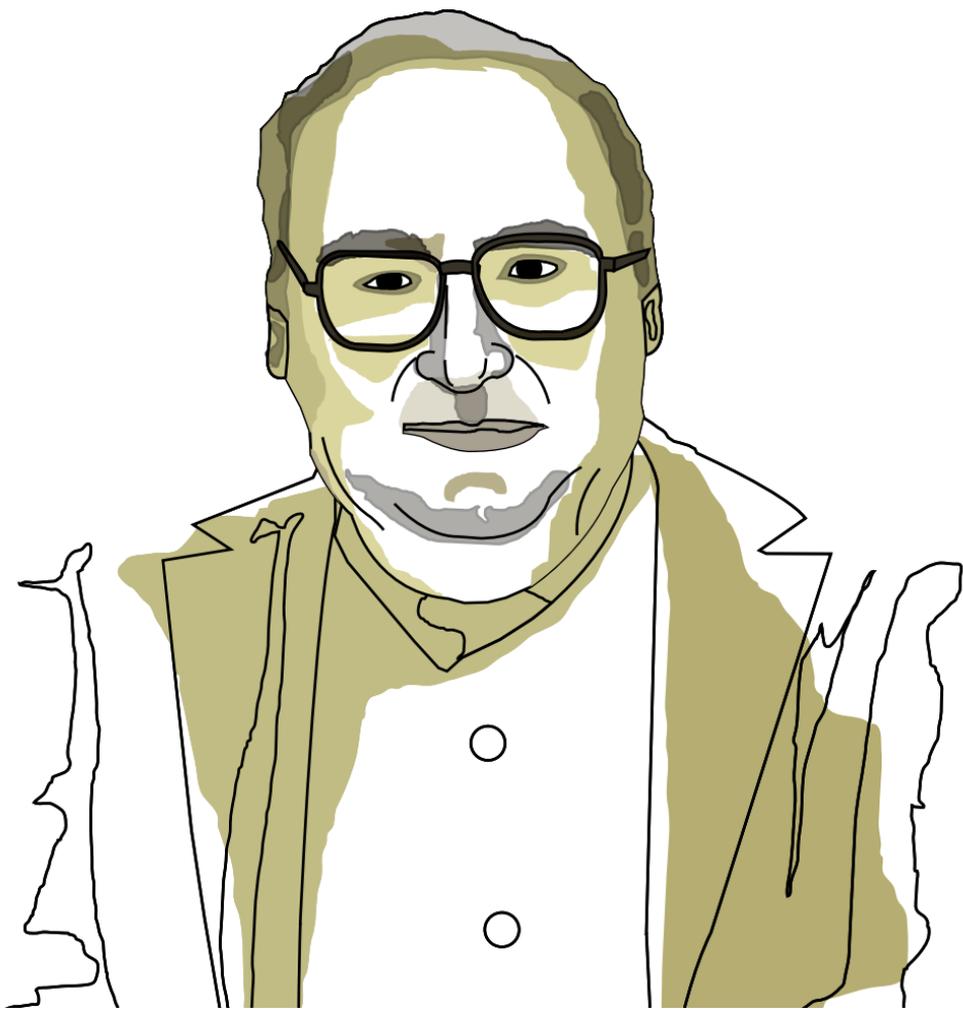




Instituto Iberoamericano  
de Derecho Constitucional



# HOMENAJE AL PROFESOR HÉCTOR FIX ZAMUDIO



N  
323  
H765

Homenaje al Profesor Héctor Fix-Zamudio /  
Directores Iván Escobar Fornos y Sergio J. Cuarezma Terán.  
-- 1a ed. -- Managua : INEJ, 2010.  
616 p.

ISBN : 978-99924-21-16-1

1. DERECHOS HUMANOS-NICARAGUA. 2. DERECHOS PERSONALES  
3. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. 4. ADMINISTRACION DE JUSTICIA

**Directores:** Iván Escobar Fornos y Sergio J. Cuarezma Terán

**Coordinación:** Francisco Enriquez Cabistán

**Cuido de edición:** Sergio J. Cuarezma Terán y Francisco Enriquez Cabistán

**Diseño interior:** José Raúl Cerro López

**Diseño de Portada:** Eduardo Espinales

**ISBN:** 978-99924-21-16-1

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2010

**Impresión:** Imprenta del Poder Judicial

Esta investigación estuvo coordinada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) con el apoyo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Nicaragua, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, el Centro de Documentación e Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia. La publicación fue auspiciada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua, ni del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Nicaragua, ni del Centro de Documentación e Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia, ni del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, ni del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

# **HOMENAJE AL PROFESOR HECTOR FIX ZAMUDIO**

---

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)  
Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional  
sección Nicaragua, Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM de México y el Centro de Documentación  
e Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

## **DIRECTORES**

Iván Escobar Fornos  
Sergio J. Cuarezma Terán

## **COORDINACIÓN**

Francisco E. Enriquez Cabistán

## **AUTORES**

Héctor Fix Fierro	Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	Iván Escobar Fornos
Alejandro Serrano Caldera	Sergio J. Cuarezma Terán
Rafael Solís Cerda	Francisco Argüello Rosales
Edwin Castro Rivera	Ligia Victoria Molina Argüello
Francisco E. Enriquez Cabistán	Manuel Vidaurri Aréchiga
Jesús Soriano Flores	Miguel Sendi García
Karlos Navarro	Silvio Antonio Grijalva Silva
Omar A. García Palacios	Selene Guevara Solís
Oriel Soto Cuadra	Julio Ramón García Vílchez
Soraya Obregón Sánchez	Margine Calderón Marengo



# ÍNDICE

## **Presentación del libro**

Iván Escobar Fornos Presidente Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Nicaragua .....	11
--	----

## **Prólogo**

Sergio J. Cuarezma Terán Vicerrector General del Instituto de Investigación Jurídica (INEJ) .....	15
---	----

