demás derechos, es la base de la libertad y el presupuesto de la igualdad en sentido relacional. Su inherencia a la persona y la imposibilidad conceptual, material y práctica de menoscabarla o limitarla es indiscutible. Así lo entiende y expone el artículo 23 ya citado, el cual, sin ningún tipo de restricción interna o externa al derecho, consagra la primacía y prevalencia del derecho a la vida.

La regla básica de la libertad en sentido negativo, se encuentra prevista en el artículo 25 que dispone como derechos de las personas, la libertad individual, la seguridad y el reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica. Esta primera formulación se complementa con la opción descrita en el artículo 32 cuando expresa: Artículo 32. Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe. Los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, mientras que los servidores públicos, quienes detentan el poder público, tan sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultados de conformidad con el artículo 130 de la Constitución, tal y como acaece en cualquier Estado de Derecho. La norma reza: Artículo 130. La nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede, a quien lo ejerce, más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes. Todo funcionario del Estado debe rendir cuenta de sus bienes antes de asumir su cargo y después de entregarlo. La ley regula esta materia.

Ahora bien, en el texto constitucional se consagran las principales y más importantes libertades en sentido positivo de un Estado Democrático a saber: libertad de conciencia, libertad de pensamiento y religión (artículo 29 Cn), libertad de expresión (artículo 30 Cn), libertad de locomoción y circulación (artículo 31 Cn), además de todas y cada una de las libertades derivadas de la presunción de inocencia, el habeas corpus, el debido proceso, el derecho a la defensa, la prohibición de tratos crueles, la doble instancia, entre otros (artículos 33 y 34 Cn).

El carácter humanista de la Constitución de Nicaragua se revela entre otros aspectos, en la consagración del artículo 35, en donde, la integridad de la persona humana y a prohibición de la tortura y de los procedimientos, penas, tratos crueles y degradantes, se compadece con la primacía del ser humano sobre cualquier otra consideración de Estado.

Los derechos humanos tienen su vinculación directa en el texto superior y se respetan como condición *sine qua non* del Estado Social de Derecho. Así, la libertad del ser humano, como basamento y fundamento de las demás instituciones dogmáticas contenidas en la Constitución, se complementa con el artículo 40 del Texto Superior, en donde se proscribe la esclavitud, la servidumbre o el trato de los seres humanos en cualquiera de sus formas. La norma expresamente dijo: "Artículo. 40 Nadie será sometido a servidumbre". La esclavitud y la trata de cualquier naturaleza están prohibidas en todas sus formas. Ahora bien, la igualdad se consagra en forma clásica en el artículo 27 de la Carta Política a través de la regla esencial de la no discriminación, prohibiendo criterios de diferenciación negativa como motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. La norma dispone, artículo. 27: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección.

No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Por su parte, con profundo sentido equitativo el entramado constitucional prevé situaciones de diferenciación positiva que permite otorgar tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Los niños, el adulto mayor, los discapacitados, los enfermos, los familiares y víctimas de la guerra tienen un lugar especial dentro de la constitución garantista. Su condición exige que se les trate en forma diferente, positivamente, elevando el catálogo de privilegios y bienes que deben repartirse en su favor, teniendo en cuenta sus especiales y excepcionales circunstancias.

Es especialmente importante el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales que contiene el texto constitucional, dentro de sus previsiones, se consagran medidas programáticas para evitar el hambre, llevar salud, educación y cultura a todos y cada uno de los habitantes, promover la consecución de una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la privacidad familiar, proteger el derecho a la seguridad social integral para prevenir las contingencias de la vida, entre otros aspectos. En similar forma, la Carta Política consagra derechos en cabeza de la colectividad, como por ejemplo el ambiente sano, ubicando de esta manera los derechos de tercera generación dentro de la Constitución.

Sobre el particular, la formulación de los derechos de segunda y tercera generación permiten calificar el Estado nicaragüense dentro de la estructura del Estado constitucional democrático moderno, con un alto sentido humanista y garantista, revelando a la persona humana por encima del Estado y disponiendo el reconocimiento de los derechos inherentes, esenciales e inalienables del ser humano.

El capítulo tercero de los derechos sociales se lee conjuntamente con el capítulo quinto que se ocupa de los derechos laborales. Su impronta permite la realización del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y destaca un sentido de equidad que supera la concepción liberal clásica. Por otra parte, los derechos políticos son regulados bajo la tradición occidental en el capítulo segundo del título cuarto consagrando la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses al prever: Artículo 48. Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

La familia ocupa todo un capítulo dentro de la parte dogmática de la Constitución y es definida como el núcleo fundamental de la sociedad. Así, tiene la especial protección del Estado y en su estructuración se prevén, entre otros, los derechos de los niños, la

protección a la mujer embarazada, a la reproducción humana y a los ancianos y se exige la paternidad y maternidad responsable.

En conclusión, la Constitución nicaragüense es una Carta humanista, pensada, escrita y promulgada por y para la persona humana, concordante con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, con profundos matices garantistas y protectores, y en donde el poder público está al servicio de los ciudadanos, de las personas y de los derechos.

Notas

- 1 Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Julio Ramón García Vílchez¹

SUMARIO: I. Supremacía de la Constitución y Justicia Constitucional. II. La Justicia Constitucional. III. Algunas reflexiones.

I. Supremacía de la Constitución Política y Justicia Constitucional

La supremacía constitucional, según Manuel Ossorio y Florit es la: “doctrina según la cual las normas de la Constitución prevalecen sobre todas las demás, de tal suerte y manera que cualquier disposición de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones administrativas, sentencias, negocios jurídicos, etcétera que no estén de acuerdo con la Constitución, carecen de validez y corresponde declarar su nulidad, o más propiamente hablando en el lenguaje de esta ciencia, su inconstitucionalidad”.

En 1803, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, presidida por el Juez John Marshall, resolviendo el sonado caso Marbury–Madison construyó la doctrina de la supremacía constitucional y su aplicación por medio de la declaración judicial de inconstitucionalidad.

En su famosa sentencia el Juez Marshall expresó: “La Constitución es o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias y como todas las otras leyes, puede ser modificada cuando a la legislatura le plazca modificarla”.

Para Linares Quintana: “el principio de la supremacía de la Constitución constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los

poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental. Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas constitucionales, la Constitución podrá ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales, a los cuales precisamente aquélla pretende limitar en su funcionamiento”.

II. La Justicia Constitucional

En la actualidad ya no se discute si la Constitución Política es o no la ley suprema y si debe o no de ser defendida de actos o normas que la contradigan, alteren sus disposiciones o impidan su plena observancia y aplicación, lo que está planteado es cómo defenderla y a quién encomendarle esa defensa.

Karl Friederich, citado por Linares Quintana, con razón manifestaba: “si una Constitución ha de ser mantenida, necesita un guardián, más quien ha de ser ese guardián sigue discutiéndose a través de la historia”.

Evidentemente que sin instrumentos o mecanismos de control, como ya es aceptado llamarlos, y tribunales que los apliquen o ejerzan, la supremacía de la ley fundamental sería ilusoria y la Constitución Política misma no pasaría de ser papel mojado sin ninguna eficacia frente al abuso del poder y de los gobernados.

Ha sido necesario entonces la creación de una jurisdicción especializada, la Jurisdicción Constitucional, para cuyo ejercicio existen los tribunales que la ejercen, ya sean éstos, Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales independientes del Poder Judicial.

Según expresa Marco Cappeletti, citado por Hugo Alfonso Muñoz Quezada en su obra titulada: “Las Comisiones Plenas Legislativas”, la Justicia Constitucional “es la vida, la realidad y el porvenir de las vastas Constituciones de nuestra época”.

Iván Escobar Fornos, constitucionalista nicaragüense, define la Justicia Constitucional por su objeto en los siguientes términos: “La Justicia Constitucional tiene por objeto garantizar la supremacía de las normas, derechos y principios de la Constitución. Para tal efecto recurre a los procesos constitucionales: Inconstitucionalidad de la ley, decreto, reglamento, el amparo, el habeas corpus y el habeas data, etcétera”.

Veamos la definición que nos presenta el Diccionario Jurídico Espasa, que al respecto expresa: “es el sistema de control judicial de las leyes propio del Estado de Derecho, que tiene su fundamento

en la concepción de la Constitución como una norma jurídica fundamental, mediante el cual se verifica el respeto de las leyes a la Constitución”.

Finalmente, resulta la necesidad de tener controles y contralores de la constitucionalidad; es necesario definir a qué órgano se otorga la facultad contralora.

Existe diversidad de sistemas para el ejercicio del control de constitucionalidad, que haciendo un esfuerzo de síntesis se pueden clasificar en tres grupos:

Primer grupo: los que otorgan dicha competencia a un órgano puramente político. Ejemplo: el Consejo de Estado Constitucional Francés. Segundo grupo: los que atribuyen la facultad de control al Poder Judicial, como es el caso de Nicaragua. Tercer grupo: los que crean un órgano especial fuera de la organización clásica de los Poderes del Estado: los Tribunales Constitucionales. Ejemplo: Alemania.

III. Algunas reflexiones

Como punto de partida para estos comentarios finales remitámonos al título X de la Constitución Política vigente que se refiere a la supremacía de la Constitución, su reforma y de las leyes constitucionales”. El título X está compuesto por tres capítulos ordenados así: capítulo I – De la Constitución Política, arts. 182 – 186; capítulo II – Control Constitucional, arts. 187 – 190; capítulo III – Reforma Constitucional, arts. 191 – 202.

El art. 182 de la Constitución Política textualmente expresa 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 le opongan o alteren sus disposiciones”.

El art. 183 de la Constitución Política claramente expresa que: “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”. Este art. 183 de la Constitución Política hay que estudiarlo y comprenderlo con el párrafo del art. 130 que a la letra dice: “La nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede, a quien lo ejerce, más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes”.

Adicionalmente en los arts. 187, 188, 189 y 190 de la Constitución Política están determinados los mecanismos o recursos procesales constitucionales por medio de los cuales se ejerce el control constitucional, ellos son: el Recurso por Inconstitucionalidad, el Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal, siendo la Ley de Amparo la norma de rango constitucional que contiene los procedimientos para la tramitación de estos recursos procesales constitucionales y las referencias a los tribunales que deben conocerlos, tramitarlos y resolverlos.

De conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Amparo en su caso, la Corte Plena conoce y resuelve el Recurso por Inconstitucionalidad, la Sala de lo Constitucional resuelve el Recurso de Amparo que le ha llegado de los Tribunales de Apelaciones o de las Salas de lo Civil donde esos tribunales de segunda instancia están divididos en Salas y también resuelve las quejas que el solicitante presente en los casos que el Tribunal de Apelaciones – Sala Penal – declare que no ha lugar al Recurso de Exhibición Personal. En el caso de Recursos de Exhibición Personal por detención ilegal realizada por cualquier autoridad, se presenta ante el Tribunal de Apelaciones respectivo o ante la Sala Penal de los mismos donde estuvieran divididos en Salas y en caso de actos restrictivos de la libertad realizados por particulares, ante el Juez de Distrito para lo Penal respectivo.

Es decir, según las normas constitucionales que hemos transcrito la Constitución Política es la “carta fundamental” o texto fundamental del país, la ley suprema a la cual están subordinadas las demás leyes y no tienen valor alguno las leyes, tratados, órdenes, disposiciones o reglamentos que se le opongan o alteren sus disposiciones.

La supremacía de la Constitución Política está claramente expresada en el art. 183 y aunque en el caso de los tratados ha habido polémica en cuanto a su prevalencia frente a la Constitución Política, ya la Corte Suprema de Justicia ha expresado, refiriéndose a la prevalencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, que no es ley constitucional, “pues en ninguna parte de nuestra Constitución se le da carácter de norma constitucional a los tratados o convenciones internacionales” y que las leyes constitucionales “están plenamente instituidas en el art. 184 de la Constitución Política y son: la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo”.

Esta última ley en su art. 5 parte inicial, expresamente señala: “los Tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional” (Sentencia N° 125 de las 11:00 a.m. del 20 de diciembre

de 1993). Es decir, la Constitución Política prevalece sobre los tratados, éstos son leyes secundarias y por ello no pertenecen al bloque de constitucionalidad en la legislación nicaragüense. Se ratifica en esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia la característica de ley fundamental y suprema de la Constitución Política.

Por otra parte, y en lo referente a la facultad de la Corte Suprema de Justicia de conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencia entre los poderes del Estado en calidad de máximo contralor, tanto de la constitucionalidad de la ley como del actuar de los otros Poderes del Estado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 171 de las 9:00 a.m. del 26 de noviembre de 1992 ha expresado:

“... consecuentemente, de acuerdo con la doctrina actual que superó los criterios sostenidos en materia constitucional de principios de siglo y de acuerdo con lo establecido en la Constitución, es incuestionable la competencia de la Corte Suprema de Justicia, la que actuando como Tribunal Constitucional, es el órgano encargado de ejercer el control constitucional sobre leyes, decretos reglamentos y sobre las disposiciones, actos o resoluciones de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, pues el ámbito de competencia de la jurisdicción constitucional está determinado por la Constitución misma y no por la forma organizativa que tome el órgano encargado de ejercer dicha jurisdicción”.

Finalmente, comentamos lo siguiente: existe una Ley de Amparo que data de diciembre de 1998, fecha en que fue publicada en la gaceta, Diario Oficial, la cual en diferentes épocas de la existencia de la Sala de lo Constitucional ha sido objeto de estudios, seminarios y consultas destinadas a recoger insumos para una posible reforma.

Independientemente de esas actividades de consulta y con los resultados de ellos, hay que valorar la necesidad de elaborar y aprobar un Código procesal constitucional, que sin dejar de ser parte del bloque de constitucionalidad en nuestra legislación, sistematice y regule los procedimientos constitucionales por medio de los cuales se mantiene la supremacía constitucional y se ejerce la justicia constitucional. Este Código procesal constitucional, o como se le quiera denominar, el nombre es lo de menos, lo que importa es su naturaleza, regularía el recurso por inconstitucionalidad, el recurso de amparo, el *habeas corpus* (exhibición personal), el *habeas data*, la consulta de constitucionalidad, los procedimientos para tramitar y fallar los llamados recursos innominados, especialmente los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, entre otros.

Asimismo, y como sugerencia final, proponemos la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales o Tribunal Constitucional independiente de la Corte Suprema de Justicia, integrado por juristas especialistas en la materia y experiencia en administración de justicia constitucional, electos por el Parlamento Nacional y propuestos por méritos y escogencia por concurso.

BIBLIOGRAFÍA

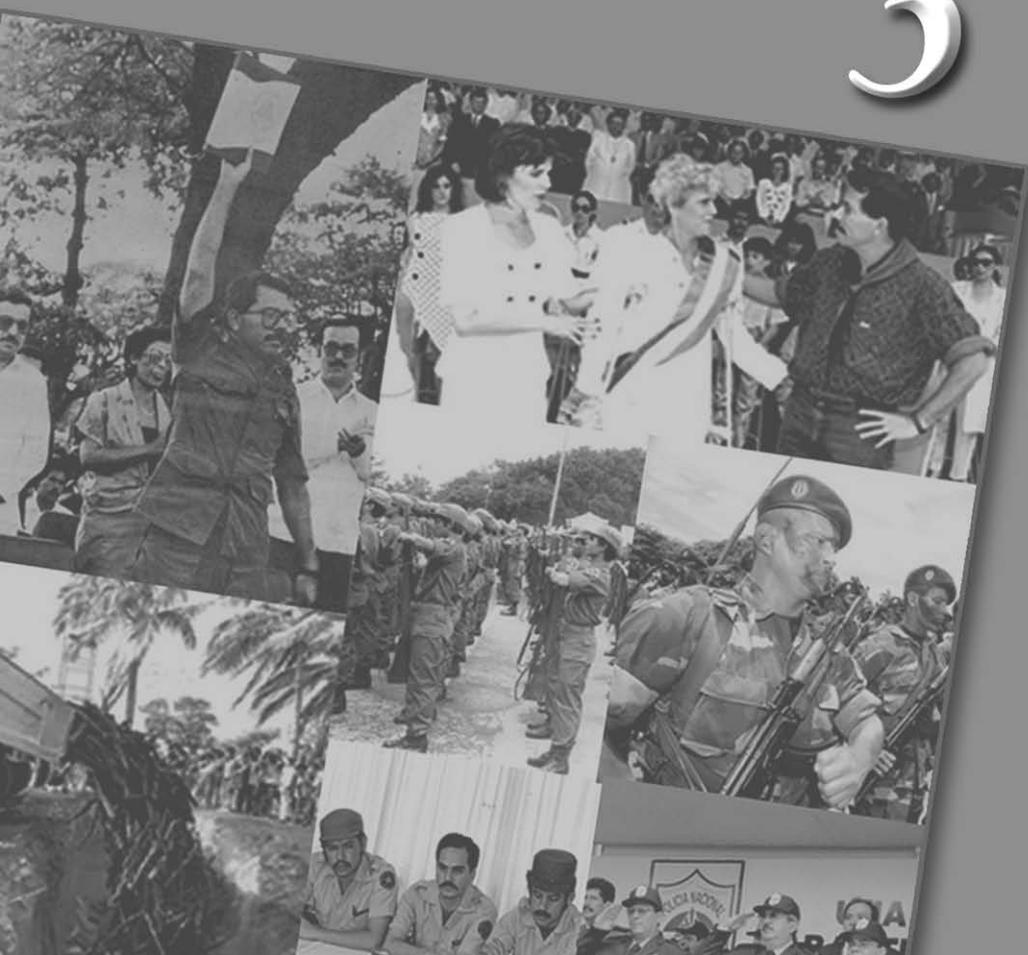
1. SEGUNDO LINARES QUINTANA. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina. 2. SEGUNDO LINARES QUINTANA. Ob.Cit. 3. HUGO ALFONSO MÚÑOZ QUEZADA. *Las Comisiones Plenas Legislativas*. 4. IVÁN ESCOBAR FORNOS. *Derecho Procesal Constitucional*. 5. *Diccionario Jurídico Espasa*. Fundación Tomas Moro/Editorial. Espasa Calve.

Nota

- 1 Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Ex Presidente de la Sala de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo.

El derecho a la información y la tutela de datos personales

3



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA INFORMACIÓN COMO UN DERECHO SOCIAL

Freddy Potoy Rosales¹

Desde 1950, las Constituciones Políticas de Nicaragua han reconocido la importante función social que juegan los medios de comunicación al informar y comunicar a la población, además de fortalecer y asegurar el sistema democrático nicaragüense. Es este sentido, la Carta Magna vigente (1987), otorga el derecho a la información y el derecho de informar los ubica oportunamente bajo el capítulo de los Derechos Sociales.

Los derechos sociales son aquellos que tienen que ver con la protección de los más desfavorecidos. Son derechos que obligan al Estado a actuar, pero en beneficio de quienes requieren dicho amparo, que en países como el nuestro y extensivo a varios de América Latina, este sector poblacional desprotegido es mayoritario.

Lejos de entrar en debates interminables sobre conceptos, como por ejemplo, los contemplados en la teoría de la Procura Existencial de Forstoff, pasando por las interpretaciones democrático-liberal o democrático-socialista, las normas internacionales de Derechos, hasta llegar a la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994, lo cierto es que en este siglo los actores involucrados (dueños de medios de comunicación, periodistas, gobernantes, políticos, ciudadanía en general, etc.) deben apuntar, en un esfuerzo común, hacia el sostenimiento de la libertad, como uno de los principios inalienables del ser humano.

Ciertamente, la Constitución Política de 1987, como Norma Primaria, destaca muchos de estos aspectos positivos, no obstante, en los tiempos actuales y futuros, los retos que enfrenta para adecuarse a las exigencias de una sociedad más perfeccionada y organizada, adquieren dimensiones complejas. El reto, entre otros, está en las manos de los agentes políticos, económicos y sociales que deben superar esos antagonismos propios de culturas

involucionadas e intolerantes, en donde el que tiene el poder lo utiliza para reducir al silencio, abatir, humillar, destruir y hundir al adversario y con ellos, las ideas que dan paso a propuestas de proyectos de nación.

Bien vale reflexionar que si los conceptos como derecho a la información; derecho de o a ser informado; libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación; derecho a la información *versus* derecho al honor; la libertad de información y de expresión; derecho de comunicación; nuevas perspectivas del derecho a la información; políticas de información y derecho; información y democracia; el derecho a la información y el ejercicio periodístico, y en fin, una serie de derechos, libertades y garantías que se exigen a los Estados, gobernantes y políticos que las respeten (pues casi siempre hacen uso de los instrumentos jurídicos y los brazos coercitivos que le da la norma para hacer prevalecer sus decisiones) igualmente ¿son respetados por quienes gozamos de esos derechos frente a los que no tienen el poder de los medios de comunicación?

El conjunto de derechos, garantías y libertades

El derecho a la libertad de expresión –como parte de ese conjunto de derechos, garantías y libertades— es defendido como un medio para la libre difusión de las ideas, y así fue concebido durante la [Ilustración](#). Para filósofos como [Montesquieu](#), [Voltaire](#) y [Rousseau](#), la posibilidad del disenso fomenta el avance de las artes y las ciencias y la auténtica participación política. Este derecho fue uno de los pilares de la Guerra de la Independencia de los Estados Unidos y la [Revolución Francesa](#), hechos que revolvieron las cortes de los demás estados occidentales.

Siguiendo este horizonte, me permito compartir algunos planteamientos del preámbulo de la Declaración de Chapultepec que refuerzan la naturaleza de ese conjunto de derechos, garantías y libertades:

“Sólo mediante la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir, es posible mantener una sociedad libre. Sólo mediante la práctica de estos principios será posible garantizar a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna. Sólo mediante la discusión abierta y la información sin barreras será posible buscar respuestas a los grandes problemas colectivos, crear consensos, permitir que el desarrollo beneficie a todos los sectores, ejercer la justicia social y avanzar en el logro de la equidad. Por esto, rechaza-

mos con vehemencia a quienes postulan que libertad y progreso, libertad y orden, libertad y estabilidad, libertad y justicia, libertad y gobernabilidad, son valores contrapuestos.

Sin libertad no puede haber verdadero orden, estabilidad y justicia. Y sin libertad de expresión no puede haber libertad. La libertad de expresión y de búsqueda, difusión y recepción de informaciones sólo podrá ser ejercida si existe libertad de prensa.

Sabemos que no toda expresión e información pueden encontrar acogida en todos los medios de comunicación. Sabemos que la existencia de la libertad de prensa no garantiza automáticamente la práctica irrestricta de la libertad de expresión. Pero también sabemos que constituye la mejor posibilidad de alcanzarla y, con ella, disfrutar de las demás libertades públicas.

Sin medios independientes, sin garantías para su funcionamiento libre, sin autonomía en su toma de decisiones y sin seguridades para el ejercicio pleno de ella, no será posible la práctica de la libertad de expresión. Prensa libre es sinónimo de expresión libre.

Allí donde los medios pueden surgir libremente, decidir su orientación y la manera de servir al público, allí también florecen las posibilidades de buscar información, de difundirla sin cortapisas, de cuestionarla sin temores y de promover el libre intercambio de ideas y opiniones. Pero, cuando con el pretexto de cualesquiera objetivos se cercena la libertad de prensa, desaparecen las demás libertades”.

Principios de la Declaración de *Chapultepec*

Los 10 principios que contiene la Declaración de Chapultepec constituyen un norte no sólo de los periodistas y dueños de medios de comunicación frente al Estado, sino también de cualquier ciudadano que exige el respeto a sus derechos y libertades. Así, por ejemplo, los principios 4, 5, 7 y 10 de dicha Declaración, cobran mayor vigencia en los momentos actuales en varios países de América Latina. Estos principios, expresan que el asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa (No. 4). Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad. También, otras formas de oponerse a la libertad de prensa, son entre otras, la censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas (No. 5) además, que las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la import-

ación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas (No. 7) y que ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público (No. 10). Principios recogidos en la Constitución Política, al expresar esta que el derecho a y ser informado *no puede estar sujeto a la censura* (art. 67).

El concepto de la censura

De acuerdo a *Wikipedia*, enciclopedia libre, plurilingüe y basada en la tecnología *wiki*, la censura es el uso del poder, por parte del [Estado](#) o de algún grupo influyente, para controlar la [libertad de expresión](#). La censura criminaliza ciertas acciones o la comunicación de las mismas. En un sentido moderno, la censura consiste en cualquier intento de prohibir la información, los puntos de vista o formas de expresión como el [arte](#) o el habla vulgar. La censura se lleva a cabo con el fin de mantener el *statu quo*, controlar el desarrollo de una sociedad, o suprimir la disconformidad de un pueblo sometido. Por tal razón, es muy común la censura en la religión, los clubes y grupos sociales, y los gobiernos. Sin embargo, también existen muchos grupos en defensa de los derechos civiles, que se oponen a la censura. La censura es un aspecto típico de las [dictaduras](#) y sistemas políticos [autoritarios](#). En los países democráticos es, generalmente, menos institucionalizada, ya que se le da mucha importancia a la libertad de expresión, aunque ello no implica que la promuevan sin reserva.

La censura no es más que la antítesis del conjunto de derechos, garantías y libertades que en las sociedades modernas constituyen uno de los pilares fundamentales del desarrollo del individuo. Desafortunadamente, la censura hecha realidad en algunas naciones del mundo, no debe seguirse anidando en los Estados actuales donde, justamente en el inicio del siglo XXI, peligrosamente reaparecen actitudes autoritarias. No es para menos preocuparse por el problema de la censura, pues, por ejemplo, en 30 países de Asia, África y algunos de América, se ejerce un férreo control de la libertad de expresión no sólo en los medios convencionales, sino en los electrónicos, al punto que no escatiman recursos para establecer censuras en la internet.

De acuerdo con los expertos internacionales, la censura ejercida en estos 30 países se realiza bajo la excusa de la pornografía y otros delitos, no obstante, prevalece la vigilancia, censura y control político de gobiernos como China comunista. Entre los países que

ejercen la censura en Internet en África y Asia están, entre otros, Zimbabwe, Algeria, Jamahiriya Árabe Libio, Sudán, Etiopía, Egipto, Túnez, Yemen, Arabia Saudí, Oman, Siria, Irak, Irán, Afganistán, Pakistán, India, Azerbaijón, Uzbekistán, Kazakhstan, Tailandia, Vietnam, Burma, Malasia, Corea del Sur, Rusia, Ucrania, Belarus, Moldavia. La lista anterior es en base a un estudio realizado por la prestigiosa organización OpenNet que señala a estos países como los que ejercen la censura desde diferentes niveles. Cabe aclarar que la fundación [OpenNet Initiative](#), apadrinada por las universidades de Harvard, Cambridge, Oxford y Toronto, funciona como un observatorio de las mordazas impuestas a los internautas. A estas naciones hay que agregar que en América Latina no se escapan estas tentaciones de control, donde los controles políticos en la red se ha hecho sentir, sobre todo en el ámbito político contra quienes no están de acuerdo con sus formas de gobierno y critican públicamente sus acciones.

Nicaragua y los desafíos

Lo positivo para Nicaragua es que no está en la lista de países que atentan contra una serie de libertades y eso debe ser tomado como punto de referencia para seguir fortaleciendo los principios y valores propios de un Estado Social de Derecho, concepto precedido por el de Estado de Derecho, donde el valor de la ley como mecanismo civilizador es el presupuesto filosófico, además del principio de legalidad que debe prevalecer en la interacción Estado-sociedad, como lo expresa la Sentencia No. 2 del 10 de enero del dos mil ocho, de las nueve de la mañana de la Corte Suprema de Justicia:

“Que la Constitución Política del país, derivado del modelo de Estado que consagra, el Estado Social de Derecho, determina que una de las funciones del Derecho es servir de límite al Poder Estatal y controlar su ejercicio, para ello, y bajo el Estado de derecho y el principio de la separación de Poderes que constituyen el Estado, el Poder Judicial es el guardián de garantizar la supremacía de la Carta Magna, la jerarquía de las normas, el imperio de la legalidad y la protección y tutela de los derechos humanos y, por tanto, evitar que los actos de Poder desborden los preceptos previamente establecidos por la Norma Primaria. Que el Poder del Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales del pueblo, pero también puede generar una gran tentación para quienes lo ostentan y desnaturalizar tal interés. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo a los intereses de la sociedad y con justicia, sólo es posible si el mismo se desarrolla en el marco constitucional y las leyes vigentes”. (Considerando I).

Nada halagador para algunos países es estar entre los primeros lugares que violentan la libertad de prensa y hasta se registran muertes y encarcelamiento de periodistas por difundir hechos reñidos con la ley. Pero sí llena de satisfacción saber que a pesar de todo, países como Bolivia (según el informe de Periodistas Sin Frontera del 2006) la prensa es más libre, pues ocupa el lugar 16º y se ubica entre los primeros 20 del mundo. Después de Bolivia figura Costa Rica, en el 29º lugar y El Salvador, en el 41º.

A nivel mundial, Finlandia, Irlanda e Islandia son los mejores calificados en materia de la libertad de prensa, según esta clasificación, que se realizó por quinto año consecutivo. Dentro de América Latina, Bolivia irrumpió como el primero. Los últimos puestos de esta clasificación los ocupan Corea del Norte, Turkmenistán, Eritrea y Cuba.

El informe destaca que en Perú (113º), el trabajo de la prensa se lleva a cabo en medio de una gran tensión, al igual que ocurre en Venezuela (115º), donde “persisten las secuelas de la guerra mediática entre partidarios y opositores del presidente Hugo Chávez”. En Venezuela esta perspectiva hasta este año no había variado, por el contrario, se agudizó el 27 de mayo a las 23:59 horas cuando Radio Caracas Televisión (RCTV) dejó de transmitir en señal abierta [VHF](#) para el país, ya que el gobierno venezolano decidió no renovarle la concesión de la misma; era hasta esa fecha la televisora privada de señal abierta más antigua de [Venezuela](#). Salió del aire tras 53 años de emisión en el canal 2, frecuencia que utilizará a partir del 28 de mayo la Fundación Televisora Venezolana Social (Teves), la que según definición del gobierno, haría una “televisión de servicio público”.

Es importante pues, fortalecer el marco constitucional que reconoce y respeta no sólo el derecho a tener un pensamiento propio, sino la libertad de expresarlo y a difundirlo como información, los resto y desafíos de las personas que de una manera u otra tienen poder o acceso al mismo, y aquellas, como las referidas, que hacen la historia de nuestro país, promuevan y desarrollen en los espacios de poder y en la ciudadanía la *cultura constitucional* del respeto a estos derechos, fundamentos para todo Estado pluralista y democrático.

Nota

¹ Jefe de Información del Diario La Prensa. Master en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, de la Universidad Carlos III, Madrid, España.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Alfredo Chirino Sánchez¹

La Constitución Política de Nicaragua contempla en su artículo 26 la protección de la privacidad como un derecho fundamental. En el inciso primero hace referencia al ámbito de la vida privada y de la familia y en el inciso tercero el respeto a la honra y la reputación. Pero es el inciso cuatro el que plantea la mayor profundidad de la determinación constitucional de los derechos a la protección de la privacidad cuando indica que toda persona tiene derecho: “A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esta información”. La consideración de la privacidad, en diversos niveles o esferas, plantea diversos desafíos a la interpretación constitucional a la luz del estado actual del ambiente de la información en una sociedad que se inscribe en un contexto global de intercambio de informaciones públicas y privadas; y donde casi ya no hay espacio para la privacidad.

Estamos experimentando, literalmente, una verdadera conquista (“colonización” en el sentido de Habermas) del mundo de la vida por las tecnologías de la comunicación y la información. Esto, además, traza otro eje del debate, que no es por su calidad menos importante, como lo es, la polémica sobre el tratamiento de datos personales, y la invasión a la privacidad que hoy enfrentan los ciudadanos también de manos de los particulares. La antigua amenaza de un poder de control y vigilancia por parte de las autoridades públicas hoy se hace más compleja y menos discernible cuando observamos el creciente poder de procesamiento y las urgencias e intereses de control y vigilancia que también tienen los ciudadanos particulares para registrar las costumbres, apetencias, formas de pensar y hasta las tendencias sociales y culturales de sus conciudadanos, con los más variados fines. Hoy, a diferencia de ayer, basta con que el Estado tenga acceso a esos crecientes acervos de información privada para alcanzar muchos de sus fines de vigilancia. Se trata, sin duda, de un acontecimiento desconocido en los albores del debate sobre la protección de datos personales allá en la década de los años sesenta del siglo XX.

La Constitución Política en las tenazas de la legitimación tecnológica a veintiún años de la puesta en vigencia de la Constitución nicaragüense resulta conveniente plantearse, entonces, si existe una verdadera consideración de un derecho fundamental a la protección de datos en el texto de la Carta Magna, y si dicha consideración resulta suficiente frente a los retos pasados, presentes y futuros del tratamiento electrónico de datos personales. La oportunidad de discutir y analizar este tema, encuentra sentido no sólo frente a la inminente presentación de un proyecto de ley de protección de datos personales para Nicaragua, sino también frente a las diversas trincheras que se han planteado en el ambiente político y social de este país, en relación a temas conexos al de la protección de datos personales como lo es, por ejemplo, el tema de la garantía de acceso a las informaciones públicas. Este tópico ha demostrado las contradicciones que pueden reflejarse en el debate público acerca de la superposición de las esferas de lo público y lo privado en una sociedad abierta. Pero también demuestra la necesidad de una determinación del contenido constitucional de la protección de la privacidad en el momento presente en Nicaragua.

¿Protección de datos o *habeas data*? En la discusión del problema del procesamiento de datos en América Latina surge casi por asociación inmediata el concepto de “habeas data”. Derivado en gran medida del concepto de “habeas corpus” este concepto pretende hacer referencia a la posibilidad jurídica de proteger el derecho de los ciudadanos a acceder a las informaciones personales que se encuentren disponibles en registros magnéticos y manuales con el fin de ser revisados, y si representan para la persona un perjuicio, también el de ser corregidos o eliminados. En la más pura versión del concepto de “habeas data” es posible encontrar vínculos con conceptos tales como el de “libertad informática”, el cual Frossini define como “...el derecho de conocimiento y de autodecisión sobre los datos personales propios...” Frossini también va más allá al decir que el concepto de “habeas data” es una “metáfora más atrevida” de lo que significa la “libertad informática”, quizá porque la pretensión que sirve de base al concepto de “habeas data” pueda ser en sí misma imposible o nociva, ya que no se trata de exigir los datos como si se ejerciera sobre ellos un derecho a la propiedad, sino que lo que realmente se debe de intentar proteger es el derecho del ciudadano a saber quién, cuándo, con qué fines y en qué circunstancias toma contacto con sus datos personales. Así, el derecho a la autodeterminación informativa no le concede al ciudadano un definitivo y absoluto poder sobre sus datos, sino el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que se pretende alcanzar, junto con los derechos de acceso, corrección o eliminación en caso de que se

cause un perjuicio al ciudadano. Aquí se pone el interés, entonces, en la “autodecisión” o en la “autodeterminación” del individuo, lo que se desea es garantizarle su posibilidad de participación como ciudadano frente a un procesamiento de datos personales que lo puede hacer transparente para el control y reducirlo a un mero objeto del ambiente informativo.

Una “autodeterminación” posible en el texto constitucional observados los problemas de interpretación del contenido esencial del derecho fundamental que se contempla en el artículo 26 de la Constitución Política, es posible determinar que la garantía allí consignada, puede tener contextos y alcances diversos a las regulaciones que es dable encontrar en otras latitudes.

En efecto, la protección de la vida privada, del honor y del acceso a las informaciones en manos de autoridades estatales ocupa un papel central en la determinación del constituyente, y esto lo ha motivado no sólo a concederle una protección a nivel de esferas o niveles de tutela sino también a que el intérprete tenga que otorgarle un contexto para aplicar dicho derecho fundamental, contexto sin el cual no solo no es posible entender la voluntad del legislador constituyente sino tampoco las múltiples facetas regulativas que se derivan de este interesante concepto. Se trata, desde mi punto de vista, de reconocer un contenido que está profundamente vinculado al reconocimiento de la autodeterminación del ciudadano en una sociedad marcada por el signo tecnológico. Sobre todo, es el inciso cuarto de este artículo el que abre el abanico de posibilidades no sólo para plantear un verdadero valdador frente a las urgencias abusivas de una administración pública que exige cada vez más información, sino también para tutelar al ciudadano en un ambiente informativo, donde cada vez hay menos opciones para llevar una vida en soledad o en aislamiento frente a los demás. En tal sentido, mientras sea entendido el derecho fundamental consignado en la Constitución de Nicaragua como un derecho a la vida privada y familiar en un contexto informativo, es decir, como una formulación abierta, de lo que hemos llamado “autodeterminación informativa”, tendremos a nuestra disposición un típico derecho o libertad de la tercera generación, siguiendo la clasificación del Profesor Antonio Pérez Luño. En otras palabras, estaríamos en presencia de una garantía que alcanza su razón de ser cuando se produce el así denominado fenómeno de la “contaminación de las libertades”, que a su vez es producto de determinados usos de las nuevas tecnologías.

Frente a estas circunstancias, no sólo se trata de un control de los datos personales que se puedan encontrar en manos del Estado, sino de garantizar la calidad del tratamiento de los datos personales en todas las etapas del procesamiento de los mismos, y

sobre todo de garantizar la posibilidad de que el ciudadano pueda realizar dicho control de manera eficiente y, además, realizable dadas las circunstancias de vertiginoso cambio tecnológico que experimenta la sociedad. Es por ello, que es dable esperar un interés prominente del legislador no sólo en la regulación del acceso a los datos personales, sino también a garantizar la calidad del tratamiento a través de la consideración de los principios de la protección de datos personales. Se trata, en definitiva, de un derecho que se interesa ahora no sólo del factor de calidad de los datos, sino también de su funcionalidad o uso, lo que implica un mayor interés legislativo por los aspectos técnicos en que se desarrolla el procesamiento de datos personales, aspecto ineludible si se desea crear un régimen de protección adecuado.

Un futuro posible para la protección de datos personales en clave constitucional, no sólo requiere de una interpretación “amigable” con este contexto informativo complejo que aquí solo hemos podido dejar esbozado, sino también un desarrollo a nivel legislativo de los principios de la protección de datos personales. Esto implica, no sólo iniciar un camino hacia el reconocimiento de un derecho del ciudadano a obtener información y a gozar de derechos de rectificación o de eliminación de informaciones incorrectas o lesivas que se encuentren grabadas o archivadas en registros públicos o privados, sino también en conceder adecuados mecanismos procedimentales para que el ciudadano pueda actuar después de que una lesión a su derecho constitucional se haya producido. Es decir, entre otras cosas, debe buscarse una forma de tutela que no solo potencie la prevención y los mecanismos de control antes de la producción del eventual peligro para la autodeterminación informativa, sino también frente a lesiones ya producidas, incluso por las autoridades del control penal, por ejemplo.

Una estrategia normativa como esta, apuesta fuertemente a que la acción va a ser realizada por el particular, sobre todo en los casos en que se trate de la recopilación de datos sensibles (como los de convicción política o religiosa, orientación sexual, datos genéticos, etc.), pero esta actividad del ciudadano no se va a realizar si correlativamente no se garantiza el derecho del ciudadano a obtener información sobre el procesamiento o mediante la exigencia de tomar el consentimiento razonado del ciudadano frente a la posibilidad de un tratamiento electrónico de sus datos.

En otras palabras, un ejercicio pleno del derecho constitucional a la vida privada, familiar y al acceso a las informaciones requiere de una garantía funcional a ser informado sobre las formas en que se realizará el procesamiento, los objetivos y fines del mismo, la extensión y del destino final de los datos personales. Sin esto, se le quita transparencia, por un lado al procesamiento mismo y,

por el otro, hace imposible que el ser humano tome nota de que sus datos serán objeto de manejos más allá de su decisión, con incalculables consecuencias para él, tanto dentro como fuera de las fronteras de su país. Resueltas estas cuestiones de orden normativo, quedarán aun pendientes otros problemas que por razones de espacio no podemos analizar aquí, como lo sería encontrar argumentos constitucionales para equilibrar y en algunos casos limitar el derecho a la autodeterminación informativa frente a los fines de averiguación de la verdad en el proceso penal, o para garantizar un adecuado desarrollo a la investigación y al desarrollo tecnológico, problemas todos que ya forman parte del núcleo álgido de los temas del derecho a la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

Se trata de traer los datos como “el habeas corpus” pretende traer el cuerpo de la persona afectada por una detención ilegítima. En el sentido de Sagués se trata de contener ciertos excesos del llamado poder informático”. (Sagués, Néstor Pedro, El Habeas Data: Alcances y Problemática, en: Sánchez, Alberto, El derecho público actual. Homenaje al Prof. Dr. Pablo A. Ramella, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 179, cfr. también Artur Marques da Silva Filho, Comentários a Constituição Federal, Saraiva, Brasil, 1991, p. 81).

De hecho fue la Constitución Federal de Brasil, el primer texto constitucional en introducir el concepto de “habeas data” como una garantía frente a los riesgos de la persecución política luego de la apertura a la democracia, riesgos que amenazaban a políticos de quienes se tenían muchas informaciones personales en manos de agencias de seguridad del Estado y que podían ser utilizadas en cualquier momento en su contra, de ahí el carácter peculiar de la regulación brasileña, impregnada muy especialmente de una reacción frente a este peligro. (Frossini, op. cit., p. 812).

Pérez Luño encuentra una relación entre “habeas data” y “libertad informática” y se refiere a un verdadero *status de habeas data*, es decir, a una garantía para las personas de acceso y control de las informaciones procesadas en bancos de datos. Agrega este autor que dada la importancia de la “proceduralización” para la tutela de derechos fundamentales, también el derecho a la autodeterminación informativa ha sido dotado de una tutela procesal, tal y como está presente, por ejemplo, en la “Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal” (L.O.R.T.A.D) de España. Dándose entonces una vinculación entre la declaración del derecho fundamental al acceso y control de las informaciones y la proceduralización de su tutela. (Cfr. Pérez Luño, La Tutela de la Libertad Informática, opcit., pp. 93-95. Scholz, Rupert y Pitschas, Rainer, Informationelle Selbstbestimmung und

staatliche Informationsverantwortung, Berlin, Dunker und Humblot, 1984, p. 27).

Las leyes de la primera generación serían, según este autor, las leyes que se concentraban en una autorización previa de los bancos de datos, lo que tenía sentido ya que estas leyes surgieron cuando el procesamiento de datos era centralizado, los equipos voluminosos y fácilmente localizables. Luego surgieron las leyes de la segunda generación, las cuales pusieron el énfasis en los datos sensibles, a fin de evitar daños a la privacidad y ofrecer alguna garantía frente a posibles prácticas discriminatorias que pudieran tener su origen en el uso de esos datos „sensibles“. Luego vendrían las leyes de la tercera generación, interesadas en el uso y “funcionalidad” de las informaciones. Aquí ubica Pérez Luño, por ejemplo, a la LORTAD española. (Cfr. Pérez Luño, *La Tutela de la Libertad Informática*, opcit., pp. 97-98). (Cfr. Pérez Luño, *La Tutela de la Libertad Informática*, op. cit., p. 97).

Un listado de los principios y referencias a legislación comparada puede ser encontrado en: Serrano, María Edilia, *Ley de Acceso a la Información Pública, la protección de datos personales y el habeas data*, Fundación Violeta B. de Chamorro, 2006, disponible en: http://www.violetachamorro.org.ni/consola/archivos_consola/documentos/LAIP_habeas_Data.pdf Esta unificación entre herramientas técnicas y protección de datos es promocionada, por ejemplo, por Hassemer, Winfried, *Über die Absehbare Zukunft des Datzenschutzes*, KJ (Alemania) 1996, pp. 103 y ss.

Nota

- 1 Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Juez del Tribunal de Casación del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica. Miembro Fundador Honorario, Profesor del Programa de Maestría de Derecho penal y Derecho procesal penal e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).



4

Del Sistema
Educativo
nicaragüense

LA EDUCACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN NICARAGUA

Miguel De Castilla Urbina¹

SUMARIO: I. La historia y evolución de los fundamentos constitucionales de la Educación en Nicaragua. a. Primera Etapa: de la Constitución de Cádiz a la Constitución de 1893. b. Segunda Etapa: de la Constitución de 1893 (Zelaya) a la de 1974 (Somoza Debayle-Agüero Rocha). b.1. Constitución Política de 1893. b.2. Constitución Política de 1948. b.3. Constitución Política de 1950 y sus reformas. b.4. Constitución Política de 1974. c. Tercera Etapa: La Constitución de 1987, de la Revolución Sandinista y sus Reformas de 1995. II. El origen político de los artículos que sobre la Educación Nacional aparecen en la Constitución Política de 1987. III. La Constitución Política de la República de Nicaragua en el Currículo de la Educación Básica y Media (2007).