## **Prólogo a la Obra General**

Héctor Fix Fierro.....	19
------------------------	----

## **Prefacio a la Obra General**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.....	31
--	----

## **Nota Introductoria al Homenaje de Nicaragua**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.....	47
--	----

## **ESTUDIO GENERAL A LA OBRA DEL PROFESOR HÉCTOR FIX ZAMUDIO**

<i>1 Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del Derecho Procesal Constitucional (1928-1956)</i> Eduardo Ferrer Mac-Gregor.....	51
--	----

## **ESTADO DE DERECHO, ESTADO SOCIAL DE DERECHO, DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

- 1. El Estado y la Nación en la Constitución Nicaragüense. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho*  
Alejandro Serrano Caldera..... 193
- 2. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y su relación con el Estado Social de Derecho en la Constitución política de Nicaragua*  
Sergio J. Cuarezma Terán y  
Francisco Enríquez Cabistán..... 211
- 3. La aplicación de los Derechos Fundamentales en las relaciones Privadas*  
Iván Escobar Fornos ..... 247
- 4. Reflexiones acerca del tratamiento constitucional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*  
Jesús Soriano Flores..... 287
- 5. Las bases constitucionales del Derecho Administrativo de Nicaragua*  
Karlos Navarro y Miguel Ángel Sedin García..... 309
- 6. Inmunidad Parlamentaria y de altos funcionarios públicos en Nicaragua*  
Oriol Soto Cuadra ..... 339
- 7. Las garantías del debido proceso como límite al poder punitivo del Estado*  
Silvio Antonio Grijalva Silva..... 367
- 8. El derecho de acceso a la Justicia y a no padecer de Indefensión*  
Rafael Solís Cerda..... 385

*9. El legislador penal y su potestad tipificadora*  
Manuel Vidaurri Arechiga..... 393

*10. Garantías Constitucionales en el  
Anteproyecto de Código Procesal Civil*  
Francisco Rosales Argüello..... 447

*11. Ley para la disolución del matrimonio por voluntad  
de una de las partes y la Discriminación para las  
mujeres en los resultados de su aplicación*  
Ligia Victoria Molina Argüello..... 469

## **ASPECTOS SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

*1. La necesidad de una Ley de Justicia  
Constitucional en Nicaragua*  
Edwin Castro Rivera y Margine Calderón..... 483

*2. Algunos Aspectos del Amparo en Nicaragua*  
Selene Guevara Solís ..... 499

*3. Límites materiales y Control Constitucional  
de la Reforma Constitucional*  
Julio Ramón García Vilchez..... 523

*4. El sistema mixto de Control de  
Constitucionalidad en Nicaragua*  
Omar A. García Palacios..... 549

*5. De los Conflictos de Competencia y  
Constitucionalidad entre los Poderes del Estado*  
Soraya Obregón Sánchez..... 591



# PRESENTACIÓN

Es para mi un honor presentar el “Libro Homenaje a Héctor Fix-Zamudio” uno de los grandes juristas que ha rebasado las fronteras y adquirido carácter universal por su dedicación al estudio, investigación y promoción del Derecho Procesal Constitucional, lo cual lo ha llevado a plantear por primera vez el marcado carácter procesal de esta nueva rama, su conceptualización y sistematización. Los juristas nicaragüenses nos sentimos muy satisfechos de rendirle honores a un destacado jurista, a quien caracteriza su humildad, caballerosidad, buen humor y un talento excepcional.

Desde que aparecen leyes fundamentales en la sociedad, las cuales deben cumplirse con preferencias a otras inferiores, aparece un control del cumplimiento de esa preferencia o superioridad, ya sea por el Jefe de una comunidad o un Estado, por un consejo, por la misma comunidad, por una asamblea o por cualquier otro organismo o persona. De esta situación dan fe la Historia Universal y del Derecho. Constituyen los antecedentes remotos del control constitucional.

Pero el constitucionalismo moderno, ante la separación de poderes y el surgimiento de las constituciones como leyes fundamentales y superiores, sintió la necesidad de que uno de esos poderes, en calidad de terceros ante los restantes, controlara la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, normas y actos contrarios a la Constitución; este poder es el judicial, que con métodos jurídicos conoce de la constitucionalidad o inconstitucionalidad. Posteriormente surgen los Tribunales Constitucionales que con

el mismo método jurídico hacen dicho control; Tribunales que pueden estar dentro del Poder Judicial o fuera de él.

Cuando es el Poder Judicial el que controla, el sistema se denomina difuso o americano (judicial review) porque nace en los Estados Unidos de América a raíz del famoso caso *Marbury vrs Madison* de 1803. El sistema concentrado de Tribunales Constitucionales aparece en Europa por impulso de Hans Kelsen, consagrado en la Constitución de Austria de 1920.

En la actualidad ambos sistemas, aunque tienen diferencias sustanciales, se están acercando y de este acercamiento surgen sistemas mixtos, con sus propias características, como puede constarse en Latinoamérica, donde existen muchos. Por otra parte, han aparecido Salas Constitucionales dentro de las Cortes Supremas de Justicia.

En un principio fueron los constitucionalistas los que se encargaron de cultivar el procedimiento para hacer efectivo el cumplimiento de la Constitución; como sucedió con el Derecho Penal, en el que fueron los penalistas los que se dedicaban al estudio del Procedimiento Penal.

En 1868 Oscar Von Bülow publica la “Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales”, con lo que el Derecho Procesal adquiere independencia del Derecho Civil, carácter de Derecho Público y nivel científico, a raíz de lo cual se van formando movimientos, escuelas, estudios, investigaciones, prácticas y obras científicas sobre el Derecho Procesal y en la actualidad se ingresa a la autonomía del Derecho Procesal Constitucional, al que contribuyen procesalistas, constitucionalistas, administrativistas y otras profesiones auxiliares.

La ciencia del Derecho Procesal comienza con Marshall y Hans Kelsen, que en 1928 publica su famosa obra “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución” para explicar las razones fundamentales de este tipo de control.