La educación, todas las educaciones, la formal, no formal e informal, son el medio por excelencia creado por los seres humanos para generar, organizar, sistematizar y transmitir informaciones que van a valorizar a la fuerza de trabajo y para la forja de comportamientos colectivos y valores en derredor de los intereses dominantes de cualquier sociedad particular, concreta y determinada.

A través de la educación, en especial a través de la educación escolar formal, el Estado divulga e informa sobre las normas jurídicas que deben ser atendidas por la población de un país, a fin de conocer y practicar sus deberes y derechos ciudadanos.

En Nicaragua la vinculación entre Constitución y educación podría estudiarse desde tres puntos de vista, a saber: a) la historia y evolución de los fundamentos constitucionales de la educación en Nicaragua; b) el origen político de los artículos que sobre la educación nacional aparecen en la Constitución Política de 1987; c) la Constitución Política en el Currículo de la Educación Básica y Media.

I. La historia y evolución de los fundamentos constitucionales de la educación en Nicaragua

Los grandes temas sobre la educación en la Constitución Política de 1987, con sus reformas de 1995, hunden sus raíces en todas las Constituciones Políticas de la historia de Nicaragua.

Temas que hoy, en los días de la globalización capitalista neoliberal, son sometidos a duda, como son el laicismo, la gratuidad de la educación y la responsabilidad del Estado respecto a la misma, son atributos que en Nicaragua recién acaban de cumplir un siglo.

De una revisión a los principales contenidos temáticos de la Educación, en las trece Constituciones Políticas a lo largo del tiempo nicaragüense de 1812 a 1987, es posible determinar tres grandes etapas:

a) Primera Etapa: de la Constitución de Cádiz a la Constitución de 1893

La primera etapa que va de la Constitución de Cádiz de 1812 a la Constitución de 1893 (la Libérrima), está signada principalmente por la presencia de la iglesia Católica en las cosas y quehaceres del Estado en especial de la educación. Es el período en que la educación es atendida desde el Poder Legislativo. El modelo colonial de educación vive sus días de gloria y de crisis profunda e irreversible, y se gesta y funda la organización del sistema escolar nicaragüense como lo conocemos en la actualidad. Se decretan los primeros reglamentos sobre diferentes aspectos de la organización y del funcionamiento del sistema, se clausura el modelo colonial de universidad y se inaugura el modelo napoleónico, aún vigente en la actualidad.

b) Segunda etapa: de la Constitución de 1893 (Zelaya) a la de 1974 (Somoza Debayle-Agüero Rocha)

Aspectos fundamentales de la educación en las Constituciones durante este período y que conforman parte del Capítulo V de la Constitución de 1987 dedicada a la educación y la cultura, son los siguientes:

a) Constitución Política de 1893

- La responsabilidad del Estado respecto a la educación de la población.
- La gratuidad y obligatoriedad de la educación.

- El laicismo. El Estado de Nicaragua es un Estado laico.
- La libertad de enseñanza.

b) Constitución Política de 1948

- El Magisterio es Carrera Pública, y su ejercicio en los centros escolares públicos y privados, implica el goce de un conjunto de derechos.
- Las profesiones y los títulos que los respaldan emitidos por las universidades públicas y privadas nacionales y extranjeras.

c) Constitución Política de 1950 y sus Reformas de 1966

- La educación como obligación de los padres de familia.
- Los beneficios a que da derecho la carrera del magisterio son los siguientes: inamovilidad en el cargo; ascenso y promoción en la carrera; sueldo básico mínimo; jubilación proporcional; vacaciones retribuidas; mejoramiento profesional.
- El Estado promoverá la educación secundaria y superior y la educación técnica agrícola e industrial.
- La autonomía universitaria y la asignación del dos por ciento del Presupuesto para la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.

d) Constitución Política de 1974

- Las funciones y papeles de la educación respecto a la formación en valores democráticos.
- La obligación del Estado de erradicar el analfabetismo.
- La educación privada o particular.

c) Tercera etapa: La Constitución de 1987, de la Revolución Sandinista y sus Reformas de 1995.

Aspectos fundamentales de la Constitución de 1987 fueron:

- El concepto integral e integrador de la educación y la cultura.

- La gratuidad de la educación secundaria en los centros del Estado.
- El seis por ciento del Presupuesto de Ingresos y Egresos del país para la educación superior pública y de servicio público.

No obstante, lo que provoca ruptura entre el pasado libero-conservador y la Constitución Sandinista de 1987, es la definición de la filosofía de la educación nacional, elevada por primera vez a rango constitucional en los artículos 116 y 117 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

Estos son los siguientes:

Art. 116. La educación tiene como objetivo la formación plena e integral del nicaragüense; dotarlo de una conciencia crítica, científica y humanista; desarrollar su personalidad y el sentido de su dignidad y capacitarlo para asumir las tareas de interés común que demanda el progreso de la nación; por consiguiente, la educación es factor fundamental para la transformación y el desarrollo del individuo y la sociedad.

Art. 117. La educación es un proceso único, democrático, creativo y participativo que vincula la teoría con la práctica, el trabajo manual con el intelectual y promueve la investigación científica. Se fundamenta en nuestros valores nacionales, en el conocimiento de nuestra historia, de la realidad, de la cultura nacional y universal y en el desarrollo constante de la ciencia y de la técnica; cultiva los valores propios del nuevo nicaragüense, de acuerdo con los principios establecidos en la presente Constitución, cuyo estudio deberá ser promovido.

Esos dos artículos de la actual Constitución Política, tienen su origen en la Consulta Nacional para la definición de Fines, Principios y Objetivos de la Educación en Nicaragua, realizada en 1981.

II. El origen político de los artículos que sobre la educación nacional aparecen en la Constitución Política de 1987

En febrero de 1981, se realizó en nuestro país la Consulta Nacional para definir los Principios, Fines y Objetivos de la Nueva Educación, ideada y propuesta dos años antes (1979) en San José Costa Rica, igual que lo fuera en su momento, la Cruzada Nacional de Alfabetización Héroes y Mártires por la Liberación de Nicaragua.

La consulta generó un nuevo método de conocimiento de la realidad, que combinó técnicas propias de la encuesta, la entrevista y los talleres y asambleas participativas. La población consultada la constituyeron grupos organizados y entidades colectivas existentes en el país, entre los que se contaron: partidos políticos, organizaciones ciudadanas populares, organizaciones sindicales, organizaciones gremiales y organizaciones de la empresa privada. Participaron treinta organizaciones, veinte lo hicieron como grupos organizados y diez como entidades colectivas.

Los grupos organizados, al participar, movilizaron a sus bases desde el nivel municipal hasta el nivel nacional. Por su parte las entidades colectivas respondieron a la consulta a través de sus juntas directivas. De esta manera alrededor de cincuenta mil personas participaron en la Consulta.

¿Y cuál fue la relación entre los resultados de la Consulta y la Constitución Política de 1987?

Los resultados de la Consulta fueron dados a conocer en marzo de 1983 en un documento conocido como Fines, Principios y Objetivos de la Nueva Educación. Este documento, a partir de esas fechas, se transformó en el documento rector de todas las actividades educativas del país, tanto de las informales como las formales, desde la educación preescolar hasta la educación superior.

Dado que la Constitución Política de 1987, comenzó a formularse y consultarse en 1985, cuando los legisladores redactaron el capítulo y artículos dedicados a la educación nacional, la fuente de información básica fue el documento relacionado con los Fines, Principios y Objetivos de la Nueva Educación.

III. La Constitución Política de la República de Nicaragua en el Currículo de la Educación Básica y Media (2007)

Con base en el mandato aprobado en 1995 por la Asamblea Nacional, sobre la Ley de Promoción de los Derechos Humanos y de la Enseñanza de la Constitución Política, Ley No.20, que en su artículo 1. mandata. “La Constitución Política y los Derechos Humanos serán materia de enseñanza obligatoria en la educación preescolar, primaria, media y técnico vocacional”.

Es así que a partir de 1996, se ha venido incorporando y mejorando en el currículo las estrategias del estudio de los artículos constitu-

cionales, en los diferentes niveles y modalidades del subsistema de la Educación Básica y Media nicaragüense.

En este contexto, el estudio de la Constitución Política se promueve de acuerdo a las estrategias siguientes: en la propuesta del currículo que actualmente está en consulta se incorporó de manera gradual el estudio de la Constitución Política, a partir del Segundo Ciclo (5to. y 6to. grado) de la Educación Primaria; Tercer Ciclo (7mo. 8vo. y 9no. Grado) y Cuarto Ciclo (10mo. 11mo. Grado) de la Educación Secundaria.

En Preescolar (1ra, 2da y 3ra etapa), como en el primer ciclo (1ro. 2do. 3ro. y 4to. grado) de Educación Primaria, se abordan como contenidos y competencias las normas en el hogar, el reglamento escolar, para ir familiarizando a estudiantes con el lenguaje técnico, de tal manera que al estudiar, analizar e interpretar los diferentes artículos de la Constitución Política de la República de Nicaragua, logren un mejor entendimiento del significado de los mismos.

Otra forma que contribuye a esta comprensión es mediante el estudio de sus derechos y deberes, con base en la Convención de los Derechos de la niña y el niño y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se imparte desde Preescolar, relacionado con la Constitución Política de la República de Nicaragua y las leyes del país como: Ley del Consumidor, Ley de Tránsito, el Código de la Niñez y la Adolescencia y otras.

Se ha orientado la lectura y análisis de los artículos que corresponden a cada grado, aplicados a la realidad y con estudios de casos, en los artículos que permitan hacerlo. Se recomienda el uso de recursos materiales al alcance de docentes y estudiantes, como lecturas de artículos difundidos por los medios de comunicación social, comentarios sobre sucesos ocurridos a nivel nacional e internacional y otros como foros, seminarios o charlas por personas conocedoras de la materia.

En otro orden en la Antología Didáctica de Convivencia y Civismo para docentes de Educación Secundaria, se presentan algunos dilemas, que instan a reflexionar a los docentes y estudiantes sobre casos hipotéticos o reales, acerca de asuntos que conducen a infringir o no la ley. Igual, se incluyó en el calendario escolar la efemérides relacionada con el “Día de la Constitución Política” (primer lunes del mes de septiembre).

Al respecto corresponde a directores de los centros de estudio cumplir con este mandato de ley. Programar actividades cívicas alusivas a conmemorar en cada centro este día, dedicado a la

Constitución Política de la República de Nicaragua. Es competencia del personal de las Delegaciones Departamentales y Municipales dar seguimiento a la realización de estas acciones.

En suma y síntesis, todo un proceso coherente y continuado para la enseñanza y el aprendizaje de la Constitución Política desde y en las aulas de clase nicaragüense.

Nota

1 Ministro de Educación de Nicaragua.

LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Orlando Mayorga Sánchez¹

La educación superior ocupa un lugar central en la sociedad contemporánea, caracterizada por los analistas como Sociedad del Aprendizaje continuo, como sociedad del conocimiento, la educación y la información. La educación superior no puede ser ajena a la problemática de la humanidad, de ésta surge una reflexión sobre la educación superior para el siglo XXI. Necesariamente tiene que partir de una concepción global de los problemas humanos y de sus soluciones, así como de una visión global del mundo. Hoy en día para cada hombre es evidente que el ser humano no se reduce solamente a ser un varón o mujer, negro o blanco, alemán o nicaragüense, cristiano o musulmán, sino que todos mujer y varón tienen los mismos e inalienables derechos humanos garantizados por nuestra Carta Magna.

Por lo tanto, las instituciones políticas, académicas, económicas y comerciales deben de reconocer y respetar estos derechos de cada uno de nosotros.

En la década de los 80 la educación superior nicaragüense realizó esfuerzos para ponerse a tono con la marcha de la sociedad, abriendo sus puertas al pueblo modernizando sus estructuras, el aumento cuantitativo del estudiantado, la apertura de la facultad preparatoria, la apertura de centro regionales, la introducción de nuevos métodos de enseñanza, el aumento considerable del intercambio académico, son algunas de los resultados más destacados.

Sin embargo, el balance de los resultados se presenta en forma sintetizada, centrándose en dos grandes líneas con sus respectivas direcciones. Líneas de éxito y líneas de debilidad y desgaste. Con el cambio de gobierno en 1990 se modificaron de manera radical las políticas hacia el subsistema de educación superior, estas políticas disminuyeron la cooperación global de Estado a la universidad, las cuales deben revisarse a fin de buscar un equilibrio ponderado de promoción y cooperación. A la universidad que tiene como desafío ser cabeza de la sociedad, así como la actualización curricular y

la constante capacitación a la comunidad docente, así como la investigación y la extensión universitaria.

Algunas características de la educación nicaragüense presenta una serie de juicios, la mayoría concuerdan que ésta es deficiente en relación a los retos y desafíos que plantea la sociedad contemporánea, como causa de estas deficiencias se señalan una serie de razones entre las que se destacan:

1. La educación superior debería ser menos politizada.
2. Las universidades deberían estar actualizadas.
3. Las universidades deberían contar con mayores recursos y equipamiento.
4. Las universidades deben entrar a procesos de mutua cooperación académica e investigativa.
5. Las universidades públicas y privadas que gozan del Presupuesto de la República, deben ser accesibles.

Sin embargo, los problemas que afectan a la Educación Superior Nacional (ESN), se reflejan en la opinión pública solamente de manera fragmentaria o selectiva, las crisis de nuestras universidades tienen manifestaciones más complejas que la opinión pública está dispuesta a aceptar para analizar más a fondo esta situación actual y las perspectivas de la ESN, metodológicamente parece conveniente clasificar las causas posibles en tres grupos:

1. Causas que de manera similar están presentes en toda la sociedad o en algunos de los subsistemas educativos.
2. Causas que la educación superior heredó de otros niveles del sistema de educación.
3. Causas exclusivas de las universidades derivadas de sus estructuras predominantes, la composición de su personal académico y las modalidades de su labor de formación de profesionales. Todo esto nos plantea la necesidad de hacer cambios y reformas de manera gradual en las instituciones universitarias.

A 21 años de la Constitución Política de nuestro país, podemos decir que los principios que quedaron plasmados en la Constitución Política de 1987, están basados en el documento Fines, objetivos y principios de la nueva educación que promulgó el gobierno en el año 1983, la educación superior fue originada por el Consejo Nacional de la Educación Superior (CNES), quien estuvo

a cargo de la política educativa. A partir de abril de 1990 la Asamblea Nacional promulgó la Ley de Autonomía de las Instituciones de Educación Superior, o Ley 89, que venía a normar y ordenar la vida universitaria y su autonomía cubriendo de esta manera a instituciones públicas y privadas, además de regular la vinculación con otras entidades del ámbito nacional e internacional.

Sin embargo la Ley 89 ha sido muy controversial, ya que cada quien la ha interpretado de acuerdo a sus intereses, ya que la misma tiene muchos vacíos. Con todo eso la Ley 89 ha tenido una importancia enorme en la vida jurídica, orgánica y funcional para las instituciones de educación superior al crear el organismo de coordinación de políticas educativas de la educación terciaria dotándola de atribuciones para la autorización de nuevas instituciones de educación superior, tal es el caso del Consejo Nacional de Universidades (CNU). Durante estos 17 años se han creado leyes en materia educativa que interrelacionan con esta Ley 89. Sin embargo, hoy además del CNU, existen dos organizaciones del sector privado que aglutinan a una serie de instituciones como el Consejo Superior de Universidades Privadas (COSUP) y la Federación de Universidades Privadas (FENUP), y universidades no asociadas. Actualmente en el país existen más de cuarenta y siete universidades, lo que impone grandes desafíos que se centran en el mejoramiento y búsqueda continua de la calidad de los programas académicos y de las instituciones, al igual que de todo el sistema universitario. Para eso surge a través del Programa de Modernización y Acreditación de la Educación Terciaria, la necesidad de desarrollar procesos de autoevaluación y acreditación en nuestras universidades, hecho que sin lugar a dudas nos dejará resultados positivos que vendrían a contribuir a mejorar la calidad de la educación terciaria nicaragüense.

La Ley General de Educación, Ley 582, aprobada el 22 de marzo del año 2006, proporciona a Nicaragua de otro instrumento jurídico a propiciar una educación para todos y para toda la vida (JOMTIEN 1990, DAKARD 2000 y Salamanca 1996 entre otros). Esta ley tiene por objeto establecer los lineamientos generales de la educación y del sistema educativo nacional. Se define claramente la cobertura, equidad y la calidad de la educación como sus ejes fundamentales. Además en lo que respecta a la educación superior la ley manda a crear el Consejo Nacional de Rectores, integrado por los rectores de las universidades públicas y privadas como el órgano superior especializado y consultivo en materia académica, y tiene como finalidad la definición de políticas y estrategias de desarrollo universitario, así la adopción de políticas de coordinación y articulación del subsistema. Esta ley también crea el Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación del Sistema

Educativo como el órgano de armonización y articulación de todos los subsistemas de educación.

Un aporte de esta ley es la creación de los centros e institutos de estudios e investigación. Esta ley también ratifica a la ley 114, Ley de Carrera Docente que regula el ejercicio de la docencia, hecho que sin lugar a dudas expresa los deberes y derechos de los maestros y maestras.

En el art. 116 de la Ley General de Educación se crea el Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación como el único órgano competente del Estado de acreditar a las instituciones educativas de educación superior, tanto públicas como privadas, así como evaluar el resultado de los procesos educativos desarrollados por el MINED, INATEC, INTECNA.

Podemos afirmar que en estos 21 años de la Constitución Política los desafíos y retos son muchos en la educación superior, sin embargo contamos con una base jurídica que nos permite visualizar mejores horizontes. Podemos concluir planteando las siguientes reflexiones:

1. Que la educación es un agente de multiplicación de capacidades, de apertura de oportunidades y de aumento de bienestar, en síntesis es un factor básico en la promoción del desarrollo humano.
2. Del capital educativo del pueblo, del conjunto de valores, conocimientos, habilidades, destrezas incorporados por las personas y grupos sociales en el proceso de su educación, depende su capacidad de sobrevivencia.
3. La educación es un factor importante en la lucha contra la pobreza, ya que existe una estrecha relación entre el nivel educativo de la población y los niveles de pobreza de un país.
4. Globalización, tecnología, sociedad informatizada, competitividad, conservación del ambiente, son algunos de los términos que caracterizan al mundo actual que empiezan retos para las nuevas generaciones de hombres y mujeres que están preparándose en nuestras universidades.
5. Debemos establecer políticas educativas de Estado impulsando las reformas educativas nacionales con procesos a mediano y largo plazo.
6. Fortalecer el marco legal para saber hacia dónde vamos, las metas, las reglas y el tipo de educación que queremos.

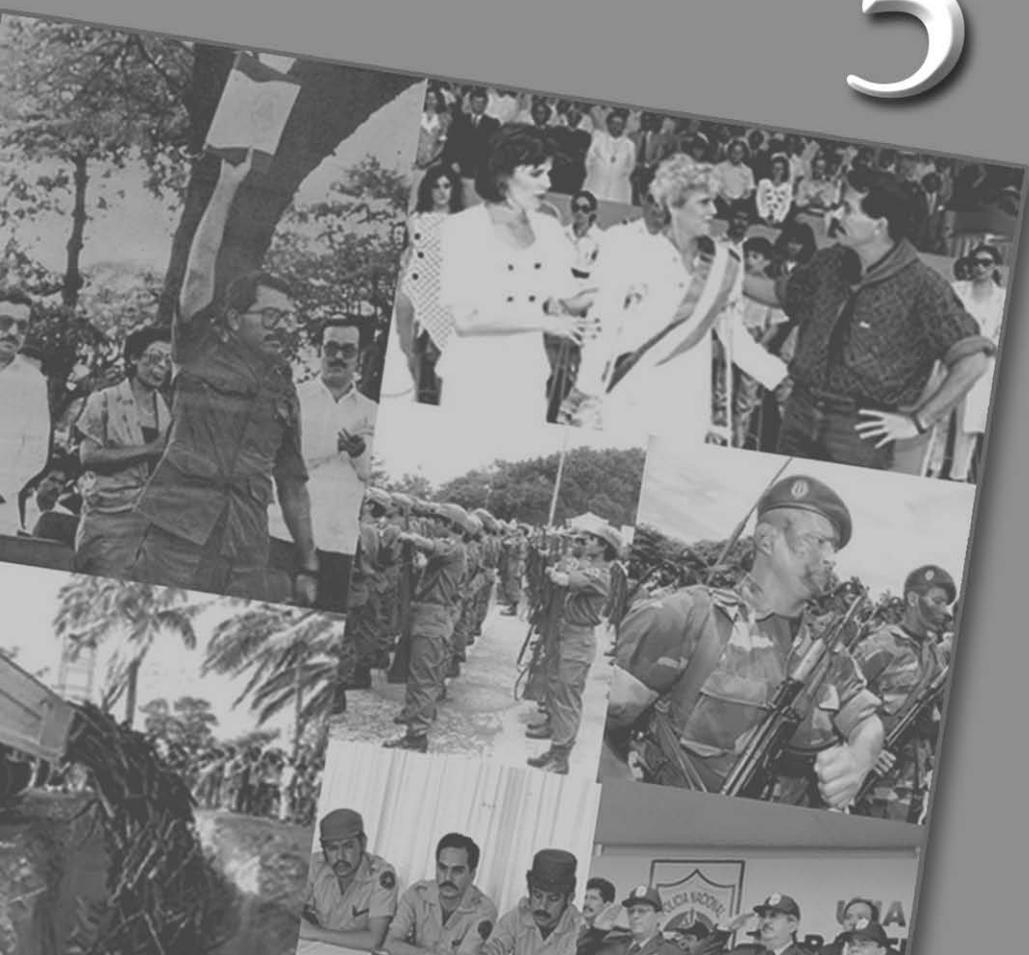
7. Involucrar a la comunidad educativa en la elaboración y desarrollo de procesos educativos.
8. Crear el Sistema Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior que nos permita evaluar permanentemente la calidad educativa de manera integral de las instituciones educativas nicaragüenses.
9. Legislar la Ley Nacional de Evaluación y Acreditación del mejoramiento de la calidad educativa.

Nota

- 1 Presidente Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación del Sistema Educativo.

Justicia e Independencia

5



JUSTICIA Y GÉNERO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA

Alba Luz Ramos Vanegas¹

SUMARIO: I. Las luchas por los derechos individuales. II. La igual y no discriminación en la Constitución Política bases para aplicar una justicia de género. III. Los Tratados Internacionales que refirman los derechos de igualdad y no discriminación.

Para introducir el tema de la justicia de Género en la Constitución Política de Nicaragua, de 1987 y sus reformas de 1995, 2000, 2004 y del 2006, lo haré a partir de una breve relación de las normas que declaran la igualdad formal y la igualdad material en el texto constitucional, asimismo haré mención de los tratados de derechos humanos que establecen el derecho de igualdad y no discriminación para las mujeres y cerraré este comentario a la Constitución Política de Nicaragua, abordando cómo se aplica la igualdad formal y la no discriminación por razones de género en la función Judicial misma, cuyo resultado es una sentencia.

I. Las luchas por los derechos individuales

Históricamente, la titularidad de los derechos civiles y políticos, ha sido para hombres libres, educado y con dinero, en el caso de las mujeres, fue necesaria una larga lucha para conquistarlos. En el mundo occidental del siglo XVIII, resaltan figuras como Mary Woltenocraft quien en 1779 publicó *La Reivindicación de los Derechos de las Mujeres*; y Olimpe de Gouges en Francia, quien en 1791 escribió la *Declaración de los Derechos de la Mujer*, una vez que la revolución francesa declaró los derechos del hombre. Ambas mujeres son consideradas representativas de un movimiento por alcanzar la igualdad de derechos, para pensar y actuar, sin sometimiento y subordinación de un sexo al otro, a

Olimpe se le condenó a la guillotina, por declarar los derechos de las mujeres.

En nuestro país el ejercicio del sufragio, estuvo limitado para hombres ciudadanos hasta 1955; igualmente se impuso la educación segregada para niños y niñas, hasta que en los años 1950 ambos derechos se hacen posibles, por la demanda de mujeres de la época quienes reivindicaron esos derechos ante los legisladores, entre ellas Doña Josefa Toledo. La falta de aplicación del principio de igualdad formal y real ha hecho que las mujeres, libren verdaderas cruzadas, para que el derecho les reconozca su condición de persona humana y gracias a esa lucha en las últimas décadas, se han mejorado algunas leyes y establecidas políticas de género.

II. La igual y no discriminación en la Constitución Política bases para aplicar una justicia de género

Las normas de la Constitución Política de Nicaragua de 1987 y sus posteriores reformas, al igual que todas las Constituciones de América Latina, declaran entre sus principios, la igualdad formal en el goce, disfrute y ejercicio de los derechos humanos de las “personas”, se resalta el término persona, porque constituye una diferencia filosófica, con la categoría hombre y ciudadano libre, al incorporar a hombres y mujeres como titulares de derechos.

Vale entonces destacar la importancia que tiene el principio de igualdad y no discriminación, que dispone en el art. 27 – “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social... El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción”.

La norma constitucional en referencia, conlleva a mi juicio, un cambio ético y político en las disposiciones normativas, pues reconoce como sujeto titular de derechos a la persona humana, a quien se le reconoce diversa y distinta, en consecuencia la igualdad ante la ley, ha dejado de ser una mera declaración para convertirse, en una categoría de valor, que es no sólo invocable ante los tribunales, sino que los legisladores y administradores públicos, están obligados a buscar estrategias que den por resultado la igualdad material, de aquellas personas que son desiguales por diversas circunstancias, tal y como se señala el arto. 48 “Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en

el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer.

Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.”

Una consecuencia del art. 48 de la Constitución Política es su aplicación efectiva, para eso se requiere que el Estado, tome acciones: 1°) Legislativas que promulguen leyes civiles, penales, laborales, o políticas, que no limiten la capacidad de las mujeres de decidir, pensar, movilizarse, y que promuevan el respeto de todos los derechos individuales sin discriminación ni exclusión. 2°) Disponer de políticas de género que mejoren la condición de vida y mejoren la posición económica, social y cultural de las mujeres y 3°) Una justicia que aplique el derecho sin olvidar que la norma constitucional, es el primer precepto, que debe tenerse en cuenta para valorar derechos fundamentales, a fin de no dictar resoluciones con resultados excluyentes y discriminatorios.

III. Los Tratados Internacionales que refirman los derechos de igualdad y no discriminación

La Constitución Política de Nicaragua establece: Art. 46 “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración universal de los Derechos Humanos; de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Así mismo se ratificaron: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que establecen el goce y ejercicio de los derechos individuales, de las mujeres, sin discriminación alguna. Resulta obligado la aplicación del concepto de discriminación, que establece la Convención sobre todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW) que en su art. 1 se define como discriminación contra la mujer: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre con la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social cultural y civil en cualquier otra esfera”. La definición de la CEDAW es congruente con el principio constitucional de igualdad y no discriminación, por lo que jueces y juezas, la deben aplicar cuando se tienen normas insuficientes o contradictorias de la legislación común, que puedan dar resultados discriminatorios en su aplicación.

Es conveniente precisar que para la aplicación de la ley, en un proceso judicial, el o la judicial realizan la verificación del derecho, para lo cual recurren a su experiencia, conocimiento y sus valores, se hace entonces una interpretación objetiva y subjetiva y son pocos los que dejan de utilizar los patrones masculinos del derecho, razón por la cual no entran a considerar desigualdades que enfrentan las mujeres en un proceso judicial; llegando a tomar resoluciones, medidas o disposiciones administrativas que discriminen a las mujeres, por su condición de género, para otorgar bienes, pensiones para los hijos, o, cuando se debe proteger a las mujeres en situación de riesgo, por razones de violencia, o de salud.

Un elemento a tener en consideración en la aplicación del derecho, es que la mayoría de sentencias judiciales, no hacen referencias a disposiciones constitucionales, ni a los tratados internacionales a pesar de que la Constitución Política de Nicaragua establece la protección estatal, el reconocimiento, respeto, promoción y protección de los derechos humanos y su plena vigencia.

Los efectos legales que surten los tratados internacionales se establecen en el art. 138 de la Constitución Política numeral 12 que dice “es facultad de la Asamblea Nacional aprobar o rechazar los instrumentos internacionales celebrados con países u organismos sujetos de Derechos Internacional, los cuales una vez aprobados tienen efectos legales dentro y fuera de Nicaragua, una vez que hayan entrado en Vigencia”. Esta disposición, obliga a las y los judiciales a aplicar los tratados internacionales, una vez puesto en vigencias; pero hasta ahora, al menos en las sentencias relacionadas con derechos de familia y en casos de delitos relacionado con la violencia de género, no se utiliza la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por Nicaragua en 1996 ni la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer ratificada en 1981.

Frente a esa práctica judicial del no uso de los instrumentos internacionales vigentes, cabe reafirmar que éstos pueden ser invocados ante los tribunales por las personas que se vean afectadas, y pedir la protección de los derechos ahí establecidos, y es un deber de los operadores del sistema de justicia, aplicar cuantas normas existen en el derecho vigente para garantizar, la igualdad formal y la igualdad real. Más aún, cuando existen sentencias penales con resultado discriminatorios para las víctimas del delito de violación, o maltrato familiar, en las cuales las mujeres se enfrentan a una serie de actos durante el proceso penal, que dan como resultado sentencias que vulneran no sólo el principio de igualdad y no discriminación, sino las normas penales vigentes.

En el caso de la legislación ordinaria quiero relevar el cambio que se hizo en los delitos que afectan la libertad sexual, los cuales fueron reformados y puesto en concordancia con la Constitución Política y los tratados de derechos humanos, así se eliminó toda referencia a conceptos tales como ultrajes al pudor y la moralidad pública, tanto en la tipificación como las penas, las agravantes y atenuantes; el bien jurídico, tutelado es la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad, referida al ejercicio de la propia sexualidad, o la indemnidad sexual, cuando el sujeto pasivo del delito es un menor o un incapaz, en cuyos casos no se puede hablar ya de libertad sexual, pues ellos carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, por lo que la norma pretende proteger la normal evolución y el normal desarrollo de su personalidad o evitar ser utilizado como objeto sexual por terceras personas. En cuanto al sujeto activo y al sujeto pasivo cualquier ser humano (hombre o mujer) puede ser autor o víctima así lo dice expresamente la ley.

Para juzgar el delito la ley establece como elementos esenciales, el uso de la fuerza, la intimidación o cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido o bien, el engaño que vicie su consentimiento. En cuanto a la tipicidad subjetiva, son delitos dolosos; no existen estos delitos en forma culposa pues se precisa de conocimiento y voluntad. El objeto material en estos delitos es el ser humano, su integridad sexual, su integridad física psíquica, moral y social. En algunos de estos delitos como el estupro y la corrupción de menores, la edad (16 años) es un elemento constitutivo del tipo objetivo, en otros se establece una presunción legal de falta de consentimiento cuando la víctima sea menor de 14 años.

En el ámbito jurisprudencial uno de los principales problemas que han afrontado los jueces y tribunales es, establecer el elemento de la acción típica, pues asumen la existencia del delito de violación ligado a la existencia de violencia física, comprobable con

el dictamen médico legal, criterio que viola expresamente el texto del tipo penal, ya que literalmente se dice que puede existir violencia física, intimidación o violencia moral, pero además de ello puede utilizarse cualquier otro medio (licor, drogas) para el acceso carnal. Así, en sentencia por criterio de mayoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de las 8:45 de la mañana del 18 de diciembre 2001 se dice: "...en el caso que nos ocupa con fundamento en los tres dictámenes médicos que aparecen en autos, puede afirmarse que no se demostró la agresión sexual, no hubo valoración de la desfloración reciente, no aparecen signos de violencia. Además no aparece demostrada la violencia extra genital, no hay traumas en los muslos, el atacante debe ejercer violencia en dicho lugar para facilitar la penetración.

Otro problema que se presenta es la valoración probatoria, en delitos de violencia sexual cuando no se hace uso de la libertad probatoria, que permite apreciar la prueba en forma conjunta, armónica y racional, acorde con las reglas de la lógica, a fin de que no se argumente que sólo son aceptables las evidencias tales como penetración demostrable, con señales en los genitales que indiquen violencia en la penetración en la víctima, obviando así el propósito sexual, como un elemento constitutivo del tipo penal; por otro lado la declaración de ofendida es válida, cuando se considera congruente con otros hechos que el juez considere jurídicamente aceptables, tales como presencia o ausencia de huellas en los genitales del procesado y en la de la víctima, olvidando que la ley no otorga trascendencia a la *inmisio pennis*, pues la ley penal, en los delitos contra la libertad sexual, señala otras formas de comisión del delito.

Criterios como los arriba señalados evidencia que a pesar de la existencia de normas constitucionales, tratados y la ley expresa, que sanciona la violación como delito en contra de la libertad sexual, culturalmente hay una exaltación simbólica a la protección de la sexualidad masculina y a la humanidad de los hombres, que los lleva a legitimar actos de violencia, mediante el cual es permitido apropiarse del cuerpo y de la sexualidad de las mujeres; queda claro que no siempre la aplicación de las leyes garantiza la igualdad sin discriminación en razón del sexo, porque quienes interpretan la ley se rigen por patrones culturales, morales y políticos, que entran en contradicción con la Constitución Política y los tratados internacionales que protegen la igualdad jurídica de hombres y mujeres.

Podemos concluir que aun y cuando se cuentan con las normas constitucionales que exigen igualdad y no discriminación en el proceso, un nuevo Código procesal penal, que establece el juicio oral, público y contradictorio, en donde se establece una mayor

transparencia en la presentación y valoración de la prueba, algunos judiciales, siguen aplicando criterios basados en concepciones culturales, que anulan las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales, aunque alegan que sus resoluciones se fundamenta en lo que dice estrictamente la ley, emiten juicio de valor, que obstruyen la aplicación de la ley en correspondencia con el derecho constitucional, de que hombres y mujeres somos iguales, aunque diferentes, diversos y por ello existe la igualdad sin discriminación.

Nota

- 1 Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Mario A. Houed Vega¹

La vigente Constitución Política de la República de Nicaragua de agosto de 1987 y sus reformas, dispone en su art. 165 que “Los Magistrados y Jueces en su actividad judicial, son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución Política y a la ley; se regirán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita”.

En el anterior enunciado podemos observar, de forma clara y directa, el principio esencial de independencia de los jueces en un Estado de derecho, como garantía primigenia de una correcta Administración de justicia.

Ahora bien, tradicionalmente la ciudadanía tiene o ha tenido contacto con el ejercicio de la función jurisdiccional sólo cuando las personas intervienen en un proceso o por lo que se informa a través de los medios de comunicación. En ese sentido, dicha función suele ser, hasta cierto punto, ajena a la gente común y quizás no muy bien entendida o con una imagen un tanto distorsionada, pues ha permanecido bastante inaccesible para el escrutinio público.

Pero esa situación hoy día ha cambiado o está cambiando y se exige tanto por la sociedad civil como a lo interno de los propios Poderes Judiciales, que la credibilidad y actuación de los juzgadores esté acorde con los principios constitucionales que así lo determinan.

Conviene advertir aquí que incluso cuando se habla de la exigencia de democratización de todo el sector público, se piensa en casos reales de corrupción o en sospechas de que estos se hayan dado, por lo que diversos sectores sociales reclaman transparencia en el ejercicio del poder, ante lo cual el Estado ha tenido que reaccionar mediante la implementación de políticas de rendición de cuentas.

Y a ello no está ajena la Administración de justicia, a quien se exige y demanda cada vez más, una intachable gestión en el ejercicio de su función. Se trata entonces, de que los magistrados

y jueces garanticen que sus decisiones son producto soberano de la aplicación del ordenamiento y del conocimiento jurídico, y no de influencias o ingerencias de otra naturaleza. Para cumplir con esa sagrada misión se ha implementado en todos nuestros países la carrera judicial, que supone el ingreso, selección y promoción de sus funcionarios mediante parámetros objetivos, como por ejemplo concursos públicos basados en criterios de idoneidad, de manera que se procure mayor transparencia y seguridad en lo que respecta a la política de nombramientos.

Tampoco debe dejarse de lado la adecuada atención de las personas que utilizan los servicios judiciales, ya sea como partes en un proceso o de cualquier otra manera, para lo cual el Poder Judicial debe promover la creación de mecanismos adecuados, que pueden ir desde contralorías de servicios hasta órganos disciplinarios que puedan resolver ciertos conflictos por vías debidamente establecidas.

Sin embargo, pese a la importancia de lo anterior, en todo este proceso, que podríamos denominar de renovación institucional democrática, el aspecto que no debe olvidarse es el plano ético.

Siguiendo ese lineamiento, los Poderes Judiciales deben desarrollar enormes esfuerzos por unificar criterios éticos que regulen la actuación de sus servidores. Producto de ello se cuenta hoy con valiosos instrumentos como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, el Estatuto del Juez Iberoamericano y la Carta de Derechos de las personas ante la justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, que recogen de manera expresa los principios básicos fundamentales para tutelar y fortalecer una justicia que aspire a la excelencia.

Todas estas herramientas están dirigidas a generar consciencia en los funcionarios judiciales sobre la relevancia social de su labor, así como incentivar ciertas prácticas y conductas que incrementen la credibilidad en sus actuaciones, lo que a su vez conlleva mayor legitimidad para el sistema.

Se trata entonces, no sólo de lo que la normativa señale, sino de hacer realidad lo que el legislador plantea en las leyes para garantizar la institucionalidad en un Estado de Derecho, y de esa forma generar confianza en los usuarios en todos los niveles.

Por eso es indudable que la primera actitud que se reclama de un magistrado o juez responsable y serio, es que actúe con independencia, conforme se lo exige el referido art. 165 de la Constitución Política, especialmente alejándose de factores ajenos al Derecho

mismo, en particular aquellos relacionados con actividades políticas partidarias.

Dicho principio no debe observarse como un privilegio para quien se desempeña en esa función, sino como un medio para garantizar a los usuarios del sistema que sus asuntos serán resueltos conforme al Derecho y la justicia.

Y es que, según decíamos, los funcionarios judiciales deben hacer valer su independencia de criterio frente a toda influencia que, ya sea desde lo externo o lo interno del mismo Poder Judicial, quiera ejercerse sobre ellos para que resuelvan en algún determinado sentido. El fin que se persigue es que estos funcionarios opten por la solución más justa y correcta, con apoyo únicamente en la Constitución Política y en la ley. Se trata no sólo de que así lo diga la normativa, sino de comportarse en la realidad como ella lo impone.

La característica de la independencia está íntimamente relacionada con la imparcialidad. Si el Derecho es lo único que debe guiar la actuación de los servidores judiciales, entonces la igualdad en el trato hacia las partes resulta imprescindible. La objetividad al resolver se logra de dos maneras: basándose única y exclusivamente en la prueba para determinar los hechos y manteniendo una distancia prudente de las partes y sus abogados durante el proceso.

De manera correlativa, cuando se percate de que existe alguna razón para estimar comprometida su imparcialidad, las autoridades jurisdiccionales deben abstenerse de conocer el asunto.

La independencia y la imparcialidad se dan la mano y juegan un papel decisivo en una de las obligaciones fundamentales inherentes a la función judicial: la de motivar o fundamentar las decisiones. Así, otra característica ética que se procura inculcar a los servidores de la Administración de justicia es que toda resolución debe ser motivada o fundamentada.

Asimismo, el principio constitucional de independencia también se asienta en que los funcionarios sean idóneos para el desempeño del cargo, por lo que es importante afirmar que otra característica ética del servicio judicial está determinada por el conocimiento y la capacitación, pues únicamente aquellos que realmente conocen la materia para la cual han sido designados, pueden cumplir a cabalidad su función. La ciudadanía tiene derecho –y los Poderes Judiciales el deber de satisfacerlo– de que quienes resuelvan las causas estén preparados para hacerlo.

Igualmente debe aclararse la idea de que el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar la justicia y la equidad, esenciales en un Estado democrático, pues aquél va más allá del contenido de los textos legales. Implica considerar las circunstancias personales, familiares y sociales que envuelven un determinado caso, para así, sobre la base de esos elementos y con criterios de justicia, tomar la decisión más acertada. Por supuesto que esto obliga al Juez a razonar críticamente el problema y también a descender de su posición supra partes para ubicarse (sin entrar en posiciones comprometedoras de su imparcialidad) en un plano horizontal con ellas y así procurar la solución real y adecuada del conflicto. Esta proposición ética, también derivada del principio de independencia, guarda extrema relación con la prudencia a la hora de resolver. Es indispensable que las autoridades jurisdiccionales ejerzan un autocontrol de sus actuaciones, de manera que estas reflejen un proceso de reflexión del caso sometido a su análisis, de modo que hayan considerado los argumentos de las partes y hayan sopesado las consecuencias de su fallo.

Ser independiente y responsable no es sólo cumplir un horario o una cuota de trabajo; es una actitud que implica tener claro que se está en el puesto para servir, en primer lugar, a las partes y, en segundo lugar, a la comunidad en general. Nunca puede perderse de vista que por ser parte del sector público, los funcionarios judiciales están obligados a considerarse servidores de la comunidad en general y deben estimar que en cada caso concreto, las partes específicas de un asunto simbolizan esa comunidad a la que sirven. Por ello, deben poner todo su empeño en realizar sus tareas, cualesquiera que sean estas, con la mayor dedicación y la mejor voluntad posibles. Asimismo, conlleva la obligación de denunciar ante las autoridades disciplinarias correspondientes, las situaciones anómalas que conozcan. Esto se asocia con la diligencia en el desempeño del cargo, pues nada se gana con asumir con dedicación un asunto, si se tarda una eternidad en resolverlo.

También la independencia supone integridad, la cual consiste en que los servidores judiciales deben comportarse siempre y en todo momento de manera decorosa, y aunque este es un punto polémico, pues algunos creen que por medio de este precepto se promueve una indebida intromisión en el ámbito privado de aquellos, esto no es así. Lo que sucede es que la función judicial debe generar confianza en la comunidad, de manera que lo que se persigue con este principio es que en sus actuaciones en público, los jueces, magistrados y todos los servidores judiciales se comporten de manera adecuada, acorde con lo que razonablemente espera la sociedad de una persona con el respectivo

cargo. En ese sentido, es necesario que los servidores judiciales tengan conciencia de lo que se espera de ellos y de las exigencias que le son impuestas.

En fin, el principio constitucional de independencia que se instauró en la Constitución Política de Nicaragua en el art. 165, trasciende la mera retórica. Es la razón de ser de un servicio público esencial para la vida en sociedad, que supone un ejercicio cierto, transparente, justo e igualitario para todos los ciudadanos.

Sin independencia no hay justicia, y sin justicia no hay legitimidad.

Nota

- 1 Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL VIGENCIA Y DESAFÍOS

Silvio Antonio Grijalva Silva¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Alcance del debido proceso. III. Extensión de las garantías a todas las etapas de la persecución penal. IV. Conclusiones.

I. Introducción

El art. 7 de la Constitución Política establece que Nicaragua es una república democrática, participativa y representativa. El art. 130 de la misma Constitución Política expresa que la nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede a quien la ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución Política y las leyes. Esta idea del Estado Social Democrático de Derecho, está indisolublemente ligada a valores, principios, derechos y normas fundamentales que obligan a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean una realidad, al mismo tiempo implica la necesidad de elaborar el Sistema de Justicia Penal desde la idea de la democracia, cuyo nervio lo constituyen los derechos fundamentales. Esta idea se encuentra asociada a un sistema de límites para impedir la formación de poderes absolutos, tanto públicos como privados, en garantía de los derechos fundamentales de todos. Cuando se produce la violación de algún derecho fundamental con la anuencia, acción u omisión de las autoridades, se producirá la ausencia o negación del Estado de Derecho.

Uno de los mecanismos destinados a proteger la Constitución Política y el Estado de Derecho en su conjunto, es el proceso. A

través de él se procura proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, vigilar la constitucionalidad normativa, sancionar las conductas antisociales, impedir el ejercicio arbitrario del poder y solucionar o prevenir conflictos. Sin embargo, no es suficiente que el proceso exista y que esté al alcance de todos para asegurar la vigencia del Estado de Derecho y de la Constitución Política en su conjunto, ello implica además, que se cuente con ciertas garantías a fin de asegurar que el proceso no sea una farsa, que no sea una mera sucesión de actos formales, sin ninguna razonabilidad, sino un autentico instrumento al servicio del ser humano para alcanzar la paz social en justicia.

Ese conjunto de garantías conforman lo que se conoce como debido proceso, íntimamente vinculado a la validez y legitimidad de un proceso judicial a fin de alcanzar la justicia a través del mismo. Se trata de un derecho de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de garantías esenciales con la función de impedir que la garantía de la libertad y los derechos de los individuos se violenten ante la ausencia o insuficiencia de un proceso. La función de estas garantías nos permite sostener que no puede haber Estado de Derecho, y por consiguiente, orden constitucional, cuando no existe un debido proceso.