Kelsen se enfrentó con Carl Schmitt, con quien sostuvo una importante disputa sobre si debía ser el Jefe de Estado o el Tribunal Constitucional, el guardián la constitucionalidad. Schmitt expresaba que debía ser el Jefe de Estado y Kelsen, por supuesto, que el Tribunal Constitucional.

Carl Schmitt publicó en 1931 el libro titulado “La Defensa de la Constitución,” contestando a Kelsen lo expuesto en “La Garantía jurisdiccional de la Constitución” en el mismo año, poco tiempo después, Hans Kelsen publicó su monografía “¿Quién debe se el defensor de la Constitución?”, en la cual expone sus severas críticas a la tesis de Schmitt de que el Presidente del Reich sea el defensor neutral de la Constitución, lo que ahonda la confrontación entre ellos.

Muchos juristas iuspublicistas han hecho grandes aportaciones a la formación del Derecho Procesal Constitucional entre ellos: Kelsen, Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio.

Alcalá-Zamora considera a Kelsen como el fundador de esta rama procesal porque creo el Tribunal Constitucional, realizó un estudio de la jurisdicción constitucional que es la obra de 1928 citada y repercutió en el constitucionalismo de otros países.

Alcalá-Zamora fue profesor en México, y uno de sus destacados discípulos fue Héctor Fix-Zamudio, quien en su tesis para obtener el grado de licenciado en Derecho en 1955 por primera vez le imprime a nuestra disciplina un marcado carácter procesal, conceptual y sistemático. Un Capítulo de su tesis lo denominó Derecho Procesal Constitucional. Esta tesis la tituló con el nombre de “La Garantía Constitucional de la Constitución Mexicana. Ensayo de una Estructura Procesal del Amparo”; dirigida por Alcalá-Zamora, la que mereció mención honorífica. Tanto Fix-Zamudio como Alcalá-Zamora consideran a Kelsen como fundador de esta rama procesal, sin embargo, Néstor Pedro Sagüés y Domingo García Belaunde cuestionan ésta afirmación.

Son numerosísimas las obras y estudios del maestro Fix-Zamudio: Veintidós libros; doscientas once monografías; cuatro estudios y comentarios legislativos; ciento ocho artículos de revistas y colaboraciones en obras colectivas publicadas en el extranjero; cinco traducciones; diecisiete artículos y ensayos.

Su caminar por los difíciles senderos del Derecho ha ido dilatado, lleno de experiencia, profundo y científico, lo que constituye la piedra angular de su personalidad y éxito. Fue maestro de muchas generaciones de destacados juristas, magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Presidente por varios años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, son varias las condecoraciones, homenajes y distinciones que ha recibido en varios países: veintitrés distinciones académicas y cincuenta distinciones y premios.

A la altura de su prestigio se encuentra el “Libro Homenaje a Héctor Fix-Zamudio” en sus cincuenta años de labor académica, en la que participaron cuatrocientos treinta y tres autores, de treinta y siete nacionalidades, entre académicos, profesores, jueces y juristas. Esta dividida en doce tomos, es una obra ya considerada como una enciclopedia jurídica de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, de indispensable consulta.

En otros países, reconociendo los méritos del maestro Fix-Zamudio, también se preparan libros homenajes para él.

¡Agradecidos, Maestro! Seguimos aprendiendo de sus sabias enseñanzas.

IVÁN ESCOBAR FORNOS  
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

# PRÓLOGO

**P**ara el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, en lo particular, constituye un alto honor prologar el presente libro Homenaje al Profesor HECTOR FIX-ZAMUDIO.

En este Prólogo nos sumamos al reconocimiento que a nivel Global se hace del trabajo académico y científico del profesor FIX-ZAMUDIO, en sus bodas de oro académicas, como la han denominado los profesores MAC-GREGOR y LELO DE LARREA. Producto de su trabajo, el Profesor Héctor FIX-ZAMUDIO es una de las instituciones de Derecho público de mayor trascendencia a nivel mundial en la divulgación y promoción del Derecho Procesal Constitucional como una rama con autonomía procesal, con sus propias características y peculiaridades, herencia que obtuvo de su maestro Don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985).

El fundamento de la corriente de este procesalismo científico es el pensamiento Kelseniano en 1928, que, como afirma el profesor Eduardo FERRER, *impactó en las nuevas constituciones democráticas y en la creación de los tribunales constitucionales en su dimensión de órganos jurisdiccionales (si bien con atribuciones y dimensiones políticas)*, estableciendo con esto, los cimientos estructurales con una justicia que preserve y proteja la supremacía de la propia Constitución Política, con características concentradas, en la tutela efectiva de los Derechos fundamentales.

Este pensamiento innovador presentado por el profesor FIX-ZAMUDIO, le confiere, como lo reconoce la doctrina científica autorizada, al Derecho Procesal Constitucional con un contenido material y sistemático propio, y que estudia los mecanismos normativos que posee la propia Norma Primaria, como manifiesta el profesor Luis LÓPEZ GUERRA, *se hace un estudio específico y minucioso de la Carta Magna, por un lado los derechos y garantías constitucionales, y por otro, los mecanismos de protección de la misma Constitución política*. Además, se realiza una separación entre jurisdicción y las garantías jurisdiccionales.

Cuando el profesor Iván Escobar Fornos, maestro y amigo, nos propuso la publicación del presente Homenaje al profesor FIX-ZAMUDIO, en coordinación con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Capítulo Nicaragua) y el Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, el INEJ aceptó de inmediato, no sólo porque constituye un honor para el INEJ y las instituciones involucradas, sino porque, a través de la misma, expresamos como país nuestro agradecimiento al trabajo constante, sistemático e invaluable que nos ha proveído el profesor FIX-ZAMUDIO en la construcción de nuestro marco conceptual constitucional en nuestra vida académica, científica y en la estructuración de nuestro pensamiento en la jurisprudencia constitucional nicaragüense.