En este sentido, definiremos la garantía del debido proceso como la garantía constitucional que protege a los particulares frente a la acción del Estado y sus instituciones, según la cual la modificación de sus derechos o modificaciones jurídicas deberá ser precedida por un procedimiento en el que se garantice una amplia oportunidad de defensa. El debido proceso implica que un individuo sólo puede ser considerado culpable si las pruebas de su conducta ilícita han sido logradas a través de un proceso legal seguido por autoridades que no se extralimitaran en sus atribuciones. Lo anterior significa la configuración de dos valores: el primero se expresa en la consideración del individuo como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado en una democracia sustancial. El segundo valor, está referido a la limitación del poder público.

Hace tiempo esta garantía se consideraba exclusivamente de orden procesal, sin embargo hoy en día con la evolución de los derechos fundamentales, aparece como una garantía constitucional en casi todas las constituciones políticas de la región latinoamericana, pues el desarrollo de concepto del debido proceso está íntimamente ligado al respeto de las garantías individuales y formas que postula la misma ley suprema, por eso las reformas procesales que se han venido experimentando en la región, y particularmente en Nicaragua, se han orientado y adecuado a los valores constitucionales, y por eso se afirma que el Derecho

procesal penal es una ley reglamentaria de la Constitución Política, sin lugar a dudas el desarrollo de esta garantía constituye hoy en día el principal logro del derecho procesal.

La Constitución Política de la República de Nicaragua regula estas garantías en los art. 33 y 34; en el plano internacional, Nicaragua es signataria de tratados y convenios para la protección y tutela de los derechos y garantías fundamentales del ser humano que reconoce expresamente en el art. 46 de la Constitución Política.

La constitucionalización del proceso penal exige un cambio en la mentalidad eminente formalista de los que administran justicia, mentalidad que privilegia el excesivo ritualismo con preservación de las formas, como si esto produjese la solución del conflicto, sino que se debe actuar teniendo a la vista el contenido de estas garantías por sobre cualquier formalismo, pues el derecho procesal no debe ser obstáculo para aplicar la justicia material en ningún caso, debido a que las normas procesales son instrumento y no objeto.

Esta nueva mentalidad, exige resolver la tensión que se presenta durante el proceso entre las formas y las garantías, debiendo prevalecer la supremacía de la Constitución Política que establece como principio de actuación las garantías del debido proceso por encima de las formas procesales, pues le corresponde al Poder Judicial proteger y tutelar estos derechos fundamentales (art. 160).

II. Alcance del debido proceso

La garantía del debido proceso no debe interpretarse como de exclusiva aplicación del proceso penal, pues es un concepto general que se refiere a todo el ordenamiento jurídico, es decir que genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, sea éste un proceso público o privado.

Las garantías del debido proceso por su carácter general y sus fines, deben ser consideradas números *apertus*, es decir, que no sólo deben considerarse como garantías del debido proceso las que de manera expresa señala la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales, sino que corresponde a los Tribunales de Justicia la tarea de dotarla de contenido y de determinar sus alcances en cada caso concreto a la luz de los principios de la nación nicaragüense como son, la libertad, la justicia y la dignidad establecidos en el art. 5 de la Constitución Política.

Así mismo podemos afirmar que las violaciones a las garantías del debido proceso se convierten automáticamente en violaciones

constitucionales, pues la ley procesal debe tener garantizada eficacia material y formal; lo anterior tiene un gran significado a nivel procesal, desde este punto de vista, entonces todas las violaciones del debido proceso deben entenderse conminadas genéricamente con nulidad absoluta por implicar violación constitucional.

III. Extensión de las garantías a todas las etapas de la persecución penal

Las garantías del debido proceso deben desplegar su ámbito de protección a los derechos fundamentales en las etapas previas a la intervención judicial, llámese fase de investigación a cargo de la Policía Nacional en coordinación con el Ministerio Público. Tradicionalmente esta fase investigativa se ha visto excluida del concepto de proceso, y por eso se justifica o admite que en ella se dejan de aplicar tales garantías, lo cual es inadmisibles por tratarse de una actividad de persecución que busca sancionar conductas consideradas como dañinas para la convivencia social y además se dirigen a obtener posteriormente la aplicación de una sanción penal. Por tal razón, esta etapa debe considerarse como parte integrante del proceso, en la medida que es necesaria para preparar el juicio oral y público, pues en ella se realizan actos de investigación tendientes a formular, sostener y probar la acusación durante el mismo.

Así mismo corresponde aplicar esta garantía a las situaciones producidas por el cumplimiento de las sanciones penales, especialmente las restrictivas de libertad. Anterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, la actividad estatal de ejecución y vigilancia de las penas, era considerada como una actividad administrativa a cargo de una entidad del Poder Ejecutivo, quedando por fuera el control judicial sobre la ejecución de la pena impuesta. En la actualidad esta situación se ha corregido, pues la actividad estatal de ejecución y vigilancia de las penas corresponde al Poder Judicial, a través de los jueces de ejecución y vigilancia penitenciaria, quienes por imperativo constitucional tienen la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado, por lo tanto deben hacer valer en el proceso de ejecución la aplicabilidad total de las garantías del debido proceso.

IV. Conclusiones

Podemos afirmar que de acuerdo a la Constitución Política, los derechos fundamentales están a la cabeza de nuestro sistema jurídico, y que dejaron de ser meros postulados dirigidos al legis-

lador para la formulación de las leyes para convertirse en formas de efectivo cumplimiento, por tal motivo el reconocimiento expreso del debido proceso a nivel constitucional y leyes procesales, no debe convertirse en un simple ejercicio teórico, pues su observancia y práctica constituye un pilar fundamental que sustenta la existencia de un Estado Social de Derecho, no tendría sentido discutir sobre el contenido de una serie de garantías que conforman el debido proceso, sino las mismas no se hacen valer de manera efectiva.

Por eso creo que uno de los objetivos centrales que persigue la reforma procesal penal es lograr la vigencia efectiva de estas garantías constitucionales, dicha reforma cumpliría su finalidad si consigue que los administradores de justicia desarrollen los procesos penales observando de manera irrestricta las garantías del debido proceso, pues toda actividad represiva del Estado, tiene como límite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política.

La garantía del debido proceso no constituye un obstáculo para la correcta aplicación de la Ley penal, por el contrario, establece los principios para prevenir las posibles arbitrariedades que se pudiesen presentar, y no como piensa un sector de la población que el sistema penal será más eficiente cuanto más duro, represivo e inquisidor sea, y cuanto menos derechos y garantías se reconozcan al acusado.

El desafío se encuentra determinado por la necesidad imperiosa de crear y promover una nueva cultura de respeto a las garantías fundamentales de debido proceso, como resultado de un proceso de cambio en la mentalidad inquisitiva de la sociedad en general y en particular de los operadores de la justicia. No podemos continuar pasando inadvertida la actitud contraria a la Constitución Política de ciertos operadores de la justicia penal, que administran justicia con criterios eminentemente inquisitivos en detrimento de las garantías procesales que afecta los derechos fundamentales de los nicaragüenses. La Constitución Política nicaragüense gira en torno del principio democrático y sus derivados, por tal motivo la aplicación de los principios y los derechos humanos son de inexcusable aplicación porque tienen como finalidad hacer del sistema penal un instrumento de integración, de solución pacífica de conflictos y no un mecanismo de marginación y estigmatización de ciudadanos.

Nota

- 1 Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).



6

Ejército, Policía y el Estado de Derecho

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL EJÉRCITO DE NICARAGUA

Moisés Omar Halleslevens Acevedo¹

Al celebrarse este año el XXI aniversario de la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Nicaragua, es meritorio el esfuerzo del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) por presentar una diversidad de reflexiones y comentarios sobre este importante acontecimiento, a los que me sumo, abordando aquellos aspectos que a mi juicio, tienen que ver con la constitucionalidad del Ejército de Nicaragua.

Es mi propósito, presentar aquella información que permite ubicar el quehacer del Ejército de Nicaragua conforme a lo dispuesto para la nación nicaragüense por la máxima Ley de la República y particularmente para las entidades públicas y sus funcionarios, que como los militares, nos debemos a ella y concebimos el respetarla y acatarla como lo máspreciado en pro de la institucionalidad del Estado.

Este conjunto de reflexiones persigue a su vez presentar información que contribuya al estudio, profundización y dominio de las normas constitucionales que en materia militar regulan el comportamiento de todos los que integramos el Ejército de Nicaragua.

El Ejército de Nicaragua, es una institución militar joven. Este año 2007 estamos arribando al XXVIII aniversario de constitución. Nuestra actuación se sustenta en el marco de la Ley y estamos comprometidos con un comportamiento profesional, apostando por el fortalecimiento de la institucionalidad, la modernización para actuar con base a necesidades y realidades de la nación y contribuir de esta manera al desarrollo sostenible del país.

En las últimas dos décadas la norma de rango constitucional ha abordado el tema del Ejército con diversos contenidos, al revisar estos enunciados, nos permiten en el tiempo ver cómo hemos evolucionado a la posición de hoy en día, con una norma constitucional completa, que asegura el que tengamos un Ejército al

servicio de los intereses más sagrados de la nación, es decir para los y las nicaragüenses.

Esta evolución la vemos expresada en la actualización y modernización que la legislación nacional ha alcanzado a lo largo de estos años, que de forma directa y vinculante fundamenta y regula el actuar del Ejército de Nicaragua para que éste pueda contribuir a la consecución de diversos objetivos de Estado.

La normativa constitucional dispone la razón de ser del Ejército de Nicaragua al enunciar en su artículo 92: “El Ejército de Nicaragua es la institución armada para la defensa de la soberanía, de la independencia y la integridad territorial”.

El desarrollo de la legislación nacional en esta materia es amplio. Fundamenta y permite al Ejército de Nicaragua realizar importantes esfuerzos de cooperación en ámbitos de salud, educación, obras propias de servicio social, conservación y renovación de recursos naturales, manejo del medio ambiente y el equilibrio ecológico, así como enfrentar las amenazas tradicionales y ser una fuerza coadyuvante en la lucha contra amenazas emergentes como la narcoactividad, el crimen organizado y delitos transnacionales conexos.

Más aún, la base normativa jurídica desarrollada determina, que este Ejército se debe a la población, por lo que debe estar presto en el día a día a apoyar, proteger, auxiliar y contribuir a preservar lo más preciado del ser humano como lo es, la vida, frente a la ocurrencia de desastres naturales o antropogénicos.

A manera de antecedentes y con el propósito de apreciar esa evolución y desarrollo de la norma constitucional en lo particular, que refiere el carácter del Ejército detallo:

Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua

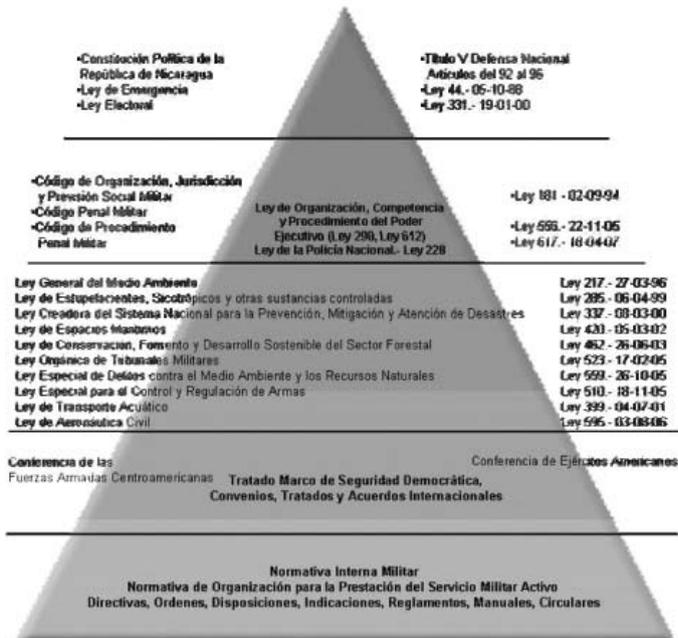
El 20 de julio de 1979 la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, en su doble carácter de órgano ejecutivo y legislativo decretó el Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua.

Dicho instrumento jurídico publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 1 del 22 de agosto del año 1979, en sus partes medulares referidas al tema que nos ocupa, disponía en el artículo 23 la disolución de la Guardia Nacional y en el artículo 24 la creación del nuevo Ejército Nacional y es a través del decreto 53 de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, que se dispone la creación

del Ejército Popular Sandinista como única Fuerza Armada de la República.

Constitución política 1987

En La Gaceta, Diario Oficial, No. 5 del 9 de enero del año 1987 se publicó la Constitución Política de la República de Nicaragua –celebramos 20 años de existencia de la misma– en su artículo 95 dispuso, que el Ejército Popular Sandinista tiene carácter nacional y debe guardar protección, respeto y obediencia a la Constitución Política.



Como un paréntesis en el recorrido de la evolución de la norma constitucional, se debe mencionar que el 2 de septiembre del año 1994, se publicó en La Gaceta, Diario Oficial, No. 165, la Ley 181 Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar.

El Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar en concordancia con la máxima Ley, la Constitución, en su artículo 1 dispone, que el Ejército de Nicaragua (en lo sucesivo se llamará “el ejército”) es el único cuerpo militar armado reconocido legalmente en el territorio nicaragüense. Es indivisible y tiene carácter

nacional, apartidista, apolítico y profesional. El Ejército se regirá en estricto apego a la Constitución Política y las leyes, a las que debe guardar respeto y obediencia. Igualmente a los convenios y tratados internacionales ratificados por Nicaragua en materia de derechos humanos.

Este Código marcó un verdadero hito en el recorrido histórico de la legislación nacional en el ámbito militar, este año se cumplen 13 años de vigencia de la Ley, en la que se regulan armónicamente tres aspectos: Organización (Niveles de mando, estructura, tipos de fuerza, organización y funcionamiento), Jurisdicción Militar (materia y ámbitos de competencia) y Previsión Social Militar (Asistencia y seguridad social).

Constitución Política, Reforma de 1995

El 1 de febrero de 1995 se produce una reforma parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua.

Esta reforma expresada a través de la Ley 192 reforma el contenido del Título V de la defensa nacional, capítulo único, dedicándose los artículos del 92 al 96 para regular todo lo concerniente al quehacer del Ejército de Nicaragua. Es a partir de esta reforma, que la institución armada pasa por disposición constitucional a llamarse Ejército de Nicaragua.

Desde sus enunciados en su contenido la reforma de la Constitución en 1995 al referirse al Ejército lo hace para disponer, que es una entidad de carácter nacional, agrega en su contenido que el Ejército debe regirse y obedecer la misma, es decir la norma constitucional primaria con el paso del tiempo ha sufrido modificaciones sustantivas, es así, que al referirse la actual y vigente Constitución al Ejército lo sitúa en la siguiente dimensión: “Único cuerpo armado de carácter nacional, profesional, apartidista, apolítico, obediente y no deliberante, respetuoso de la ley y la Constitución, a la cual se debe”.

Tal evolución de la norma es de mucho beneficio a la nación, si con visión propositiva apostamos a consolidar instituciones, que para el caso particular del Ejército le ha posibilitado avanzar como un Ejército profesional permanente, que se debe y le pertenece al pueblo de Nicaragua.

Esta actualización de la norma de rango constitucional nos posibilita asumir un conjunto de principios, entre ellos podría referir el de permanencia estatal, si tomamos en cuenta que el artículo 92 de la Constitución Política de la República de Nicaragua con-

sagra la existencia de un Ejército preparado para la defensa del Estado. Más aún la norma constitucional en el artículo 95 expresa el monopolio estatal de las fuerzas armadas al señalar, que es el único cuerpo armado de la nación nicaragüense.

Resulta incluso novedoso para el país, que mientras en diversos foros aún hay quienes debaten sobre el carácter de la permanencia de los ejércitos, tema que considero superado por nuestra realidad nacional. Hoy estamos consolidando el ejercicio de otro principio, que se manifiesta en la separación de la autoridad civil (en su gestión política) de la militar, que se subordina a la autoridad civil en el marco de la ley.

Esta concepción sostenida por la Norma Primaria al expresar en el artículo 95, que la institución armada se rige en estricto apego a la Constitución Política, es lo que permite en lo fundamental, aislar la posibilidad de que este Ejército pueda ubicarse al servicio de un partido, grupo económico, de una familia o de un gobierno en particular. Aunque la realidad histórica nos demuestra lo contrario en la actualidad, no tengo ninguna duda en afirmar, que no se volverán a producir.

Con esa visión es que apostamos a consolidar este modelo de Ejército, que como ya apuntaba está plenamente separado de la vida civil –gestión política– pero subordinado a la autoridad civil en procura de ser instrumento, que pone sus capacidades, medios, técnica, conocimientos y calificación de los miles de hombres que le integran para contribuir en diversos objetivos de Estado.

Nuestro modelo aplica a la lógica de contribuir a la seguridad y defensa de la nación, aspectos que generan clima de negocios, de inversión y ello a su vez posibilita mayor producción, empleo, explotación sostenible de recursos naturales y se constituye en un verdadero ciclo de desarrollo nacional. Con esa perspectiva trabajamos, de allí que no seamos de los ejércitos tradicionales de cuartel, somos un componente armado, un recurso del Estado que se dinamiza para contribuir a objetivos de nación.

Este conjunto de normas que la Constitución agrupa en el título de la Defensa Nacional también dispone relevantes aspectos tales como, el no uso del territorio nacional para la basificación de fuerzas extranjeras y el ingreso de ellas para acción humanitaria pero debidamente autorizada por la autoridad competente como son el Poder Ejecutivo y Legislativo.

Es a su vez relevante el que la máxima norma jurídica del Estado deja claro que no es admisible ninguna concepción de derecho militar que persiga como fin el crear condiciones excepcionales,

lo que nos refleja una aplicación directa del principio de juridicidad, con lo que se reafirma esa expresión firme y directa de la norma por lograr que no exista ningún tipo de interpretación o extensión de lo ordenado en ella. El Ejército de Nicaragua se regirá en estricto apego a la constitución política a la que guardará respeto y obediencia (Artículo 95 de la Constitución Política de la República de Nicaragua).

La norma constitucional es directa al expresar en el artículo 94 la organización, estructura, actividades, escalafón, ascenso, jubilaciones y todo lo relativo al desarrollo operacional, organización y demás, que se regirán por la ley de la materia, es decir la reafirmación de ese principio de juridicidad, que evocamos.

El fundamento o máxima jurídica de esta aplicación del principio de la juridicidad lo vemos cuando en el artículo 93 dispone que: Los delitos y faltas estrictamente militares, cometidos por miembros del Ejército, serán conocidos por los tribunales militares establecidos por la ley, los delitos y faltas comunes cometidos por los militares serán conocidos por los tribunales comunes. En ningún caso los civiles podrán ser juzgados por tribunales militares y el artículo 159 *in fine* dispone que las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente al poder judicial. Los tribunales militares sólo conocerán las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia.

En correspondencia con esto último, es destacable el esfuerzo empeñado desde la institución y contando con el apoyo de diversas entidades y obviamente por la labor de los legisladores el que Nicaragua y su Ejército cuenta con sendas leyes de naturaleza penal (Código Penal Militar. Ley 566 aprobado el 22 de noviembre del año 2005 y el Código Procesal Penal Militar. Ley 617 aprobado el 18 de abril del año 2007) que nos ubica como uno de los países con mayor desarrollo en esta materia.

Además se cuenta con la Ley de Organización de tribunales militares (Ley 523 aprobada el 17 de febrero del año 2005) y un actualizado y amplio reglamento disciplinario, que junto a la Normativa Interna Militar y la Normativa para la Prestación del Servicio Militar Activo, robustecen la institucionalidad del Ejército de Nicaragua y que nos permitirá, a nuestro modo de ver, al menos en las próximas dos décadas, mantener un cuerpo de normas coherente que asegure, que ese principio de juridicidad del que hemos venido haciendo referencia, tenga aplicación práctica y tangible.

Con el paso de estos años creo que hay importantes logros en esta materia, el más relevante para mí es, que Nicaragua cuenta con

un recurso de Estado que se llama Ejército de Nicaragua, el cual ha demostrado ser una entidad estable, profesional, cohesionada, comprometida con el fortalecimiento de la institucionalidad.

Es una institución que trabaja día a día para alcanzar mayores niveles de profesionalismo de sus integrantes, a los que somete a rígidos procesos de formación, que contribuyan a sostener valores como la ética, el honor, la lealtad, la vocación de servicio y el compromiso de aportar los mejores esfuerzos de su trabajo por alcanzar el bien común.

En el sistema de educación militar un objetivo primario del mismo, lo constituye el estudio de la Constitución Política de la República de Nicaragua y la base normativa jurídica, que regula el quehacer del Ejército de Nicaragua, ello posibilita que en todos nuestros centros de formación militar, los oficiales, suboficiales, clases y soldados conozcan y profundicen en el contenido y alcance de la legislación nacional en materia militar.

El Ejército de Nicaragua es una institución abierta y recibe con beneplácito y humildad los valiosos aportes que los diversos actores de la sociedad nicaragüense le brindan, por ello siempre estaremos en la mejor disposición de contribuir al desarrollo de sendos procesos de modernización, que posibiliten a futuro seguir contando con una entidad, que es favorecida por la opinión ciudadana como una de las que cuenta con mayor credibilidad en su actuar.

Me resta expresar, que los retos para esta institución continúan siendo diversos, pero estamos seguros de afrontarlos a como hasta hoy lo hemos hecho, porque nuestro quehacer estará siempre en correspondencia a lo que la Constitución Política de la República disponga para este ejército que es de todos los nicaragüenses.

Nota

¹ Comandante en Jefe del Ejército de Nicaragua. General de Ejército.

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA

César Ovidio Largaespada Pallavicini¹

SUMARIO: I. Antecedentes. II. La Jurisdicción Militar en el período de 1979 hasta la aprobación de la Constitución de 1987. III. La jurisdicción militar en la constitución de 1987. IV. La reforma constitucional de 1995 (ley 192) y sus efectos en la jurisdicción militar. V. La jurisdicción militar con relación a las reformas a la Constitución Política de 1987, según la ley 527 del año 2005. VI. La jurisdicción militar actualmente.

I. Antecedentes

Las normas legales referidas a la jurisdicción militar, en la mayor parte de nuestra historia, no han contado con un marco constitucional regulador. Así tenemos que todas las normas legales y reglamentarias que regularon la jurisdicción militar desde el inicio de nuestra vida republicana hasta la dictadura Somocista, no tuvieron soporte constitucional. La jurisdicción militar fue tratada como un sistema autónomo en su aspecto orgánico, procesal y material.

La autonomía orgánica permitía a las autoridades militares la organización y nombramiento de los funcionarios de la jurisdicción militar, sin control de la autoridad civil que ejercía el poder ejecutivo o judicial. En materia procesal la autonomía de la jurisdicción militar, se presentaba en la falta de concordancia con respecto a las normas procesales penales y la no competencia de los tribunales comunes para conocer en apelación o casación acerca de un proceso penal militar. La jurisdicción militar en lo material no delimitaba la esfera penal militar de la disciplinaria militar, tenía competencia para conocer sobre delitos militares (originados en ejercicio de la función militar) y delitos comunes (originados en actividades distintas de la función militar).

La jurisdicción militar en Nicaragua, antes de 1979, aplicaba el sistema de las Cortes Marciales, típico del *comon law*, eran tribunales *ad hoc*, designados para el caso concreto, no se cumplía con el principio de juez natural y preestablecido por la ley. Este sistema de juzgamiento, era totalmente distinto al sistema (inquisitivo) que regía en el resto de la sociedad nicaragüense.

II. La Jurisdicción Militar en el período de 1979 hasta la aprobación de la Constitución Política de 1987

El 20 de julio de 1979, la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional (JGRN), emite el Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua (publicado el 29 de agosto de ese año). En el artículo 9 de dicho estatuto se señala que los Tribunales de Justicia son un poder del Estado.

El 22 de agosto de 1979, la JGRN en su doble carácter de órgano ejecutivo y legislativo, emite el decreto No. 53, mediante el cual se crea el Ejército Popular Sandinista (EPS), reconociéndolo como la única fuerza armada de la república.

La JGRN, el 2 de diciembre de 1980, bajo el Decreto No. 591 aprueba la Ley de Organización de la Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar Provisional (actualmente vigente), y el 12 del mismo mes y año, mediante el Decreto No. 600 promulga la Ley Provisional de los Delitos Militares (ya derogada), para que rigieran la jurisdicción militar nicaragüense; la primera ley de carácter orgánica y procesal y la segunda de carácter sustantiva.

En estas leyes se establecían un ámbito de competencia amplio, dado que los tribunales militares eran competentes para conocer de delitos militares y comunes que cometiesen los miembros del Ejército y del entonces Ministerio del Interior, e incluso se establecía el “fuero atractivo”, es decir, la posibilidad que ciudadanos civiles que cometiesen delitos en conjunto con militares o miembros del Ministerio del Interior, fuesen procesados por los tribunales militares. La competencia estaba determinada, en razón del sujeto activo del delito.

El decreto 591 presentó importantes avances, entre otros: el principio de inocencia (Arto. 13), naturaleza pública del proceso (Arto. 14), derechos del indiciado (Arto. 30), derecho a la defensa (Arto. 31 y siguientes), el recurso de casación (Arto. 241). El conocimiento por la Corte Suprema de Justicia de los procesos penales militares en casación sometió al control de los tribunales civiles lo

resuelto en primera y segunda instancia por los tribunales militares, esto constituyó un hito para la justicia militar nicaragüense. En la práctica forense el recurso de casación en materia penal militar fue utilizado por las partes.

El proceso militar establecido en el decreto 501, adoptó el sistema inquisitivo y escrito, aunque contemplaba la posibilidad de un juicio oral al final como segunda fase. Debemos señalar que el proceso penal común también era de naturaleza inquisitiva y escrito, con una última fase oral, por eso puede afirmarse que no había grandes diferencias entre el procedimiento penal militar y el común.

III. La jurisdicción militar en la Constitución actual

La Constitución Política de Nicaragua de 1987, legitima constitucionalmente a las Fuerzas Armadas nicaragüenses y en lo relativo a la jurisdicción penal militar establece en su capítulo V, Arto. 159 que: “Los Tribunales de Justicia forman un sistema unitario, cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia. El ejercicio de la jurisdicción de los tribunales corresponde al Poder Judicial. Se establece la jurisdicción militar, cuyo ejercicio es regulado por la ley.” Es así, que el legislador reconoce el principio de Unicidad del Poder Judicial al señalar la existencia de los tribunales militares. En materia orgánica los tribunales militares siguieron siendo autónomos ya que sus miembros eran nombrados directamente por el Comandante en Jefe del Ejército, y en lo material se siguió conociendo tanto de los delitos estrictamente militares, como lo comunes en que incurrieran los militares.

Los derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense establecidos en el título IV del texto constitucional fueron de aplicación directa en el proceso penal militar; y aunque se mantuvo la naturaleza inquisitiva del proceso, su aplicación directa mejoró las condiciones para el ejercicio de la defensa y respeto al debido proceso.

Con la aprobación en el año 1994, del Código de Organización Jurisdicción y Previsión Social Militar (Ley 181), se reforma sustancialmente la ley adjetiva de la jurisdicción militar.

Entre las principales transformaciones incorporadas en la Ley 181 están:

- a) La competencia de los tribunales militares se reduce a los delitos y faltas estrictamente militares (Arto. 42 Ley 181).

- b) Únicamente los militares y miembros del Ministerio de Gobernación son sujetos del proceso penal, se prohíbe expresamente juzgar a civiles, esto significó el fin del llamado “fuero atractivo” (Arto. 86 Ley 181).
- c) Reafirma la naturaleza unitaria del Poder Judicial y la existencia de los órganos de la jurisdicción militar (Arto. 35 Ley 181).
- d) Establece la independencia de los tribunales militares.
- e) Norma que los funcionarios de la jurisdicción militar serán nombrados por la Corte Suprema del Justicia de propuesta hecha por el Consejo Militar.

Esta fórmula, acerca del nombramiento, combina adecuadamente el interés de la institución militar (representado en la propuesta del Consejo Militar) y el control sobre la idoneidad y calidad profesional que debe ejercer el Poder Judicial sobre todo órgano jurisdiccional. En la práctica la disposición del nombramiento de los funcionarios de la jurisdicción militar por la CSJ pudo ser cumplida hasta en el año 2005, tras la aprobación de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares (Ley 523).

IV. La reforma constitucional de 1995 (Ley 192) y sus efectos en la jurisdicción militar

El 15 de junio de 1995, mediante la Ley No. 192 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua”, se restringe el ámbito de competencia de los tribunales militares estableciendo los párrafos segundo, tercero y cuarto del Arto. 6 de la ley 192 que reforma el Arto. 93 constitucional normando: “Los delitos y faltas estrictamente militares, cometidos por miembros del Ejército y la Policía, serán conocidos por los tribunales militares establecidos por ley. Los delitos y faltas comunes cometidos por los militares y policías serán conocidos por los tribunales comunes. En ningún caso los civiles podrán ser juzgados por tribunales militares”. Al reducirse el ámbito de competencia de los tribunales militares con este precepto constitucional; se reafirma lo que ya desde 1994, la ley 181 (Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar) refería con relación a la jurisdicción penal militar.

La referida norma constitucional concluye su regulación en el Arto. 15 de la Ley 192, al reformar el Arto. 159 de la Constitución Política de Nicaragua de 1987, estableciendo que las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado, corresponde al Poder Judicial. Los Tribunales Militares sólo conocerán de las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y

recursos ante la Corte Suprema de Justicia, de esta manera se establece constitucionalmente el ámbito de competencia de la Jurisdicción Militar.

V. La jurisdicción militar en relación a las reformas constitucionales del 2005

Con las reformas constitucionales del 2005, la jurisdicción penal militar se limita aún más, cuando es reformado el segundo párrafo del Arto. 93 constitucional, el que a la fecha establece: “Los delitos y faltas estrictamente militares, cometidos por miembros del Ejército, serán conocidos por los tribunales militares establecidos por ley”. Con tal disposición se limita la jurisdicción penal militar al conocimiento de los delitos y faltas cometidos únicamente por los miembros del Ejército. Los miembros de la Policía Nacional ya no serán objeto de procesos penales en los tribunales militares.

Como se observa, las transformaciones jurídicas experimentadas por las leyes que rigen en la Jurisdicción Militar, han acontecido en armonía y coherencia con la Constitución Política de la República de Nicaragua, en atención a las necesidades y posibilidades de la institución castrense y tomando en cuenta los referentes estructurales y modernizadores del sistema de justicia que imperan en la sociedad nicaragüense.

VI. La jurisdicción militar actualmente

La jurisdicción militar experimenta profundas reformas, todas ellas al amparo de las normas constitucionales. En la Gaceta No. 65 del 5 de abril del 2005, fue publicada la Ley No. 523 “Ley Orgánica de Tribunales Militares” (supeditada su vigencia al momento que entre a funcionar el Código de Procedimiento Penal Militar), la que contiene la estructura y funcionamiento de los tribunales militares.

En la Gaceta No. 244 del 19 de diciembre de 2005, fue publicada la Ley No. 567 “Ley de Adición a la Ley 523, Ley Orgánica de Tribunales Militares”, la que contiene una *vacatio legis* que regula la entrada en vigencia de la Ley 523.

En la Gaceta No. 4 del 5 de enero de 2006, fue publicada la Ley No. 566 “Código Penal Militar”, que contiene los aspectos sustantivos, tipificando delitos y faltas de carácter militar, que pueden ser cometidos por los miembros del Ejército de Nicaragua en el ejercicio de sus funciones como militares.

El 18 de abril de 2007, la honorable Asamblea Nacional, aprobó en lo particular el “Código de Procedimiento Penal Militar de la República de Nicaragua”, el cual fue publicado en las Gacetas números 164 y 165 del 28 y 29 de agosto de 2007, vigente desde el 30 de octubre de 2007.

En conclusión, se observa en los cambios experimentados por la jurisdicción militar, lo siguiente:

- a) Adopción de una estructura y organización de los tribunales militares, en la que intervienen tres órganos, a saber: Auditoría General (órgano de gobierno); tribunales militares (órgano jurisdiccional); y la Fiscalía Militar (órgano acusador), la que es similar a la que rige en el resto de la sociedad.
- b) Adopción del sistema oral acusatorio, el que tiende a ser más humanista y respetuoso de los derechos y garantías de los militares sometidos a procesos penales militares.
- c) Puesta en vigencia de un nuevo Código Penal Militar, que acoge una nueva teoría general del delito, y los tipos delictivos propios de la jurisdicción militar. Con la vigencia de estas leyes la jurisdicción militar se armoniza con la Norma constitucional y los principios del Derecho penal moderno.

Nota

- 1 Auditor General del Ejército de Nicaragua. General de Brigada. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

LA POLICÍA NACIONAL BAJO EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

Aminta Granera Sacasa¹

SUMARIO: I. Antecedentes (1979-1987). II. Aprobación y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1987. III. El fortalecimiento normativo e institucional de la Policía Nacional. IV. Conclusiones.

I. Antecedentes (1979-1987)

La Policía Nacional de Nicaragua, fue creada en el mes de agosto de 1979, como parte del nuevo Estado que se constituyó después del derrocamiento armado de la dictadura somocista. La función policial antes del año 1979, era ejercida por miembros de la Guardia Nacional, que cumplían funciones policiales, pero dependían de ese instituto armado.

El 20 de julio de 1979, la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional (JGRN), emitió mediante decreto, el Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua (publicado en La Gaceta No. 1 el 22 de agosto de 1979), instrumento que vino a constituirse en la norma fundamental del país, sustituyendo a la Constitución Política del régimen anterior y un conjunto de leyes, consideradas de carácter represivo que fueron mandadas a derogar.

El Estatuto Fundamental, a través de los artículos 23 y 24 mandó a disolver a la Guardia Nacional y órganos de inteligencia así como todas las leyes, reglamentos y ordenanzas que regían su funcionamiento y establece la sustitución de esta entidad por un nuevo Ejército, el Ejército Popular Sandinista, de carácter patriótico.

En materia policial, el artículo 27 del Estatuto, expresaba que la Policía Nacional estará sujeta a un régimen especial que tome

en cuenta la naturaleza de sus funciones cívicas y de protección de la ciudadanía y mientras no se dicte la ley correspondiente, el Ejército Popular Sandinista asumirá provisionalmente las funciones de policía en todo el país.

En correspondencia con el nuevo modelo de Estado que se viene a crear, por primera vez en la historia nacional, se constituye una institución policial de naturaleza civil, que se denomina en un inicio como Policía Sandinista (PS), posteriormente, y en el marco de la Constitución Política de 1987, denominada Policía Nacional, con funciones meramente cívicas orientadas a garantizar la seguridad ciudadana y el orden interior del país, la cual pasó a depender y formar parte de un ministerio civil, el Ministerio del Interior (MINT), actualmente Ministerio de Gobernación (MINGOB).

En este período, la Policía, avanza en un proceso de fortalecimiento y consolidación de la naciente institución. Sus principales cuadros, ex guerrilleros y *milicianos* sandinistas son capacitados principalmente en la Unión Soviética, República Democrática Alemana (RDA), Checoslovaquia, Cuba y Bulgaria. Con el apoyo internacional se crean importantes estructuras tales como el Laboratorio de Criminalística, la Técnica Canina, Archivo Nacional, Dirección del Tránsito, Departamento de Patrullas, etc. dotándoles de medios y recursos técnicos. Igualmente, se inicia la construcción de infraestructuras adecuadas a la naturaleza de la institución policial en las principales cabeceras departamentales y distritos de Managua.

Desde el punto de vista de las funciones que se llevan a cabo, la Policía venía actuando bajo un marco legal y normativo que presentaba serios vacíos y asumiendo algunas competencias consideradas como anacrónicas o excesivas para el ámbito propio de una institución policial en un Estado Moderno. A manera de ejemplo podemos señalar:

- Conocimiento de faltas de policía mediante un procedimiento de “verdad sabida y buena fe guardada” que derivaba en sanciones a las personas con penas de hasta seis meses de arresto inmutable, que se inspiraba en el vetusto Reglamento de Policía de 1880.
- Conocimiento y sanción con penas de hasta dos años de prisión en materia de delitos de droga y abigeato, sustentado en una Ley de funciones jurisdiccionales de la Policía (Decreto No. 559 de 25 de octubre de 1980, Publicado en La Gaceta No. 253 de 3 de noviembre de 1980).

- Permanencia de personas sospechosas de la comisión de un delito, bajo privación de libertad por términos de hasta seis días en sede policial, y tres días adicionales, si se suma el término de la Procuraduría Penal de Justicia, que en su momento ejercía el monopolio de la acción penal.
- Inaplicabilidad en algunos casos a los términos legales de detención y poca eficacia de la Ley de Amparo para la libertad y seguridad personal.

Es importante destacar que durante este período la Policía carece de una ley orgánica y una buena parte de su funcionamiento institucional viene desarrollándose en base a disposiciones de tipo administrativos emanados del Ministerio del Interior.

II. Aprobación y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1987

La aprobación y entrada en vigencia de la Constitución Política de Nicaragua (1987), vino a encontrar una Policía más desarrollada, experimentada y con mucha mayor capacidad de actuación.

Las transformaciones en materia de derechos fundamentales que se derivaron de la entrada en vigencia de la Constitución significaron un reto que fue rápidamente asimilado por la Policía. Los principales cambios, desde el punto de vista de la actuación policial y del sistema de justicia penal, estaban enfocados al cumplimiento de las garantías mínimas procesales en correspondencia con un Estado de Derecho orientado a la modernidad.

Los avances constitucionales de forma esencial definían en el Arto. 33 que nadie podía ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con un arreglo a un procedimiento legal, por lo que:

- 1) La detención sólo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades que expresamente faculte la ley, salvo el caso de flagrante delito.
- 2) Se establece y reconoce el derecho de toda persona detenida:
 - 2.1. A ser informado sin demora, en idioma o lengua que comprenda y en forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra; a que se informe a su familia de su detención; y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.2. A ser puesto ante autoridad expresamente facultada por la ley dentro del plazo máximo de setenta y dos horas, disminuyendo los seis días de plazo que anteriormente contaba la Policía para llevar a cabo diligencias de investigación.

- 3) Se define que una vez cumplida la pena impuesta, nadie continuará detenido después de dictarse la orden de excarcelación por la autoridad competente.
- 4) Se incorpora el principio de responsabilidad de la autoridad sobre toda detención ilegal.

De la misma forma el Arto. 34, se definen e incorporan las garantías mínimas procesales, dentro de las cuales podemos destacar, para efectos policiales las siguientes:

- 1) El principio de presunción de inocencia de una persona mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, por lo que la Policía debe orientar su esfuerzo a desarrollar y fortalecer la investigación, previa a la detención de cualquier persona, es decir, invertir la práctica policial de “detener para investigar” a “investigar y después detener”.
- 2) A garantizar la intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados, así como el derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Práctica que no era común en la fase de la investigación en sede policial.
- 3) A no obligar 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.

Elementos todos que gradualmente vienen a constituirse en un avance sustancial en materia de respeto y protección a los derechos individuales y fundamentales de las personas.

No obstante, la Constitución Política de 1987, no logra elevar a rango constitucional disposiciones orientadas al fortalecimiento del ámbito jurídico institucional de la Policía Nacional, al establecer de forma muy general (Artículo 97), la facultad del Estado de crear los cuerpos de seguridad y orden interior, cuyas funciones estarán determinadas por la ley. No existe ninguna disposición expresa a la institución, mucho menos a su naturaleza y misiones.

III. El fortalecimiento normativo e institucional de la Policía Nacional

El período que deviene posterior al cambio de gobierno de 1990, y las reformas constitucionales que se suscitan vienen a imprimir un proceso de transformaciones normativas de gran trascendencia que desembocan en un fortalecimiento del andamiaje jurídico institucional.

Se profundiza el proceso de modernización y de desarrollo de la Policía, tales como el establecimiento de una carrera policial más institucionalizada, criterios para la selección, ingreso y desarrollo del personal, el establecimiento de un sistema propio de grados policiales, la definición de una visión y doctrina que reflejan la profundización hacia el modelo de policía cercana a la comunidad, con equidad de género, en correspondencia con el Estado Democrático y Social de Derecho que consagra la Constitución Política en su artículo 130.

Se aprueba mediante Decreto Ejecutivo, la primera Ley Orgánica de la Policía Nacional, Decreto No. 45-92 del 5 de septiembre de 1992 (Gaceta No. 172, publicada el 07/09/92) en la que se dejan establecidos antecedentes legislativos importantes que van a definir la naturaleza y el carácter de la policía, tales como la subordinación a la autoridad civil, la neutralidad política, imparcialidad y estricto cumplimiento de la Ley y se establecen las normas generales de la carrera policial.

La reforma constitucional de 1995 (Ley No. 192 aprobada el 1 de febrero de 2005) incorpora en la Constitución Política, por primera vez en la historia del país, la definición institucional, el carácter, principios y la misión de la Policía Nacional quedando establecido en el art. 97 de la siguiente forma:

La Policía Nacional es un cuerpo armado de naturaleza civil. Tiene por misión garantizar el orden interno, la seguridad de los ciudadanos, la prevención y persecución del delito y los demás que le señale la ley. La Policía Nacional es profesional, apolítica, partidista, obediente y no deliberante. La Policía Nacional se regirá en estricto apego a la Constitución Política, a la que guardará respeto y obediencia. Estará sometida a la autoridad civil que será ejercida por el Presidente de la República a través del ministerio correspondiente.

Dentro de sus funciones, la Policía Nacional auxiliará al poder jurisdiccional. La organización interna de la Policía Nacional se fundamenta en la jerarquía y disciplina de sus mandos”.

Podríamos afirmar que, en el caso de la Policía Nacional, como colofón al proceso de construcción y fortalecimiento de las instituciones democráticas del Estado nicaragüense, desde la perspectiva del desarrollo constitucional, la aprobación de la Ley 228, Ley de la Policía Nacional (23 de agosto de 1996, publicada en La Gaceta No. 162 de 28 de agosto de 1996), significó la culminación de un largo recorrido histórico, mediante el cual se dotó al cuerpo policial del andamiaje jurídico normativo, que vino a llenar un vacío importante que permitió y facilitó potenciar su profesionalización y desarrollo.

La Ley 228, en actual vigencia, fue aprobada por una mayoría amplia de los legisladores de la época, y se desarrolló procurando mantener una coherencia normativa con los principios que sustentan e inspiran al modelo de Estado Social de Derecho que estableció la Constitución Política.

Hoy contamos con nuevos retos, propios de una sociedad en transformación y desarrollo permanente. Requerimos emitir nuevas leyes o adecuar las que se han vuelto obsoletas. Nuevas modalidades del crimen organizado se constituyen en nuevas formas de amenazas a la sociedad. Por ello debemos adecuar nuestras formas y medios para enfrentarlos a fin de seguir cumpliendo con nuestra misión constitucional de brindar seguridad a todos nuestros ciudadanos.

IV. Conclusiones

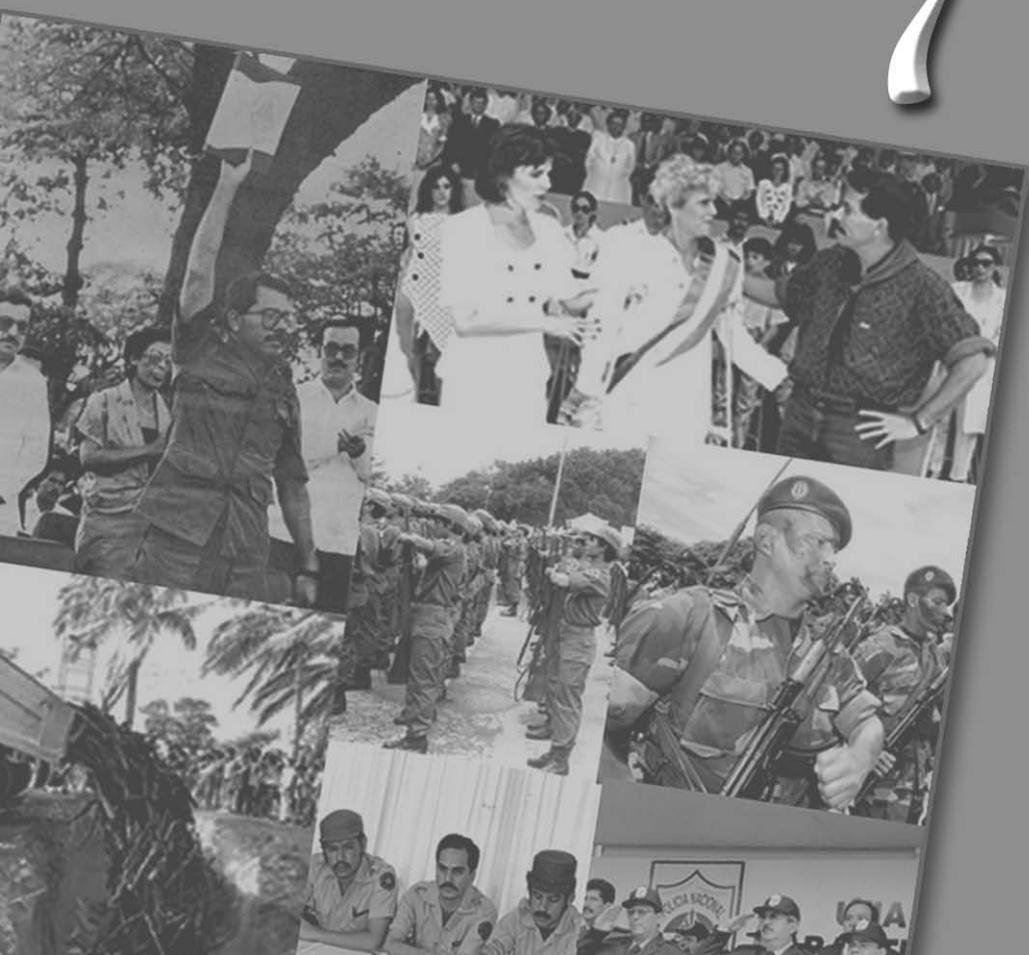
A 28 años de la fundación de la Policía Nacional y a 21 años de la aprobación de la Constitución Política, las y los nicaragüenses debemos sentirnos orgullosos de contar con un cuerpo policial que ha sido y es modelo y ejemplo en la región. Contamos una policía profesional, moderna y en permanente transformación. Tenemos una Policía fuerte, pero respetuosa de los derechos humanos, una policía sacrificada y digna, una policía firme y respetuosa de la Constitución Política y las leyes. Nicaragua cuenta hoy con una Policía para todos y todas.

Nota

- 1 Primer Comisionada de la Policía Nacional. Jefe de la Policía Nacional de Nicaragua.

Debido Proceso, Sistema Penitenciario y la Judicialización de la Ejecución de la Pena

7



EJECUTAR LO JUZGADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Roxana I. Zapata López¹

La Constitución Política de Nicaragua vigente, en su art. 159 establece que la “ejecución de lo juzgado corresponde exclusivamente al Poder Judicial”. Esta expresión de la garantía de ejecución del Principio de Legalidad penal, está referida a que la pena o la consecuencia jurídica impuesta por el juez o tribunal competente a una persona, no puede ejecutarse en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto (art. 34, inc. 11; 159 Cn y 402 CPP) y, lo más importante, la misma faculta al Poder Judicial, dentro del reparto de funciones que la Constitución Política establece a los órganos que componen el Estado nicaragüense, en su art. 129, la división de poderes.

En este sentido, y articulando el mandato constitucional de que al Poder Judicial le corresponde “ejecutar lo juzgado”, el CPP bajo el Título I del Libro Cuarto, art. 402 al 414 y los Acuerdos 111 de 20 de mayo de 2003 y 141 de 17 de junio de 2003 de la Corte Suprema de Justicia, para el cumplimiento de esta facultad constitucional, crea la figura del Juez de Ejecución de Sentencia y Vigilancia Penitenciaria. Esta figura, es un órgano judicial especializado de garantía y control de la ejecución de la pena, creación basada en el principio de “judicialización” y la observación (vigilancia) de los principios de supremacía constitucional y del debido proceso en las actuaciones judiciales (art. 4 y 14 LOPJ); tiene el mandato de vigilar y proteger los derechos de las personas privadas de libertad, sean acusadas o condenadas (con o sin sentencia firme) en la aplicación del régimen penitenciario.

El Acuerdo No. 111 de la Corte Suprema de Justicia, del 28 de mayo del año dos mil tres, expresa que para “los efectos del presente acuerdo, se entenderá, que los Jueces de Ejecución y de Vigilancia Penitenciaria son funcionarios designados por la Corte Suprema de Justicia para controlar que las penas y medidas de seguridad adoptadas por los tribunales y jueces se ejecuten observando sus

finalidades constitucionales y legales”, cuyas funciones, además de las establecidas en el art. 407 CPP, son, entre otras, “controlar que las penas y las medidas de seguridad impuestas, ya sea conforme el Código de Instrucción Criminal de 1879 o conforme el Código Procesal Penal de 2001, se *ejecuten* observando sus finalidades constitucionales y legales” y “*vigilar* en los centros penitenciarios, durante la ejecución de la pena o el cumplimiento de la prisión preventiva, el respeto de los derechos fundamentales penitenciarios que la Constitución Política y las Leyes otorgan a los condenados o procesados penalmente”.

El hacer *ejecutar lo juzgado*, como expresa la doctrina, no puede comprender sólo la decisión sobre el principio y el final del cumplimiento de la pena, sino también sobre el modo y las circunstancias en que ésta se va a cumplir. Bajo esta orientación constitucional, el Juez de Ejecución de Sentencia y de Vigilancia Penitenciaria tienen como misión la de fiscalizar la actividad de la administración penitenciaria, tutelando los derechos de las personas privadas de libertad y corrigiendo los abusos y desviaciones que pudieran producirse en el régimen penitenciario, conforme lo establece la ley 473 Ley de Régimen Penitenciario y ejecución de pena y su reglamento pero, por encima de todo esto, tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta y resolver los incidentes o recursos referidos a las modificaciones que pudiera experimentar la pena impuesta. De este modo es claro que la *ejecución de lo juzgado corresponde exclusivamente al Poder Judicial*, y además, el carácter, que la propia Constitución establece de subordinado e instrumental a la institución penitenciaria a los Juzgados de Ejecución de sentencia y Vigilancia Penitenciaria, en virtud de que *ejecutar lo juzgado* es un mandato establecido para velar por la medida y forma en que las resoluciones judiciales son ejecutadas en el ámbito administrativo penitenciario, sin perjuicio de que corresponda al Sistema Penitenciario Nacional la dirección, organización e inspección de los centros penitenciarios, debiendo velar por la vida, integridad y salud de los internos.

La función del juez en su ámbito de *ejecución*, como instrumento del principio de *judicialización*, tiene que tomar las decisiones jurisdiccionales en la etapa de ejecución en lo que se refiere a cómo se va a modificar la pena en la fase referida en casos de sentencia firme, por ejemplo, la condena o libertad condicional, sea ordinaria o extraordinaria (conforme al Código Penal vigente y al nuevo Código penal) y en la función del juez de *vigilancia* penitenciaria tiene que tomar decisiones referidas al agravamiento de las condiciones de detención, aplicación de penas, medidas de seguridad o tratos inhumanos o degradantes y cumplimiento de derechos y garantías por parte, en sentido amplio, de la ad-

ministración pública y, en sentido restringido, la administración penitenciaria, sin perjuicio de que la persona se encuentre acusada o se encuentre condenada con sentencia firme o no.

Históricamente se ha entendido el principio de legalidad penal como la necesidad de que en la ley estén previamente determinadas las conductas punibles y las consecuencias jurídicas, interpretación que restringe dicho principio. El principio de legalidad que establece la Constitución Política de Nicaragua (arto. 34, inc. 11), exige además de las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, aquellos requisitos que cimientan la certeza jurídica, que la ley penal debe ser previa, escrita y estricta. En el ámbito de la garantía de ejecución, el principio de legalidad, lo que establece, más allá de aquellos aspectos formales, de cómo se ejecutará la pena o la medida de seguridad, cómo será ese tiempo y espacio que la persona deberá cumplir, es decir, que haya una descripción de las condiciones cualitativas del cumplimiento de la pena respetuosas de la dignidad humana y si la persona privada de libertad, excepcionalmente, no puede cumplirla por razones concretas personales.

Nuestro sistema social se rige orgánicamente por el principio de legalidad, y éste, como una de sus más importantes manifestaciones, contiene el principio de que no puede ejecutarse pena que no se encuentre ni previamente establecida ni en forma distinta a la regulada normativamente. Es conocimientos de todos que la doctrina, a la vista de las funciones que al juez de Ejecución de sentencia y Vigilancia penitenciaria (Art. 34, inc. 11, art. 39. 159 segundo párrafo Cn; art. 402 y siguientes CPP y el Acuerdo 111, de 28 de mayo de 2003 de la Corte Suprema de Justicia), configura este órgano jurisdiccional con un doble carácter: Ejecutor de las penas (sentencia firme) y garante o *guardián* de los derechos fundamentales de los internos (privados de libertad acusados o condenados con o sin sentencia firme). Sin embargo, el criterio que ha terminado por imponerse es el que considera a tales jueces como una rama especializada de la jurisdicción ordinaria, asumiendo el principio de que el propósito del legislador fue *judicializar la ejecución* de las penas privativas de libertad, e inserta a los jueces de Vigilancia dentro del orden jurisdiccional penal. En el mismo sentido se orienta la jurisprudencia constitucional comparada al declarar que la función del juez de Vigilancia “supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas, que en nuestro ordenamiento se realiza confiando a un juez, esto es, a un *órgano independiente del poder administrativo*, el control sobre las diversas fases de la ejecución y en particular sobre la protección de los derechos de los detenidos” y atribuye al Juez de Ejecución de sentencia y Vigilancia penitenciaria el

“constituir un medio efectivo de control (de la Administración penitenciaria) dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, siendo “*la vía normal* para salvaguardar los derechos de los internos...” y lo considera, “*pieza clave* del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos” y por ello entiende que “debe garantizarse y exigirse constitucionalmente la actuación de estos órganos Judiciales especializados” y “ejercer el derecho a obtener una tutela judicial efectiva”. Dichos en otras palabras, la protección y tutela, por ejemplo, de los derechos de las personas privadas de libertad, regulado bajo el capítulo XIII, artículo 95 de la Ley 473 Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la pena le corresponde al Juez de Ejecución de sentencia y de Vigilancia penitenciaria, sin perjuicio de la situación jurídica de la persona, sea acusada, declarada culpable y condenada con o sin sentencia firme.

Como expresa la doctrina científica, la creación del Juez de Ejecución de sentencia y Vigilancia penitenciaria responde a dos finalidades muy claras. Una es, evitar o enervar, los posibles excesos retributivos en la aplicación rigurosa del régimen de los establecimientos penitenciarios. La segunda, atemperar las consecuencias y los riesgos del denominado fenómeno de “vaciamiento de la pena”, de un régimen de flexibilización de la ejecución de la privación de libertad, que comienza a tener su momento álgido a partir de la consagración en el artículo 39 Cn., de una orientación de la pena privativa de libertad guiada por los principios de reinserción y rehabilitación social, y que obliga a entender estas penas desde puntos de vista que van claramente más allá de lo puramente retributivo y regimental, para pasar a un sistema en el que las necesidades del régimen y custodia penitenciaria conviven con el tratamiento penitenciario y con modelos alternativos a la tradicional ejecución penitenciaria progresiva, convirtiendo la ejecución en una fase más del proceso penal, de complejidad “continuada y variable”.

La asunción de estas atribuciones encuentra apoyo en consideraciones que si bien pueden ser calificadas de pragmáticas, no por ello poseen menos interés, tales como la mayor eficacia y celeridad en la resolución de estos incidentes. Pero además, son atendibles dos argumentos de gran importancia, como, por un lado, el tener presente que en la resolución de estas incidencias de ejecución de la pena es necesario evitar que el órgano decisor llegue a tener prejuicios derivados del juzgamiento de los hechos delictivos, que no son en el momento de la ejecución el objeto del enjuiciamiento. Además, y conectando con la consideración anterior, aplicando un criterio cualitativo, parece mucho más razonable con la finalidad

de la ejecución y la naturaleza de éste órgano jurisdiccional, que el Juez de Vigilancia asuma todas aquellas competencias que, como alteraciones cualitativas o cuantitativas de la condena impuesta, no impliquen valoración o facultades declarativas o cognoscitivas de los hechos anteriormente enjuiciados por sentencia firme.

Por otra parte, el Juez de Ejecución de sentencia y Vigilancia penitenciaria se convierte también en esa instancia independiente e imparcial a la que se le encomienda la fiscalización de la actividad administrativa penitenciaria que incide en los derechos de los privados de libertad, además de serle atribuida una capacidad resolutoria y decisoria, no de mera propuesta, sobre determinados aspectos del tratamiento y el régimen penitenciario; no son éstas tareas administrativas, sino que poseen carácter jurisdiccional; se trata de intervenciones jurisdiccionales en relación con los aspectos administrativos de la ejecución, no en ejercicio de potestad jurisdiccional estricta, sino en su misión de controlar la legalidad administrativa y la salvaguarda de los derechos de los internos.

Al igual que sucede en la intervención jurisdiccional, la intervención administrativa también presenta dos aspectos diferenciados en su actuación: por un lado, los supuestos en los que la Administración penitenciaria actúa como colaboradora (la ley habla de coordinación) en la ejecución de la pena privativa de libertad, emitiendo informes o dictámenes, o desarrollando una labor técnica que ayudará a la autoridad judicial, con carácter no vinculante para la autoridad judicial, a tomar sus decisiones; y, por otra, los supuestos en los que actúa como cualquier otra institución de la Administración pública, dentro de sus propias y exclusivas competencias, como está expresado en la Ley 473 Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la pena.

La doctrina administrativista ha expresado que en el régimen penitenciario se desarrolla, en una "relación de sujeción especial", en la que se encuentran los componentes del binomio básico en materia penitenciaria: privado de libertad-Administración penitenciaria, entendida como una reciprocidad en el total del conjunto de los derechos y obligaciones respectivas plasmados en la ley, y que forman la relación jurídica penitenciaria sometida al principio de legalidad en su vertiente ejecutiva, es decir, siempre bajo el control del Juez de Ejecución de Sentencia y Vigilancia penitenciaria. Esta relación de sujeción especial ha sido utilizada para justificar que el control de la ejecución de la pena es exclusiva de las instituciones penitenciarias, es decir, del Poder ejecutivo, lo cual no es constitucionalmente correcto, porque, como hemos dicho anteriormente esta función de ejecución y de vigilancia le corresponde al Poder Judicial y no al Poder Ejecutivo.

Cualquier limitación de los derechos fundamentales del interno, tiene o alcanza validez a partir de su reconocimiento constitucional en el artículo 27 Cn, precepto que constitucionaliza o establece que la relación de sujeción especial del interno, debe estar basada en el goce irrestricto de todos los derechos fundamentales de cualquier ciudadano, excepto aquellos expresamente restringidos por la sentencia condenatoria, con limitaciones en sus derechos fundamentales únicamente cuando la ley lo disponga expresamente. En consecuencia de la relación de sujeción especial del recluso, la Administración asume, entre otras cosas, los deberes asistenciales de velar por la vida, integridad y salud de los internos, la obligación de procurar el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales (Capítulo XI y XII de la ley 473 Ley de Régimen Penitenciario y ejecución de pena). La relación de sujeción especial no supone que la Administración pueda actuar sin sumisión al control judicial; sino que la Constitución Política de Nicaragua permite una restricción del estatus jurídico del interno, como medio para garantizar el buen funcionamiento de la Administración penitenciaria, pero existiendo el reconocimiento al derecho constitucional de acudir al juez de ejecución de sentencia y de vigilancia penitenciaria cuando estime la vulneración de algún derecho, o cuando considere que la Administración se ha excedido en la aplicación de esas restricciones autorizadas por la ley, porque la ejecución de lo juzgado (aún sin sentencia firme) corresponde al “Poder Judicial”.

En este sentido, el artículo 407 CPP dispone que las atribuciones del Juez de Ejecución de sentencia y Vigilancia penitenciaria son, entre otras, corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario que en la práctica puedan producirse, además de salvaguardar los derechos fundamentales de los internos, configurándose dicho órgano jurisdiccional desde esta perspectiva como la autoridad judicial que garantiza y controla el correcto funcionamiento de la relación entre el interno y la Administración penitenciaria. El Juez de Ejecución de sentencia y Vigilancia penitenciaria no está concebido en el CPP (art. 402 y siguientes) como un órgano con facultades de propuesta o inspección, sino que en este ámbito posee facultades jurisdiccionales de control y garantía de derechos (art. 159 Cn). Por esta razón, esa especialísima situación de sujeción especial en la que se encuentra el interno en un centro penitenciario, a la que nos hemos referido, exige rapidez e inmediatez en la tarea de control y fiscalización de la Administración en lo referente a los derechos fundamentales del interno. El artículo 407, inc. 4 CPP consagra la protección jurisdiccional de derechos fundamentales en el ámbito penitenciario. En este sentido, el art. 407, inc. 4 y 5 CPP regula el cauce del Juez de Ejecución de sentencia y Vigilancia penitenciaria

en todos estos casos de actos y decisiones objeto de comunicación de la Administración al Juez, calificándolo de “recurso”, aunque en realidad se trate de una auténtica modalidad procesal incidental para el control de la legalidad penitenciaria y la salvaguarda de los derechos de los internos, a través de la cual el juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria valora la oportunidad de la medida y dicta auto resolutivo aprobando o desautorizando dicha medida o actuación. El Juez, a través de la función de Vigilancia, conoce así con un sentido procesal claro, y que no es otro que resolver sobre el fondo del asunto administrativo, pudiendo dejar sin efecto en su caso la decisión administrativa. Así, de las resoluciones que bajo dicha función se dicten favoreciendo al interno no cabe recurso alguno. La Constitución Política en el artículo 34, numeral 9, y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, ratificada por la República de Nicaragua e incorporada con rango constitucional (Arto. 46 Cn) reconocen expresamente el derecho de recurrir del fallo de toda persona que hubiese sido condenada por cualquier delito, constituyéndose en una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso. Así, de la Norma Primaria y de las Convenciones Internacionales se desprende que la garantía de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del acusado, en este caso del interno y además, por razones de justicia, equidad y respeto a la dignidad de la persona la interposición de los recursos a la que tiene derecho el acusado o el interno debe impedir el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede, precisamente para asegurar su eventual mejora, y asegurar la estabilidad de los derechos adquiridos para la parte a quien beneficia.

Respecto a las funciones de esta figura judicial constitucional, hay que destacar que, tal y como quedó descrita en el CPP y en el Acuerdo No. 111 de 2003 de la Corte Suprema de Justicia, son absolutamente diferenciables.

Una cosa es el juez que tiene que tomar las decisiones jurisdiccionales de la etapa de ejecución de la sentencia (fase del proceso) en lo que se refiere a cómo se va a modificar la pena en la etapa de ejecución y, otra cosa es, el juez que tiene que tomar decisiones referidas al agravamiento de las condiciones de detención, aplicación de penas o tratos inhumanos o degradantes y cumplimiento de derechos y garantías por parte de la administración en sentido amplio y, en particular, de la penitenciaria. Sin perjuicio de que en algunos casos el Juez en su función de ejecución cuando haya sentencia firme actúe como tal o bien haga la función de vigilancia o, viceversa, que realice las funciones de vigilancia penitenciaria de una persona que está siendo acusada o condenada sin sentencia firme. En esta línea de pensamiento la Sentencia No. 219

de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 29 de agosto de 2005, expresa que en ambas figuras, de Juez de Ejecución de Sentencia y de Vigilancia Penitenciaria, confluyen en actividades de orden administrativas y jurisdiccionales (...), la de ejercer el control de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, para amparo de derechos y beneficios de los privados de libertad (...), la de ser un ejecutor de la pena, y la de ser un contralor y garante del cumplimiento de los derechos fundamentales de los privados de libertad, sean estos procesados o condenados... (Considerando II)

Nota

- 1 Juez Primero de Distrito de Ejecución de Sentencia y Vigilancia Penitenciaria de la Circunscripción de Managua.

LA FUNCIÓN DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Dolor infinito, porque el dolor del presidio es el más rudo, el más devastador de los dolores, el que mata la inteligencia, y seca el alma, y deja en ella huellas que no se borrarán jamás. Dante no estuvo en presidio. Si hubiera sentido desplomarse sobre su cerebro las bóvedas oscuras de aquel tormento de la vida, hubiera desistido de pintar su infierno. La hubiera copiado, y lo hubiera pintado mejor. (José Martí)

Darvyn Centeno Mayorga¹

La Constitución como Norma Suprema del ordenamiento jurídico vigente de nuestro país, demanda la subordinación de éste a sus preceptos, y por consiguiente, del Derecho Penal. En otras palabras, en la Constitución se contienen proclamaciones concluyentes a las que han de acondicionarse las normas penales, preceptos de específica significación penal y principios limitadores del “ius puniendi”. En tal sentido una conducta infringe una norma cuando contradice no sólo el tenor literal de ésta, sino también su sentido profundo, el concepto de Derecho que se materializa en ella y que encuentra en la Constitución su expresión concentrada.

Si en alguna materia el texto Constitucional resulta de indispensable validez e importancia, definitivamente es en el campo de las penas. Ciertamente no es novedoso expresar, que el Derecho penal moderno se debate en agrias discusiones y tensiones respecto a los fines que le son determinados a la Pena y al Derecho Penal, entendiendo que indudablemente los fines del último trascienden a una de las consecuencias jurídicas del delito. Tratar de teorizar sobre los fines de la pena, implica ingresar al campo de uno de los problemas más debatidos en la ciencia penal, iniciando por definir el concepto de la pena, la justificación del castigo y las pretensiones que con ella se persiguen.

El Derecho penal ha sido sometido a severas críticas, que provienen tanto del área conservadora como del sector progresista del

pensamiento penal-criminológico, ambos con el fin de deslegitimarlo en tanto no ha cumplido con las funciones para controlar el fenómeno delictivo, como por la provocación de desbordamientos represivos en su carácter legitimante de la violencia institucional que reproduce las desigualdades de la sociedad. De los planteamientos de estas discusiones han surgido propuestas tan radicales como el abolicionismo, que propone la sustitución del Derecho penal por un sistema de resoluciones de conflictos alternativos y por otro lado las que se basan en criterios apegados a la “tolerancia cero” y la retribución como fin de la pena.

Ha surgido a partir del Garantismo Penal una propuesta que en su parte medular establece la intervención mínima del Derecho penal en los conflictos sociales y que se fundamenta en los programas penales constitucionales y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

La pena de prisión como tal fue el invento del siglo XIX y se impuso para muchos delitos en sustitución de la pena de muerte y a partir de allí aparecen los diferentes sistemas penitenciarios que primitivamente consideraban el pecado como un delito y la expiación como el remedio. No obstante la más agria discusión en el tema de las penas está en el terreno de la definición de los fines que persiguen distinguiéndose tres grupos de teorías: las absolutas, las relativas y las eclécticas.

Para los seguidores de las teorías absolutas, la pena es la imposición de un castigo al delincuente por el delito cometido, de ahí la pena aparece como un fin en sí mismo, carente de algún sentido ulterior. El hombre, expresan, tiene la capacidad de conocer y decidir, que es lo importante, entre el bien y el mal; si opta por lo segundo será responsable de su acción y como respuesta se impone un castigo, debiendo recibir lo que se merece. Esta teoría es pura retribución o respuesta al delincuente. Aunque se aduce que estas concepciones han desaparecido de los códigos penales de muchos países, no obstante permanece actual en la ciudadanía, basta escuchar los comentarios de la población luego de la ocurrencia de algunos delitos de trascendencia social a través de los medios de comunicación.

En la acepción de los partidarios de las teorías relativas, la pena no es un fin en sí misma, sino que debe ser considerada como el medio para alcanzar el fin, encuentran sus raíces filosóficas en las teorías políticas humanitarias de la ilustración, la inclinación a la explicación científica causal del comportamiento humano y por la fe en la posibilidad de educar a las personas a través de una adecuada intervención sociopedagógica.

Con estos argumentos se concluye que la pena no es la realización del derecho penal, sino un medio para obtener otros fines que se concretan en lo que se ha denominado la prevención general y la prevención especial. Con la primera se pretende que los ciudadanos se motiven a no infringir las normas penales porque tienen la amenaza de un castigo, sus destinatarios son aquellos que no han delinquido, pero ven el sufrimiento de quienes están sometidos a esas penas y así lo evitan. Beccaría expresaba que era mejor prevenir los delitos que punirlos, y que para alcanzar esos fines las penas debían ser prontas, certeras e infalibles, proporcionales a los delitos, notorias y públicas.

La prevención especial de la penal al contrario, está orientada al sujeto que ha delinquido, sobre el propio delincuente para evitar que vuelva a cometer delitos, lo que puede hacer de distintas maneras: aislándolo para que durante el tiempo que permanece separado de la sociedad desaparezcan o se reduzcan las posibilidades de delinquir, intimidándolo ya que el temor que produce la imposición de la prisión puede producir un efecto atemorizante en el delincuente que lo lleve a no cometer delitos y educándolo para proporcionarle los medios que puedan evitar la recaída en el delito.

Finalmente las teorías mixtas, dominantes en la actualidad desde un planteamiento ecléctico, abogan por unir garantías y utilidad, tomando lo mejor de cada una de las anteriores teorías, lo que defiende al expresar que en cada una de las fases de la pena se da con mayor relevancia una de las finalidades; prevención general en la regulación legal, retribución en la aplicación judicial y prevención especial en la ejecución de la misma. O bien, que convergen con mayor o menor énfasis en cada una de las finalidades.

El ordenamiento jurídico constitucional vigente presenta por primera vez formal y concretamente en la historia constitucional nicaragüense una consideración expresa en relación al punto fundamental del derecho penal: la función de la pena privativa de libertad. En efecto el artículo 39 señala: *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 carácter reeducativo...*

Y es que la Constitución de 1987, no obstante utilizando las categorías propias del Constitucionalismo liberal democrático, persigue objetivos totalmente opuestos a los objetivos tradicionales,

producto de la voluntad de instaurar un verdadero Estado Social de Derecho.

Señalábamos anteriormente que es en la Constitución de 1987 en donde por primera vez se considera una expresión concreta acerca de los fines de la pena, dado que la Constitución de 1950 en su artículo 51 señalaba: *Las cárceles son establecimientos de seguridad, defensa social, profilaxis del delito, reeducación del penado y de preparación para el trabajo...* La Constitución de 1974 se expresa en idénticos términos al señalar en su artículo 52: *Las cárceles son establecimientos de seguridad, defensa social, reeducación del penado y de preparación para el trabajo...*

Si bien es cierto ambas Constituciones anteriores señalaban taxativamente la frase de reeducación del penado, éstas eran letra muerta en tanto no existían programas específicos de tratamiento.

El texto del artículo 39 implica una clara directriz constitucional de la pena que es conocida como la prevención general. Expresándolo de otra manera, de acuerdo con nuestra carta magna el fin de la pena es la resocialización del delincuente y no la retribución, ni mucho menos su eliminación.

Esta norma constitucional guarda concordancia y tiene su concreción material en el texto de la Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena y su reglamento, vigente desde enero del 2004. Asimismo es concordante con las funciones de la pena consagradas en los Pactos Internacionales, así vemos en el artículo 10, ordinal 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en donde se establece: *el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados* y la Convención Americana artículo 5, ordinal 6: *la pena privativa de libertad tendrá como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

Desde el punto de vista del Derecho comparado, la norma constitucional nicaragüense posee similitudes con otras constituciones latinoamericanas como por ejemplo, la de Venezuela, Argentina, Perú, Brasil, Panamá, El Salvador y de otras latitudes, como la italiana y la española de 1974, las cuales en forma análoga señalan que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social.

La Constitución en cuanto acuerdo de valores y principios, defiende una idea humanitaria del régimen penitenciario, que no es otra cosa que la concreción de la idea de protección de la persona, bajo el entendido que los ciudadanos, en su libertad civil han

permitido la injerencia estatal en sus asuntos, con la única pretensión de ampliar sus libertades, si se entiende que restringiendo, limitando y definiendo los alcances y límites de los derechos de todos, se concreta el marco de actuación y con ello esa seguridad y certeza de que no habrá interferencia ajena injustificada de los derechos nuestros, por otros sujetos, porque de ocurrir lo contrario el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales se ocupará diligentemente de sancionar a quien así lo haga.

La orientación constitucional de la pena dirigida hacia la rehabilitación del interno es de vital importancia para la ejecución de determinadas sanciones penales, quedando de ese modo eliminada la posibilidad de decisiones arbitrarias en cuanto a su función, ya que por la supremacía de la norma es obvia en el ordenamiento jurídico nicaragüense.

Si bien es cierto se utiliza frecuentemente el término resocialización, por ser más explicativo, los Constituyentes en el artículo 39 utilizan los términos reeducación y reintegración a la sociedad, siendo de ellos preferible utilizar el último por su significado de llevar una vida alejada del delito y despojarse de las ideas valorativas y moralizantes del primero. La resocialización por ello no ha de suponer una intervención directa en el sujeto, al contrario se prevé la creación de las condiciones sociales necesarias para producir el menor índice de delincuencia, la misma debe contener dos presupuestos indispensables; la consideración de un Derecho Penal de acto y un Derecho penal basado en la culpabilidad pues el hombre como ser libre ha de ser responsable de sus actos y puede ser capaz de transformarlos.

Sin embargo esta directriz constitucional ha encontrado a su paso importantes obstáculos que no ha sido posible de superar entre los cuales podemos destacar en primer lugar la institución misma en la cual se cumple el tratamiento, que es precisamente, la prisión. Por un lado al individuo se le aísla para ser resocializado, aun cuando no se puede educar para la libertad estando en prisión. Y por otro lado, es al interior del penal donde aumentan los grados de violencia, y se desarrollan los procesos de estigmatización y prisionización, los cuales tienen un efecto remarginalizante en los sujetos que dificulta aún más sus condiciones de reinserción social.

De lo anterior se deduce que toda política resocializadora ha de ir dirigida a fomentar como medida preparatoria para la libertad el máximo contacto con el exterior por ser el único medio capaz de facilitar realmente el camino a la definitiva libertad.

En segundo lugar, la función resocializadora asignada a la pena que implícitamente se alcanzaría bajo un tratamiento en el régi-

men penitenciario, en nuestro medio no siempre es realizable en la práctica, por una parte, por las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación y/o por los recursos materiales disponibles. Los centros penales se caracterizan por albergar una población en condiciones de extrema pobreza; a esto se agrega, que esta población queda a merced del ocio y la violencia interna, sin posibilidad de acceder a programas laborales y educacionales, lo que trae como consecuencia que una vez cumplida la pena, no disponga de condiciones mínimas para reinsertarse en el mundo exterior.

Por otra parte, se encuentran otras dificultades dentro del propio sistema penitenciario que son prácticamente insalvables, ya que en muchos casos la reeducación y reinserción social, quedan necesariamente supeditados a finalidades puramente de custodia o de seguridad. Las relaciones entre tratamiento y régimen penitenciario deben estar coordinadas en base al principio de subordinación del régimen al tratamiento.

En consecuencia como cumplimiento de la orientación constitucional, el fin resocializador de la pena deberá cumplir con la modalidad de ejecutarse de forma humanitaria de acuerdo con los principios inspiradores, impidiendo la prisionización y desocialización, favoreciendo la participación del interno en las actividades penitenciarias, el acercamiento e involucramiento paulatino a y de la sociedad y las salidas al exterior siempre que se reúnan los requisitos legales así como el necesario y conveniente control judicial.

Nota

- 1 Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Ex Sub prefecto y ex Sub Director General del Sistema Penitenciario Nacional.



8

Presidencialismo y parlamentarismo

LA REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA EN NICARAGUA¹

Luis Humberto Guzmán²

SUMARIO: I. Concepto de representación. II. Parlamento. III. La Representación Parlamentaria en Nicaragua.

I. Concepto de representación

Actualmente se asocia la representación con la democracia, la representación es un componente indispensable de la democracia, sin embargo, no siempre ha sido así, incluso la representación surgió como una forma de gobierno alternativa a la democracia. En Francia y en Estados Unidos, se abogó por el gobierno representativo frente a la democracia, entendida como gobierno directo, en Francia el vocero de la representación fue Emmanuel Sieyes y en Estados Unidos fue Madison. Ambos consideraban que el gobierno por representación era una forma superior a la democracia directa. Para Sieyes la representación era un asunto de división del trabajo, de la misma manera que unas personas debían velar por la seguridad, ser marineros o desempeñar otro oficio a unos les tocaba gobernar, se trataba de una especialización, afirmó “El Interés Común, el mejoramiento del estado y la sociedad misma, nos exige hacer del gobierno una profesión especial”³ en cambio para Madison se trataba de la escogencia de las personas más capaces y más competentes para ejercer el gobierno, “...un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país y cuyo patriotismo y amor a la justicia no estará dispuesto a sacrificarlo ante consideraciones parciales o de orden temporal. Con este sistema es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, este más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocado con ese fin...”⁴ Madison entendía que habían

unas personas mas capaces de gobernar que otras y esa era su razón para preferir la representación al gobierno directo.

Sieyes se disoció de Rousseau en este punto crucial, mientras Rousseau afirmaba “la soberanía no puede delegarse”.⁵ Sieyes si creía en el sistema representativo, lo justificaba también sobre la imposibilidad material del pueblo a gobernarse a sí mismo “...Los asociados son demasiados numerosos y se hayan repartidos en una superficie demasiado extensa como para ejercer por sí mismo fácilmente la voluntad común. ¿Qué hacer entonces? Definen lo necesario para velar y proveer a las ocupaciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por tanto de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración...”⁶

La representación es una institución que viene del Derecho civil, no nació en la política ni se asocia exclusivamente con procesos electorales, se dice que un *rey representa* la unidad de la nación, un embajador *representa* un país y hay obras de arte que son *representativas* ya sea de una escuela o de un período determinado. Este uso múltiple del concepto de representación vuelve complicada su conceptualización. El uso de la representación en el ámbito del derecho es uno de los múltiples aspectos con que se analiza la representación política, “no hay duda que la teoría de la representación política se formó por analogía con la antigua institución de la representación en el Derecho civil, que consistía en que para efectos de asumir derechos o contraer obligaciones, una persona podía ocupar el lugar de otra que estaba ausente, de modo que los actos jurídicos de la primera producían sus efectos directas e inmediatamente para la segunda, como si esta los hubiera celebrado”.⁷

En el campo de la política la institución de la representación se manifiesta de múltiples formas y se coloca en el centro de la relación entre gobernados y gobernantes, Hanna F. Pitkin en una obra ya clásica sobre el tema presenta cinco aspectos diferentes de este concepto.⁸

1. Representación como sesión de autoridad
2. Representación como responsabilidad
3. Representación como reproducción de una realidad
4. Representación como evocación simbólica
5. La representación como acción en interés de alguien que no puede o no desea actuar personalmente.

A partir de esas acepciones del término de representación resulta evidente que se trata de una categoría relacional, de algo que ocurre entre dos sujetos, un representante y un representado, en el ámbito de la representación política esto equivale a hablar de gobernantes y gobernados. En el terreno político la representación se manifiesta principalmente de tres maneras: como una relación de delegación, como una relación fiduciaria o como la reproducción de una realidad. En la representación por delegación el representante, vale decir el gobernante carece de iniciativa y de autonomía y se limita a seguir las instrucciones de los representados es decir de los gobernados. En la representación fiduciaria el representante es autónomo, se guía por el interés de los representados según su propia interpretación. Este tipo de representación fiduciaria ha presentado con mucha claridad Edmund Burke "... Pero el gobierno y la legislación son problemas de razón y juicio y no de inclinación y ¿qué clase de razón es esa en la cual la determinación precede a la discusión en la que un grupo de hombre delibera y otro decide y en quienes adoptan las conclusiones están a caso a trescientas millas de quienes oyen los argumentos?" "... Pero instrucciones imperativas, mandatos que el diputado esté obligado ciega e implícitamente, a obedecer, votar y defender aunque sean contrarias a las convicciones más claras de su juicio y su conciencia, son cosas totalmente desconocidas en las leyes del país y surgen de una interpretación fundamentalmente equivocadas de todo el orden y temor de nuestra Constitución".⁹ La representación espejo se refiere a la reproducción en el Parlamento de unas características particulares de la sociedad, hasta ahora de lo que se ha tratado es de la reproducción de las referencias políticas de los ciudadanos expresadas en elecciones libres.

El núcleo central de debate sobre la representación política se puede resumir en tres aspectos:

- Los poderes del representantes
- Los contenidos de la representación
- La representación *espejo*

En otras palabras, esto significa discernir si *a* representa a *b*, cómo lo representa y en qué representa,¹⁰ la manera de la representación se expresa de dos formas, una como delegado, es decir como un mensajero carente de autonomía que obedece los mandatos imperativos de sus representados. La otra, es la forma fiduciaria en la cual el representante es autónomo e interpreta los intereses de sus representados según su propio juicio, la primera forma de representación, en la que el representante obedece mandatos imperativos ha sido rechazado consistentemente en los sistemas

constitucionales europeos, precisamente a esa circunstancia se refería Burke en el discurso a sus electores ya citado. La aceptación de la representación obediente de mandatos imperativos es la que da base a las instituciones revocatorias, existentes en el sistema constitucional norteamericano, paradójicamente las instituciones revocatorias provienen del pensamiento socialista, a Carlos Marx lo impresionó mucho el hecho de que en la comuna de París los consejeros municipales estuviesen sometidos a la revocación de sus mandatos en cualquier momento.¹¹ La inclusión de mecanismos revocatorios tiene una manifestación fuerte en la constitución vigente de Venezuela.

El otro aspecto fundamental de la representación es en que representa el representante, representa los intereses generales del ciudadano o los representa en intereses particulares en sus calidades, por ejemplo, de obrero, mujeres, etcétera. Hasta ahora ha prevalecido la idea de que se representa los intereses generales del ciudadano no los intereses gremiales, esta forma de representación gremial se usó en la edad media y fue resucitada por el fascismo italiano, se trata de la representación corporativa, es decir representación de intereses particulares, pero esta forma de representación ha desaparecido prácticamente para dar lugar a los intereses generales de la ciudadanía.

El tercer aspecto de la representación política se refiere a la reproducción de unas características de la sociedad en el cuerpo representativo por excelencia, el parlamento, inmediatamente surge la pregunta ¿Cuáles deben ser las características que debe reproducir el parlamento de la sociedad?, ¿se trata de características demográficas?, ¿o se trata de atributos sociológicos?, hasta ahora el factor que se ha considerado es el de las preferencias políticas de la sociedad expresada a través de sus votos en los comicios para designar a los gobernantes. Este aspecto de la representación está directamente vinculado con los sistemas electorales, resultando que el sistema de elección proporcional es el que refleja en la elección parlamentaria con más fidelidad las preferencias electorales de los votantes.

Pero fuera de los temas del cómo, del qué y de la representación *espejo*, surge un asunto adicional y se refiere a los mecanismos de control del representado sobre el representante. Hasta ahora el mecanismo fundamental de los representados para controlar a los representantes ha radicado en las elecciones. Este mecanismo electoral se aplica al Presidente de la República, a los diputados, alcaldes y concejales. Hasta ahora la consulta popular parece ser el único mecanismo con que cuentan los ciudadanos, los gobernados para controlar a los gobernantes, ya sea la consulta popular en elecciones o consultas revocatorias.

Uno de los principales canales de la representación son los Partidos Políticos, entonces los partidos y las elecciones se vuelven dos componentes fundamentales de la democracia representativa. Las elecciones movilizan a los ciudadanos, son una fuente de legitimación y los partidos políticos son las organizaciones a través de las cuales se expresa la voluntad de los ciudadanos y a su vez a través de ellos se presentan las ofertas de candidatos a representantes.

II. Parlamento

La historia del Parlamento no es lineal ni continua. Si bien es cierto que en 1215 Juan sin Tierra, firmó la Carta Magna, documento que estableció mecanismos de consenso entre el Rey y el Parlamento para la creación de nuevas cargas fiscales,¹² creando desde entonces una de las facultades parlamentarias fundamentales “el poder de la bolsa”, el control del dinero. Sin embargo, los parlamentos medievales, incluido el inglés carecen de la continuidad histórica como para vincularlos directamente con los parlamentos modernos.¹³

Es verdad que el desarrollo del Parlamento inglés fue mayor que el de la Europa Continental, pero también sufrió discontinuidades y eclipses, por ejemplo, a comienzos del siglo XIV el Parlamento no era otra cosa que una reunión esporádica del *King's Council*. La institución también fue opacada en el siglo XV por el poder absoluto de los Tudor.¹⁴ En general los parlamentos medievales fueron intentos efímeros de democracia directa, completamente ajenos a la representación como base de la democracia moderna.

Si bien es cierto, pues, que durante la edad media surgieron algunas asambleas de representantes lo mismo que asambleas de contribuyentes, no puede hablarse del surgimiento de parlamentos con propiedad sino hacia finales del siglo XVII. Para que se pueda hablar de antecedentes del Parlamento actual es necesario que se reúnan tres condiciones:

1. Que el Rey estuviera frente a un cuerpo colegiado dotado de autoridad representativa.
2. Que la representatividad de los asambleados fuera suficientemente amplia como para hablar en nombre de los intereses generales.
3. Que la autoridad de los asambleados sea suficiente hasta el grado de ser interlocutores válidos frente al Rey.¹⁵

En fin se trata de Parlamento cuando esta institución tiene el poder suficiente como para ser un contrapeso y un límite al poder del monarca.

Estos Parlamentos surgidos después de 1680, tenían su razón de ser en limitar el poder absoluto del soberano. Era una especie de cuerpo ajeno al poder estatal, por así decirlo, se encontraba situado fuera del Estado y con el propósito fundamental de limitar a éste. En la medida en que fue creciendo el poder parlamentario éste se transformó de un órgano externo en uno interno del Estado. Los impuestos y las leyes sólo podían ser aprobados por los parlamentarios. Hasta ese momento el papel del Parlamento no consiste en formular políticas públicas, sino que su función es de limitación y condicionamiento al poder ejecutivo representado en la persona del Rey. En su origen los Parlamentos modernos eran antagonistas, no protagonistas de los procesos gubernamentales, su poder de autorizar los impuestos y dictar leyes eran mecanismos de contrapeso al poder del Rey, se colocaban por encima del Estado para controlarlo, pero no eran el eje del poder político, sino su contrapeso.

No se gobernaba dictando leyes, ni la legislación era la principal fuente de creación de derecho (especialmente para Inglaterra y su cultura jurídica de *Common Law Tradition*). La atribución de legislar no era tanto para que el Parlamento creara derecho sino más bien para evitar que lo hiciera el Rey. Hasta este punto las posiciones estaban claramente diferenciadas, el Parlamento condiciona al poder autorizando el presupuesto y legislando, pero no gobernando. Posteriormente, el poder parlamentario se ha desarrollado aumentando sus atribuciones al control político y a la elección del gobierno en los regímenes parlamentarios.

Actualmente, la existencia de los parlamentos se ha generalizado en el mundo, la ausencia es la que representa la excepción. Su desarrollo les ha conducido a grados de semejanza organizativa muy importantes, independientemente de las zonas geográficas o de las diferencias económicas, sociales o políticas del país en que actúa.

Los atributos de un Parlamento moderno son los siguientes: a) asambleario, b) horizontal, c) permanente, d) plural, e) representativo.¹⁶ La composición del Parlamento es más numerosa que de los otros órganos gubernamentales, su tamaño está generalmente determinado por la población del país al que sirve. El atributo horizontal alude a la igualdad de autoridad, derechos y atribuciones de los miembros del Parlamento, las desigualdades generalmente son funcionales y referidas a cuerpos también collegiados (comisiones - Junta Directiva). La permanencia se refiere

a que la existencia del Parlamento no está referida al tratamiento de asuntos específicos y esporádicos, no es una asamblea que se reúna esporádicamente para tratar un asunto en particular. La permanencia también significa su independencia de funcionamiento, el funcionamiento del Parlamento no depende de que sea convocado por otros organismos. El Parlamento se integra, “se organiza sobre el principio del pluralismo”, esto significa que en su funcionamiento se asegura la expresión de las diferentes corrientes (partidos) que lo integran. Esto da lugar al debate y a la confrontación verbal que irrita a muchos ciudadanos, pero que es intrínseco a la naturaleza de un Parlamento democrático. Se trata de ofrecer cauces de expresión no sólo para el gobierno, sino también para la oposición, para el disenso. Los Parlamentos son representativos, porque deben su origen a un mandato popular expresado por el voto de los electores, este es el atributo político más significativo del Parlamento, con expresión de la voluntad de la ciudadanía manifestada por medio del voto.