Este pues no sólo es un homenaje de hombres y mujeres comprometidos y comprometidas con el estudio del Derecho constitucional, sino que además, es un homenaje que Nicaragua hace, a través del INEJ, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional sección Nicaragua y el Centro de Documentación e Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia, al Profesor FIX-ZAMUDIO, a su labor como académico y científico del Derecho constitucional, que ha contribuido al fortalecimiento de los principios de nuestra nación, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona y la democracia; y en defensor de la Constitución Política, el debido proceso y el respeto a las garantías constitucionales en el mundo contemporáneo.

En esta línea de pensamiento, se suman en este Homenaje Iván Escobar Fornos, Alejandro Serrano Caldera, Sergio J. Cuarezma Terán, Héctor Fix Fierro, Eduardo Ferrer Mc-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Francisco Enríquez Cabistán, Jesús Soriano Flores, Oriel Soto Cuadra, Karlos Navarro, Miguel Sendi García, Omar García Palacios, Edwin Castro Rivera, Margine Calderón Marengo, Soraya Obregón Sánchez, Selene Guevara Solís, Julio Ramón García Vilchez, Silvio Antonio Grijalva Silva, Manuel Vidaurri Aréchiga, Rafael Solís, Francisco Arguello Rosales y Ligia Victoria Molina Argüello.

Todos y todas, con nuestras aportaciones, deseamos expresar al Maestro Héctor FIX-ZAMUDIO nuestro respecto, cariño y admiración por su productivo y meritorio trabajo. Asimismo deseo agradecer al Doctor Manuel Martínez Sevilla, Magistrado Presidente y el Doctor Rafael Solís, Magistrado Vice Presidente de la Corte Suprema de Justicia, por el apoyo inequívoco que dieron para la publicación del presente Homenaje al Prof. Dr. Héctor FIX-ZAMUDIO, a través del Centro de Documentación e Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia. También agradezco a mi amigo y profesor Francisco E. Enríquez Cabistán por la coordinación de la presente obra y el tiempo que dedicó en el cuidado de la edición de la misma.

Managua, Marzo de 2010.

SERGIO J. CUAREZMA TERÁN<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (<http://www.poderjudicial.gob.ni/magistradocuarezma>) y Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica ([www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)). Investigador Científico del Área de Derecho Penal y de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, España y del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Americana (UAM). E-mail: [cuarezma@hotmail.com](mailto:cuarezma@hotmail.com)



# PRÓLOGO

## A LA OBRA GENERAL

### HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM<sup>1</sup>

A penas hay palabras para expresar el orgullo que significa para mí —como hijo, como discípulo, como jurista mexicano, y como sucesor del homenajeado en la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM— escribir unas palabras de presentación para esta obra que debe considerarse excepcional por muchos motivos, lo que el lector descubrirá fácilmente. Tampoco las hay para describir la gran dificultad que significa este empeño, que fácilmente puede fracasar en mi caso, por exceso o por defecto, en la ponderación de los méritos académicos y personales de Héctor Fix-Zamudio y de todo lo que le debe nuestro Instituto. Ésa es una tarea que otros habrán de realizar con mejor fortuna. Por ello, deseo intentar una reflexión distinta, que estoy seguro que él mismo aprobaría, pues siempre ha insistido en que sus méritos son compartidos. Me pregunto entonces lo siguiente: ¿cuáles son los factores “estructurales” y “culturales”, y no solamente personales o circunstanciales, que ayudan a explicar por qué Héctor Fix-Zamudio representa mejor que nadie los valores académicos y éticos que cultiva el Instituto de Investigaciones Jurídicas? Y ¿por qué su figura y el

---

<sup>1</sup> Agradezco los benevolentes y útiles comentarios de Jacqueline Martínez, Sergio López-Ayllón y Juan Vega.

Instituto han llegado a tener la influencia y el prestigio del que gozan actualmente en el mundo jurídico-político de México e Iberoamérica, principalmente?

En un interesante y provocador ensayo sobre la profesión jurídica mexicana y lo que llaman sus “estrategias internacionales”, dos sociólogos del derecho, Yves Dezalay y Bryant Garth, identifican al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ) como una institución formada por académicos que, por carecer de capital político y social, decidieron invertir en el “derecho puro”, es decir, en la revaloración del derecho como elemento autónomo del Estado, a partir de una concepción más técnica, abierta e internacional de los estudios jurídicos.<sup>2</sup> Dezalay y Garth señalan que Héctor Fix-Zamudio es la “figura clave” en el Instituto, y dicen de él lo siguiente:

Durante su periodo como director, el IIJ pasó de ser un pequeño centro a la sombra de la Facultad de Derecho de la UNAM a convertirse en una institución académica independiente y con más prestigio... Fix-Zamudio no provenía de una familia rica o bien relacionada; en cambio, decidió invertir plenamente en las ideas de la investigación jurídica de tiempo completo, la selección meritocrática y la apertura hacia los enfoques del exterior. Todavía activo en el IIJ, Fix-Zamudio mismo dio el tono y guió con el ejemplo, logrando considerable reconocimiento por su obra académica, especialmente en el campo del amparo.<sup>3</sup>

Más adelante, Dezalay y Garth señalan que varios miembros del IIJ, pertenecientes a una nueva generación, se incorporaron al gobierno en distintos momentos:

---

2 Dezalay, Yves y Bryant G. Garth, “De elite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, 2006, pp. 206 y ss. (la versión original de este ensayo se publicó en 1995 como documento de trabajo de la American Bar Foundation).

3 *Ibidem*, p. 207

...el Instituto de Investigaciones Jurídicas había utilizado su producción académica para incrementar su prestigio relativo, y su estatus de elite contribuyó a atraer a algunos de los más talentosos y ambiciosos estudiantes de derecho, e incluso a algunos de los mejor relacionados... Sin embargo, en contraste con Héctor Fix-Zamudio, una nueva generación se ha aprovechado de los fenómenos internacionales y sus inversiones en el derecho para desarrollar una nueva política del derecho dentro de la elite gobernante del Estado.<sup>4</sup>

Con independencia de que se comparta o no la visión que tienen Dezalay y Garth de las “estrategias” de los académicos del Instituto para influir en la política del derecho, subsiste el hecho de que muchos de sus miembros, antiguos y actuales, han participado en la construcción y la reforma de algunas de las más importantes instituciones jurídicas del Estado mexicano a partir de la década de los ochenta. Resulta evidente que este hecho no se puede explicar únicamente por los méritos personales de los participantes, así como tampoco por las relaciones personales o políticas que hayan tenido con el grupo gobernante respectivo. Sin embargo, Dezalay y Garth sí apuntan a la interrelación de algunos de los factores explicativos, y sobre ellos conviene hacer una reflexión más amplia.