Los Parlamentos tienen atribuciones formales y funciones políticas. Las atribuciones formales son bastantes comunes. La mayor diferencia en las atribuciones formales es que en los regímenes parlamentarios, el Parlamento elige al Gobierno; en los presidencialistas, el Presidente de la República es electo en voto popular. Son atribuciones formales muy extendidas en los Parlamentos, las de representación, control político y elaboración de políticas públicas. En relación de su origen electoral se asume que los parlamentarios representan intereses particularmente de sus electores y que el Parlamento en su totalidad representa al país. La función de control político, en los regímenes parlamentarios incluye la elección del Gobierno, y la elección o confirmación de otros cargos como miembros de la Corte Suprema de Justicia, Presidentes de Banco Central, y otros funcionarios. La elaboración de políticas públicas, los Parlamentos las realizan usando su poder financiero (aprobación de presupuesto, creación de impuestos, ratificación de convenios económicos) y legislando.

Las funciones políticas que cumple un Parlamento, independientemente si el régimen es parlamentario o presidencialista, está directamente relacionado con las condiciones socioeconómicas, la historia y la cultura política de un país. Existe una función política que es crucial para un Parlamento, es la *limitación de la lucha política*, esto es un elemento crucial en la democracia moderna: la competencia por el poder, esto significa que la lucha se limita en los medios y en los fines, regulándose a través de normas y ritos que permiten que las minorías no solamente se expresen sino que tengan una oportunidad cierta de influir en las tomas de decisiones políticas. Vale decir que el Parlamento es la arena

política civilizada y democrática que sustituye la guerra, el terrorismo u otras formas de acciones políticas violentas para generar influencias en el sistema político. De esta forma, el cumplimiento de esta función de limitación de la lucha política, depende de los márgenes de expresión y de influencia que se reconozcan a las minorías.

En Europa Occidental, con regímenes parlamentarios, el poder ejecutivo tiene un predominio neto sobre el Parlamento, esto se advierte en las iniciativas legislativas, en la voluntad de control político, que en estos casos apenas si es ejercido por las minorías, subordinándose la mayoría parlamentaria enteramente a los intereses y a la voluntad del poder ejecutivo. La mayoría parlamentaria difícilmente desarrolla una crítica frente al gobierno que ella misma ha elegido, y actúa más bien como una bancada de protección al gobierno. Esta situación limita considerablemente la capacidad de iniciativa legislativa del Parlamento y su voluntad por investigar y controlar las actuaciones del poder ejecutivo.

En los Estados Unidos de América, con un régimen presidencialista, el Parlamento ha desarrollado un margen de autonomía considerable frente al poder ejecutivo independientemente de que la mayoría parlamentaria provenga del partido del presidente. El congreso norteamericano ha desarrollado una masa de poder derivado no de las atribuciones constitucionales, sino de los medios de que dispone para cumplir con sus funciones. El sistema político y electoral confiere un margen de independencia a cada representante o senador que colectivamente se traduce en un Parlamento de amplia independencia frente al poder ejecutivo.

En los países desarrollados económicamente, ya sean de régimen presidencialista como Estados Unidos de América o Parlamentarios como Europa Occidental, los Parlamentos tienen en la opinión pública unos índices de aprobación y reconocimiento pobres, sin embargo la opinión pública no juzga como superfluos su existencia. La situación de los Parlamentos en el Tercer Mundo es mucho más crítica porque no sólo tienen niveles de reconocimiento muy pobres en la opinión pública, sino que además se les considera superfluos. También en el mundo académico se encuentran opiniones que afirman un rol puramente decorativo para los Parlamentos del Tercer Mundo.¹⁷

Tratándose de las realidades económicas, sociales y políticas del Tercer Mundo cabe preguntarse si las funciones políticas del Parlamento en el Tercer Mundo son distintas de las que deben cumplir en el mundo desarrollado. Debe considerarse incluso la función de encubrimiento, es decir de envolver en una apariencia

de legalidad actuaciones políticas que carecen de ello sin más sustento que la fuerza.¹⁸

Independientemente del régimen político parlamentario o presidencialista y del nivel de desarrollo económico de un país, es fundamental para la autoridad y la legitimidad de un Parlamento su capacidad para percibir las demandas de la población y abordarlas constructivas y eficazmente.¹⁹ Hay quienes se interrogan acerca de la contribución de los Parlamentos a la estabilidad política de un país, particularmente los del Tercer Mundo. Hay quienes consideran que un Parlamento eficaz articulando demandas populares, pueden convertirse más bien en un factor de inestabilidad para un régimen o de obstrucción para las tareas del poder ejecutivo.

¿Aportan o restan estabilidad los Parlamentos? La inestabilidad de una sociedad profundamente dividida no puede ser resuelta solamente por las instituciones.²⁰ Por el contrario la inestabilidad también se reflejaría en las instituciones mismas. Esta situación es particularmente cierta en sistemas políticos con instituciones débiles y de fuerte personalización del poder, en estos casos las instituciones no tienen capacidad para absorber el descontento ni el reconocimiento de los ciudadanos para aceptar su liderazgo. Por el contrario la debilidad vuelve a ciertas instituciones víctimas del descontento popular, aún cuando sus atribuciones y funciones no tengan directamente que ver con las causas de la insatisfacción ciudadana.

Pero aún en situaciones de debilidad institucional los Parlamentos tienen contribuciones que hacer para la estabilidad política de un país, especialmente del Tercer Mundo. Escuchar y comunicar las demandas de los ciudadanos se vuelve una función importante para la valoración que la opinión pública hace a los Parlamentos y para la estabilidad del régimen político mismo "...Puede reducirse el descontento mediante los esfuerzos de los legisladores por resolver problemas que los individuos y los grupos en sus distritos electorales tienen con el gobierno central. Y la representación en la legislatura proveerá a las minorías regionales, étnicas y partidarias un escenario donde expresar sus preocupaciones. Incluso si la política no da respuesta inmediata a sus demandas, esa representación puede alentar a las minorías políticas a considerar legítimo el régimen y puede desarrollar apoyo difuso para el, incluso en ausencia de políticas que eleven los niveles de apoyo específico..."²¹ Estas actuaciones simbólicas y expresivas más que efectivas, a veces pueden ser consideradas como una falsificación y manipulación, pero las conductas simbólicas y expresivas tienen un impacto real en la percepción y en la conducta de los ciudadanos, especialmente en situaciones difíciles. Prestar atención y comunicar las demandas de sectores inconformes de la

sociedad tiene un impacto real en las emociones, en las actitudes y en la conducta de los insatisfechos.

Los Parlamentos se han convertido en un instrumento indispensable para las democracias modernas. No se concibe la existencia de la democracia sin la existencia de un Parlamento. Es verdad que su pura existencia es insuficiente para asegurar la democracia de un régimen, pero a su vez no se puede concebir un régimen democrático carente de un Parlamento. Es evidente que en esto desempeña una influencia decisiva el concepto de representación

III. La representación parlamentaria en Nicaragua

Los términos de la representación parlamentaria en Nicaragua apenas están referidos en la Constitución Política, en el art. 132. Establece que se elegirán a los miembros de la Asamblea Nacional según el sistema de representación proporcional. En la Ley Electoral se desarrollan las reglas que regulan el sistema de representación parlamentaria, en esa ley se establece el sistema del conciente electoral, el número y tamaño de la circunscripciones electorales y la regla de la media mayor más uno para la conversión de votos en escaños, listas cerradas y bloqueadas.²²

Amplios sectores de la población en Nicaragua expresan inconformidad e incluso rechazo a la Asamblea Nacional, se trata de un fenómeno generalizado en el mundo occidental, y forma parte de la crisis de la política, expresada en pérdida de credibilidad en la entidad depositaria de la representación popular. Uno de los aspectos centrales de la controversia es sobre el sistema electoral, numerosos organismos no gubernamentales, y partidos minoritarios abogan por un sistema de elección parlamentario uninominal.

El sistema de elección parlamentaria en Nicaragua ha sido siempre proporcional desde que se abrió el ciclo de elecciones competitivas en 1984, pero también durante las elecciones espurias del somocismo se contemplaba el mismo sistema. Desde 1984 hasta ahora el sistema ha ido perdiendo proporcionalidad, ésta tiene que ver directamente con el tamaño de las circunscripciones electorales, en 1984 tuvimos la mayor proporcionalidad,²³ ésta es menor ahora a causa de la reducción del tamaño de las circunscripciones y del cambio del sistema de restos mayores por la regla de la media mayor.

El rechazo al sistema proporcional se debe a la lista cerrada y bloqueada, grupos de electores se quejan de la imposibilidad

de identificar claramente a su representante y además de elegir en grupo, es decir preferirían una identificación nítida de su representante, atributo que sólo provee el sistema uninominal, pero además se quejan de lo que consideran imposiciones del aparato partidista quien determina el orden de la lista. El sistema uninominal tiene como mayor virtud el vínculo directo entre los electores de un distrito y su representante.

El sistema proporcional diluye esa relación entre representante y electores porque se elige de una lista, este es el mayor defecto del sistema proporcional. Su mayor virtud, si eso es lo que se quiere, es la facilidad para la representación de las minorías y de los partidos pequeños, esta virtud del sistema proporcional es a su vez la mayor carencia del sistema uninominal en donde se produce una dinámica a favor del bipartidismo y la exclusión de las minorías y de los partidos pequeños.

El sistema proporcional admite modificaciones que mejoran la relación entre electores y representantes, esto ocurre cuando la lista no es bloqueada, es decir que los electores cuentan al menos con dos votos, una para elegir partido y otro para indicar a quien de la lista quiere que se le atribuya su voto, esto resta poder a los aparatos partidistas puesto que queda en manos de los electores determinar a quién, a qué candidato se le atribuirá su voto, además supone que todos los candidatos de una lista partidaria harán campaña con igual intensidad porque todos tendrían igual oportunidad de ser electos independientemente del orden de la lista.

Paradójicamente el FSLN y el PLC no han aceptado hasta cambiar el sistema de elección parlamentaria, la propuesta de pasar al sistema uninominal les favorecería considerablemente, con resultados electorales como los del 2007 entre ambos podrían controlar hasta un noventa por ciento de la Asamblea Nacional, consolidando de una vez por todas el bipartidismo en perjuicio de la representación de las minorías y de partidos pequeños.

Creo que una sociedad heterogénea necesita una representación plural, la que además contribuye a la dispersión del poder en un país con una historia dominada por dictaduras, gobiernos autoritarios y una preeminencia de valores autocráticos.

Notas

- 1 Este artículo está basado fundamentalmente en un capítulo del libro “La Representación Política en Nicaragua”.

- 2 Ex presidente de la Asamblea Nacional de Nicaragua. Doctorado en Ciencias Políticas en la Universidad Libre de Berlín, República Federal de Alemania.
- 3 Sieyes, Emmanuel. *Observations sur le rapport du comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France* (October 1789), citado por Manin Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge 1977, p..3.
- 4 Hamilton, A., Madison, J. y Jay J., *El Federalista*, México, DF, 1994, p. 39.
- 5 Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Madrid, 1994.
- 6 Sieyes, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid, 1989, pp. 142 y 143.
- 7 Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, México, DF, 1997.
- 8 Pitkin, Hanna F. *El concepto de Representación*, Madrid, 1985.
- 9 Burke, Edmund, *Textos Políticos*, México, 1996, p. 312.
- 10 Bobbio, Norberto, “El futuro de la democracia”, Barcelona, 1985, Cáp. 2.
- 11 Marx, Karl, citado por Bobbio op. cit.
- 12 Briggs, Asa, *Historia Social de Inglaterra*, Madrid, 1994, p. 95.
- 13 Para una caracterización de los parlamentos medievales consúltese Cotta Maurizio, *Parlamentos y Representación* en Pasquino Gianfranco et al, *Manual de Ciencia Política*, Madrid, 1988, pp. 273-279.
- 14 Sartori, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Madrid, 1992, p. 188.
- 15 Idem, p. 189.
- 16 Cotta, Maurizio, *Parlamentos y Representación* en Pasquino, Gianfranco, *Manual de Ciencia Política*. Madrid, 1988.
- 17 Mezey Michel L; *Third World Legislature*, en Loewenberg Gërhard, et al *Hanbook of Legislature Research*, Cambridge, 1985.
- 18 En el capítulo siguiente presento algunos episodios de la historia nicara-güense que podrían ser ejemplo de esa función de encubrimiento.
- 19 Olsen, Johan P. *Organized Democracy*, Oslo, 1983, p. 39.
- 20 Mezey, Michael L. *El Congreso en el Marco del Sistema Presidencial Norteamericano* en Thurber James A. *La Democracia Dividida*. Buenos Aires, 1995, pp. 24 a 28.
- 21 Idem, p. 28.
- 22 Véase Artos. 140, 141, 146, 147, 148 y 149 de la Ley Electoral, Ley No. 331 / 2000, aprobada por la Asamblea Nacional el día 19 de enero de 2000, y

publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 16, del 24 de enero de 2000.

- 23 Ver en Nohlen , Dieter, *Un análisis del Sistema Electoral Nicaragüense*, Managua, 1984.

¿PRESIDENCIALISMO Y PARLAMENTARISMO? EL DEBATE POLÍTICO A 21 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1987

Eduardo Marengo¹

I. Una tradición presidencialista

El sistema político nicaragüense se ha caracterizado por un presidencialismo caudillista, que en muchas ocasiones de la historia ha combinado el poder presidencial con el monopolio de la violencia organizada, esto es, de las fuerzas armadas, concentrado en una sola persona, que ejerce de Jefe de las Fuerzas Armadas y Presidente de la Nación. Esta no es una tradición ajena a América Latina, donde el poder político rápidamente se personalizó y giró alrededor de la figura del caudillo (Nohlen y Fernández, 1991), poniendo en vigor una mezcla de las Ideas de la Ilustración con la tradición monárquica centralista, resabio de la Colonia, lo que se combinó con una visión patrimonialista, premoderna y providencialista del Estado (Weber, 2005; Pérez Baltodano 2003; y Marengo, 2002).

Los rasgos centrales del presidencialismo en América Latina, entendido como una variación del presidencialismo estadounidense, han sido los siguientes: a) la legitimidad autónoma del cargo presidencial; b) las amplias facultades del cargo; c) la ausencia de control institucional suficiente (Serrafero, 1998:171).

Maurice Duverger distinguió entre el “régimen presidencial clásico” existente en los Estados Unidos y “el presidencialismo latinoamericano”, entendiendo éste último como una “aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento

de los poderes del parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente” (Serrafero: 1998: 165).

Como rasgo clave del presidencialismo, es necesario recalcar la ausencia de control legislativo en la conducción del gobierno, pues “el control parlamentario en el presidencialismo es mínimo y está compensado con la ausencia de disposiciones que faculten al presidente a intervenir en el parlamento (por ejemplo, que pueda disolverlo), aunque generalmente se le reconoce la atribución de colegislador” (Pachano, 1998: 21).

Guillermo O’Donnell explica que en el presidencialismo, “el Ejecutivo no rinde cuentas ante los electores, ni en menor medida ante otros poderes que formalmente tienen la función de controlar y fiscalizar, además de ser instancias decisionales relevantes en política. De ahí que se produzca una enorme concentración del poder en el Ejecutivo”.²

En el Siglo XX, Nicaragua experimentó distintas variaciones de un presidencialismo en connivencia con el partido de minoría, en una suerte de prebendario gobierno de coalición, tal como lo demuestran los sucesivos pactos políticos libero-conservadores (Cuadra Pasos, 1948; el pacto de los generales, 1950; Kupiakumi de 1974). Es el mismo modelo de coalición implementado por el Pacto de Punto Fijo de Caracas y el Frente Nacional de Bogotá, al igual que el pacto Alemán-Ortega (2000).

En la historia política de Nicaragua, detrás de cada Asamblea Constituyente, se ubicó de trasfondo un pacto político que se reflejaba en una Carta Magna cuyo eje de poder lo constituía la figura presidencial, quien *encarna a la nación*, tal como lo postuló el texto constitucional a lo largo de aquellos años. Esta tradición política sufre una grave irrupción con la revolución popular sandinista, en 1979.

II. Revolución y Poder Constituyente

Los dirigentes sandinistas solían sostener que *la revolución era fuente de derecho*, lo que si bien tiene que ver con el poder constituyente de toda revolución política, fue un aliciente al ejercicio del poder personalizado en los nueve comandantes de la Dirección Nacional del FSLN, a través de los órganos de seguridad, del Estado y del brazo armado de la revolución, el Ejército Popular Sandinista.

Después de seis años de revolución, bajo un contexto de guerra y bajo un sistema político de claro corte autoritario y totalizante, la

Asamblea Nacional Constituyente, dominada por representantes del FSLN, promulgó la Constitución de 1987, de un claro dominio presidencialista. Se trata de un texto constitucional que funde y fusiona la tridente del poder político sandinista: El FSLN-El Estado-El Ejército.

El académico Antonio Esgueva Gómez explica que “los críticos más severos –del texto constitucional– aseguraban que era una Constitución eminentemente presidencialista, aunque paradójicamente fuera promulgada por una Asamblea Popular y Representativa. Con relación a las anteriores constituciones se había dado un paso atrás, principalmente en los asuntos relacionados al Poder Ejecutivo”.

En las constituciones somocistas, explica Esgueva, no se permitía “de iure” la reelección presidencial (Art. 204 de la de 1939; Art. 171, de la del año 1948; Art. 186 en la de 1950; y Art. 185 en la de 1974) mientras que en la Carta Magna de 1987, al no mencionar la reelección, la permitía y ponía las bases para que el presidente se perpetuara eternamente en el poder”.

Esgueva concluye que “era una Constitución más partidista y presidencialista que nacionalista, y era patente a la subordinación de los otros poderes del Estado”.

En el Título V, correspondiente a la Defensa Nacional, la Constitución de 1987 establece la obligatoriedad del Servicio Militar y que el Ejército Popular Sandinista “es el brazo armado del pueblo”. Esta Constitución le daba la facultad al entonces presidente Daniel Ortega de dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley en materia de carácter fiscal y administrativo (Art. 150, inciso 4). Asimismo, le correspondía al mandatario “asumir las facultades legislativas que la Asamblea Nacional, durante su período de receso, le delegue” (Art. 150, inciso 7).

Esta Constitución sufrió reformas sustanciales en 1995, la cual le quitó al presidente la facultad de legislar en materia de impuestos, despartidizó e institucionalizó al Ejército de Nicaragua, y atenuó el régimen presidencialista.

III. El nuevo debate: ¿Hacia un régimen parlamentario?

A lo largo de los últimos 17 años, en el marco de la transición democrática, el sistema político nicaragüense ha sido sometido a un ciclo de crisis-pacto político-cooperación parlamentaria y bloqueo legislativo. Si bien la figura presidencial ha conservado

mucha fuerza política, ésta depende de la correlación interna en la Asamblea Nacional, lo cual ha desembocado en dos leyes marco, una en 1995 bajo la administración Violeta Barrios de Chamorro (1990-1997) y otra bajo la administración de Enrique Bolaños (2002-2007), leyes que si bien rompían el orden constitucional, daban estabilidad al sistema político.

El nuevo mandato del presidente Ortega también ha sido sometido a las turbulencias de las crisis políticas, tras el intento de convertir al Poder Judicial en una suprapoder con control constitucional previo sobre el parlamento, lo cual ha quedado dilucidado en enero del 2008, tras los acuerdos relativos a la reforma a la Ley de Amparo, la cual también se propuso establecer los procedimientos para dilucidar los conflictos de Poderes. Únicamente la administración de Arnoldo Alemán (1997-2002) tuvo un pleno dominio sobre el parlamento en connivencia con el Frente Sandinista, lo que desembocó en las reformas constitucionales del 2000.

Sin embargo, a lo largo del 2007, dos de los principales operadores políticos del FSLN y el PLC, Rafael Solís y René Herrera, promovieron reformas constitucionales que impliquen un cambio de sistema político, del presidencialismo atenuado que se tiene ahora a un parlamentarismo *sui géneris*. En las propuestas de reformas a la Constitución del FSLN y el PLC hay una coincidencia: un equilibrio de poder entre el Presidente de la República y el primer ministro, cuyo fiel de la balanza es la mayoría parlamentaria. El bipartidismo es su expresión idónea. Mientras el presidente es el jefe de Estado y conserva la Policía y el Ejército, el primer ministro es el jefe de gobierno, con potestad de nombrar a los ministros y dirigir al gabinete, pero en función de que tenga una mayoría parlamentaria a su favor. Así ocurre en el modelo francés.

Si Arnoldo Alemán ya confesó que le gustaría ser primer ministro, Daniel Ortega ya abogó por la reelección presidencial, por lo que la oposición política teme una alternancia de ambos en ambos puestos y un nuevo pacto político, excluyente.

Según expertos, el modelo parlamentario tiene las siguientes ventajas: Una mayor representación del conjunto social en la medida que las decisiones deben consensuarse en muchas ocasiones entre distintas facciones políticas representadas en el parlamento. Mejor capacidad de respuesta frente a una crisis de gobierno en la medida que puede cambiar el Poder Ejecutivo adoptando la moción de censura. Pero tiene las siguientes desventajas:

La separación de poderes es atenuada entre el ejecutivo y el legislativo, hay una excesiva vinculación del poder ejecutivo con el partido político mayoritario en el Parlamento, pudiendo derivar

en un bipartidismo excluyente; promueve el pacto político en el parlamento y delega el poder de seleccionar al Ejecutivo en los diputados y no en los electores (Nohlen y Fernández, 1998).

IV. ¿Más reformas?

Sin embargo, cabe preguntarse si lo que el sistema político nicaragüense requiere son más reformas constitucionales, más pactos políticos, o cambios en el orden de la cultura política, la institucionalidad, el control constitucional, la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana en la gestión pública.

¿Conviene un cambio de sistema político? El filósofo Alejandro Serrano Caldera señalaba en el momento más álgido del cuasi-debate sobre parlamentarismo y presidencialismo, que una reforma de ese tipo requeriría un diálogo político nacional, un debate inteligente e informado con participación de toda la ciudadanía y un referéndum que le permita al pueblo expresar si está a favor o en contra de una reforma semejante.

Por su lado, el politólogo Luis H. Guzmán señalaba en una cátedra universitaria que en Nicaragua no hacen falta más reformas constitucionales, sino desarrollar una verdadera cultura de apego, respeto y cumplimiento de la ley; forjar una verdadera institucionalidad democrática que se base en el cumplimiento de las normas ya establecidas, más que en sus constantes reformas.

En la Nicaragua de hoy, a veinte años de la Constitución de 1987, los desafíos institucionales están más vinculados a una verdadera profesionalización de la administración de justicia, de un definitivo ordenamiento de la propiedad, de un mayor control de los representantes por parte de sus electores, de una democratización interna de los partidos políticos; más que en reformas políticas que deriven, de nuevo, en pactos coyunturalistas que refuercen la concentración de poder en caudillos carismáticos.

BIBLIOGRAFÍA:

ESGUEVA GÓMEZ, Antonio. *Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua, Tomo 2*, Managua, 2000, Instituto de Historia de Nicaragua y Centroamérica-Universidad Centroamericana, 1,196 p. NOHLEN, Dieter y FERNÁNDEZ, Mario. *El presidencialismo renovado: Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 390 p. MARENCO,

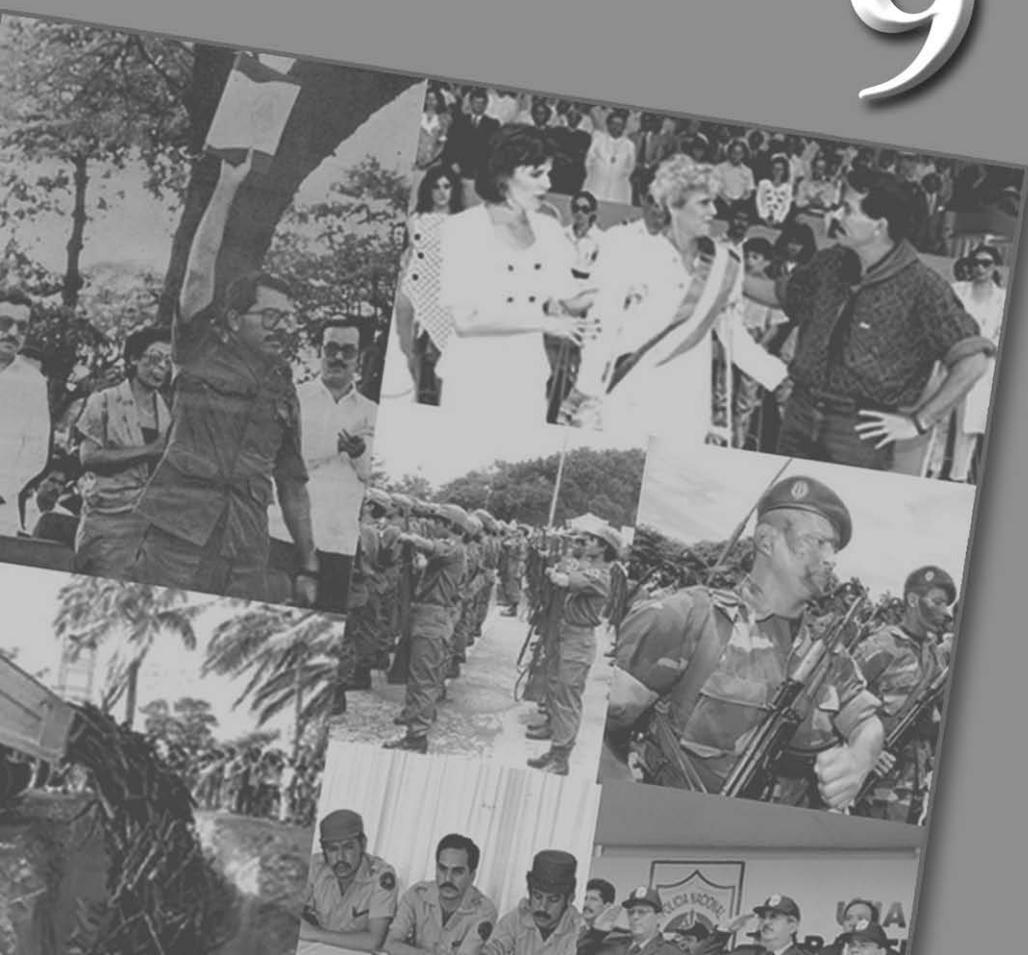
Eduardo. *Nicaragua: entre el patrimonialismo de los Somoza y la corrupción de Alemán*, Managua, 2002, Editorial Cira, 121. p. PÉREZ BALTOIANO, Andrés. *Entre el Estado Conquistador y el Estado Nación: Providencialismo, pensamiento político y estructuras de poder en el desarrollo histórico de Nicaragua*. Managua, 2003, Instituto de Historia de Nicaragua-Universidad Centroamericana, 866 p. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, D.F., 2005, Fondo de Cultura Económica, 1,237 p.

Notas

- 1 Periodista. Magíster en Estudios Latinoamericanos por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- 2 Nasi, Carlos, “Congreso y democracia en América Latina: aproximación conceptual”, en Tickner, Arlene B. y Mejía, Oscar. Congreso y Democracia en los países de la región andina. OEA-CEI Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 70.

La Administración Pública bajo el Estado Social de Derecho

9



EL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Y EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA

Jesús González Pérez¹

SUMARIO: I. El derecho a la tutela judicial efectiva. II. Proyección del principio en el Ordenamiento jurídico. 1. Los textos constitucionales. 2. El órgano jurisdiccional. a) Independencia. b) Idoneidad. 3 Legitimación. 4 Objeto del proceso. 5. Efectividad de las sentencias.

I. El derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho, sino algo consustancial a todo Estado. La organización del Poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer.² El derecho a la justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales.

Figura como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos civiles y políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la protección de los derechos

humanos y de las libertades fundamentales (art. 6) y en la Convención Interamericana de Derechos humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969 (art. 8.1), y se regula en las Constituciones de muy distinto signo político, en términos parecidos.³

En las Constituciones de los pueblos de lengua española se consagra el derecho a la tutela jurisdiccional en términos muy distintos, dominando las que acentúan su proyección en el ámbito penal. Mientras unas se limitan a reconocer el derecho de acceso a los tribunales, como la de Colombia de 1996, en su art. 229, o la de Honduras de 1982, en su art. 82, otras emplean fórmulas bellísimas, como la de Costa Rica que, en su art. 41, dice: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y estricta conformidad con las leyes”.⁴ La de Venezuela de 1999 es, quizás, la que reconoce el derecho en la forma más completa, al decir (art. 26): “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles”.

Así lo reiteraré en mi trabajo *El derecho a la tutela jurisdiccional*.⁵

La Constitución Política de Nicaragua, al igual que la generalidad de las americanas, se centra en las garantías que el derecho –que es también principio general del Ordenamiento jurídico– en su proyección en el proceso penal, que se regulan minuciosamente en los arts. 33 a 35. No obstante, teniendo en cuenta los principios que la inspiran es incuestionable que el derecho a la tutela judicial efectiva está implícitamente reconocido en ella. En una Nación que proclama en su Constitución Política entre sus principios los de “la libertad, la justicia y el respeto a la dignidad de la persona” (art. 5) y se constituye en Estado Social de Derecho (art. 130), no es concebible que los derechos que en ella se reconocen no gocen de una protección jurisdiccional, protección que únicamente puede ser eficaz si se atribuye a unos tribunales independientes, como se atribuye en la Constitución Política nicaragüense. “Las facultades jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder judicial”, dice su art. 159.

II. Proyección del principio en el Ordenamiento jurídico

1. Los textos constitucionales

Existe alguna Constitución Política que contiene una norma expresa sobre la proyección del principio de tutela judicial efectiva en el proceso administrativo. Tal es el caso de la Constitución italiana, que, en su art. 113, de modo categórico, dispone: “Contra los actos de la Administración pública será siempre admitida la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativo”. Y añade: “tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o por determinadas categorías de actos”. O la Constitución española, si bien se limita a decir en el art. 106.1 que: “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, sí como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Pero esto es la excepción. Lo normal es que no exista una referencia expresa a las exigencias del derecho a la tutela judicial en la regulación del proceso administrativo. Lo que no supone que en este ámbito procesal no rija el principio. Como tampoco supone que la referencia expresa a unos aspectos concretos, como ocurre en las Constituciones italiana y española, no se aplique con todas sus consecuencias.

La Constitución Política de Nicaragua no es una excepción y no contiene una norma expresa sobre las garantías en el proceso administrativo.

Son las legislaciones sobre el contencioso-administrativo las que regulan estas exigencias. Y el problema radica en determinar en qué medida responden a las que el principio comporta. Lo que depende en buena medida de cómo se aplica la Ley por los tribunales.

La Ley nicaragüense n° 350, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa parece responder completamente a tales exigencias. Y así se ha puesto de manifiesto.⁶ El art. 13, dispone: “para los fines y efectos de la presente Ley, tienen derecho al proceso todas las personas naturales o jurídicas sin requerimiento económico previo, siempre y cuando éstas demuestren tener interés legítimo en la causa o sean acreditados legalmente por los interesados”.

Me voy a permitir enjuiciar hasta que punto la legislación nicaragüense cumple todas las exigencias del principio de tutela

judicial efectiva, aunque sólo en algunos aspectos que considero esenciales. Como hice refiriéndome en general a los Ordenamientos de los Estados de lengua española en mi intervención en el “Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho administrativo celebrado en Monterrey en 2006.”⁷

2. El órgano jurisdiccional

Todo ordenamiento orgánico de la justicia, en las distintas materias, debe tratar de garantizar estos dos principios esenciales: la independencia y la preparación de las personas físicas que serán titulares de los órganos. Sin jueces independientes y preparados no existe justicia. La Justicia administrativa exige jueces que, no sólo sean independientes y, por tanto, imparciales, sino que sean idóneos para conocer de los litigios que específicamente se les confían.⁸

a) Independencia

La imparcialidad de los jueces se consagra en todas las Constituciones. En la nicaragüense, en el art.165. Pero, al igual que la mayoría de las americanas no se cumple una de las garantías que se estiman esenciales para que sea efectiva la independencia: la inmovilidad. El art. 163 establece, de forma análoga a otras que los Magistrados serán elegidos por la Asamblea Nacional por un período de cinco años.

La inmovilidad se garantiza realmente si el Magistrado, una vez elegido, no puede ser removido en tanto no alcance la edad de jubilación, si no es por causas tasadas, previa la instrucción de un procedimiento con todas las garantías, en especial la independencia de los que han de decidirlo.

Consagrada la inamovilidad, no tiene importancia decisiva a quién corresponde la designación. Siempre será preferible que no dependa de políticos. Pero, aunque se atribuya al Legislativo o al Ejecutivo, si una vez designado, el magistrado sabe que su permanencia en el órgano jurisdiccional no depende del órgano designante, gozará de una independencia total en sus decisiones. Por esta razón, ha de rechazarse en absoluto el nombramiento por un periodo más o menos largo, ya que si el magistrado sabe que su renovación depende de la decisión del titular de un órgano “político”, siempre existirá la tentación de que dicte las sentencias con el pensamiento de hacer méritos para aquél momento.

Si se implanta –lo que ofrece unas ventajas incuestionables sobre cualquier otro sistema- la carrera judicial, ha de confiarse

la decisión sobre ascensos a órganos encuadrados en el Poder Judicial, integrados por personal cuidadosamente seleccionado, que evite la “política” judicial. No vayamos a huir de la “política” de partido, para caer en la política de los grupitos y capillas dentro de la carrera judicial.⁹

b) Idoneidad

Sólo si los jueces gozan de una adecuada preparación pueden administrar una justicia efectiva. Precisamente, una de las razones que ha justificado la creación de una “jurisdicción administrativa” integrada o no al Poder judicial en algunos sistemas, ha sido la adecuada preparación de los jueces y el completo conocimiento de la legislación administrativa y formación jurídica como suficiente. Y esto no se cumple en la generalidad de los Ordenamientos americanos y no se cumplen en el de Nicaragua. Ni respecto de los Magistrados que van a cumplir su función en el ámbito contencioso-administrativo ni en los demás tipos de proceso, como pone de manifiesto el art. 161 de la Constitución Política.

3. Legitimación

Exigencia elemental de uno de los aspectos de la tutela judicial efectiva es la amplitud de la legitimación en los términos más amplios.¹⁰ Esta exigencia se cumple en el art. 27 de la Ley nº 350.

4. Objeto del proceso

En orden al objeto del proceso, el principio de la tutela judicial comporta:

- a) Que no exista ninguna materia que quede fuera del ámbito del control de los Tribunales. Exigencia que cumple el Ordenamiento nicaragüense, si bien para evitar cualquier interpretación errónea sería preferente que adoptara el sistema de cláusula general, en lugar del sistema de enumeración que sigue el art. 15 de la Ley 350.
- b) Que no se establezcan obstáculos inútiles, como el requisito de agotamiento de la administrativa, según la generalidad de la doctrina, aunque las legislaciones se resisten a abandonarlos, como ocurre a la nicaragüense (art. 2, ap. 5, Ley 350).
- c) Que no se impida el acceso al proceso con la exigencia de un acto previo, quedando en manos de la Administración el incumplimiento de la obligación de resolver. La institución para impedirlo ha sido el llamado silencio administrativo, por el cual,

transcurrido un plazo sin resolver, se presume que la petición o recurso ha sido denegada, dejando abierta la vía procesal. Últimamente, se ha considerado un avance en la línea de las garantías el “silencio positivo” –presunción estimatoria–. Y así lo establece la Ley 350 (art. 2, ap. 19), lo que ha sido elogiado, si bien se critican ciertos defectos de la regulación.¹¹ Creo no obstante, rectificando anteriores posiciones,¹² que no es en absoluto conveniente generalizar el “silencio positivo”. Porque resulta inaplicable en buen número de supuestos en los que sí resultaría conveniente. Porque tan pernicioso es entender que se ha denegado una petición, cuando según el Ordenamiento jurídico debía decirse sí, que entender que ha sido estimada, cuando lo correcto es decir no. Y no se diga que la presunción estimatoria estimularía en mayor medida la diligencia de la Administración para dictar resolución expresa, ya que si el plazo que se fija no es lo suficientemente amplio para que pueda esperarse razonablemente una resolución debidamente meditada y motivada, el procedimiento terminará: o con una resolución estereotipada denegatoria que tendrá preparada el funcionario de turno, para prevenir posibles males mayores, o con un acto presunto estimatorio que, por falta de estudio, puede ser contrario a Derecho. Y siempre es más cómodo que resolver expresamente a conciencia de que se contraviene el Ordenamiento jurídico –lo que no es insólito en las Administraciones públicas– dejar que se produzca el acto presunto por el transcurso del plazo.

- d) Y, por último, que pueda pretenderse del Tribunal sentencia que permita restablecer plenamente el Ordenamiento jurídico perturbado por la actuación –positiva o negativa– de la Administración. Y esto se cumple en la Ley 350, como ponen de manifiesto sus arts. 35 a 39.

5. Efectividad de las sentencias

Quizás –y sin “quizás”– desde que se instauró el contencioso-administrativo, la más grave de las infracciones del principio de la tutela judicial efectiva ha sido lograr la plena ejecución de lo mandado por el Tribunal, sobre todo cuando es condenatoria de la Administración. Dificultades de todo orden se acumulan. Primero, porque en último término las condenas acaban en la mayoría de los casos en una condena pecuniaria y el principio de legalidad presupuestaria tiene un papel relevante. ¿Por qué el pueblo, a través de sus representantes parlamentarios va a tener que aprobar un presupuesto para que cumplan una sentencia cuando la condena se debe a una actitud arbitraria de los que en cada caso ostentan el poder? ¿Por qué va a tener que soportar el ciudadano

el aumento de los impuestos, para pagar las consecuencias de la actuación de unos políticos que obraron a conciencia de que estaban gastando más de lo que podían? ¿No es más lógico que el peso de la ley recaiga sobre éstos y sus patrimonios –si son localizables–?

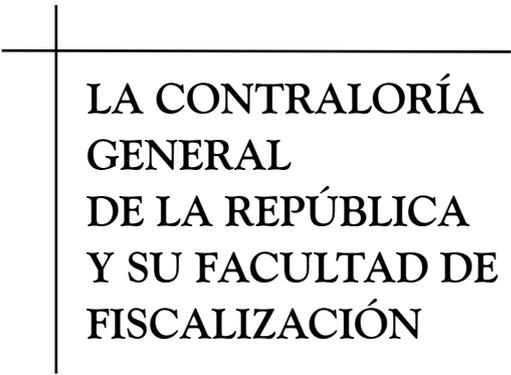
Pero además es que la fuerza pública que ha de vencer la resistencia al cumplimiento depende de quien ha de cumplirla. En el momento en que la Administración ha de hacerse justicia a sí misma.

La legislación nicaragüense (arts. 112 al 119) ha llegado a consagrar las medidas más avanzadas. Pero me atrevo a preguntar –y aquí termino– ¿hasta qué punto la realidad nos ofrece un panorama más alentador que el de otros Ordenamientos que contiene normativa compleja?

Notas

- 1 Catedrático Emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- 2 GUASP, Jaime. *Administración de Justicia y derechos de la personalidad*, “Revista de Estudios Políticos”, núm. 17, Madrid, p. 142.
- 3 El fenómeno de “constitucionalización” de las leyes procesales fue destacado por la doctrina. Cfr. CALAMANDRE, *Processo e Democrazia*, Padua, 1954, p. 148; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm. 19, pp. 201 y ss.; LINARES, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, p. 196; GELSI BIDART, *Proceso y Acto institucional*, núm. 12, Montevideo, 1983, pp. 9 y ss.; BREWER-CARIAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, 1982, p. 485; COUTURE, *La Constitución y el proceso civil*, en “Estudios de Derecho procesal”. Buenos Aires, 1948; FIX ZAMUDIO, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974, y, sobre todo, en su complejo trabajo *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, ponencia presentada en la IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Madrid en 1985, e incluido en el tomo *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, 1988, pp. 464 y ss.
- 4 Así lo destacué en mi intervención en las Jornadas sobre Justicia administrativa celebradas en San José de Costa Rica, en abril de 1986. Como reflejé en el artículo *Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la Administración pública*, en “Revista de Derecho Público” (Venezuela), núm. 26, pp. 5 y ss.
- 5 González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed. Civitas, Madrid, 3ª ed. 2001, p. 25 y ss.

- 6 Ver por ejemplo, por ARRIEN SOMARRIBA, Juan. En su trabajo *El Contencioso-Administrativo en Nicaragua*, Cuaderno n° 7 de la Colección de Jurisprudencia de las “Investigaciones”, que publica la UCA, 2003.
- 7 González Pérez, Jesús. *La Justicia administrativa*, en el tomo *Justicia administrativa*, UNAM, México, 2007, pp. 234 y ss.
- 8 González Pérez, Jesús. *Reforma del proceso administrativo*, en “Estudios en memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, UNAM de México, 1987, pp. 162 y ss.
- 9 Un viejo aforismo dice que cuando la política entra por la puerta, sale la justicia por la ventana, como recordaba no hace mucho ADOLFO DE MIGUEL, en su libro *Jaque a la justicia*, Madrid, 1980, p. 43 y ss.; PEYRE-FITTE, al constatar la acusada politización de la justicia en Francia, dice: “Si la politización de la función pública es lamentable, la politización de la justicia es execrable”. En *Cuando la rosa se marchita* (trad. de Ferrer), Barcelona, 1983, p. 109.
- 10 Ver por ejemplo a González Pérez, Jesús y CASSAGNE, *El acceso a la Justicia administrativa*, “La Ley”, Año LXVIII (2004), n° 116.
- 11 ARRIEN SOMARRIBA, Juan, *El contencioso administrativo en Nicaragua*, Cuaderno No. 7 de la Colección de Jurisprudencia de las investigaciones que publica la UCA, 2003, pp. 33 y s.
- 12 González Pérez, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*, 2ª ed., Ed. Civitas, 2002, p. 342.



LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU FACULTAD DE FISCALIZACIÓN

Luis Ángel Montenegro¹

La Contraloría General de la República creada mediante Decreto No. 86 del 20 de septiembre de 1979, asumió como sucesora y sin solución de continuidad las atribuciones, funciones y obligaciones del Tribunal de Cuentas que era hasta esa fecha la Entidad Fiscalizadora Superior de la República de Nicaragua y que a su vez había sido creado por Ley del 14 de octubre de 1899 bajo el nombre de Tribunal Supremo de Cuentas de la República, designación que fue suprimida en 1930 por la breve mención de Tribunal de Cuentas. La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas rigió los primeros momentos de la naciente institución contraloría hasta que el 22 de diciembre de 1980 se emitió la Ley Orgánica que regula su competencia sustantiva y de procedimiento, y que actualmente se encuentra vigente con cuatro reformas.

Es importante destacar que cuando se emite la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no existe Constitución Política en Nicaragua y debido a esta circunstancia se redactaron disposiciones que posteriormente se opusieron a principios y normas que se recogen en la Constitución Política de 1987, sobre todo en materia de derechos y garantías del ciudadano, así como del debido proceso.

Esta incómoda divergencia de nuestra ley frente a disposiciones constitucionales expresas, se resolvió en la casi totalidad de los casos modificando el texto de la ley y lo poquísimo que quedó y que resultó imposible incluir en las reformas se ha venido tratando y resolviendo por la vía exorbitante del amparo administrativo.

Pero, no obstante la problemática anterior, se identifica en la Constitución Política de 1987 que la competencia y facultades de control y fiscalización de la Contraloría General de la República se elevan a rango constitucional como organismo rector del sistema de control de la Administración pública, consagrándosele su autonomía funcional y administrativa y reservándole un capítulo especial en la Organización del Estado entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, sin ser Poder del Estado.

El radio de acción del Órgano Contralor queda fijado en tres grandes segmentos de competencia: En primer lugar, se le asigna constitucionalmente la función de establecer el sistema de control que preventivamente, y no como control previo, asegure el correcto uso de los fondos públicos; en segundo término, la función de controlar sucesivamente la gestión del Presupuesto General de la República, como la fuente más rica y abundante de recursos del Estado; y, como tercer atribución fundamental, se le determina que realice el control, examen y evaluación de la gestión pública en todos sus alcances y desarrollo conceptual de función pública.

Sucesivas reformas a la Constitución Política le confieren a la Contraloría General de la República el carácter de independencia de todo Poder del Estado y se le somete únicamente al cumplimiento de la Constitución Política y demás leyes de la República. En cuanto a la naturaleza de su trabajo y de sus resultados se da una reforma trascendental ya que se le obliga a hacer públicos los resultados de sus investigaciones y si de los hechos examinados se presumieran responsabilidades penales la Contraloría debe remitir sin más trámite sus resultados conclusivos a los tribunales de justicia, bajo la advertencia si no lo hiciera de incurrir ella misma en responsabilidad penal.

Dentro de estas reformas a la Constitución Política de 1987, tiene especial significado para la Contraloría General de la República la del año 2000. En esta reforma se cambió totalmente la estructura en su dirección y funcionamiento organizativo, pasando a ser de un Órgano Unipersonal a un Órgano Colegiado, pero sin perder la naturaleza y características propias de una Contraloría, de acuerdo con el esquema americano de estas entidades fiscalizadoras superiores que son tan distintas a los Tribunales de Cuentas de origen europeo.

La anterior reforma da cabida a un caso único en América donde todas las Contralorías están dirigidas unipersonalmente, es decir a cargo de un Contralor; en cambio aquí la titularidad corresponde a un Cuerpo Colegiado denominado, Consejo Superior integrado por 5 Miembros Propietarios, cuyas decisiones se adoptan por

mayoría simple lo cual flexibiliza la emisión de resoluciones de cualquier naturaleza.

Con el marco jurídico fundamental contenido en la Constitución Política, resulta evidente que no ha sido fácil para la Contraloría General de la República cumplir sus funciones y desarrollar sus facultades con una Ley Orgánica promulgada con anterioridad a la Carta Magna, siendo que las disposiciones de ésta privan sobre toda Ley. En este sentido la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No. 126 de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana del veintiuno de diciembre del mil novecientos noventa y tres, declaró inaplicable por ser inconstitucional nuestra facultad para establecer presunción de responsabilidad penal, y fue hasta en la reforma Constitucional de 1995 que se restituyó explícitamente la actividad más importante en la lucha contra la corrupción para el Órgano Superior de Control. Una vez más el instrumento constitucional reivindicaba la función soberana de control y fiscalización de los bienes y recursos del Estado, que en un juego de apasionamiento jurídico y con teatral irresponsabilidad se le había cercenado a la Contraloría General de la República.

Pero, las expectativas siempre están abiertas para que se recojan principios Constitucionales que definitivamente fortalezcan el ambiente de anticorrupción desde la perspectiva del sistema de control gubernamental en cuya cabeza rectora se encuentra la Contraloría General de la República.

Se necesita asegurar, como medida Constitucional al Órgano Contralor los recursos humanos, técnicos y materiales de necesaria abundancia para enfrentar cualitativa y cuantitativamente a la vorágine cada vez creciente de la corrupción pública como mal pandémico de la sociedad. Para este fin debe disponerse de un porcentaje fijo en el Presupuesto General de la República garantizado constitucionalmente.

Por otra parte, sin menoscabo de los derechos y garantías de los ciudadanos debe por disposición de la Carta Magna hacerse más expedita la vía para el ejercicio del Control Gubernamental por parte de la Contraloría General de la República, limitándose los casos de admisibilidad en los Recursos de Amparo Administrativo y no concederlo en las investigaciones de hechos en que se establezcan presunciones de responsabilidad penal o para impedir el simple inicio de una auditoria donde todavía no se conoce quien o quienes aparecerán como responsables de actividades que todavía resultan imposibles de precisar. En este aspecto se ha avanzado en conversaciones con la Corte Suprema de Justicia, logrando aminorar un poco los límites del Amparo, pero, desde luego, se debe buscar refugio en un texto claro y expreso de la propia Con-

stitución Política a fin de evitar que la mano del hombre caiga en excesos y discrecionalidades a la hora de sopesar la pertinencia de darle trámite a un recurso de amparo. También es necesario abrir irrestrictamente el sigilo bancario para toda investigación o verificación del patrimonio de los servidores del Estado o de los particulares involucrados directa o indirectamente en la función pública. Todo ello entre otras acciones afirmativas.

Consideramos con firmeza que el marco jurídico constitucional justa y verdaderamente ha fortalecido el sistema de control y fiscalización de los bienes y recursos del Estado y de su Órgano Rector la Contraloría General de la República, y creemos que con la nueva Ley Orgánica que permanece en estudio en la Asamblea Nacional, nos insertaremos en la modernidad deseada, que se constituye día a día en las instituciones del Estado y que solamente se logra sobre la base sólida y al amparo de los postulados firmes calcados en nuestra Constitución Política.

Nota

- 1 Presidente de la Contraloría General de la República de Nicaragua.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1987 Y EL RÉGIMEN MUNICIPAL NICARAGÜENSE

Patricia Delgado¹

Los problemas constitucionales no son, primeramente, problemas de derechos, sino de poder; la verdadera Constitución Política de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. Ferdinand Lassalle.

Esta expresión de Ferdinand Lassalle plasmado en la obra *¿Qué es una constitución?*, la cual la componen dos conferencias dadas por él sobre temas constitucionales en el año de 1862, es sorprendentemente válida para el tratamiento que en materia constitucional se le da a la institución municipal en Nicaragua y a lo que verdaderamente sucede en la política práctica que se ha desarrollado con el régimen municipal en la vida institucional del país, especialmente lo referido a la autonomía municipal y a la descentralización. A pesar que el municipio en Nicaragua, al igual que en los otros países de la América hispánica, es anterior al Estado Nacional, y aparece con el sistema de colonización que traen los españoles con la Conquista, naciendo los municipios en nuestra historia con la fundación de la ciudad de León en 1524 y posteriormente la de Granada, y que prácticamente en todas las constituciones de nuestro devenir constitucional se plasma de una u otra manera a los municipios como gobierno de los pueblos del interior dotándolos de determinada autonomía, esta ha sido restringida constitucionalmente. Pero además de esta autonomía restringida y relativa, en la práctica hasta la Constitución Política de 1987 y sus reformas, ha habido una relación esquizofrénica entre el mundo legal y el mundo real en materia municipal y lo que ha prevalecido realmente es un gobierno centralista, jerárquico y vertical con respecto a la autonomía municipal.

Como ejemplo de esto tenemos una de las Constituciones Políticas más emblemáticas de nuestra historia la de 1893, mejor

conocida como La Libérrima, desde el punto de vista de la letra del texto constitucional se estableció la autonomía municipal en materia administrativa y económica, aunque sin denominarla de esta manera, y le otorgó potestades normativas al municipio en materia de policía, higiene e instrucción pública, pero al mismo tiempo, sujeto a los municipios al control jerárquico y de legalidad de los Consejos Departamentales, creado por la misma Constitución Política, el cual era elegido popular y directamente por sus respectivos pueblos y como una de sus competencias le definió: “la aprobación, reforma o anulación de los acuerdos de las municipalidades de su comprensión, que tengan carácter de leyes locales.” Asimismo esta constitución establecía que las municipalidades decretarían libremente las contribuciones locales, las cuales serían directamente sobre la renta y administrarían los fondos de la comunidad en provecho de las mismas, rindiendo cuentas ante el Tribunal establecido en la ley, pero en la reforma a la Constitución Política de 1893 del 15 de octubre de 1896, se decretó que las municipalidades podrían decretar planes de arbitrios pero sometiéndolos a la aprobación del Poder Ejecutivo, es decir se sujeto a los municipios en materia tributaria a la jerarquía del Gobierno Central, convirtiéndose de hecho en un retroceso de la autonomía municipal.

No se puede dejar de mencionar que los municipios han estado sujetos al vaivén de los intereses de los grupos políticos dominantes y la autonomía municipal ha sido víctima de esos intereses, cuyos objetivos han sido concentrar el poder, y dentro de ello golpeando la autonomía municipal, así se da uno de los períodos más oscuros y tristes para el municipalismo nicaragüense y para la historia del país, en el año 1930 con la promulgación de la Ley Creadora del Distrito Nacional, por medio de la cual se eliminó de la institucionalidad municipal, la ciudad capital, Managua, y la transformaron en Distrito Nacional, bajo la sujeción jerárquica del gobierno central.

A esta norma jurídica conculcadora de la autonomía municipal, le siguió el 21 de agosto de 1937 la suspensión de las elecciones municipales por Decreto de Poder Legislativo y el mismo decreto facultó al Poder ejecutivo, para nombrar las autoridades municipales en caso de falta o ausencia, con lo cual el Dictador Somoza, sustituyó a las municipalidades por Juntas Locales, bajo su autoridad, este golpe demoledor a la autonomía municipal y a las municipalidades fue bendecido constitucionalmente en la Constitución Política de 1939 en donde se estableció: art. 300 El Gobierno del Distrito Nacional estará a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercerá por conducto del órgano u órganos que determine la ley. Art. 301 La Administración Pública de cada

Departamento estará a cargo de un Jefe Político nombrado por el Presidente de la República. Art. 303 la administración local de las ciudades, pueblos y villas estará a cargo de Municipalidades nombradas por el Poder Ejecutivo. Esta constitución, no sólo refleja la vocación dictatorial de la dinastía somocista, sino también la orientación centralista del gobierno nicaragüense, para lograr revertir esta lamentable situación de retroceso en materia municipal, se han necesitado más de medio siglo y una lucha permanente de las municipalidades en conjunto con sus ciudadanos, para recobrar el terreno perdido de la autonomía municipal y para tratar de revertir la vocación jerárquica, centralizadora y vertical del Estado de esa época.

Es con la Constitución Política de 1987, que se inicia la historia del municipio verdaderamente autónomo y moderno en Nicaragua, esta Constitución restablece la Autonomía Municipal, arrasada por el régimen somocista y se comienza a construir, por medio, no sólo de lo que establece el texto constitucional, sino por la lucha constante y permanente de las municipalidades por defenderla y profundizarla, por convertirla de palabras rimbombantes y huecas en una política práctica real en la administración pública del país. Así vemos que en la Constitución Política de 1987 en el Título IX División Política Administrativa, Capítulo I De los Municipios, se establece: Art. 175 El territorio nacional se dividirá para su administración en regiones, departamentos y municipios. Las leyes de la materia determinarán la extensión, número, organización y funcionamiento de las diversas circunscripciones. Art. 176 El Municipio es la unidad base de la división política administrativa de país. La ley determinará su número y extensión. Art. 177 El gobierno y la administración de los municipios corresponde a las autoridades municipales, las que gozan de autonomía sin detrimento de las facultades del gobierno central. Art. 178 El período de las autoridades municipales será de seis años, a partir de la toma de posesión del cargo ante el Consejo Supremo Electoral. Art. 179 El Estado promoverá el desarrollo integral y armónico del territorio. Es importante destacar que la Constitución Política de 1987, por primera vez con claridad meridiana define los tres niveles de gobierno y entre ellos crea y constituye el nivel de las regiones, reservándolas para la Costa Atlántica y el nivel de los gobiernos municipales, a ambos niveles les asigna responsabilidades y al departamento, por un lado, no lo constituye como un nivel de gobierno, y por otro, lo deja vacío de competencias y sólo lo designa como un nivel de administración, pero no de gobierno, esto último es uno de los aspectos que en materia de distribución del poder, caracteriza y destaca a la Constitución Política de 1987.

Asimismo, define al municipio como la unidad base de la división política y administrativa del país, aspecto fundamental relacionado con la ordenación del territorio, que el gobierno y administración de los municipios corresponde a las autoridades municipales y por lo tanto lo sustrae de la supeditación jerárquica del gobierno central, poniéndole fin a la liquidación institucional a la que había sido sometido el gobierno local, en la Constitución Política de 1939. Otro aspecto trascendente es que se recupera el carácter electivo de las autoridades municipales y por lo tanto les devuelve la Constitución Política de 1987, el carácter democrático y legítimo de los gobiernos municipales, todo esto permite que en 1990 después de más de 50 años se vuelvan a realizar elecciones municipales en nuestro país.

Algo fundamental que no se puede dejar de señalar es que esta Constitución Política, inicia y constituye dos procesos paralelos, que marcan definitivamente y conforman actualmente la institucionalidad del país, el régimen de autonomía de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, que es desarrollado en la Ley 27, Ley del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 28 del 30 de Octubre de 1987. El régimen autonómico de la Costa Atlántica, fue permanentemente boicoteado por los distintos gobiernos que se sucedieron, negándose a reglamentar la Ley 28 para impedir su aplicación, hasta que fue aprobado por la Asamblea Nacional el 9 de julio del año 2003 el Reglamento de la Ley 28 el cual fue publicado en la Gaceta No. 186 del 2 de Octubre del mismo año, es decir dieciséis años después. El otro proceso es el de la autonomía municipal, el cual se da con la promulgación de la Ley 40, Ley de Municipios publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 155 del 17 de agosto de 1988, en la cual se desarrollan los preceptos constitucionales sobre el régimen municipal, es importante anotar que en esta ley la autonomía municipal, es consustancial, al ejercicio de la democracia mediante la participación ciudadana, como elemento imprescindible de la misma, así vemos que en el art. 2 de la Ley 40 dice: "La autonomía municipal es un principio consignado en la Constitución Política de la República de Nicaragua para el ejercicio de la democracia mediante la participación libre y directa del pueblo". En la Ley 40 se le da contenido y se desarrolla la autonomía municipal, la cual se expresa en: La elección directa de sus autoridades por el sufragio universal, igual, directo, libre y secreto. La creación de sus estructuras administrativas y forma de funcionamiento.

La capacidad de gestionar y disponer de sus recursos y en la existencia de un patrimonio propio de cual tienen una libre disposición. El ejercicio de las competencias que le otorga la ley con el

fin de satisfacer las necesidades de la población. La Constitución Política de 1987 sufre una importante reforma en el año de 1995, mediante la Ley No. 192 de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada el 4 de Julio del año 1995, esta reforma define con más claridad, amplía y refuerza la autonomía municipal, y así vemos como se expresa este precepto constitucional: Art.177.- Los municipios gozan de autonomía política, administrativa y financiera. La administración y gobiernos de los mismos corresponden a las autoridades municipales. La autonomía no exime ni inhibe al Poder Ejecutivo ni a los demás poderes del Estado, de sus obligaciones y responsabilidades con lo municipios. Se establece la obligatoriedad de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República a los municipios del país, el que se distribuirá priorizando a los municipios con menos capacidad de ingresos. El porcentaje y su distribución serán fijados por la ley.

La autonomía es regulada conforme la Ley de Municipios, que requerirá para su aprobación y reforma de la votación favorable de la mayoría absoluta de los diputados. Los gobiernos municipales tienen competencia en materia que incida en el desarrollo socio-económico de su circunscripción. En los contratos de explotación racional de los recursos naturales ubicados en el municipio respectivo, el Estado solicitará y tomará en cuenta la opinión de los gobiernos municipales antes de autorizarlos. La Ley de Municipios deberá incluir, entre otros aspectos, las competencias municipales, las relaciones con el gobierno central, con los pueblos indígenas de todo el país y con todos los poderes del Estado, y la coordinación interinstitucional. De esta manera la Constitución Política reformada establece la triple vertiente de la autonomía municipal: política, administrativa y financiera; política; potestad de auto-gobierno; administrativa, potestad de auto-organización; financiera, potestad tributaria.

La potestad de auto-gobierno, se expresa que el municipio tiene sus propias autoridades que son electas directamente y que ejercen funciones legislativas, por medio del Consejo Municipal y administrativas, por el Alcalde. La potestad de auto-organización, se refleja en que los municipios se organizan de acuerdo a las características y necesidades propias y el gobierno local tiene sus propios manuales de organización y funcionamiento interno. En cuanto a la potestad tributaria, ésta no es originaria, si no derivada ya que a los municipios sólo pueden cobrar los tributos que están establecidos en la ley. Un aspecto a destacar es que se sienta la base constitucional relacionada a que independientemente de la autonomía municipal, el Poder Ejecutivo y los demás poderes del Estado, no están exentos de sus responsabilidades con los

municipios y además se establece la obligatoriedad de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República (PGR) para los municipios, priorizando a los de menor capacidad y que mediante ley se establecerá ese porcentaje.

Este precepto constitucional es la base de las transferencias presupuestaria a los municipios mediante la Ley 466, Ley de Transferencias Presupuestarias para los Municipios de Nicaragua, publicada en la Gaceta No. 157 del 20 de agosto del 2003, que establece hasta un 10% de transferencias para el año 2010, y que para el año 2008 es de el 8%, lo que significa aproximadamente 85 millones de dólares, que comparados con los 5 millones de dólares que se le otorgaron a los municipios en el año 2004, partiendo con el 4% del PGR de ese año, demuestran el avance en este tema, gracias a la lucha de todos los municipios, quienes sin distinciones de colores políticos han luchado unidos por defender esta conquista, la cual se quiso congelar en el año 2005, por medio de la llamada neutralidad fiscal. Otro aspecto relevante es que la Constitución Política reformada, le dio un carácter especial a la Ley de Municipios, ya que para su aprobación y reforma se requiere de la votación favorable de la mayoría absoluta de los diputados, es decir la mitad más uno de los diputados electos, el resto de las leyes tanto ordinarias como especiales, son aprobadas con mayoría relativa, de los diputados presentes en la sesión correspondiente, es decir 47 votos y las leyes constitucionales tales como la Ley de Amparo, la Ley Electoral y la Ley de Emergencia, requieren del 60% de los diputados, es decir 56 votos. Esta especialidad en la forma de aprobar o reformar la ley de municipios, es muy importante porque la misma es la que establece las competencias municipales y la Constitución Política, de esta forma le otorga un doble candado, porque para otorgarle o suprimirle competencias, se requiere de una votación especial en la Asamblea Nacional, al igual que las relaciones del gobierno central y la coordinación institucional. También algo trascendente a señalar es que en esta reforma constitucional, se establecen dos dimensiones al modelo de gestión municipal, por un lado, prestador de servicios y, por otro, gestor del desarrollo económico social en su territorio, creando las condiciones institucionales para convertirlos en socios estratégicos e indispensables para impulsar el desarrollo del país del gobierno central. Asimismo la reforma constitucional de 1995 cambia la forma de elegir al Alcalde y los Concejales, los cuales tienen que ser elegidos directamente y no de forma indirecta, ya que antes de esta reforma se elegían a los concejales y éstos a su vez elegían de entre sí al Alcalde, tal como sucedió en las elecciones de 1990. La elección directa del Alcalde y su Vice Alcalde, en boletas separadas de los concejales, hace más democrático el proceso y le da mayor legitimidad a la figura del Alcalde.

También con esta reforma se crea la figura del Vice Alcalde y se reduce el período de las autoridades edilicias de seis a cuatro años, y asimismo se reduce también el período del Presidente de la República de seis a cinco años y se separan, las elecciones municipales de las elecciones generales o nacionales, permitiendo esto, que se den en el año 2000 las primeras elecciones municipales separadas, de las elecciones nacionales, creando un hito en historia del municipalismo nicaragüense y adquiriendo gran importancia el perfil personal del Alcalde, todo ello en el mejoramiento de las características de las autoridades locales. Así como destacamos los aspectos positivos de esta reforma constitucional, estamos obligados también a señalar desde nuestra humilde opinión los no positivos, en materia municipal. La reforma no permite a los Alcaldes y Vice Alcaldes, la reelección en el período inmediato siguiente, impidiendo esto en alguna medida la continuidad de las buenas administraciones edilicias. Cuatro años es un período muy corto para que un Alcalde impulse un plan de desarrollo municipal sostenible, que incida en el mejoramiento de las condiciones de vida de los pobladores y en desarrollo socioeconómico de su territorio; para un buen alcalde cuatro años es muy poco, por supuesto que para uno malo es una eternidad, pero eso que lo decidan los electores.

En la experiencia internacional tanto en Europa, Estados Unidos, América Latina y en la misma Centroamérica, en la mayor parte de los países se permite las reelecciones de las autoridades edilicias. Con la reforma a la Constitución Política en el año de 1995, se promulga la reforma a la Ley de Municipios mediante la Ley 40/261, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 155 del 7 de agosto de 1988, la cual desarrolla los preceptos constitucionales que en materia de municipios dictó la misma, dentro de ello es importante mencionar la ampliación del marco competencial de los municipios, pasando de 14 competencias a 35. La ampliación del marco competencial municipal que lógicamente debería conllevar a dotar a los municipios de más recursos para poder hacerle frente a las nuevas responsabilidades que se le atribuyeron, contradictoriamente no tuvo esa respuesta, sino por el contrario.

Así el 6 de junio de 1997 mediante la Ley de Justicia Tributaria y Comercial, Ley 257, a los municipios se le restringieron sus ingresos tributarios, al disminuirse el Impuesto Municipal sobre Ingresos (IMI), del 2% al 1.5% en enero de 1998 y al 1% en enero del 2000, dándole un golpe contundente a la columna vertebral del sistema financiero municipal, ya que el IMI, constituía el principal impuesto de los municipios según cálculos de la Asociación de Municipios de Nicaragua (Amunic), los ingresos tributarios municipales, se redujeron producto de la Ley 257 en 800 millones de córdobas. A

partir de la Constitución Política de 1987 y sus reformas se ha ido construyendo todo el andamiaje jurídico municipal nicaragüense, siendo este uno de los más completos de Centroamérica, así tenemos además de la Ley de Municipios y su Reglamento, la Ley de Régimen Presupuestario Municipal, la Ley de Transferencias Presupuestarias a los municipios de Nicaragua, la Ley de Solvencia Nacional, la Ley de Participación Ciudadana y su Reglamento, la Ley de Catastro Nacional y su Reglamento, la Ley de Carrera Administrativa Municipal y su Reglamento, La Ley de Contrataciones Municipales y su Reglamento. Actualmente, dentro de la estrategia legislativa que impulsa Amunic, en conjunto con la Comisión de Población, Desarrollo y Municipios de la Asamblea Nacional, se encuentra la aprobación de: La Legislación Tributaria Municipal, Ley de Ordenamiento Territorial, Ley de Costa, Ley de Urbanismo y Ley de Registro del Estado Civil de las Personas, para completar el marco jurídico municipal. Un tema de especial interés para el país y para el trabajo conjunto y en armonía entre el gobierno central, las Regiones Autónomas y los municipios, es el tema de la política y la estrategia de descentralización, vista la misma como un proceso gradual, consensuado, participativo y compuesto por una trilogía de dimensiones, tales como competencias, recursos y capacidad de gestión.

Con esto quiero decir que es necesario para avanzar en este proceso establecer los roles y los marcos competenciales de los tres niveles de gobierno, definir los recursos que necesita cada nivel de gobierno para hacerle frente a sus competencias y el fortalecimiento de la capacidad de gestión para asumir y responder con eficiencia y eficacia a estas responsabilidades. Los municipios deben ser los articuladores de los actores y las acciones en el territorio, los gerentes del desarrollo y los ejecutores de las obras en su ámbito territorial y los socios estratégicos indispensables para el combate a la pobreza y el cumplimiento de las metas del milenio. Los municipios, más cerca de la gente.

Nota

- 1 Directora Ejecutiva Asociación de Municipios de Nicaragua (AMUNIC).

RÉGIMEN DE LAS FINANZAS PÚBLICAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Wálmaro A. Gutiérrez

SUMARIO: I. Introducción. II. El Régimen presupuestario en la Constitución política de 1974. III. El Régimen presupuestario en el Estatuto Fundamental. IV. El Régimen presupuestario en la Constitución política de 1987. V. Legislación Presupuestaria.

I. Introducción

La nación nicaragüense ha experimentado avances cualitativos de enorme importancia y trascendencia en su ordenamiento jurídico en un período relativamente corto de nuestra historia. Posterior al triunfo de la Revolución Popular Sandinista en el año 1979 los nicaragüenses asumimos la tarea de refundar la República, nuestro nuevo Estado Social de Derecho, lo que demandó un replanteamiento conceptual del poder público a todos sus niveles.

Una de las materias jurídicas que en estos últimos años ha experimentado un ágil, profundo y positivo desarrollo, ha sido nuestra legislación en materia fiscal y financiera, especialmente en las disciplinas tributarias y presupuestarias. Sólo a manera de ejemplo en materia tributaria, no puedo dejar de mencionar y reconocer el gran aporte a nuestra legislación logrado con la aprobación y vigencia de la ley número 562 “Código Tributario de la República de Nicaragua”, publicada en La Gaceta número 227 del veintitrés de noviembre del año 2005.

Retomando el tema presupuestario, es innegable que tal disciplina ha sido objeto de enormes debates y enfrentamientos jurídicos y políticos entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, a los cuales nuestra Constitución Política les ha dictado históricamente el rango de facultades y atribuciones que tales instituciones ostentan,

respectivamente, en este tema. El Poder Ejecutivo formulando la iniciativa de ley y el Poder Legislativo conociendo y aprobando la misma.

Sin embargo, esta división de atribuciones y facultades aparentemente sencilla y clara, en la práctica ha sido la arena de combate en la que se ha desarrollado esta batalla de Poderes.

II. El régimen presupuestario en la Constitución política de 1974

Para no remontarnos mucho en la historia, y sólo a manera indicativa, observemos como en la Constitución Política de 1974, aunque de manera expresa determina la facultad exclusiva de iniciativa de ley en materia presupuestaria al Poder Ejecutivo y reserva al Congreso Nacional en cámaras separadas, la facultad de aprobar el Presupuesto General de Ingresos y Egresos, por otro lado le permitía al Poder Ejecutivo la aprobación de un “presupuesto suplementario extraordinario”, bajo casos de “emergencia” en períodos de receso parlamentario. Así mismo establecía en su arto 150 parte in fine, prohibición constitucional expresa al Poder Ejecutivo de “modificar partidas del presupuesto general de gastos”, no obstante al no observar intrínsecamente relacionados los ingresos y los egresos y no hacer extensiva esta prohibición al presupuesto de ingresos, tal situación hacía permisible e incluso legal, una disminución artificial de los ingresos previstos y de esta manera desfinanciar gastos previamente aprobados por mandato de ley, asestando sendos golpes políticos al Congreso Nacional.

III. El régimen presupuestario en el Estatuto Fundamental

Ya en el período revolucionario y con la publicación del Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua del 20 de julio de 1979, publicado en La Gaceta Diario Oficial del 22 de agosto del mismo año, en base a su arto 10, le correspondía de manera compartida y sin ningún tipo de reservas, la facultad legislativa a la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional y al Consejo de Estado, con un sesgo predominante de esta función en el primero de los órganos, al punto de establecer la aprobación tácita de las leyes que dictara la Junta de Gobierno en caso que el Consejo de Estado no se pronunciara sobre ellas en un plazo de cinco días. Incluso en ese momento la función legislativa le correspondió por un breve período de tiempo a la Junta de Gobierno de Reconstrucción

Nacional hasta no se instalara el Consejo de Estado tal y como lo establecía el artículo 31 del Estatuto Fundamental. Tal situación hacía más que evidente el predominio del órgano que hacía las veces de Poder Ejecutivo para dictar disposiciones que regulaban, entre otros, temas relativos a presupuesto y finanzas públicas.

IV. El régimen presupuestario en la Constitución política de 1987

Con la aprobación de la Constitución Política de la República de Nicaragua en el año 1986, publicada en La Gaceta Diario Oficial, número cinco del nueve de enero de 1987, en los artículos 138 numeral 6 y 150 numeral 7, se restituye la división de atribuciones y facultades por virtud de la cual al Poder Ejecutivo le corresponde la elaboración y posterior sanción promulgación y publicación y a la Asamblea Nacional le corresponde conocer, discutir y aprobar la Ley Anual del Presupuesto General de la República. Sin embargo, de manera transversal continúa observándose en la Carta Magna de ese entonces el inconfundible sesgo de excesiva fortaleza en el Poder Ejecutivo, en relación al resto de Poderes del Estado.

Posterior a ello se da la aprobación de la Ley del Régimen Presupuestario, Ley 51 publicada en La Gaceta Diario Oficial número 243 del 22 de diciembre de 1988, la cual estaba en total consonancia con la realidad constitucional que imperaba en ese entonces. No obstante, con las reformas constitucionales aprobadas en la Ley 192, publicada en La Gaceta Diario Oficial número 124 del cuatro de julio de 1995, y en la cual entre sus profundos cambios se fortaleció de manera significativa al Poder Legislativo, especialmente en materia tributaria y presupuestaria, entre otras; muchas de las disposiciones contenidas en la Ley 51 del Régimen Presupuestario se tornaron inaplicables por estar en abierta contradicción con la nueva realidad constitucional imperante.

Por virtud de esa reforma constitucional, que modifica el artículo 112 Cn se deja claro e indubitable el carácter y naturaleza de ley que ostenta el Presupuesto General de la República, el cual contiene todos los ingresos y egresos ordinarios y extraordinarios de la nación, y determina de manera expresa la facultad del Poder Legislativo de modificar la propuesta de presupuesto presentada por el Poder Ejecutivo con la limitante que en el caso de crear un gasto extraordinario, la misma propuesta debe contener la creación y fijación de los recursos para financiarlo. Precisa ese artículo, que toda modificación al Presupuesto General de la República que suponga aumento o disminución en los créditos presupuestarios, disminución de los ingresos o transferencias

entre las distintas instituciones debe ser aprobado también por la Asamblea Nacional. Concluye de manera categórica que en la Ley del Presupuesto no se puede crear tributos.

La modificación al artículo 113 Cn agrega a su texto la obligación expresa de incluir en la presentación de la Ley Anual del Presupuesto General de la República, para efectos informativos, los presupuestos de los entes autónomos, gubernamentales y empresas del Estado, aportando con ello al esfuerzo nacional de profundizar en el manejo cada vez más transparente de las finanzas públicas.

Es importante destacar como producto de esta reforma constitucional, lo establecido en el artículo 138 Cn numeral 6 reformado, el cual agrega a las facultades ya existentes del Poder Legislativo, de conocer, discutir y aprobar el Presupuesto General de la República, el derecho de ser informada del ejercicio presupuestario, sin restricción alguna, de manera periódica.

Ante esta nueva realidad constitucional, se planteó la necesidad impostergable de crear una nueva generación de textos legales ordinarios en materia fiscal y presupuestaria que vinieran a sustituir y mejorar el cuerpo de leyes regulatorias existentes en ese entonces, todo con el fin de adecuar la legislación ordinaria al nuevo texto constitucional y legislar sobre una serie de temas que las nuevas corrientes y doctrina jurídica en materia de disciplina fiscal y presupuestaria ya planteaban y que nuestro vetusto ordenamiento jurídico carecía.

V. Legislación Presupuestaria

Es de esa coyuntura que nace la ley 477 Ley General de Deuda Pública (legislando por primera vez y a profundidad en materia de endeudamiento público, con ese nivel de complejidad y detalle), publicada en La Gaceta Diario Oficial número 236 del doce de diciembre del año 2003; y la ley 550 Ley de Administración Financiera y del Régimen Presupuestario publicada en La Gaceta Diario Oficial número 167 del 29 de agosto del año 2005 (la cual deroga de manera expresa la Ley número 51 Ley de Régimen Presupuestario); dos leyes que a mi juicio constituyen los pilares fundamentales en los que descansa la nueva visión fiscal y presupuestaria de nuestro país.

En el caso de la Ley de Administración Financiera y del Régimen Presupuestario, tal y como su nombre lo indica, no se reduce a establecer planteamientos solamente en materia presupuestaria, sino que abarca con visión integral regulaciones relativas al sistema

de administración financiera del sector público, fortaleciendo los controles internos que permiten contribuir a la eficiencia, eficacia y transparencia en el uso de los recursos públicos. Así mismo, regula los procedimientos relativos a la formulación, aprobación, ejecución, control, evaluación y liquidación de los presupuestos de todos los órganos y entidades del sector público. Define y desarrolla sobre los subsistemas que componen el Sistema de Administración Financiera, siendo éstos: Subsistema de Presupuesto, Subsistema de Tesorería, Subsistema de Crédito Público y Subsistema de Contabilidad Gubernamental, logrando una articulación y armonía entre ellos.

Se legisla por primera vez y de manera exhaustiva en relación a los presupuestos de los órganos y entidades descentralizadas por funciones, entidades descentralizadas territoriales, empresas del Estado, instituciones financieras del Estado y otros órganos autónomos del Estado dependientes del Presupuesto General de la República. Dedicó títulos especiales para desarrollar el Sistema de Administración de Bienes del Sector Público, Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, y el Sistema Nacional de Inversiones Públicas. Destaca dentro de las novedades de esta pieza jurídica el título especial relativo al Régimen de Sanciones, legislando así sobre la responsabilidad que tiene toda personal natural que dirija o ejecute funciones pública, estén estas comprendidas o no en la Ley 476 Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, a la cual se le hace directa y personalmente responsable por cualquier violación a los postulados de esta Ley 550 y sus disposiciones administrativas, ya sea por dolo, abuso, negligencia u omisión en el ejercicio del cargo.

En el caso de la Ley General de Endeudamiento Público, la misma se aprobó con el objetivo fundamental de regular los procesos de endeudamiento en el sector público. Es una realidad insoslayable la forma poco transparente e incluso irreflexiva y desorientada con la que se manejaba este tema hasta antes de la aprobación de la mencionada ley. Hay que recordar que ante la falta del correspondiente ordenamiento jurídico, los nicaragüenses asumíamos montos millonarios de endeudamiento, bajo la voluntad y discreción de tres personas, el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Presidente del Banco Central de Nicaragua, últimos dos que ante la realidad del origen de sus respectivos nombramientos, al final terminaban siempre respaldando la voluntad del primero, lo que en síntesis reducía la decisión del endeudamiento nacional en manos de una sola persona.

Aunque ya la Constitución Política le otorgaba la facultad a la Asamblea Nacional en relación a la aprobación o rechazo de los

préstamos internacionales, fue con la aprobación de esta ley que se le permite al Poder Legislativo una participación más activa y beligerante en el proceso de endeudamiento del sector público consolidado, abriendo el abanico de participantes y democratizando el proceso en tan importantes decisiones. Esta ley permitió definir claramente lo que es crédito público, cómo está constituida nuestra deuda pública y quiénes son los sujetos de derecho público obligados al cumplimiento de esta ley. Se establece la obligación de formular una estrategia nacional de deuda pública, y de manera anual una política de endeudamiento público, la cual es parte integrante de la Ley Anual del Presupuesto General de la República, estableciendo así la facultad del Poder Legislativo de conocerla, discutirla, aprobarla y darle el seguimiento correspondiente.

Es incuestionable que el endeudamiento público externo e interno ha representado una pesada e injusta carga para todos los nicaragüenses y especialmente para los más pobres, por lo que otorgarle marco legal regulatorio a esta materia constituía en sí misma una urgente e imperiosa necesidad.

Hay que reconocer que el avance legislativo en estas materias, provocado en gran medida por nuestra propia Constitución Política, ha sido un aporte sustantivo y cualitativo a nuestro actual ordenamiento jurídico fiscal y presupuestario, mas tal verdad no debe llamarnos a engaños o conformismo. Hay mucho todavía sobre lo que se debe legislar, debemos orientarnos a una formulación presupuestaria plurianual y por resultado, con claros indicadores que nos permitan evaluar con objetividad el nivel y profundidad de impacto que tienen los recursos contenidos en el Presupuesto General de la República, dentro del marco del combate a la pobreza y la generación de riquezas. Es un reto para los actuales y futuros legisladores la aprobación de un Presupuesto General de la República con enfoque de género. Un presupuesto con herramientas que permitan medir el nivel y calidad de atención que le damos a segmentos tan importantes y vulnerables de la población como son la mujer, la juventud, ciudadanos de la tercera edad; o un presupuesto que permita revertir la inequidad con que regularmente se asignan los recursos públicos, tal es el caso de las regiones autónomas de nuestra Costa Atlántica, las que tantas riquezas nos provee y a las que tan pocos recursos le asignamos, exhibiendo una injusta tasa de retorno que ha provocado la lenta remisión de la pobreza extrema en esos territorios.

Tampoco hay que olvidar que a la par de un marco jurídico eficiente y transparente hay que continuar invirtiendo esfuerzos en el fortalecimiento de las capacidades de las instituciones públicas que velan para por el estricto y fiel cumplimiento de las leyes mencionadas.

Nuestra Constitución ha hablado. De manera contundente ha resuelto que los Poderes Ejecutivos y Legislativos, lejos de ser contendientes en lucha por el control del ejercicio presupuestario, están llamados a ser aliados estratégicos para garantizar que nuestro Presupuesto General de la República sea la principal herramienta de combate a la pobreza y el apalancador del desarrollo económico productivo, con justicia social, de la nación nicaragüense.

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS GUBERNATIVOS Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Soraya Obregón Sánchez¹

SUMARIO: I. Antecedentes. II.- Control judicial de los actos gubernativos. III.- Control Judicial de la Administración Pública.

I. Antecedentes

Dentro del contexto de la conmemoración de los veinte años de la Constitución Política en nuestro país, se hace necesario partir de su entrada en vigencia y las reformas en torno al análisis del tema que nos ocupa.

La Constitución Política de 1987, en su Título X, Capítulo II, estableció el Control Constitucional, conteniendo los recursos de inconstitucionalidad, amparo y de exhibición personal, cuyos instrumentos jurídicos responden a naturaleza jurídicas distintas, sin embargo se circunscriben en mantener la supremacía constitucional, el sometimiento de los poderes públicos al Derecho y la garantía de los derechos de los ciudadanos, lo que se ejerce a través del control jurisdiccional para su efectividad. La atribución de la Corte Suprema de Justicia de conocer y resolver sobre dichos recursos se consigna en el Arto. 164 Cn.

Sin menoscabo del ámbito de competencia ya relacionado, las reformas constitucionales de 1995 ampliaron dichas atribuciones, otorgando el control judicial sobre los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, entre éstos y los particulares; asimismo, los conflictos entre los municipios, entre éstos y los organismos del gobierno central; además de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los

Poderes del Estado y los del Gobierno Central con los Gobiernos Municipales y las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

Las reformas constitucionales posteriores no modificaron el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales, en lo que respecta a los puntos ya señalados, por lo que se podría concluir que dichas disposiciones aunaron a fortalecer el Estado de Derecho, al someter a los poderes públicos a un mayor control judicial.

II. Control judicial de los actos gubernativos

El tema en referencia nos ubica en dos ámbitos distintos: el control sobre los actos gubernativos y los de la administración pública, por lo que se hace necesario definir la naturaleza de cada uno de ellos.

En los antecedentes históricos, los actos de gobierno o político, no se concebían bajo un control judicial, Eduardo García Entería hace referencia de éstos al señalar que en la Jurisdicción Administrativa en los inicios del siglo XIX, los actos políticos o de gobierno se alzaron como núcleo de inmunidad en la actuación del Ejecutivo,² perspectiva que ha variado ante las diferentes posiciones doctrinales que se han desarrollado.

Podemos citar el concepto que el diccionario jurídico nos brinda acerca de **“ACTO DE GOBIERNO:** Acto discrecional del Ejecutivo destinado a la solución de un problema político dentro de los límites señalados por la Constitución del Estado. //Por acto de gobierno se entiende un acto del poder ejecutivo que trasciende más allá de lo administrativo y que, en razón de su contenido político, escapa del control jurisdiccional, tanto de orden judicial como administrativo”.

Dicha definición no señala expresamente cuáles son aquellos actos de carácter político, sin embargo, la doctrina hace una relación a aquellos que tienen que ver con la defensa, soberanía, relaciones internacionales, manteniendo el grado de discrecionalidad del Poder Ejecutivo, así mismo, considerando lo que establece el ordenamiento jurídico de cada país, cuya tendencia moderna es reducir los actos de gobierno que se encuentren fuera de control.

La esfera de los actos políticos o de gobierno se circunscribe en la potestad jurídica del Presidente de la República, estableciéndose el debate de que si éstos deben ser sujetos a pleno control o no.

En razón de lo anterior, Eduardo García de Enterría considera que la falta de control judicial constituye un límite a la extensión objetiva de la jurisdicción contencioso administrativa y para Luis López Guerra, lo primordial no consiste en su extensión, sino la limitación del ejercicio de la dirección política del Poder Ejecutivo, justificando la reserva de dicho accionar ante los demás poderes del Estado. Lo primero plantea la posibilidad de un control pleno y lo segundo un control judicial limitado para los actos propiamente de carácter administrativo, exceptuando aquellos que se les confiere el grado de discrecionalidad que pueda interferir en los aspectos políticos, a fin de no exceder el ámbito de las funciones atribuidas.

Nuestra Constitución Política en el artículo 150 comprende las atribuciones del Presidente de la República, entre los que se determinan actos de carácter político y administrativos, naturaleza que se deduce del contenido mismo de la norma, sin que exista una delimitación expresa entre ellos. En el artículo 164 Cn, se establece como parte de las atribuciones del Poder Judicial, los diferentes medios de control jurisdiccional, entre los que responden a los actos derivados de la administración pública.

En razón de lo dispuesto en la Constitución Política, se aprobó la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo,³ cuyo cuerpo legal señala que no es susceptible a dicho control judicial: **los actos referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y la soberanía nacional**, constituyéndose en un control no pleno, dejando excepcionalmente fuera de la esfera del mismo, aquellos actos que se considera de carácter político y no administrativo.

Sin embargo, pese a la limitación regulada en la ley secundaria, nuestra Constitución Política establece el control de constitucionalidad entre los Poderes del Estado, y con ello el control judicial se extiende sin más límites que lo dispuesto en la norma constitucional para los mismos, entre los que podrían ventilarse actos gubernativos que se excedieran del ámbito discrecional y lesionaran constitucionalmente a cualquiera de los otros Poderes del Estado.

Asimismo, el control judicial que se ejerce a través del Recurso de Inconstitucionalidad, limita el ámbito de discrecionalidad que pudiera observarse en los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo.

Se debe concluir que el control judicial se ejerce de acuerdo a las potestades atribuidas a nuestra Constitución Política, sin que éstas se consideren excedentes en la facultad jurisdiccional. En lo

que respecta a los actos gubernativos el control jurisdiccional no incide en las funciones elementales de índole político que atente contra su naturaleza, sino que dado el caso, se ciñe al examen de juridicidad de requisitos formales que consienten su ejercicio, pero no la atribución constitucional en sí.

III. Control judicial de la Administración Pública

El control judicial de la administración pública se establece en nuestra Constitución Política de forma amplia, lo que constituye un fortalecimiento del Estado de Derecho y brinda a la población de los instrumentos jurídicos adecuados para hacer valer sus derechos, haciendo efectiva la tutela judicial, asimismo somete a la administración pública a la ley y la constitucionalidad de su actuación.

Nuestra Constitución Política establece el control judicial sobre los actos de la administración pública, al regular en el Arto. 164 numerales 10) y 11) Cn. los conflictos administrativos que surgen entre los particulares contra los órganos de la administración pública y de los conflictos que se den entre los municipios o con el gobierno central. Tal disposición se concretizó en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, permitiendo entablar las pretensiones conforme al procedimiento vigente ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe destacar que las reformas constitucionales de 1995 al incorporar este medio de control judicial de la administración pública, hizo posible por primera vez que se concretizará la regulación de la actuación de la administración pública, en una ley específica de la materia, la que entró en vigencia en mayo del 2001, y que ante la inaplicabilidad del procedimiento de doble instancia, imposibilita el control judicial sobre todos los actos regulados en dicho cuerpo normativo, dejando a salvo aquellos que contemplan una sola instancia, los cuales se resuelven por la Sala de lo Contencioso de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, no significa que los actos de la administración pública hayan estado desprovistos del control judicial, sino que ante la falta de dicha regulación, la vía ha sido el Recurso de Amparo que ha suplido, cuyo recurso es de carácter extraordinario y responde a tutelar los derechos constitucionales de los administrados frente a la administración pública, sin embargo, éste no contempla el resarcimiento económico, sino el restablecimiento de los derechos

trasgredidos y obligar a la administración que actué conforme a derecho.

El control judicial sobre los ámbitos ya relacionados, se encuentran debidamente incorporados en nuestra Constitución Política, y desarrollado en las leyes pertinentes. Así mismo responde no sólo al resguardo del Principio de Legalidad, sino que se extiende a un control de carácter constitucional, que permite una mayor seguridad jurídica.

El control judicial es tan amplio, que resguarda la legalidad de los actos de la administración pública no sólo frente a los administrados, sino entre el Gobierno Central, Municipal y las Regiones de la Costa Atlántica, y por otro lado los conflictos de constitucionalidad entre los Poderes del Estado.

Los diferentes controles incorporados en la norma suprema aúnan al fortalecimiento del Estado de Derecho, al obtener una tutela judicial efectiva a través de los diferentes instrumentos jurídicos que a nuestro criterio abarca no sólo los dos aspectos abordados, sino que trascienden en todas las esferas del Estado.

Notas

- 1 Asesora de Magistrado en la Corte Suprema de Justicia. Profesora de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia.
- 2 García de Enterría, Eduardo. Revista de Derecho, Vol. XII, diciembre 2001, pp. 93-114, en que se cita ver comentarios sobre el particular en: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1989 (1ª edic. 1974) y *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994.
- 3 Declarada parcialmente inconstitucional, sin que trascienda a la inaplicabilidad de lo dispuesto en la norma. La ley no surte todos sus efectos, sino aquello que se somete a una sola instancia del proceso.

LA FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INTERÉS GENERAL DE LA NACIÓN

Mayling Dolmus¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Régimen de Servicio Civil en Nicaragua. a. Antecedentes Históricos. b. Fundamentos Jurídicos de la Ley 476.