Dezalay y Garth sitúan en la gestión de Héctor Fix-Zamudio como director del IIJ (1966-1978) el inicio de la profesionalización de la investigación jurídica. En efecto, hasta mediados de la década de los sesenta no existía en nuestro país una carrera académica institucionalizada en el campo del derecho. Había muy pocos profesores de tiempo completo en las escuelas y facultades de derecho, por lo que los autores de los libros

y manuales jurídicos más conocidos o prestigiados eran casi siempre profesores que tenían despacho propio o laboraban en alguna institución del sector público. Por tanto, no existía propiamente una carrera académica con dedicación exclusiva, porque la inversión que requería el “derecho puro” era de muy

---

4 Ibidem, p. 228

largo plazo y muy incierta, mucho más que ahora, en que las condiciones que la hacen posible han mejorado notablemente.

Varios factores institucionales y circunstanciales contribuyeron a la profesionalización de la investigación jurídica en el IJ. En primer lugar, la autonomía del IJ respecto de la Facultad de Derecho, que se reconoció en 1948, fue un elemento crucial. Hasta el día de hoy la investigación jurídica no ha logrado institucionalizarse ni profesionalizarse plenamente en nuestro país. En las escuelas de derecho, tanto públicas como privadas, la investigación es escasa, ya sea porque en general no se considera una actividad “rentable” y útil, o bien, porque los profesores de tiempo completo (los “profesores-investigadores”) son absorbidos casi totalmente por las actividades docentes.

En segundo lugar, durante el rectorado del doctor Ignacio Chávez (1961-1966) se inició en la Universidad Nacional un programa de formación del personal académico, programa que continuó bajo el rectorado del ingeniero Javier Barrios Sierra (1966-1970). Este programa permitió el ingreso al IJ de varios jóvenes becarios, muchos de los cuales realizan posteriormente estudios de posgrado en el extranjero. Para todos ellos, Héctor Fix-Zamudio es, y sigue siendo, “El Maestro Fix”, con independencia de que hayan sido sus discípulos directos. A la distancia, resulta claro que esos jóvenes investigadores no conformaron simplemente un grupo de edades próximas, sino una verdadera generación —la primera generación como tal del Instituto— que compartía, y en mucho comparte todavía, una misma idea de la investigación y de las tareas de la política jurídica, en gran medida bajo el ejemplo y guía del Maestro Fix.<sup>5</sup>

5 En una perspectiva sociológica, el concepto de “generación” tiene varios significados. Uno de ellos, que se remonta a Wilhelm Dilthey y Karl Mannheim, designa a un grupo que comparte una “posición” socio-histórica similar, lo que trae consigo una cierta identidad del pensamiento, la acción y el sentimiento. Así, las generaciones, o grupos dentro de ellas, pueden conformar en cierto modo actores colectivos en el acontecer sociohistórico. Véase Majce, Gerhard, voz “Generation” en Endruweit, Günter y Gisela Trommsdorff (eds.), *Wörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, Enke-dtv, 1989, vol. 1, pp. 233 y 234. En el caso de esta primera generación del IJ que nos ocupa, quedaría por explorar si sus integrantes pretendían lograr objetivos de cambio jurídico-institucional, y las razones por las que pensaban que podrían lograrlo a través de la labor académica.

Y si bien muchos de ellos desempeñaron importantes funciones públicas en las décadas siguientes, varios han regresado a la vida académica en el IIIJ. No hay duda de que debemos al Maestro Fix y a esa generación la creación del fuerte sentido de comunidad y pertenencia que caracteriza al Instituto y que comparten las nuevas generaciones, a pesar del considerable crecimiento de la planta académica en estos años.<sup>6</sup>

En tercer lugar, una clave del éxito del Instituto radica en la continuidad. En un país donde la vida de las instituciones es todavía bastante precaria, en parte porque existe escasa continuidad en los programas y las políticas institucionales, el Instituto destaca por haber mantenido una misma orientación general de su quehacer. La continuidad no se refleja exclusiva, ni siquiera primordialmente, en el crecimiento constante de la planta académica, del número de eventos académicos y de títulos publicados. Sin duda esto ha ocurrido y de manera muy notable,<sup>7</sup> pero ello se debe, en parte al menos, a los procesos naturales de crecimiento de la sociedad y, por tanto, de los recursos dedicados a la educación superior. El valor más profundo de la continuidad radica sobre todo en la posibilidad de realizar proyectos de largo aliento, así como en la de innovar y construir sobre la base de lo existente.<sup>8</sup>

6 Así lo revela una encuesta realizada en febrero de 2007 entre los investigadores del Instituto. A la pregunta “¿Qué tanto se siente usted parte de la comunidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas?”, 79.9% contestó que “mucho” y 16.3% que “algo”. Curiosamente, fue más elevado el porcentaje de quienes dijeron sentirse “parte de la UNAM” (95.1%), pero eso quizá pueda explicarse por el hecho de que es más fácil identificarse con un ente abstracto, y sobre todo, porque la pregunta no se refería a la “comunidad” de la Universidad.

Respecto al crecimiento de la planta académica, en 1966 había solamente cuatro investigadores de tiempo completo. En 1980 ya eran 26; en 2000, el número se había elevado a 71, y en la actualidad son más de 90. Véase XL aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1980 e Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario, México, UNAM, 2000.

7 Véanse los informes anuales de labores del director del IIIJ, publicados a partir de 1980 en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado (consultables en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)).