I. Introducción

En el desarrollo del proceso de modernización del Estado, la Administración pública ha identificado la importancia relevante que tienen los recursos humanos para lograr la efectiva y sostenible transformación que se produce en los diferentes ámbitos: conceptuales, estructurales, tecnológicos, de los procesos, pero sobre todo de la cultura organizacional, siendo este último elemento el que realmente asegura la efectividad de los procesos de cambio: de valores, actitudes, formas de relación, estilos de dirección, formas de trabajo y, en consecuencia, de comportamientos de las personas y de la Administración pública.

Desde esta perspectiva, las personas al servicio de la Administración pública son consideradas como el elemento fundamental con que ésta cuenta para su transformación, ya que de ellas depende el avance y desarrollo de las instituciones y de la Administración pública en su conjunto, por lo tanto, la implantación de un Régimen de Servicio Civil sobre la base del mérito, se constituye en un instrumento de vital importancia para lograrla.

Una efectiva implantación de un sistema integral de función pública sobre la base del mérito tendrá como resultados el mejoramiento de la capacidad de gestión, el incremento de los niveles de rendimiento y una mejor utilización de los recursos del Estado. Todo ello expresado en la prestación de servicios públicos de calidad, en respuestas a las demandas y necesidades de la pob-

lación, contribuyendo al fortalecimiento de la institucionalidad y del sistema democrático.

Las garantías del Régimen de Servicio Civil, se evidencian al proporcionar a los empleados estabilidad en su relación de empleo, condicionada únicamente, al buen rendimiento, al régimen disciplinario y, de forma excepcional, a los ajustes de necesidades ante cambios organizativos claramente motivados por el servicio público. Igualmente se manifiestan al establecer el principio del mérito en el sistema de provisión y en la salida del servicio civil.

La Ley No.476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, permite contar con un régimen jurídico que regula de forma específica la relación de empleo entre el Estado y las personas a su servicio, por lo que constituye la base fundamental para la implantación del Régimen de Servicio Civil con base del mérito.

II. Régimen de Servicio Civil en Nicaragua

Antecedentes históricos

Las relaciones de empleo entre los servidores públicos y el Estado en Nicaragua estuvieron reguladas por el Código del Trabajo de 1945, derogado en 1996, con la aprobación de la Ley No. 185, Código del Trabajo, vigente. El tratamiento que los servidores públicos reciben en el mismo, es el de trabajadores ordinarios, sin que éste establezca regulaciones especiales para ellos, a pesar de que la Constitución Política de la República publicada en 1987 y reformada en 1995, en su art. 131, orienta la regulación específica del Servicio Civil y la Carrera Administrativa, a través de una Ley.

Esa es la razón jurídica en que se fundamenta la creación de la primera Ley del Servicio Civil, Ley No. 70, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, aprobada el 5 de diciembre de 1989 y publicada el 19 de marzo de 1990. Esta Ley, de conformidad al art. 1 establecía los siguientes objetivos:

- Instituir el Sistema de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa.
- Garantizar la eficiencia de la Administración pública, así como ordenar y racionalizar funciones y procesos.
- Contribuir al desarrollo del Estado.
- Contribuir al desarrollo de los empleados públicos como personas.

- Proteger a los empleados como servidores públicos.

Por ser de carácter específico, la Ley No.70 separa la regulación del empleo público del Código del Trabajo y establece diferencias entre el Servicio Civil y la Carrera Administrativa, definiéndolos como: *Servicio Civil*, normas que regulan las relaciones generales entre servidores públicos y el Estado. *Carrera Administrativa*, normas jurídicas del Sistema de mérito, estabilidad y promoción de los servidores públicos cubiertos por la Ley.

Además establece la creación de los Órganos para la conducción del Sistema del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, definiendo su forma de organización, competencias y atribuciones, así como los requisitos para formar parte de los mismos. Estos órganos son: a) Dirección General de Servicio Civil y Carrera Administrativa. b) Comisión de Servicio Civil y Carrera Administrativa. c) Oficinas de Personal y Recursos Humanos Institucionales. d) Comités de Conciliación Institucionales.

No obstante, la Ley No. 70 fue suspendida por el Gobierno de la Sra. Violeta Barrios de Chamorro, mediante el Decreto Ejecutivo 8-90 del 10 de mayo de 1990, el cual fue declarado inconstitucional, mediante sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 18 de junio de 1990. Posteriormente, la Ley No. 70 fue reformada mediante la Ley No. 101, Ley de Reforma a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, aprobada el 19 de mayo de 1990 y publicada en la Gaceta No. 98 del 23 de mayo del mismo año.

La Ley No.70 estuvo vigente hasta el 8 de junio de 2,004, fecha en que fue derogada, con la entrada en vigencia de la Ley No. 476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, pero nunca fue aplicada debido a que:

- No se crearon los órganos de competencia, pues su creación fue suspendida mediante la Ley 101: Ley de Reforma del Servicio Civil y Carrera Administrativa.
- Nunca fue reglamentada, ni por el Presidente de la República, ni por el Ministerio del Trabajo, institución a la cual éste le podía delegar la responsabilidad, de conformidad a lo establecido en la Ley 101.
- No era viable económicamente, debido a que establecía dos meses de salario por cada año laborado, en concepto de indemnización por años de servicio.

Fundamentos jurídicos de la Ley No. 476

La Constitución Política, en sus arts. 130 y 131, establece la necesidad de una regulación especial del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa para los funcionarios y empleados al servicio del Estado. La mención especial del texto constitucional, junto con la previsión de otras normas para regular las condiciones de empleo de determinados colectivos de servidores públicos (Carrera Judicial, Carrera Policial, Carrera Docente, Carrera de Servicio Exterior, Carrera Municipal y otras de la misma naturaleza), fundamenta la creación de una normativa propia y diferente de la que pudiera ser de aplicación al empleo en el sector privado (Código de Trabajo).

Obviamente, la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa respeta, también, los mandatos de la Constitución Política contemplados en el Capítulo V del Título IV referido a los derechos laborales de todo nicaragüense. Sin embargo, la inexistencia, por años, de normas propias para el empleo en el sector público (con excepción del campo docente, la policía y el servicio exterior y, de muy reciente incorporación al ordenamiento jurídico, de la Carrera Judicial y Municipal) y, por el contrario, la aplicación a dicho empleo de las normas previstas para el sector privado como es el Código del Trabajo, ha hecho que, esta norma de orden público (respeto por todos los poderes públicos del Estado), venga a ser considerada complementaria de la Ley No. 476.

Evidentemente, el largo período que ha venido siendo aplicado el Código del Trabajo en el empleo público, ha generado una cultura de aplicación y de generación de derechos cuyo respeto ha sido consignado en la Ley No. 516, que deberán ser sometidos a una paulatina modificación y adaptación a la nueva cultura del régimen propio.

Por ello, es importante tomar en consideración que la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, es preferente a la hora de regular la relación de empleo de los servidores públicos sobre cualquier otra, sin perjuicio de que la normativa laboral pueda ser de aplicación, bien directamente cuando la Ley No. 476 lo establece, o de forma supletoria, según el caso.

La Ley del Servicio Civil, es excluyente al asignarse la regulación de la relación de empleo con los servidores públicos, al establecer en su art. 2, que se entiende por Servicio Civil el conjunto de normas que regulan los derechos, deberes, faltas y procedimientos disciplinarios de los servidores públicos, en su relación integral que mantienen con la Administración del Estado.

Desde esta perspectiva, la Ley No. 476, es el instrumento formal de mayor relevancia para iniciar el proceso de implantación de los diferentes sistemas y de los procedimientos que el Régimen de Servicio Civil establece, ya que los crea y habilita su reglamentación, teniendo en cuenta las nuevas metodologías facilitadoras de la modernización paulatina del empleo público.

La Ley No. 476, además de contener los principios constitucionales referidos a los derechos laborales que los servidores públicos mantienen como trabajadores, también incorpora los principios de estabilidad, mérito, capacidad y equidad. No obstante, el contenido de la Ley en mención presenta una serie de regulaciones que han dado lugar a interpretaciones distintas, generando dificultades en su aplicación, lo cual demanda del órgano rector una actuación coherente y consistente.

Aun reconociendo la vigencia de la norma, existen algunos aspectos que merecen ser considerados en proyectos de reforma para su adaptación o para la mejora de la regulación, a fin de facilitar su correcta aplicación. De igual manera es importante considerar la conveniencia de modificar en el futuro, otras normas relacionadas al ejercicio de la función pública para garantizar la articulación y coherencia del marco jurídico a través del cual la Administración del Estado transmite sus principios y normas con relación a la profesionalización del empleo público.

Es importante hacer énfasis que todo el marco normativo que integre el sistema de función pública debe plantearse como un instrumento que sirva de influencia positiva en el actuar de los servidores públicos. Si el Estado juega un papel fundamental en la consecución del bienestar de la sociedad en su conjunto, entonces, se hace necesario fortalecer el Estado mediante el establecimiento de un sistema de función pública que garantice la profesionalización de los servidores públicos, bajo principios meritocráticos, y que contribuya a la gobernanza y una mejora en la gestión pública.

Nota

- 1 Jefe de Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público.



El Derecho
Internacional
y el Derecho
de Integración

10

LAS CONSTITUCIONES DE CENTROAMÉRICA Y EL DERECHO COMUNITARIO

Mauricio Herdocia Sacasa¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La Base Constitucional del Derecho Comunitario. III. La Relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional. IV. Los Contenidos del Derecho Comunitario en Centroamérica. V. La Relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Una pregunta frecuente que surge en los debates académicos y análisis jurídicos sobre el proceso de integración regional está referida a la existencia o no de una base constitucional para el establecimiento y desarrollo del Derecho Comunitario en Centroamérica y, en caso afirmativo, la búsqueda de respuestas al interrogante sobre cuál es la relación entre el Derecho especial así surgido y el ordenamiento legal interno.

Independientemente de los que pensamos que una parte de este debate descansa en premisas ya superadas o con un fondo falso, es importante indicar que para una parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales regionales,² el Derecho Comunitario tiene una supremacía sobre el ordenamiento legal interno; en tanto que para otros sectores, también muy importantes, la supremacía se limita a las leyes, pero no alcanza a la Constitución Política. Se suma a estas discusiones, una pregunta clave sobre la relación entre Derecho Internacional y el Derecho Comunitario y su vinculación recíproca que, a su vez, influenciará de forma determinante la perspectiva total de las consideraciones jurídicas sobre el conjunto y la aproximación a estos temas.

Qué tan bien equipadas están nuestras Constituciones Políticas, incluyendo especialmente la nicaragüense, para lidiar con estos

problemas y evitar confusiones innecesarias, es parte de los objetivos de este pequeño ensayo que no tiene otro propósito que el de mostrar algunas salientes de las discusiones y, ojalá desvanecer ciertos mitos.

Cualquier análisis sobre las Constituciones de Centroamérica y el Derecho Comunitario, debería tener los siguientes puntos de partida:

Una de las características del mundo actual consiste en una más acelerada y profunda expansión de los ámbitos de acción del Derecho Internacional, en áreas otrora reservadas a la jurisdicción interna de los Estados.³ Hoy, a diferencia del mundo de las Naciones Unidas o de la primera Carta de la OEA, el Derecho Internacional ha ampliado las materias sujetas a su competencia. El menú de las cosas internacionales ha crecido en la misma medida en que el mundo ha ensanchado sus linderos y horizontes.

Una segunda nota del mundo contemporáneo consiste en la ruptura del monopolio del Estado⁴ para abrir paso a los nuevos sujetos del Derecho Internacional y otros actores emergentes que van ocupando su lugar de honor en la mesa ampliada de la nueva sociedad internacional.

Junto al poderoso Leviatán, se sientan hoy los “antiguos súbditos” y la persona humana pugna por establecer su centralidad. En el Derecho Comunitario, los actores no son sólo los Estados miembros del SICA, sino la Comunidad misma, los órganos e instituciones del Sistema, los Estados Asociados y, por supuesto, las personas que gozan incluso, bajo determinados supuestos de competencia, de acceso directo a la Corte CA de Justicia (*ius standi*).

Tales características van acompañadas de un prodigioso acercamiento entre los mundos normativos del Derecho Interno de los Estados y el Derecho internacional. A la fragmentación y dispersión de los diversos órdenes nacionales como consecuencia del surgimiento del Estado-Nación y los procesos de descolonización posteriores, le ha seguido un proceso inverso de concentración, como resultado de la acción internacional en el campo fundamentalmente de los tratados y el desarrollo del Derecho Internacional Consuetudinario⁵ y sus efectos cada vez más directos sobre las legislaciones internas y la influencia de esta última sobre los desarrollos internacionales.

Cada vez con mas fuerza y vigor se aprecia una “permeabilidad” e interdependencia entre dichos ordenes jurídicos, lo cual facilita –literalmente– el paso de los sujetos del Derecho Internacional de

un ámbito a otro.⁶ El Derecho Comunitario ha contribuido grandemente a este acercamiento⁷ entre los mundos normativos interno e internacional, debido a los procesos de armonización legislativa, los principios de aplicación directa y efecto inmediato de la norma comunitaria en el ordenamiento doméstico y la consulta prejudicial. En ese sentido, los individuos y las organizaciones internacionales cobran nuevas formas y modalidades de interacción e invocación del derecho que imprimen un renovado dinamismo a las relaciones internacionales e intracomunitarias.

II.- La base constitucional del Derecho Comunitario

Ciertamente todas las Constituciones Políticas de los países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) –incluyendo la de Nicaragua– contemplan normas que permiten, ya sea directa o indirectamente, la transferencia de competencias a órganos o instituciones comunitarias y el desarrollo de un proceso de integración de vocación comunitaria.

La Corte Centroamericana de Justicia ha reconocido esta situación al indicar que:

En el área centroamericana, la vivencia de un Derecho Comunitario está garantizada por normas propias de las Constituciones de todos sus Estados...⁸

La Constitución Política de El Salvador, establece que *La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las Repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de **organismo con funciones supranacionales** (énfasis agregado).*⁹

En Costa Rica, la Constitución Política¹⁰ establece que *Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.*

Guatemala abre la posibilidad de que el Congreso ratifique los tratados que *...establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano.*¹¹

Por su parte, la Constitución Política de Nicaragua ...*privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de una Gran Patria Centroamericana*.¹² Se reconoce igualmente que *El pueblo de Nicaragua es...parte integrante de la nación centroamericana*¹³ y que *Nicaragua defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central,...En consecuencia, participará con los demás países centroamericanos...en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines*.¹⁴

Honduras, si bien no contiene normas expresas sobre la creación de órganos comunitarios, consagra la fe puesta en *la restauración de la Unión Centroamericana* y reconoce el proceso de integración y el respeto a los tratados y convenios que suscriba.¹⁵

Panamá por su parte, consagra en la Constitución Política la promoción de la integración regional como uno de los *finés supremos* del Estado.¹⁶

Belice, se ubica constitucionalmente como un Estado democrático soberano de Centroamérica.¹⁷

III. La relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional

Cuando se habla de Derecho Comunitario no estamos refiriéndonos a una rama independiente del Derecho Internacional. El Derecho Comunitario sólo puede formarse de forma originaria mediante tratados debidamente aprobados o ratificados por los respectivos parlamentos nacionales. Es entonces en virtud del principio de soberanía que los Estados asumen determinadas obligaciones y derechos especiales a la luz de aquellos arreglos que soberanamente han decidido.

Recuérdese que, lejos de menoscabarla, ...*la facultad de contraer compromisos internacionales es un atributo de la Soberanía del Estado*,¹⁸ tal como lo ha indicado la Corte Internacional de Justicia.

La Corte mundial ha dicho también que ...*no percibe, dentro de todo el abanico de materias sobre las cuales puede tratar un Acuerdo Internacional, ningún obstáculo, ni ninguna disposición que impida a un Estado asumir un compromiso*.¹⁹

Por consiguiente agrega, *El Estado que es libre de decisión en su orden interno, es soberano para aceptar en ese dominio una limitación de su Soberanía.*²⁰

Una confusión frecuente, consiste entonces en dar carta de independencia a un Derecho que solo puede constituirse como una rama especializada con características y contenidos propios, pero *dentro* del Derecho internacional.

Los Estados, siempre en base al principio de soberanía, acuerdan un régimen especial, inclusive con reglas distintas a las existentes en el marco general²¹ (de ahí su carácter relativamente autónomo), para regular las relaciones comunitarias entre Estados pertenecientes a una misma región que aspira a su integración.

El hecho de que el Derecho Comunitario se aplique en lugar de la norma general (a la cual se pudo haber renunciado en virtud del principio de soberanía), no lo convierte en un Derecho independiente ni superior que ha formado "casa aparte" de los dominios del *ius gentium*.

Todo lo contrario, el Derecho comunitario se aplica precisamente en virtud de ser un derecho especial que tiene preferencia sobre la norma general en razón del principio que indica que la *lex specialis* prevalece sobre la norma general²² y no por tener ningún tipo de supremacía, independencia o superioridad sobre el Derecho Internacional.²³ Forma parte integrante del árbol del Derecho Internacional en tanto que una de sus ramas y se nutre de su savia y de su existencia.

Si una norma comunitaria violentase el Derecho Internacional, el o los Estados infractores sufrirían las consecuencias y cargarían con las responsabilidades propias de un hecho internacionalmente ilícito que les sería atribuible.²⁴

Para Aracelli Mangas, especialista en Derecho Comunitario, al comentar lo sucedido con la Constitución Europea, ha indicado que:

"Se agradece esta clarificación: La UE es una organización internacional anclada en el Derecho Internacional, en cuyo marco ha conseguido ser un ejemplo paz y bienestar para el resto del mundo en el respeto a la permanencia de sus Estados. Con buen sentido el Consejo Europeo ha acordado que es el momento de desinflar la burbuja constitucional y las falsas expectativas grandilocuentes sobre un proceso cuyo horizonte hay que anclar en la realidad del Derecho Internacional y del protagonismo insoslayable de los Estados y a través de éstos, de su ciudadanía. Hay que decir la verdad sobre lo que existe y sobre lo que es posible."²⁵

La realidad es siempre incontrastable, ya sea la UE o el SICA, “seguimos siendo una estructura jurídica y política de Derecho Internacional”,²⁶ donde la soberanía es la fuerza que modela la arquitectura comunitaria.

IV. Los contenidos del Derecho Comunitario en Centroamérica

Ya en la reforma a la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA) de 1962 sería recogida en toda su majestad y fuerza la idea de una Comunidad Económica-Política, frase que se recogería en el propio art. 1 del Protocolo de Tegucigalpa que crea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) de la siguiente manera:

Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá son una Comunidad Económica-Política que aspira a la integración de Centroamérica. Con tal propósito se constituye el Sistema de la Integración Centroamericana, integrado por los Estados Miembros originales de ODECA y por Panamá que se incorpora como Estado Miembro.

Más tarde, Belice asumiría el paso histórico de adherirse al Protocolo de Tegucigalpa y la República Dominicana se incorporaría como Miembro Asociado.

El Protocolo de Tegucigalpa de 1991, en una histórica decisión, incorporaría a la Corte Centroamericana de Justicia dentro de la estructura fundamental del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), como un órgano del mismo,²⁷ investida de plenos poderes, cumpliendo así la aspiración de un relevo necesario de la antigua Corte de Cartago, luego de casi 73 años de interrupción.

La base del nuevo Derecho Comunitario se construiría sobre la norma que disponía: “Este Protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. No obstante, quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados, siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos”.

La normativa originaria de este Protocolo, cuya supremacía jerárquica ha sido ratificada por La Corte en su amplia doctrina y jurisprudencia,²⁸ estableció igualmente que toda controversia so-

bre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el Protocolo y demás instrumentos de la Comunidad, debía someterse a la Corte. De ahí resulta con toda claridad que todos los Estados del SICA, sean o no Parte del Estatuto,²⁹ están sujetos a la jurisdicción y a la interpretación de la norma comunitaria.

El Estatuto de la Corte indica con toda claridad que la soberanía estatal queda limitada por el sometimiento a la jurisdicción de La Corte. Cierto es que esta trascendental afirmación no demerita en nada aquel principio tan esencial, ya que se trata realmente, como lo ha dicho la Corte, de la conformación de una soberanía regional mayor, donde confluyen las aguas de las soberanías nacionales respectivas en un sólo y vigoroso caudal compartido.

De igual manera, el Estatuto diría con toda firmeza que la Corte constituye un órgano supranacional. Una vez más, esto no significa la derogación del orden nacional ni su sustitución. Todo lo contrario. La comunidad interviene única y exclusivamente en aquellas esferas donde hay un valor agregado, subsidiario y adicional que no se logra nacionalmente.

Significa que los Estados depositan en órganos imparciales e independientes –por su propia voluntad soberana– determinadas competencias y atribuciones para realizar obras que requieren de una escala mayor de esfuerzos conjuntos.

La supranacionalidad de la Corte se expresa en su autonomía y composición independiente de los gobiernos, facultad normativa, la fuerza interpretativa y vinculante de su doctrina y jurisprudencia y en el carácter obligatorio de sus fallos.

Nada de ello desdice la idea de un orden comunitario que entra en estrecha y respetuosa cooperación con los actores indisputados de la jurisdicción interna de los Estados. La jurisdicción regional no es una instancia de superioridad jerárquica.³⁰ Todo lo contrario, es un órgano fundamental del Sistema que entra en relaciones de coordinación y recíproca colaboración.³¹

Si puede decirse en tales términos, un propósito fundamental de todo Derecho Comunitario es que el mismo sea aplicado con efecto inmediato por los órganos de la jurisdicción nacional, tomándolo de forma directa del ordenamiento comunitario.

La propia Corte ha definido las características particulares de este Derecho Comunitario, influida en parte por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, manifestando que:

...el derecho Comunitario, tiene como principales rectores: Su autonomía, en cuanto tiene su propio ordenamiento normativo; su aplicabilidad inmediata, en cuanto se convierte automáticamente en forma clara, precisa e incondicional, en normas de derecho interno de los Estados Miembros, sin necesidad que éstos realicen acto alguno para incorporar las normas comunitarias a su derecho, sin que se confundan con éste último y que las autoridades nacionales tienen que aplicarlo obligatoriamente, su efecto o aplicabilidad directa, en cuanto las normas comunitarias pueden crear por sí mismas derechos y obligaciones para los particulares, o imponer a los Estados Miembros, su concreción y desarrollo para que sean plenamente eficaces; su primacía, ya que las normas comunitarias ocupan un lugar prioritario respecto a las normas nacionales, dado que su aplicación es preferente o prioritaria respecto al Derecho Interno de los Estados Miembros,..., ya que no tendría sentido que sus efectos puedan ser anulados o eludidos por los Estados; y, finalmente, el Principio de Responsabilidad del Estado, formulado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que afirma que los Estados están obligados a reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación de normas comunitarias.

Otro principio comunitario aportado por esta Corte a la jurisprudencia comunitaria, es el referido a la interpretación favorable del Derecho Comunitario. Esto es que, en caso de duda sobre el alcance o la interpretación de una norma comunitaria, debe hacerse la exégesis en el sentido más favorable y positivo posible, sin romper ni forzar, obviamente, los moldes de la lógica y el sentido común.

Igualmente, no podría dejar de resaltar, un principio que contribuye también a hacer del Derecho comunitario un derecho especial, y es el referido al cumplimiento de las obligaciones de buena fe, “y sin condicionamientos de reciprocidad”. Ello significa que a diferencia del derecho clásico, las contramedidas y represalias no son admitidas en el Sistema y se deja en manos de la Corte la solución de cualquier diferencia.

La Corte ha afianzado también un nuevo principio relativo a la Irreversibilidad de competencias comunitaria, que aplicó en el caso de la Demanda por Acción de Nulidad contra la Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), que reforma al art. 35 de dicho Protocolo.

V. La relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno

La jurisprudencia costarricense de la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

*...se entiende por 'comunitaria' aquella normativa que, aunque creada mediante fuentes típicas del Derecho de Gentes como son los tratados, en realidad tienen un carácter 'supranacional'...*³²

En efecto, *los tratados* son las fuentes típicas del Derecho Comunitario originario y su relación con las Constituciones es por consiguiente aplicable.³³

En el ámbito constitucional centroamericano, algunos textos consagran expresamente la relación entre el derecho interno y los tratados.

En el caso de Costa Rica, el art. 7 de la Constitución,³⁴ establece que *Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.*

En el caso de El Salvador, el art. 144 de la Constitución establece que *Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.*

Igualmente establece que *La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un Tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado.*

En el caso de Guatemala, el art. 46 (Preeminencia del Derecho Internacional), establece el principio general de que *en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.*

En el caso de Honduras, el art. 16 establece que *Los Tratados Internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entren en vigor, forman parte del derecho interno.*

Por su parte el art. 18 establece que *En caso de conflicto entre el Tratado o Convención y la ley prevalecerá el primero.*

En el caso de Panamá, el art. 4 de la Constitución establece que *La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.*

En el caso de Nicaragua, el art. 182 indica lo siguiente: *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 le opongan o alteren sus disposiciones.

Es importante anotar que la Constitución Política nicaragüense sólo se refiere a las relaciones entre la Carta Magna y los tratados; no existe –y aquí parecería existir un vacío– una norma constitucional que se refiera expresamente –como es el caso de las Constituciones de Costa Rica, El Salvador y Honduras, por ejemplo–, a la relación entre los tratados y las leyes.

No obstante, tan temprano como 1953, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según Boletín Judicial No. 16742 del 4 de marzo de 1963, reconoce que: “...Ratificado un tratado internacional es ley de la Republica. III.- Para que un convenio internacional tenga fuerza de Ley, es menester la aprobación del Poder Legislativo. IV.- Siempre que un tratado internacional contenga disposiciones que se opongan a las leyes vigentes, pero no a la Constitución, tales leyes quedan tácitamente derogadas desde la publicación en la Gaceta del tratado ratificado”.

Mediante Ley No. 490³⁵ se reformó acertadamente el art. 138, inciso 12, que pasó a leerse de la siguiente forma:

“Art. 138 *Son atribuciones de la Asamblea Nacional:...*

12. Aprobar o rechazar los instrumentos internacionales celebrados con países u organismos sujetos de Derecho Internacional.

Dichos instrumentos internacionales solamente podrán ser dictaminados, debatidos, aprobados o rechazados en lo general, sin poder hacerles cambios o agregados a su texto. La aprobación legislativa les conferirá efectos legales, dentro y fuera de Nicaragua una vez que hayan entrado en vigencia internacionalmente,³⁶ mediante depósito o intercambio de ratificaciones o cumplimiento de los requisitos o plazos, previstos en el texto del tratado o instrumento internacional (énfasis y nota al pie agregados).

Por otra parte, el art. 182 dispone una relación general entre un Tratado y la Constitución Política. Pero para algunos autores, determinados textos de la Constitución Política nicaragüense elevan ciertos tratados al rango constitucional,³⁷ lo cual plantea una situación aparentemente distinta.

La Constitución Política nicaragüense tiene también diversas normas referidas al derecho internacional. Por ejemplo, cuando indica que *Nicaragua se adhiere a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado sober-*

anamente,³⁸ donde el principio *pacta sunt servanda* forma parte de tales principios.

Asimismo, la Constitución Política en diversas disposiciones expresamente remite a los tratados en el desarrollo de un determinado campo.³⁹ Tal es el caso en el ámbito de la integración regional, donde la Constitución Política autoriza la creación o elección de los organismos necesarios para los fines relacionados con la Unidad Centroamericana y la integración, agregando que; “Este principio se regulará por la legislación y los tratados respectivos”⁴⁰ (énfasis agregado). Por consiguiente, los tratados de integración son entonces desarrollo de una norma constitucional.

VI. Conclusiones

- 1.- Una primera conclusión consiste en afirmar, sin género de dudas, que las Constituciones centroamericanas prestan una base sustantiva y suficiente para el desarrollo de un proceso de integración con órganos e instituciones dotados de las facultades necesarias para llevarla a cabo, incluida la posibilidad de trasladar competencias para la realización de empresas de carácter regional que no podrían realizarse a partir de esfuerzos simplemente nacionales (Principio de Subsidiariedad).
- 2.- En el caso de la Constitución Política nicaragüense resulta evidente que presta total apoyo a la idea de la conformación de un espacio de integración regional y a la conformación de un Derecho Comunitario. Las normas constitucionales propenden sin vacilaciones hacia la integración regional y permiten la conformación de instituciones comunitarias vía tratados internacionales.⁴¹
- 3.- Tan importante como los indudables alcances constitucionales en materia de integración, es el hecho que en Centroamérica todos los Estados son Parte del Protocolo de Tegucigalpa que crea el SICA. Ello implica la aceptación del Derecho Comunitario ahí creado, así como el desarrollo del mismo en instrumentos complementarios, actos derivados y la doctrina y jurisprudencia de la propia Corte Centroamericana de Justicia.
- 4.- En cuanto a normas expresas que rijan la relación entre los tratados y la Constitución Política es notoria la divergencia entre los distintos textos supremos. Mientras algunas Constituciones son muy claras y directas, otras dejan a la jurisprudencia el tema o bien se refieren al mismo de forma menos directa. No obstante, ya sea directa o indirectamente, se reconoce que, como norma general, un tratado tiene fuerza superior a la ley

y que no es aplicable en esta materia el principio *lex posterior derogat legi priori*.

- 5.- Por consiguiente, es norma expresa o bien jurisprudencia e interpretación común en Centroamérica que los tratados internacionales, que son las *formas típicas* con que se construye el derecho comunitario *originario*, se incorporan al derecho interno una vez cumplidos los procedimientos de aprobación, ratificación o adhesión que fija el derecho interno y las disposiciones propias del tratado; prevalecen sobre la ley y no pueden ser afectados ni derogados por ésta.⁴² Ello facilita el efecto directo y aplicación inmediata del Derecho Comunitario en el “torrente sanguíneo” de la ley doméstica, invistiendo al individuo y demás sujetos comunitarios del poder para su invocación.
- 6.- En el caso de la Constitución Política de Nicaragua, la relación del binomio Tratados-Leyes, está implícita o bien en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En tal sentido, cabe tener presente la forma en que el Derecho constitucional comparado ha incluido normas explícitas y claras, en lo que parece constituir una mejor técnica jurídica. Además que tal precisión no hace sino abonar claridad a una forma de relación que ya existe y se aplica en el derecho nicaragüense.

En ese sentido, podría ser importante tener presente, en su debido momento, la consideración de normas que aclaren la relación entre Tratados y leyes en los siguientes ámbitos a título indicativo:

- 1.1 Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez cumplidos los requisitos para su vigencia, pasan inmediatamente a formar parte del derecho interno.
- 1.2 Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez cumplidos los requisitos para su entrada en vigencia, prevalecen sobre las leyes.
- 1.3 Las leyes posteriores a un tratado vigente no podrán modificar, derogar ni alterar su contenido.⁴³
- 7.- Por otra parte, el derecho que se deriva de los tratados de naturaleza comunitaria y de los órganos facultados expresamente para realizar la integración centroamericana, según lo dispuesto en los tratados originarios, no requerirá de la aprobación legislativa, en la medida y dentro de lo dispuesto estrictamente por tales instrumentos jurídicos originarios.⁴⁴

- 8.- Sobre la relación Tratados-Constitución, es importante tomar en consideración que los instrumentos jurídicos internacionales son sometidos a un riguroso proceso legislativo previo dirigido a garantizar su conformidad con la Constitución. En algunos Estados, los tratados son sometidos al control constitucional previo en sede judicial, lo que parece ser una correcta medida dirigida a evitar acciones que puedan eventualmente ocasionar problemas más adelante con las normas del Derecho Internacional.⁴⁵
- 9.- En principio,⁴⁶ no debería por consiguiente de existir un conflicto entre un tratado válidamente celebrado que ha pasado por el filtro legislativo, por una parte, y la Constitución, por otra.⁴⁷ Hay tratados, por otra parte, que la propia Constitución Política parece haberles dado un rango fundamental en áreas como los Derechos Humanos. Otras veces, la Constitución Política dispone expresamente su desarrollo convencional en cierto sentido. Ya hemos visto arriba que el derecho comunitario tiene sin dudas, una base constitucional y que la Carta Magna reconoce los principios del Derecho Internacional Americano. Parece conveniente entonces adoptar –al menos como una primera medida–, un principio de interpretación armónica y sistémica. Un principio de integración sistémica, parece brindar las herramientas para una adecuada interpretación, al menos en una primera aproximación.⁴⁸
- 10.-La Constitución Política establece, como hemos visto que el principio de unidad e integración política y económica y la cooperación en Centroamérica se “regulará por la legislación y los tratados respectivos”,⁴⁹ lo cual debe incluir aquellos dirigidos a establecer un ordenamiento de carácter comunitario, carácter aplicable también, en su caso, a los “organismos necesarios para tales fines”.

Notas

- 1 Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Presidente de este órgano principal de la Organización y Presidente de su Centenario. Miembro del Comité para el tema de la Corte Penal Internacional. Miembro del Centro Interuniversitario de Estudios para la Integración (CIPEI). Profesor y Miembro fundador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- 2 La Corte Centroamericana de Justicia por ejemplo ha indicado que “Las relaciones entre las disposiciones contenidas en los Convenios Centroamericanos de Integración, en el Derecho Comunitario Centroamericano y en el Derecho Interno de cada Estado, son jerárquicas, prevaleciendo las de los dos primeros sobre las de este último, en caso de conflicto entre ellos”. Opinión de las 11:30 horas del 5 de agosto de 1997.

- 3 Kelsen, Hans escribía que *...no existe materia que no pueda ser regulada por el derecho internacional. Este muestra cada vez más la inclinación a regular materias que originalmente sólo fueron regladas positivamente por el derecho nacional; la tendencia es a restringir más y más la llamada jurisdicción interna de los Estados, puesto que los asuntos llamados de jurisdicción interna están sujetos cada vez más a ser reglado por tratados*; citado por Arrighi, Jean Michel en *Tratado de Derecho Internacional Público*, obra dirigida por Eduardo Jiménez de Aréchaga, Tomo I, Capítulo VII, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, p. 322.
- 4 Sin negar el papel protagónico y central que continúa jugando, tiene nuevos interlocutores que comparten el escenario internacional.
- 5 En el campo del Derecho Penal Internacional, por ejemplo, los tipos penales se han ido ajustando tanto a nivel interno como internacional. Igual sucede con las normativas del medio ambiente, donde la influencia recíproca es muy grande, para citar dos ejemplos.
- 6 Herdocia Sacasa, Mauricio. *Soberanía Clásica, un Principio Desafiado... ¿Hasta dónde?* 3H S.A. 2005, pp. 9-23.
- 7 Son aguas que dan la impresión creciente de traslaparse, pero no se confunden, preservando su identidad y existencia propia.
- 8 Sentencia de las diez horas del trece de diciembre de 1996.
- 9 Arto. 89.
- 10 Arto. 121, inciso 4.
- 11 Arto. 171 inciso L. 2.
- 12 Arto. 5 *in fine*.
- 13 Arto. 8 de la Constitución Política de Nicaragua.
- 14 Arto. 9.
- 15 Preámbulo y arto. 335.
- 16 Preámbulo.
- 17 Constitución de 1981.
- 18 Decisión del 17 de agosto de 1923, Caso del vapor Wimbledon, Serie A, Número 1, p. 25.
- 19 ICJ Reports 1986, p. 131, párrafo 259.
- 20 *Ibid.*
- 21 Por ejemplo renuncian a las contramedidas o a la formulación de reservas, lo cual lejos de ser contrario al Derecho internacional, es parte del “abanico de materias” que los Estados son libre de poner en la mesa de las disposiciones si esa es su voluntad.

- 22 Técnica utilizada para resolver los conflictos de normas surgidos en el campo del Derecho Internacional y del derecho interno.
- 23 “La precedencia de la ley especial sorbe la ley general se justifica por el hecho de que la ley especial, al ser más concreta, suele tener más en cuenta que cualquier ley general aplicable las características particulares y el contexto en el que se debe aplicar”. Suplemento No. 10 (A/61/10). Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.
- 24 Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.
- 25 Mangas Martín, Araceli; Opinión: *Reflotar Europa tras Hundir la Nave Constitucional*, El Mundo. Tribuna Libre, lunes 25 de junio de 2007.
- 26 Ibid.
- 27 Arto. 12 del Protocolo de Tegucigalpa.
- 28 “El Protocolo de Tegucigalpa de 1991 es en la actualidad, el tratado constitutivo marco de la integración centroamericana, y por tanto el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra norma centroamericana, sean éstos, Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa”. Resolución de las 10 horas del día 24 de mayo de 1995.
- 29 Elaborado por el Consejo Judicial Centroamericano, conformado por las Cortes Supremas de Justicia de los Estados. Los Presidentes lo firmaron íntegramente, salvo lo relativo a la resolución de disputas territoriales que sufrió ciertos cambios.
- 30 En una reciente decisión, la Corte declarararía sin lugar una solicitud, “porque este tribunal Supranacional **respeto la independencia y autonomía del juez nacional** en el ejercicio de las competencias que le confiere el Derecho interno de su respectivo Estado”.
- 31 En Resolución del 30 de octubre de 2002, la Corte Centroamericana de Justicia manifestó que “no es un tribunal de alzada para conocer de las resoluciones jurisdiccionales o administrativas pronunciadas de acuerdo a su derecho interno por los Estados miembros del Sistema de la Integración”.
- 32 Sentencia 1079-93 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y tres.
- 33 La Comisión de Derecho Internacional ha indicado que “...los tratados, independientemente de la materia que constituya su objeto, son creación del sistema jurídico internacional, y su funcionamiento se basa en ese hecho”. Suplemento No. 10 (A/61/10).
- 34 Ley 4123 de 31 de mayo de 1968.
- 35 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 132, del 7 de julio de 2004.

- 36 Aunque no se dice directamente, esta norma reformada apunta en la dirección correcta de validar, una vez entrado en vigor un tratado, su aplicabilidad interna, sin dejar a una legislación posterior su “incorporación” al orden doméstico.
- 37 “Ciertas constituciones conceden igual valor a los tratados que a la Constitución. Ejemplo de ello es el artículo 75 inciso 22 de la Constitución argentina, en relación con algunos documentos internacionales sobre derechos humanos, también recogidos en parte por el artículo 46 de nuestra Constitución. Estos tratados tiene el mismo valor que la Constitución...” Escobar Fornos, Iván en *El Derecho Constitucional Nicaragüense*. Publicado en el libro “Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia. Conflicto entre Poderes del Estado en Nicaragua”. Esquipulas Zona Editorial. 2005.
- 38 Arto. 5 párrafo seis de la Constitución Política de Nicaragua.
- 39 Artos 5, 9, 22, 46 y 71.
- 40 Arto. 9 de la Constitución Política de Nicaragua.
- 41 Debe recordarse que en virtud del principio de Soberanía un tratado puede disponer no sólo de una amplísima gama de asuntos, sino de procedimientos simplificados para el desarrollo ulterior de un derecho complementario y derivado.
- 42 Otra interpretación generaría un conflicto grave con el Derecho Internacional, ya que –como punto de partida– los actores de un Tratado son varios Estados u organismos internacionales y Estados, es decir, no únicamente el Estado de Nicaragua.
- 43 Una posibilidad también planteada entre diversas posiciones es que “El tratado, pues, debe celebrarse de acuerdo con la Constitución vigente, pero la posterior constitución o reforma no podría violarlo (*constitutio posterior non derogat tractus priori*). Ver Escobar Fornos, Iván. Op.cit. pág. 73.
- 44 El Protocolo de Tegucigalpa que crea el SICA, establece en su artículo 34 que “Los instrumentos complementarios o derivados que se suscriban de conformidad con las disposiciones del presente Protocolo podrán entrar en vigencia mediante acuerdos ejecutivos”. En realidad, los instrumentos complementarios han sido sometidos a la aprobación legislativa y esta “permisibilidad” corresponde más bien al derecho “derivado”, como son, por ejemplo, los actos normativos del Consejo de Ministros. Tales actos, como su nombre lo indica, derivan de los tratados y debe ajustarse estrictamente a su contenido. La Constitución de Costa Rica establece que “No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de los tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación” (Arto 121 inciso 4, segundo párrafo).
- 45 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su arto. 27 dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...” Al entrar en vigencia un tratado, adquiere relevancia internacional que va más allá del régimen interno, pasando a regirse por las normas de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados, que –al menos en gran medida– han pasado a formar parte del Derecho Internacional Consuetudinario.

46 Bajo circunstancias normales.

47 Debe recordarse en todo momento que al adquirir relevancia internacional, las formas de afectación o de impugnación de los Tratados, pasan a regirse por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, la Parte V. Nulidad, Terminación y Suspensión de la Aplicación de los Tratados. Los Estados, por medio de los respectivos poderes ejecutivos, tienen también el recurso a la denuncia de un tratado, en los términos fijados por el Derecho Internacional.

48 Es interesante que para la Corte Centroamericana de Justicia: *Entre el Derecho de Integración, el Derecho Comunitario y las leyes nacionales debe existir armonía, ya que el Derecho es un todo que debe ser analizado principalmente en forma sistémica y teleológica, como un solo cuerpo normativo*. Opinión de las 11:30 del 5 de agosto de 1997. Para el autor, el criterio de armonización, parte de la existencia de campos normativos que, aunque distintos, están en constante acercamiento (universos normativos que se acercan), interacción e influencia recíproca, coordinación y armonización.

49 Arto. 9.

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA

Marta Patricia Montenegro¹

I. Planteamiento

La historia constitucional de Nicaragua se ha caracterizado por continuas reformas, las que con frecuencia se han realizado en medio de fuertes críticas. Hay quienes opinan que la Constitución ha sido reformada a conveniencia de los principales partidos políticos del país. Por otra parte están los que opinan que las reformas han sido necesarias para mejorar la institucionalidad del país. Asimismo, hay quienes simplemente prefieren quedarse en el anonimato y no emitir opinión alguna.

En este trabajo hemos optado por no identificarnos con tales posiciones, pretendiendo abordar de forma objetiva un tema de la mayor trascendencia en el ámbito constitucional nicaragüense como es el principio de justicia universal. Además, más que respuestas, este artículo crea interrogantes que al final el lector será quien tendrá que responder según su particular perspectiva.

Examinaremos en un primer momento algunas anotaciones básicas de la Constitución nicaragüense, haciendo para ello una breve introducción de lo que ha sido el proceso constitucional en el país. Expondremos cuales son los componentes que integran nuestra Carta Magna con relación al tema. Posteriormente abordaremos lo que se entiende por principio de justicia universal, su definición e importancia para la comunidad internacional y finalmente su implicancia desde la Constitución.

II. Algunas anotaciones básicas sobre la Constitución de la República de Nicaragua: conceptos y características

La Constitución significa una estructura de la sociedad política, organizada a través de y mediante ley, con el objetivo de limitar la arbitrariedad del poder y someterlo a derecho.² Por tanto una de las formas de limitar la arbitrariedad es por medio de la Constitución.

Siendo jefe de Estado Juan Arguello se promulgó el 26 de abril de 1826 la primera Constitución de Nicaragua. Se caracterizó por ser de tipo liberal, proclamar la libertad, igualdad, seguridad, propiedad, entre otros derechos y obligaciones. Enunciaba que la soberanía del Estado radica en el pueblo y que la ley estaba por encima de cualquier funcionario. Se consagraron al mismo tiempo los derechos y libertades del hombre y los ciudadanos. Indudablemente pregonaba la división de Poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

De esa manera, a partir de 1826 Nicaragua inicia una larga historia constitucional que será complementada al pasar del tiempo con reformas parciales y totales. Reformar la Constitución no significa destruirla, sino simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado.³

Actualmente nuestra Constitución está dotada de importantes principios y enunciados legales, a pesar de las innumerables reformas. Compartimos la opinión de PEDRO DE VEGA quien menciona que “la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria”.⁴ Así ha sucedido en nuestro país. Sin embargo, no nos corresponde en este artículo enunciar las ventajas o desventajas que conlleva la reforma, sino abordar un tema constitucional que en la actualidad no es objeto de estudio en nuestro país, a pesar de las implicaciones y trascendencia que presenta a nivel internacional.

La Constitución de Nicaragua tuvo su última reforma en 2005. Presenta una importante gama de derechos y deberes. Entre los elementos legales más importantes que encontramos en la Constitución vigente está su preámbulo (que muy pocas veces es tomado en cuenta); los principios fundamentales del pueblo nicaragüense (Título I). Seguido de algunas características importantes sobre el Estado (Título II); y la nacionalidad nicaragüense (Título III). La Constitución también se caracteriza por abordar los derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense (Título IV); la

defensa nacional (Título V), la economía nacional, reforma agraria y finanzas públicas (Título VI), educación y cultura (Título VII), organización del Estado (Título VIII), división político administrativa (Título IX), supremacía de la Constitución, su reforma y las leyes constitucionales (Título X), cerrando con algunas disposiciones finales y transitorias (Título XI).