8 Menciono como ejemplos de tales proyectos, entre otros, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada (1985, con 19 ediciones hasta 2006), el Diccionario Jurídico Mexicano (1982, dos ediciones y numerosas reimpressiones), la Enciclopedia Jurídica Mexicana (2002) y la Latinoamericana (2006), y los Derechos del pueblo mexicano (obra patrocinada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, también con varias ediciones).

La continuidad y el creciente prestigio de una carrera en la investigación jurídica han sido, en cuarto término, un elemento que favorece la renovación generacional. Después de esa primera generación, entre mediados de la década de los ochenta y mediados de los noventa ingresó en el Instituto una nueva generación, y en estos momentos está incorporándose otra más. Cada una de estas generaciones se ha caracterizado por una formación cada vez más sólida y amplia, con estudios en distintos países del extranjero (España, Italia, Francia, Alemania, principalmente), lo que ha permitido la considerable ampliación de las redes y los contactos académicos del Instituto, dentro y fuera del país.<sup>9</sup>

Hemos dicho que Dezalay y Garth insisten en la importancia de que en el Instituto se haya cultivado lo que ellos llaman el “derecho puro”, o “autónomo”, a partir de una visión más abierta e internacional de los estudios jurídicos. En realidad, ésta ha sido la vocación explícita del Instituto —que nació en 1940 con el nombre de Instituto de Derecho Comparado de México—, pues sus fundadores pretendían contribuir al perfeccionamiento del orden jurídico nacional a través del método comparativo. Esta visión, que puede parecer evidente en la actualidad, no lo era de ningún modo entonces en aquel tiempo, no sólo por las considerables dificultades de acceso al derecho extranjero, sino porque en el medio jurídico mexicano se iba introduciendo un creciente nacionalismo —reflejo del clima nacionalista imperante en el país— que propiciaba su aislamiento frente al exterior. Quizá no sea casualidad que haya sido un distinguido profesor español, don Felipe Sánchez Román, a quien se debe la iniciativa directa de fundar el Instituto, pero las autoridades de

<sup>9</sup> Esta actividad de expansión se ha manifestado, sobre todo, en la celebración de numerosos convenios de colaboración con instituciones nacionales y extranjeras, mediante los cuales se acuerdan diversas formas de cooperación académica, como la realización de congresos y otros eventos, la publicación de revistas y libros en coedición, la elaboración de estudios y análisis jurídicos, la impartición de diplomados y cursos de maestría y doctorado, etcétera.

En relación con lo anterior, resulta indispensable mencionar que la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en México en 1975, así como el hecho de que la presidencia la han ocupado dos juristas mexicanos —Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo— y de que su sede se encuentra en el propio IJ, ha resultado crucial para cimentar el prestigio académico del IJ en el continente americano y en Europa occidental.

la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia sabían de la importancia que tenía contar con un instituto de estudios jurídicos de esta naturaleza y, sobre todo, estaban conscientes del avance del “nacionalismo jurídico” y sus peligros. En su discurso con motivo de la inauguración del Instituto el 7 de mayo de 1940, don Manuel Gual Vidal, director de la Escuela, señaló que la fundación del Instituto estaba referida “a la situación de México en el continente, a nuestras relaciones de espíritu, de idioma y de tradiciones jurídicas, y por otra parte, al hecho, también comprobado y doloroso, de que México se haya venido apartando cada vez más de las corrientes de ese derecho”.<sup>10</sup> Y continuó diciendo:

México, sin concurrir a los congresos que en Sudamérica se han celebrado; México, sin hacer estudios de derecho comparado, como no sea por el esfuerzo individual y personal de algunos estudiosos de la materia; México, que a pesar de tener el mérito de ser cabeza en este movimiento, ha abandonado hoy el movimiento mismo. Y lo encontramos totalmente aislado, sin conocer la legislación de otros países con los que nos liga la tradición jurídica, desorientado por las diversas influencias que han sufrido esos países. Es, pues, propósito definido y concreto del Instituto de Derecho Comparado de México, hacer una revisión de esos problemas, estudiar el derecho de otros países, pero especialmente del continente americano, con la tendencia, nada más la tendencia... de llegar a la unificación, en cada una de sus materias, del derecho americano.<sup>11</sup>

Puede decirse que, entre los investigadores del Instituto, fue Héctor Fix-Zamudio quien mejor recibió, de manos de su maestro más cercano y querido, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), y quien más profundizó, desde sus primeros

10 Véase “Discurso del Lic. Manuel Gual Vidal, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en la inauguración del Instituto de Derecho Comparado de México el 7 de mayo de 1940”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (ed.), XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965), México, UNAM, 1965, p. 140.

11 Idem. El licenciado Gual Vidal insistió en su discurso en que la fundación del Instituto pretendía contribuir también a la unificación del derecho nacional, igualmente a través de los estudios comparados.

trabajos, esta herencia fundacional, misma que muy pronto lo puso en contradicción con los juristas que rechazaban las “teorías jurídicas extranjerizantes” que se cultivaban en el Instituto. Entre ellos destaca don Ignacio Burgoa Orihuela, quien era un reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y autor de un prestigioso manual sobre el juicio de amparo mexicano.<sup>12</sup> No se trataba de una mera diferencia de criterio jurídico, de la dilucidación de teorías jurídicas “correctas” o “falsas”, sino de una visión particular sobre el derecho y los estudios jurídicos mismos, y quizá en ello haya influido la mayor o menor distancia de los participantes frente al establishment jurídico-gubernamental de entonces. En todo caso, los comparatistas del Instituto no creían estar haciendo nada extraordinario, pues simplemente consideraban que había que tomar en cuenta los avances generales de la ciencia jurídica para entender mejor el derecho nacional. Después de todo, los creadores de las instituciones jurídicas nacionales más importantes habían sido juristas profundamente interesados en las experiencias de otras latitudes, y ellos mismos estaban conscientes de estar adaptando lo que creían mejor de esas experiencias para la solución de los problemas nacionales. Se entiende, por ello, que los representantes del nacionalismo jurídico hayan percibido como muy incómoda una actitud intelectual que, por ser meramente académica y no ideológica, constituía una crítica demoledora de los mitos y prejuicios que sostenían.