La Constitución es un mecanismo legal de la mayor importancia en cualquier país. Sea ésta escrita o no, flexible o rígida. En Nicaragua no es distinto. Para muestra podemos mencionar el artículo 182 Cn que dice 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 le opongan o alteren sus disposiciones”. Sobre éste tema volveremos más adelante.

III. Principio de justicia universal: Constitución Política y otros instrumentos legales

El principio de justicia universal ha sido tema central para el estudio jurídico-político de diversos penalistas e internacionalistas. Pretende dar persecución penal a crímenes internacionales que afectan a la comunidad internacional en general. Tal como menciona COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, el principio de justicia universal tiene como finalidad permitir sin obstáculo alguno que ciertas infracciones, por diversos motivos, puedan enjuiciarse por cualquier Estado sea cual sea el lugar en que se hayan cometido -desde luego, cierta especie o categoría de delitos.⁵

El principio de justicia universal o de universalidad es un tema controversial en el ámbito nacional e internacional, debido a que la mayoría de los países no admiten que “sus” delitos sean conocidos y juzgados por tribunales de otros países.

Los países que no aceptan la idea universalista ven a la actividad jurisdiccional que aplica tal principio como una intromisión en sus asuntos internos. No obstante, el principio ha sido adoptado en los ordenamientos jurídicos de diferentes países tras los crímenes cometidos durante y después de las dos guerras mundiales, entre ellos los que se realizaron en los campos de exterminio nazis (II Guerra Mundial) en los que murieron millones de personas. Ante tales hechos fue necesario crear mecanismos legales para prevenir y sancionar delitos de trascendencia internacional.

Un hecho trascendental en el aspecto punitivo internacional contemporáneo fue la creación del Estatuto de la Corte Penal

Internacional (ECPI) o tratado de Roma (conocido también como Estatuto de Roma). El Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1 de julio de 2002,⁶ luego de las primeras sesenta ratificaciones que se estipulaban en el artículo 126.1 del ECPI.⁷ Entre las competencias de la Corte están la de “ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional” (artículo 1). Esos crímenes son: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.⁸ La Corte Penal Internacional cuenta con importantes antecedentes, entre los que cabe destacar especialmente los Tribunales militares de Núremberg y Tokio, y los Tribunales penales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda.⁹

Uno de los principales problemas para la aplicación del Estatuto de la Corte es que hasta la fecha, no todos los Estados lo han firmado. Y algunos que si lo hicieron no lo han ratificado. La Corte solo tendrá competencia en aquellos Estados miembros o en Estados que a través de la firma previa de un acuerdo acepte su competencia y jurisdicción.

Nicaragua no es miembro del Estatuto de Roma. En el país la realidad de la jurisdicción universal es otra. Todavía nos encontramos apegados a principios constitucionales de independencia y soberanía donde toda injerencia extranjera en los asuntos internos, o cualquier intento de menoscabar esos derechos, atenta contra la vida del pueblo.¹⁰ Eso no es criticable para los que tienen la idea arraigada del principio de soberanía y territorialidad. Si lo es para países que han abierto sus fronteras legales –en su mayoría países europeos y algunos americanos (Guatemala, Costa Rica, México, entre otros)–. Para esos países es un bien necesario adoptar en los ordenamientos internos el principio de universalidad, para que todos los Estados se obliguen a respetar los principios universalistas de justicia.

La Constitución Política de Nicaragua 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 le opongan o alteren sus disposiciones” (artículo 182 Cn). Queda evidenciado que cualquier ley o tratado internacional que se oponga a la misma no tendrá valor legal alguno en el territorio nacional.

El Código Penal (CP), reconoce un principio universalista en el artículo 16 el cual dice que “las leyes penales nicaragüenses serán también aplicables a los nicaragüenses o extranjeros que hayan cometido el delito fuera del territorio nacional”. Agrega que estas leyes serán aplicadas en determinados tipos delictivos.¹¹

Para que se cumpla el artículo 16 CP nos tenemos que remitir al artículo 14 literal (c) o principio personal. El mismo estipula que “para que las leyes penales nicaragüenses sean aplicables a los hechos previsto en ellas como delitos, aunque se hayan cometido fuera del territorio, siempre que los penalmente responsables fueren nicaragüenses o extranjeros que hayan adquirido la nacionalidad nicaragüense con posterioridad a la comisión del hecho” tiene que concurrir: “que el delincuente que no haya sido absuelto, amnistiado o indultado o no haya cumplido la condena en el extranjero. Si sólo la hubiera cumplido (la condena) en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente lo que le corresponda. En el caso de indulto, éste deberá llenar los requisitos de la ley especial”. Esto último puede ser analizado como una cláusula de escape, en tanto que para que sea aplicada la ley penal del artículo 16 se tiene necesariamente que cumplir con lo mandado en el artículo 14 literal (c) antes descrito.

Que el CP reconozca en parte la universalidad es un paso muy importante. Pero el camino aun es largo y lo es más cuando comparamos nuestro ordenamiento con otros tal como el ordenamiento jurídico de España. El legislador español ha traspasado y abierto las fronteras legales al adoptar de manera muy progresiva el principio universalista.

En España el principio de universalidad se encuentra recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en el artículo 23.4 que dice: “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española”. Para que esto sea cumplido se hace necesario remitirse al numeral 2 apartado c de ese artículo (23 LOPJ) el cual dice que: “para conocer los hechos previsto en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho”. Tienen a su vez que concurrir lo siguiente: “que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

Nicaragua está lejos de compararse con el ordenamiento español. Iniciando que España ha firmado el ECPI, que es un importante logro en materia de justicia universal. Se conoce que el ordenamiento jurídico español ha querido aplicar el principio en países como Guatemala (Caso de atentado contra Embajada de España

en Guatemala) y Chile (Caso Pinochet). Pero los ordenamientos internos de esos países no lo han permitido.

Lo cierto es que la Constitución de Nicaragua también nos plantea en su artículo 10, párrafo segundo que “la República de Nicaragua únicamente reconoce obligaciones internacionales sobre su territorio que hayan sido libremente consentidas y de conformidad con la Constitución Política de la República y con las normas de Derecho Internacional. Asimismo, no acepta los tratados suscritos por otros países en los cuales Nicaragua no sea Parte Contratante”. Mientras el país no sea miembro de tratados internacionales multilaterales o bilaterales para la aplicación del principio de justicia universal, no será posible la realización del mismo a nivel interno.

Otro factor debido al cual no podemos implementar el principio universalista es porque la Constitución de Nicaragua en el artículo 43 establece que “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. Los nicaragüenses no podrán ser objeto de extradición del territorio nacional”. Sería imposible entonces que un país quiera aplicar el principio universalista sobre un delito (trascendental) cometido por un ciudadano nicaragüense, porque nuestra Constitución y sin olvidar la supremacía de la misma, no permite la extradición de nicaragüenses. Cabe mencionar que existen convenios bilaterales con determinados países (México, España, Estados Unidos, entre otros) de extradición. Pero no extradición de nacionales. Hay que destacar que el Estado nicaragüense se compromete a juzgarlos, siempre y cuando el delito cometido se encuentre tipificado como tal en nuestras leyes.

Existen varias interpretaciones alrededor de la letra constitucional. A pesar de que el principio de universalidad es mencionado en el Código Penal, siendo posible que nuestros tribunales juzguen en Nicaragua un hecho cometido en el extranjero por un nacional o nacionalizado, pero no es posible que un tribunal de otro país pueda juzgar a un ciudadano nicaragüense, por lo antes expuesto. Corresponde en algunos aspectos recurrir a la Constitución, como ley suprema. Tenemos que añadir algunas consideraciones que mencionaremos a continuación, pero queda a opción del lector el interpretarlas partiendo en su caso de nuestras premisas.

Para que Nicaragua se obligue en el plano internacional, por el principio de justicia universal, es necesario que sea parte de tratados internacionales multilaterales (por ejemplo el Estatuto de Roma) o tratados bilaterales. Distante de firmar este tipo de

tratados multilaterales hemos dado un inicio importante con firmas de tratados bilaterales de extradición. Con algunos matices, tal como que en ningún momento se puede realizar la extradición de un nacional. Entonces si se presentara en Nicaragua un crimen de los que menciona el Estatuto de Roma, en ningún momento puede ser aplicado el principio de universalidad. La Constitución y las leyes no lo permiten y porque Nicaragua no es miembro del Estatuto y finalmente porque no tenemos ningún tratado bilateral de justicia universal con países que tengan en su ordenamiento jurídico el principio universalista. Pero si en un caso hipotético nos obligáramos con la firma de un tratado en donde se aplique el principio de justicia universal sea bilateral o multilateral, que rango tendría ese tratado, serían nuestros legisladores capaces de adaptar la letra constitucional para que no se produzca una mutación en nuestra Carta Magna. Podría ser.

La incorporación de normas internacionales a los ordenamientos internos ha sido causa de muchas interpretaciones respecto a donde se sitúan tales normas. Para ello se recurre a la jerarquización legal, o sea, donde será colocada la legislación internacional y que valor jurídico tendrá dentro del ordenamiento interno. Iniciando desde la base piramidal a la cúspide. La norma internacional puede ser situada en un rango legal o de ley ordinaria. En este caso si se presentara una diferencia entre la ley ordinaria nacional y la ley internacional, tendrá primacía la ley posterior. Que derogará a la primera (ley interna).

La norma internacional también puede ser colocada con un rango supralegal. Esto quiere decir que sería situada por debajo de la Constitución y por encima de las leyes ordinarias. Otra posibilidad está en dotar a la norma internacional con un rango constitucional. Que coloca a la norma internacional a la par de la Constitución. Finalmente la norma internacional puede ser ubicada en un rango supra constitucional. O sea por encima de la Constitución. En Nicaragua el artículo 182 ya mencionado es claro respecto al tema. Ninguna ley, tratados, órdenes o disposiciones que se opongan a la Constitución, tendrá valor alguno.

En relación a lo anterior existen algunas "lagunas" por parte de algunos juristas extranjeros. Opinan que el ordenamiento jurídico nicaragüense no da importancia o valor jurídico a los tratados o que no es claro al momento de ubicar o reconocerlos en el ordenamiento interno. Esa forma de pensar se debe a que la Constitución menciona en el artículo 46 una serie de tratados¹² que fueron en el momento de elaboración de la Constitución de 1987 los principales instrumento internacionales vigentes de la época. No por ello quiere decir que los tratados internacionales firmados y ratificados por Nicaragua no tengan valor jurídico

alguno. Si Nicaragua no firma el país no puede verse obligado a cumplir tratado alguno. Pero si firma, aunque no esté estipulado en el artículo 46 Cn el nombre del tratado, el país tiene que cumplir con su obligación adquirida.

Conclusiones

En todo proceso judicial es necesario que se cumplan los requisitos que con previa aprobación, sanción y publicación de la Ley han sido determinados. El Estado en todo caso será el que haga uso de su poder punitivo frente a sus ciudadanos o extranjeros en el territorio nacional. El poder punitivo ha sido ampliado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internacionales. A través del principio de justicia universal. Si el Estado no es capaz de dar respuesta a las denuncias, es posible recurrir a instancias supranacionales para que a través de los tratados se les de respuesta, eso es lo que se persigue con el principio de justicia universal.

Como indica la Profesora Carmen Rodríguez, cuando un Estado está dispuesto a someter a un proceso justo y razonable, no hace falta intervención internacional. Por lo general, las guerras de agresión, los genocidios y los crímenes en contra de la humanidad se cometen con la complicidad o anuencia de los Estados, es por tanto que se hace necesario la presencia y supremacía de un tribunal internacional, resulta entonces fundamental para proteger eficazmente a la comunidad mundial.¹³

Estamos en pleno siglo XXI, donde de manera indudable nacen nuevos tipos delictivos. En países donde la justicia aunque cuente con instrumentos legales suficientes, no se aplican, es necesario que aquellos delitos que ofenden a la comunidad internacional en general sean conocidos por otras jurisdicciones que sean capaces de conocerlos y juzgarlos. Para ello, es necesario adecuar el ordenamiento interno al internacional. Pero si nuestra Constitución y nuestras leyes funcionan de manera correcta y sin ningún tipo de corrupción legal, nuestro sistema judicial será capaz de conocer los delitos y aplicar su *ius puniendi*. Sin la intervención de terceros. Falta entonces que los funcionarios encargados de aplicar la justicia en nuestro país se apeguen a la letra constitucional y legal. De esa manera no habrá duda que nuestro ordenamiento es además de correcto, eficaz.

Tal como expresé al inicio, todo lo expuesto es controversial. Cada quien puede interpretarlo según su ideología y su experiencia. Además, todos tenemos la libertad de discernir si ese sistema de justicia universal funcionaría en nuestro ordenamiento o no.

Notas

- 1 Magíster en Corrupción y Estado de Derecho Universidad de Salamanca, España. Profesora e Investigadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- 2 SARTORI, Giovanni, "Elementos de teoría política", Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 21
- 3 PEDRO DE VEGA, "La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente", p.69, Tecnos, Madrid
- 4 PEDRO DE VEGA, "La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente", p.92, Tecnos, Madrid
- 5 En DIEZ SANCHEZ, Juan José: "El Derecho Penal Internacional (ambito espacial de la ley penal)", Colex, Madrid, 1990, p. 174
- 6 En ella participaron 160 Estados, de los cuales 120 aprobaron el texto, 21 se abstuvieron y el resto votó en contra del mismo.
- 7 Artículo 126.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- 8 Artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- 9 ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en: "XXI Jornadas de estudio: Hacia una Justicia Internacional", Cívitas, Madrid, 2000, (Primera edición), p. 500
- 10 Artículo 1 de la Constitución Política de Nicaragua.
- 11 Así lo menciona el artículo 182 del Código Penal de la República de Nicaragua; esos delitos son: el terrorismo; piratería; esclavitud y comercio de esclavos; delitos contra el orden internacional; falsificación de moneda extranjera y tráfico con dicha moneda falsa; delitos de tráfico de emigrantes y Trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual y explotación laboral; delitos de tráfico internacional de personas; delitos de tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos; delitos de tráfico de patrimonio histórico cultural; delito relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas; delitos de tráfico internacional de vehículos; y lavado de dinero, bienes o activos; delitos sexuales en perjuicio de niños, niñas y adolescentes y, cualquier otro delito que pueda ser perseguido en Nicaragua, conforme los instrumentos internacionales ratificados por el país.
- 12 En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

- 13 RODRÍGUEZ GÓMEZ: “Desafiando a la impunidad: un Tribunal Penal Internacional para el siglo XXI”, en DIEGO DÍAZ, María del Rosario-SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coordinadoras): “Derecho Penal: Implicaciones Internacionales”, Colex, Madrid 1999, pp.111-112.

EL REFUGIO, EL ASILO Y LA EXTRADICIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Orlando Guerrero Mayorga¹

SUMARIO: I. Consideraciones Generales. II. El Refugio. III. El Asilo. IV. La Extradición. a. Principio de No Devolución. V. Derecho comparado centroamericano. VI. Nicaragua. VII. Conclusiones.

I. Consideraciones Generales

En respuesta a los compromisos adquiridos en los diferentes instrumentos internacionales, los países centroamericanos han incluido dentro de sus cartas magnas la figura del refugio, el asilo y la extradición.² Antes de realizar un análisis de nuestra Constitución Política, se describirá de forma general cada una de las figuras mencionadas.

II. El Refugio

De acuerdo a la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados*, artículo 1º, inc. A, párrafo 2º, "Refugiado es toda persona que tiene temores fundados de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".³

Un elemento *sine qua non* para poder calificar a una persona como refugiado, es que el solicitante no debe haber sido o ser participante en las actividades de hostilidades, debe existir una necesidad de amparo en cuanto a la necesidad de proteger su

integridad física, su derecho a la vida, a la seguridad y libertad, incluyendo el derecho a no ser sujeto a detención o arresto arbitrario o a tortura, y deben ser fundamentados en causas políticas (que incluyen guerras civiles, conflictos internos, división de Estado, conflictos étnicos, etc.) o en causas ambientales (como inundaciones, sequías, deforestación, etc.).

Los Estados comprometidos con el respeto y protección de la condición de refugiado realizarán gestiones para determinar su situación e integrarlos a la vida productiva del país; darle asistencia en el ámbito de la salud, educación, trabajo y seguridad; y ejecutar de forma voluntaria⁴ y en plena protección su repatriación, preferentemente a su lugar de origen.⁵

III. El asilo

La palabra asilo se origina en el griego *asylum* que significa *lugar de refugio*, pero como figura, el derecho de asilo aparece desde tiempos antiguos cuando en Egipto se utilizaba para defender y proteger a los esclavos maltratados.⁶

El Instituto de Derecho Internacional en su sesión en Bruselas de 1948 definió el asilo como “La protección que un Estado otorga a un individuo que huyendo de persecuciones injustas busca auxilio en su territorio, o en un lugar sometido a su autoridad, fuera de su territorio”.

Actualmente el derecho de asilo se establece dentro del derecho internacional en el campo de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, existiendo normas de carácter universal que establecen que toda persona tiene el derecho de buscar y recibir protección en un territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común sino por delitos de índole político o comunes conexos con los políticos.

Existen diversos tipos de asilo, pero los más destacados son:

- Asilo territorial: es aquel donde un Estado concede protección a perseguidos políticos en sus límites territoriales en el cual ejerce competencias jurisdiccionales y posee libertad de admitir a la persona;
- Asilo político: es la protección o amparo que se concede en el territorio de un Estado o en sus sedes diplomáticas acreditadas en el exterior a los acusados de delitos políticos;

- Asilo diplomático: se otorga en el recinto de una legación o en otros lugares similares. De acuerdo a la *Convención Interamericana sobre el asilo diplomático, de 1954*, en su artículo primero, párrafo segundo establece que son legaciones los navíos de guerra, campamentos, aeronaves militares, toda sede diplomática ordinaria o residencia de los jefes de misión.

El Asilo debe establecerse de forma pacífica, apolítica y humanitaria, no debe considerarse como un acto inamistoso hacia el Estado de origen del asilado y deben realizarse proyectos destinados a la autosuficiencia e integración en la sociedad que los acoge.

IV. La extradición

La extradición, como el asilo, tiene su antecedente en el documento suscrito entre el faraón Ramsés III y el Rey de los Hititas, donde ambos gobernantes declaraban la obligación de devolver toda persona buscada que se hubiera refugiado en su territorio. La palabra Extradición viene del griego **ex** que significa *fuera de*; y del latín **traditio onis**, que significa *acción de entregar*.⁷

La extradición es definida como un acto de cooperación judicial internacional para evitar la impunidad de ciertos delitos, consistiendo en la solicitud de entrega de una persona sospechosa de haber cometido un delito y la consecuente entrega por parte del Estado en que se refugia, destacándose las relaciones pacíficas y de cooperación amistosa entre los Estados.

La extradición se encuentra dentro de la rama del derecho internacional, y derecho penal a nivel interno de las jurisdicciones de un Estado, ya que por medio de tratados o convenios se implementan procedimientos entre los Estados para la entrega de un perseguido ya sea acusado, procesado, indiciado o sentenciado, sin menoscabo de los derechos humanos de la persona; la petición constituye un instrumento de auxilio penal ya que un órgano jurisdiccional trata de ayudar a una autoridad extranjera para fines de un proceso penal. Y para que puede ser efectuada debe cumplir con ciertos requisitos, como la existencia de relaciones entre Estados independientes y soberanos, la existencia de uno o varios individuos que son requeridos por la justicia de un Estado y, la entrega debe consistir en un acto jurídico de carácter procesal y regido por convenios y leyes de la materia.

El Estado que solicita debe tener jurisdicción, es decir, el delito debió de haber sido cometido dentro de sus fronteras. También debe cumplir con el principio de doble incriminación, lo que significa que, el delito por el cual es reclamado sea penado también

en el territorio emplazado, tomándose en cuenta la nacionalidad ya que, se puede pedir la extradición de un nacional de un Estado siempre y cuando la legislación interna del Estado requerido lo permita; en caso de no permitirse, el Estado del nacional debe juzgar de acuerdo a sus leyes debiendo comunicar las diligencias tomadas al Estado requirente.

a. Principio de no devolución

El principio de no devolución constituye el sistema de protección internacional al refugiado o al que goza de asilo, ya que significa la protección contra la expulsión o cualquier otra forma de devolución a las fronteras del territorio del Estado que lo persigue, donde la vida o la libertad del individuo estarían en peligro.

En caso de decretarse la expulsión de la persona, nunca será devuelta (*non refoulement*) al Estado del cual es nacional.

V. Derecho comparado centroamericano

Con la aparición de conflictos en el área centroamericana durante los años 70, se dió lugar al desplazamiento forzado de grandes sectores de la población, así que, en 1984 los Estados de la región con la colaboración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) emitieron la Declaración de Cartagena, en el *Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá*, reconociendo que la situación de Centroamérica había evolucionado de tal forma que ratificó la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria de la concesión de asilo y concedió nuevas dimensiones al refugio, particularmente ante la crisis centroamericana. En la Declaración se extiende el concepto de refugiado más allá que el definido por las Naciones Unidas, incluyendo no sólo a personas perseguidas por razones políticas, sino que también refugiado es toda persona que ha huido de su país por que su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de sus derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público.

Igualmente, como consecuencia de la misma crisis que vivió Centroamérica durante ese período y en el presente milenio en donde la delincuencia internacional está globalizada y cuenta con poderosos medios políticos, económicos, financieros y tecnológicos, los Estados de la región han suscritos convenios con respecto al tema de la extradición de dichas personas para evitar

la impunidad de los mismos, conviniendo en entregarse recíprocamente a todo individuo considerado como autor, cómplice o encubridor de un delito con una pena no menor de dos años de privación de libertad.

Es de mérito destacar, que la única constitución que más se adecua con las nuevas figuras penales internacionales, que permiten la extradición de nacionales por gravísimos delitos es la de Guatemala, ya que establece que no se puede extraditar a ningún nacional por delitos políticos, salvo aquellos que han cometido delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional.⁸

VI. Nicaragua

La Constitución Política nicaragüense garantiza el derecho de refugio y asilo a perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos, y en caso de resolverse la expulsión o el regreso del refugiado o asilado nunca deberá ser al país donde fuese perseguido.

Es así, que la constitución actual ha incorporado de forma progresiva el desarrollo de los derechos humanos universales respetando la condición que tiene todo perseguido por múltiples razones, ya invocadas anteriormente; igualmente como ley suprema establece que ningún nacional podrá ser extraditado de su territorio.⁹

De acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de Nicaragua, se ha ido adecuando cada vez más la institución de la extradición, ejemplo es el Código procesal penal, que en su Título V *Del procedimiento para la extradición*, establece el régimen jurídico aplicable para la extradición, su alcance, competencia, los tipos de extradición, la solicitud de medidas cautelares, concurso de solicitudes de extradición, la solicitud de extradición formal y urgente, y el trámite mismo de la extradición, la forma de realizar la entrega, el plazo para disponer del extraditado, la cosa juzgada y la carga de costos.¹⁰ Los dos tipos de extradición que existen en Nicaragua son:

- La extradición activa, cuando Nicaragua solicita a otro Estado la entrega de una persona contra la cual se haya dictado privación de libertad; y
- La extradición Pasiva, que es cuando un gobierno extranjero solicita la entrega de una persona que se encuentra en territorio nicaragüense.

VII. Conclusiones

El derecho de asilo y el de refugiado han evolucionado a raíz de los nuevos retos que enfrenta la sociedad internacional. El primero ha pasado a un segundo plano al democratizarse Centroamérica y el segundo continua adquiriendo primordial relevancia debido al deterioro cada vez mayor de la escisión norte-sur y la extrema pobreza que padecen nuestros pueblos, viéndose en la penosa necesidad de emigrar y buscar refugio para lograr condiciones de vida más humana y más digna en otros Estados más desarrollados, esto se complica más por los desastres naturales, inundaciones, huracanes, terremotos y desertificación climatológica que empobrece y daña a cuantiosas poblaciones del istmo y la vorágine de la falta de transparencia en las gestiones de la *república*.

Hoy en día, uno de los temas a considerar es con respecto a si los migrantes económicos son considerados como refugiados, ya que los Estados son responsables de satisfacer sus necesidades básicas y al no cumplir esta obligación las personas tienden a emigrar para poder subsistir en territorio ajeno de otros Estados.

Otro aspecto a tomar en cuenta son las personas que han cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra o de lesa humanidad y que han sido encontrados culpables de actos contrarios al Derecho Internacional y Derecho Internacional Humanitario, que no se pueden considerarse como refugiados, ni ser beneficiados por la prescripción del delito ni de la pena ni por ningún indulto o amnistía. Así como los mercenarios¹¹ que se le niega el status de refugiado pues sus actividades son contrarias a los principios fundamentales del derecho internacional.

Con respecto al crimen organizado y en respuesta a su erradicación, los Estados Partes de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* se han comprometido a entregar a todos los integrantes de un grupo armado, de acuerdo a las condiciones internas del Estado requerido aplicándose los convenios sobre extradición establecidos a nivel internacional.¹²

Se puede sugerir que se modifique la Constitución actual en el sentido de que se incorporen las nuevas figuras penales internacionales como son el terrorismo, el genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerras y crímenes de agresión dentro de los delitos comunes que son extraditables, incluyendo la extradición de los nacionales para este tipo de delitos o como expresamente lo establece la Constitución de Guatemala en el artículo 27 para los crímenes de lesa humanidad y contra el

derecho internacional dejando abierta la puerta de la ampliación de los crímenes internacionales.

Pero aunque no se reforme la Constitución actual las personas nacionales que se encuentren en las figuras delictivas comprendidas anteriormente pudieran ser entregadas, no a un gobierno si no a un órgano jurisdiccional siempre y cuando pueda hallarse la cooperación del Estado en donde se encuentre el acusado de cometer dichos crímenes sin que se interprete que se esta contraviniendo el artículo 43 de la Constitución Política nicaragüense. Consideramos que no existe tal contradicción, por la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad que permite la extradición no importando la nacionalidad para evitar la impunidad de dichos crímenes, los cuales tienen carácter de normas consuetudinarias que obligan a todos los Estados e incluso el carácter de *ius cogens*, por ser normas imperativas de derecho internacional general y por que no se trataría de la entrega a otro Estado, si no que a un Tribunal Internacional. Además, consideramos que la entrega es diferente a la extradición, ya que por *entrega* se entenderá la entrega de una persona acusada de dichos crímenes a un tribunal internacional. En cambio, por extradición se entiende la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno.

Nicaragua no puede quedar fuera de la globalización de la justicia y debe contribuir en la persecución y sanción de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, evitando la impunidad de los mismos y adoptando las medidas necesarias en el plano nacional e intensificando la cooperación internacional para asegurar de que no será refugio de criminales que atenten gravemente contra la humanidad por los crímenes de genocidio; de lesa humanidad; de guerra; de terrorismo y de agresión.

Bibliografía

ORTEZ COLINDRES, Enrique, *El Derecho de Asilo*, Honduras, 1971.
FRANKLIN LUNA, Crithian Elena, AGUILAR BALDODANO, Germán Francisco, *La Extradición en la Historia de Nicaragua*. Monografía Universidad Centroamericana, 2005. Revista de la Universidad Centroamericana. **REVISTA DE DERECHO** año 2002, número 03, *La Subjetividad Internacional Pasiva del Individuo*, Orlando Guerrero Mayorga, pp. 01-19. BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 50, 412 y 829. Nicaragua, Código Penal, Libro Cuarto "Derecho Procesal Internacional", Título Tercero "De la Extradición", Editorial Jurídica, 1999. Nicaragua, Nuevo Código Procesal Penal, Título V "Del

Procedimiento para la Extradición”, Artículo 348 al 360. Editorial Jurídica, 2002. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), “Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: Principios y Criterios Relativos a Refugiados y Derechos Humanos”, Ginebra, 1992. Declaración de Cartagena, Cartagena, 22 de noviembre de 1984. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, OEA, Ginebra 28 de julio de 1951. Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), “Principios y Criterios para la protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina”, Ciudad de Guatemala, 1989. CUAREZMA TERAN, Sergio J. *Recopilación de Tratados Internacionales en materia Penal: De los que Nicaragua es Estado Parte*. 1ª Edición, Ed. Hispamer, Managua, 2005. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Convención de Extradición Centroamericana, Washington, 07 de febrero de 1923. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Naciones Unidas, 27 de julio de 1998. Convención Interamericana sobre Asilo Diplomático, OEA, Caracas, 28 de marzo de 1954. Parlamento Centroamericano, *Constituciones de Centroamérica y República Dominicana*, Comisión Jurídica, 1998. Constitución Política de Guatemala, 1985. Constitución Política de El Salvador, 1985. Constitución Política de Honduras, 1982. Constitución Políticas de Costa Rica, 1949. Constitución Política de Panamá, 1972. Constitución Política de Nicaragua, 1987.

Notas

- 1 Doctor en Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid, España. Diplomado en Relaciones Internacionales, Escuela Diplomática de Madrid, España. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ); Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Centroamericana (UCA), Catedrático de Diplomacia y Relaciones Internacionales, Universidad Americana (UAM).
- 2 Artículo 27 de la Constitución Política de Guatemala, artículo 28 de la Constitución Política de El Salvador, artículos 31 y 32 de la Constitución Política de Costa Rica, artículos 101 y 102 de la Constitución Política de Honduras, artículos 42 y 43 de la Constitución Política de Nicaragua, artículo 24 de la Constitución Política de Panamá.
- 3 La Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados fue aprobado el 28 de julio de 1951 por las altas partes contratantes.
- 4 La finalidad de la repatriación voluntaria es darle solución a la situación de los refugiados, su objetivo consiste en darle protección a los individuos que se encuentran dentro de esta condición mediante la reincorporación en una comunidad.
- 5 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, Ciudad de Guatemala, 1989.

- 6 BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la Política, Segunda Edición, México, 1998.
- 7 Luna, Franklin Cristhian y Aguilar Baltodano, Germán. "La Extradición en la Historia de Nicaragua", Monografía Universidad Centroamericana (UCA), Managua, 2005, p. 3.
- 8 Artículo 27 de la Constitución Política de Guatemala.
- 9 Artículos 42 y 43 de la Constitución Política de Nicaragua.
- 10 Artículos 348 al 360 del Código Procesal Penal de Nicaragua..
- 11 Son mercenarios los individuos reclutados localmente o en el extranjero para combatir en un conflicto armado, tomando parte en las hostilidades por razones de lucro.
- 12 Artículo 16, Extradición, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional."

NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA

César Vega Masís¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Nacionalidad. III. Doble o Múltiple nacionalidad. IV. Ciudadanía. V. La nacionalidad en la Constitución Política de Nicaragua. VI. La ciudadanía en la Constitución Política de Nicaragua.

I. Introducción

A pesar de comúnmente a los términos nacional, natural, nacionalizado, naturalizado y ciudadano, se les concede el mismo significado, científicamente son temas que no deben ser abordados estrictamente, solamente desde un punto de vista estrictamente jurídico, pues a pesar de que son regulados por las constituciones de todos los países del globo, su aplicación deriva consecuentemente derechos y deberes que cada una de las personas en cada una de las categorías antes señaladas, deben cumplir o pueden ejercer.

En el marco del presente escrito, se examinarán los conceptos de nacionalidad originaria, adquirida, doble o múltiple nacionalidad y ciudadanía.

II. Nacionalidad

El término nacionalidad refiere la condición y carácter peculiar de los pueblos y habitantes de una nación, y en relación a los habitantes, es el *estatus primigenius* propio de la persona nacida en un espacio que se conoce como nación o que se vincula a ella

por lazos de sangre paterna o materna, o inclusive perteneciente a la nación por vínculos sociopolíticos, por naturalización.

Tal situación de carácter social espacial y cultural, son hechos interrelacionados no aislados que vinculan al individuo con un Estado concreto y le genera derechos y deberes recíprocos.

La palabra natural es utilizada también como sinónimo de nacional, que significa nativo u originario, lo cual le relaciona jurídicamente y de manera automática a un estado determinado, de tal forma que jurídicamente, una persona es considerada nacional de un Estado por derecho de sangre, es decir, por vínculos sanguíneos con sus padres, lo que se conoce en Derecho como *ius sanguinis*; o por derecho de suelo, es decir, por haber nacido en el territorio de un Estado determinado, lo que se conoce como *ius solis*.

También la palabra naturalizado es empleada para designar a las personas –extranjeros- que, no teniendo vínculos sanguíneos ni territoriales, renuncian expresamente a su nacionalidad de origen para adquirir los privilegios y derechos de otra nacionalidad, lo cual tiene implicaciones de carácter civil y político y se conoce como naturalización o nacionalización.

Cabe señalar que nacionalidad no es sinónimo de nación y que este último representa uno de los elementos que integran el Estado, como el territorio, el pueblo, el poder y las instituciones. En algunos países el término nación tiene una connotación étnica y comprende a un grupo de personas del mismo origen, costumbres y lenguas.

La nacionalidad es considerada también como un derecho fundamental de toda persona humana y por lo tanto, no se le puede privar arbitrariamente de ella ni de su derecho a cambiarla por la de otro Estado que esté dispuesto a otorgársela.

Este es un tema regulado y protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se encuentra consignado en la Declaración Americana de los Derechos Humanos; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos jurídicos fundamentales de Derechos Humanos.

III. Doble o múltiple nacionalidad

Según lo expresado, el nacional de un Estado, siempre que su derecho se lo permita, puede optar por adquirir la nacionalidad del

Estado en donde desarrolla las actividades principales de su vida. Por lo general, la autoridad competente del Estado donde radica le exigirá renunciar bajo juramento a su nacionalidad anterior.

No obstante, en algunas legislaciones no se exige a la persona renunciar formalmente ante las autoridades consulares del Estado o ante las autoridades competentes en el país del que pretende desligarse, por lo cual en la práctica se presenta la posibilidad de conservar ambas nacionalidades o múltiples nacionalidades.

En el caso de los menores de edad que hayan nacido en el territorio de un país "A" y sean hijos de nacionales de países "B" y "C", podría darse el caso de que sean inscritos en el Registro Civil de las Personas del país de nacimiento y en los Consulados de los países de la nacionalidad de sus padres, sin que esto signifique que cuando lleguen a la mayoría de edad podrán conservar las dos o tres nacionalidades a que pudiesen tener derecho por nacimiento y vínculos sanguíneos. La conservación de tales nacionalidades dependerá de los regímenes jurídicos que les fueren aplicables, el principio de reciprocidad y los convenios de doble nacionalidad que existiesen en vigor entre dichos Estados.

Con respecto a los Convenios de doble nacionalidad, por lo general estos nunca son aplicables a las personas naturalizadas. Son instrumentos jurídicos que no implican el ejercicio simultáneo de dos nacionalidades y la protección de dos legislaciones y de dos Estados. Más bien, establecen un marco jurídico según el cual, se dispone que una persona tendrá derecho a una u otra nacionalidad en dependencia a su domicilio. Por lo tanto, le será aplicable la legislación del país en donde haya tenido su domicilio legal en los últimos años, conforme a lo que disponga al respecto su respectiva legislación. Además deberán estar inscritos en la oficina de migración respectiva. En caso mudarse a un tercer país, se le aplicará la legislación de su último domicilio legal.

IV. Ciudadanía

El término ciudadano se refiere a un miembro de una comunidad política y esa condición de pertenencia a dicha comunidad se conoce como ciudadanía, la que alude al conjunto de los ciudadanos de un pueblo o nación. En relación al individuo, representa la cualidad, calidad y derecho de ciudadano de un Estado, con el cual tiene un vínculo político y jurídico. Esto implica un conjunto de derechos y deberes políticos, los que se conocen como derechos de ciudadanía, que se manifiestan en los Derechos

y Garantías individuales consignados en las Cartas Fundamentales de los estados.

Es preciso apuntar que los derechos ciudadanos comprenden la posibilidad de que toda persona que cuente con la capacidad jurídica necesaria, pueda formar parte en el gobierno de su Estado, directamente o por medio de sus representantes, lo que conlleva a los derechos de votar, ser elegido a cargos públicos en elecciones periódicas y tener acceso a ejercer funciones públicas en el Estado.

Estos derechos están regulados por la legislación de cada país, la que puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades antes mencionados, particularmente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, o inhabilitaciones establecidas en las leyes de cada país.

En la mayoría de los Estados modernos, la condición de ciudadanos se aplica a las personas mayores de edad. Generalmente esta mayoría de edad se fija en dieciocho años. En algunos lugares quienes han sido condenados por la justicia se les suspende dicha condición.

V. La nacionalidad en la Constitución Política de Nicaragua

La Constitución Política, en su Título III, contiene un Capítulo Único que regula el tema de la nacionalidad nicaragüense.

La Carta Magna establece en su art. 15 que son nicaragüenses aquellas personas que sean nacionales o nacionalizados. El concepto de nacionalidad claramente comprende:

1. A los nacidos en el territorio nacional;
2. A los hijos de nicaragüenses; y
3. A los nacionalizados.

No obstante, la Constitución Política en los arts. 16 y 17 supera el establecimiento de la calidad de nacionales y la extiende a:

4. Los nacidos en el extranjero, de padre o madre que originalmente fueron nicaragüenses, siempre y cuando lo solicitaren después de alcanzar la mayoría de edad o emancipación.

5. Los infantes de padres desconocidos encontrados en territorio nicaragüense, sin perjuicio de que, conocida su filiación, surtan los efectos que proceden.
6. Los hijos de padres extranjeros nacidos a bordo de aeronaves y embarcaciones nicaragüenses, siempre que ellos lo soliciten.
7. Los centroamericanos de origen, sin necesidad de renunciar a su nacionalidad, cuando residan en Nicaragua.

Las anteriores podrían considerarse como formas de protección a derechos que originalmente les pertenecen por la doctrina y las leyes de nuestro Estado.

En el caso de los extranjeros naturalizados o nacionalizados, la Constitución Política (art. 19) les exige que previamente renuncien a su nacionalidad de origen y tramiten su solicitud ante autoridad competente y conforme a las leyes de la materia.

Con respecto al tema de la doble nacionalidad, la Suprema ley en el art. 22 establece que se procede conforme los tratados y el principio de reciprocidad.

La Constitución Política en el art. 20 reconoce la nacionalidad como un derecho humano, estima que ninguna persona puede ser privada de ella y solamente contempla, como causal de pérdida de la calidad de nacional nicaragüense, la adquisición de otra nacionalidad.

Asimismo, la Constitución Política en el art. 27 establece la igualdad ante la ley y protección del Estado a todas las personas que habitan en su territorio, sean nacionales y extranjeros. La única excepción que establece es la de los derechos políticos y los que establezcan las leyes, con una clara prohibición de no intervenir en los asuntos políticos del país. En este sentido, el principio de igualdad aquí recogido implica la no discriminación y entre las razones que contiene está la de la nacionalidad y el origen de las personas.

Finalmente, el art. 28 de nuestra Carta Magna regula el deber del Estado de proteger a los nacionales que se encuentren en el extranjero, a través de sus representaciones diplomáticas y consulares.

VI. La ciudadanía en la Constitución Política de Nicaragua

En el Título IV de la Constitución Política se establecen los derechos, deberes y garantías del pueblo. En su Capítulo II se regulan los derechos políticos o derechos ciudadanos y a diferencia de otros países que conceden dichos derechos a los dieciocho años o a la mayoría de edad, en Nicaragua se conceden a los nacionales que hayan cumplido dieciséis años de edad.

Cabe señalar que todos los ciudadanos pueden ser nacionales pero no todos los nacionales pueden ser ciudadanos, pues si bien los menores de edad son nacionales, serán ciudadanos hasta cumplir 16 años. Por lo tanto, la adquisición de la ciudadanía faculta a los ciudadanos a gozar de los derechos políticos. También, a diferencia de otros países en donde se pierden, en Nicaragua los derechos ciudadanos se suspenden por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil, entendiéndose que dichas sentencias tienen el carácter de definitivas y firmes (art. 47).

Así como la Constitución Política establece la igualdad entre los nacionales, del mismo modo crea la igualdad incondicional de los ciudadanos nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos (art. 48). Además, establece el deber del Estado de eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

La ciudadanía comprende el derecho de constituir organizaciones (art. 49); hacer peticiones (art. 52); a reunirse pacíficamente (art. 53); a concentrarse y manifestarse públicamente (art. 54); a afiliarse en partidos políticos (art. 55); a tener iniciativa de Ley (art. 140); a presentar recursos por inconstitucionalidad, de exhibición personal y de amparo (art. 187 y 188) y a participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal (art. 50), dejando claro que la Ley regulará la participación efectiva del pueblo.

Los derechos ciudadanos incluyen (art. 51) el derecho a elegir y ser elegidos en elecciones periódicas y optar a cargos públicos, con las excepciones y limitaciones contempladas en la misma Constitución Política.

En relación a lo expresado en el párrafo anterior, a manera de ejemplo, tenemos que la Constitución Política establece requisitos para optar a cargos públicos, entre ellos están los que establece

el art. 134, que dispone que para ser diputado se requiere de las siguientes calidades:

1. Ser nacional de Nicaragua.
2. Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
3. Haber cumplido veintiún años de edad.
4. Haber residido o trabajado en forma continua en el país los dos años anteriores a la elección, salvo que cumplieren misiones diplomáticas o trabajare en organismos internacionales o realizare estudios en el extranjero. Además, haber nacido o residido en los últimos dos años en el departamento o región autónoma por el cual se pretende salir electo.

Nuestro mismo cuerpo de leyes supremo establece excepciones para el ejercicio de este cargo público, de tal suerte que no podrán ser candidatos a diputados propietarios o suplentes:

1. 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.
2. Los que hubieren renunciado a la nacionalidad nicaragüense, salvo que la hubiesen recuperado al menos cinco años antes de verificarse la elección.
3. Los ministros de cualquier culto religioso, salvo que hubieren renunciado a su ejercicio al menos doce meses antes de la elección.

De la misma forma, el art. 147 de la Constitución Política determina que para ser Presidente o Vicepresidente de la República se requiere de las siguientes calidades:

1. Ser nacional de Nicaragua.
2. Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
3. Haber cumplido veinticinco años de edad.
4. Haber residido o trabajado en forma continua en el país los cinco años anteriores a la elección, salvo que cumplieren misión diplomática o estudios en el extranjero.

No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República:

- a. El que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales;
- b. El Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente;
- c. Los parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad, y los que sean o hayan sido parientes dentro del segundo grado de afinidad del que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente;
- d. Los que encabecen o financien un golpe de Estado; los que alteren el orden constitucional y como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura del gobierno y ministerios o vicedoministerios, o magistraturas en otros poderes del Estado;
- e. Los ministros de cualquier culto religioso, salvo que hubieren renunciado a su ejercicio al menos doce meses antes de la elección;
- f. El Presidente de la Asamblea Nacional, los ministros, viceministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral, los Contralores de la Contraloría General de la República, el Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos, y el Concejal que estuviere ejerciendo el cargo de Alcalde, a menos que hayan renunciado al cargo doce meses antes de la elección;
- g. Los que hubieren renunciado en alguna oportunidad a la nacionalidad nicaragüense.

Bibliografía

1. Constitución Política de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 5 del 9 de enero de 1987. **2. Declaración Americana de los Derechos Humanos.** 3. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. **4. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969** (Pacto de San José). 5.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. 6. Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Edición 1997, Editorial Heliasta y Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición (digital: <http://buscon.rae>).

[es/draeI/](http://es.draeI/)). Wikipedia, La Enciclopedia libre (<http://es.wikipedia.org/wiki>).

Nota

- 1 Asesor del Ministro de Relaciones Exteriores. Director General de Asuntos Jurídicos, Soberanía y Territorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.



EL INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA (INEJ), Fundado en 1995 es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo humano y económico de la nación y la región produciendo e innovando conocimientos a través de la investigación científica y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados, reconocidos a nivel nacional e internacional, en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

La presente obra reúne la suma de reflexiones y pensamientos, sobre la madurez del texto constitucional, en palabras de diferentes personajes de la vida institucional, política y social de Nicaragua, así como de académicos nacionales e internacionales. El objeto de *A 21 años de la Constitución Política: Vigencia y Desafíos* es hacer un recuento de la vida de nuestra Norma Primaria estudiando el significado y trascendencia que ha tenido para el país desde su aprobación y entrada en vigencia en el año 1987 y sus reformas en los años siguientes y de cómo ésta debería enfrentar los nuevos tiempos de cara a mediano y largo plazo.

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica
De la Rotonda Bello Horizonte, 3c al norte, 2c al este, K-I-2
Managua, Nicaragua

Teléfonos (505) 251 52 48 al 49
Telefax: (505) 244 44 77
www.inej.edu.ni

ISBN 978-99924-0-732-5



9 789992 407325