Irónicamente, ha sido esa herencia “extranjerizante” la que ha contribuido, con el tiempo, a hacer de Héctor Fix-Zamudio el estudioso de las instituciones jurídicas mexicanas, como el juicio de amparo, más conocido en el extranjero, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas, un participante relevante en los procesos de reforma jurídica nacional. Fue en el Instituto donde

<sup>12</sup> La reacción del profesor Burgoa, expresada, sin decir nombres, en el prólogo a su obra más conocida, resulta tanto más explicable, por cuanto Héctor Fix-Zamudio proponía —desde su tesis de licenciatura (1955), intitulada La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo, y recogida más tarde en su libro El juicio de amparo, México, Porrúa, 1964— utilizar los conceptos de la teoría general del proceso —elaborada principalmente por juristas alemanes, italianos y españoles— para abordar la más nacional de las instituciones jurídicas mexicanas.

se empezaron a estudiar, y de manera principal por el propio Maestro Fix, algunas de las instituciones que estaban teniendo gran desarrollo en el extranjero durante la segunda posguerra, como el ombudsman, el consejo de la judicatura, y los tribunales constitucionales,<sup>13</sup> las que más tarde se incorporarían en el derecho mexicano cuando se advirtió que resultaban imprescindibles para la renovación de la vida pública del país.

Todos los elementos anteriores, como ya se dijo, no son suficientes para entender por qué varios miembros del Instituto tuvieron un destacado papel en la preparación y elaboración de algunas de las reformas más importantes de las décadas de los ochenta y noventa. Además de las capacidades individuales y las relaciones personales que pudieron haber influido, se requiere un contexto social y político que explique la necesidad del cambio jurídico e institucional. En efecto, a partir de 1982 y con más fuerza en la década de los noventa, se produce una profunda transformación de las normas e instituciones del derecho mexicano, como consecuencia de la necesidad de encauzar, acompañar y consolidar jurídicamente la liberalización y la apertura de la economía mexicana, así como el proceso de democratización política.<sup>14</sup> Pero no se trataba de dar simplemente “forma jurídica” a los cambios políticos y económicos, sino que en este proceso el derecho empezó a asumir nuevas funciones de regulación y legitimación, hasta el punto en que puede hablarse del surgimiento de un nuevo modelo o paradigma de derecho, y de una verdadera “transición jurídica”, para calificar al proceso que le da origen y al contexto en el que se desarrolla.<sup>15</sup>

13 En todos estos temas tiene Héctor Fix-Zamudio importantes obras precursoras en la doctrina mexicana, que se remontan a la década de los sesenta.

14 De la amplia bibliografía que existe sobre los cambios jurídicos de estos años véase, desde una perspectiva más sociojurídica, López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico mexicano. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997; López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor “«¡Tan cerca, tan lejos!» Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor et al. (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, pp. 503-603. Véase también Cossío Díaz, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.

15 Sobre el concepto de transición en el campo del derecho, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el

Cabe preguntarse ahora si la intervención de Héctor Fix-Zamudio y de otros miembros del Instituto en el proceso de cambio jurídico han tenido alguna orientación en particular, o si carece de un claro hilo conductor. Considérese, en este sentido, que los integrantes del Instituto participaron en la creación, reforma o desarrollo, entre otras, de las siguientes instituciones: la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM (1985); la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990); el Tribunal Federal Electoral (1990, ahora Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación); el Tribunal Superior Agrario (1992); la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1987 y 1994) y el Consejo de la Judicatura Federal (1994); el Instituto Federal Electoral (1990); el Instituto Federal de Acceso a la Información (2002); el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2004). Además, varios miembros (o ex miembros) del Instituto han intervenido en otros importantes proyectos de reformas constitucionales y legales (incluyendo los más recientes), tanto federales como de algunas entidades federativas, entre las que destacan varias en materia de procuración e impartición de justicia (como la introducción de los “juicios orales”).

La mayoría de las instituciones y reformas mencionadas tienen un elemento en común: los derechos humanos en un sentido amplio.<sup>16</sup> Independientemente de la necesidad “objetiva” de estudiar y promover estos derechos en el mundo contemporáneo, ante la

---

Estado de derecho en México”, Política y Gobierno, México, vol. VIII, núm. 2, segundo semestre de 2001, pp. 347-393, y “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México”, en Caballero Juárez, José Antonio y Serna de la Garza, José María (eds.), Transición y Estado de derecho en México, México, UNAM, 2002, pp. 95-137. Véanse también los demás ensayos reunidos en este último volumen, así como en González, María del Refugio y López-Ayllón, Sergio (coords.), Transiciones y diseños institucionales, México, UNAM, 1999.

16 En un sentido general, quizá habría que agregar aquí la democracia, pero se trata de un concepto menos unívoco, respecto del cual seguramente habría menos consenso entre los miembros del Instituto en cuanto a sus modalidades y alcances concretos. Por ello, me concentro en el eje de los derechos humanos, considerando que su defensa incluye la promoción de la democracia.

En cuanto a otros campos distintos de los derechos humanos, conviene mencionar que dos antiguos miembros del Instituto ejercieron importantes responsabilidades como asesores jurídicos en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre México, los Estados Unidos y Canadá (1991-1993), pero en general el IJ ha tenido una orientación menos fuerte hacia los temas económicos y, en general, del derecho privado.

naturaleza del régimen político entonces imperante, pero también debido a los ancestrales rezagos del país en la materia, en la elección de los derechos humanos, como instrumento de la política jurídica, radica una decisión estratégica (consciente o no) de gran fuerza y legitimidad, no sólo porque ese discurso es capaz de desarmar preventivamente cualquier resistencia política directa (¿quién puede estar abiertamente en contra de los derechos humanos?), sino también porque se trata de figuras que naturalmente están insertas en un contexto más amplio que el del Estado-nación.<sup>17</sup>

Como ya se ha señalado, tanto desde la perspectiva de los derechos humanos como desde el punto de vista del proceso más amplio de transición jurídica en México, el derecho acrecienta su relevancia no sólo como instrumento de la regulación social (en particular de la económica), sino también como factor de la legitimidad política. Ante el desgaste de los viejos modelos políticos (el presidencialismo), el sistema jurídico parece ofrecer una nueva legitimidad, caracterizada por la despolitización y la racionalización de los conflictos, así como por la imparcialidad de sus decisiones. En términos weberianos, se trata de la legitimidad que genera la legalidad (aunque deba ser una legalidad no puramente formal). Esto permite entender por qué la justicia en general, y los jueces y tribunales en particular, asumen una nueva relevancia en el nuevo modelo de derecho.<sup>18</sup>

Lo anterior requiere todavía un elemento más de explicación. Puesto que la transición jurídica mexicana no se produjo mediante ruptura, hay necesidad de legitimar internamente al nuevo derecho, sobre todo ante los antiguos operadores jurídicos, que tienen que entenderlo y aplicarlo en un contexto social más exigente. Es por ello que se recurre a la doctrina, cuya función es la de explorar y vincular al orden jurídico positivo con modelos filosóficos y

17 Esta es una de las razones por las que Dezalay y Garth hablan de “estrategias internacionales”.

18 Sobre la legitimidad que ofrece el derecho en un contexto de transición, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, cit., nota 14.

teóricos más amplios, pero también a las capacidades operativas de los juristas académicos, pues ellos no sólo se han apropiado de esos nuevos modelos, sino que ofrecen la ventaja —la legitimidad, en una palabra— de estar desvinculados de los intereses creados y las prácticas habituales del viejo sistema. Es en este contexto que se revela, en todas sus dimensiones, la importancia de la profesionalización y la institucionalización de la investigación jurídica que se ha logrado en el IJ. En su lenguaje, tomado fundamentalmente de la sociología de Pierre Bourdieu (1930-2002), Dezalay y Garth dirían que, en el marco de los imperativos económicos y políticos que impone la globalización, el capital académico se transforma en capital jurídico-político, el que otorga tanta mayor influencia a sus detentadores cuanto más deseado es por una elite que desespera por recuperar, a través del derecho, parte de la legitimidad perdida.

Quiero terminar estas líneas en un tono más personal, que sólo puede ser de gratitud hacia Héctor Fix-Zamudio. Lo que el Instituto, la ciencia jurídica mexicana y la vida institucional del país le deben, se refleja, aunque pálidamente, en los párrafos anteriores. Él ha sido ejemplo constante y guía certera para todos nosotros; ha sido, en suma, el ancla de las generaciones del Instituto. La lista particular de lo que yo debo agradecerle, en cambio, es mucho más larga, pero para ello me faltan, y me sobran nuevamente, las palabras. Porque en mi vida yo he cosechado mucho de lo que no he sembrado, le pido ahora, con emoción, que reciba este homenaje como parte de la cosecha de lo que ha sembrado durante más de cincuenta años, y que todos deseamos que sean muchos más.

HÉCTOR FIX-FIERRO

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

# PREFACIO

## A LA OBRA GENERAL

En el año de 1956 aparecen los primeros trabajos de Héctor Fix-Zamudio: “Derecho procesal constitucional”,<sup>1</sup> “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”,<sup>2</sup> “El proceso constitucional”,<sup>3</sup> “Estructura procesal del amparo”<sup>4</sup> y “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”.<sup>5</sup> En octubre de ese mismo año ingresó al entonces Instituto de Derecho Comparado (hoy de Investigaciones Jurídicas) de la Universidad Nacional Autónoma de México.

A cincuenta años de distancia se advierte la trascendencia de aquellas primeras publicaciones que representan el inicio de una brillante carrera académica. Y es por ello que en el año de 2006 comentamos con el doctor Diego Valadés, en aquel momento director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la conveniencia de conmemorar las bodas de oro académicas del maestro Fix-Zamudio. El doctor Valadés no sólo acogió con beneplácito la idea sino que nos encomendó la delicada labor de la coordinación del proyecto, que luego respaldó con entusiasmo el actual director de ese Instituto, el doctor Héctor Fix-Fierro.

---

1 La Justicia, t. XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300-12313 y 12361-12364.

2 Foro de México, núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12.

3 La Justicia, núm. 317, t. XXVII, septiembre de 1956, pp. 12625-12636.

4 La Justicia, núm. 318, t. XXVII, octubre de 1956, pp. 12706-12712

5 Revista de la Facultad de Derecho de México, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211.

Se decidió que la obra homenaje tuviera como eje temático al derecho procesal constitucional, debido a que esa disciplina ha constituido una de sus preocupaciones fundamentales desde sus primeros ensayos y por representar su principal forjador en los últimos cincuenta años. Así, la presente obra se suma a los dos homenajes anteriores. El primero, publicado por el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1988, conmemorando sus treinta años de investigación en las ciencias jurídicas,<sup>6</sup> y el segundo, publicado una década después, en 1998, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reconocimiento a su des- tacada trayectoria en esa jurisdicción internacional.<sup>7</sup>

La labor de convocatoria y de recepción de los trabajos no fue sencilla. En principio se tuvo en consideración una lista inicial de los juristas más cercanos al doctor Fix-Zamudio, que nos proporcionó gentilmente la señora Evangelina Suárez, su eficiente secretaria de hace casi veinte años. Posteriormente la lista fue creciendo de manera importante debido a los muchos juristas que deseaban participar y que se enteraron del proyecto.

El resultado es el que el lector tiene en sus manos; la participación de más de cuatrocientos juristas a nivel mundial, en la que se unen académicos, profesores, jueces, servidores públicos, discípulos y condiscípulos de varias generaciones, lo que permite un enfoque plural y amplio de la materia central de la obra y también de otras disciplinas jurídicas.

Para mayor claridad sistemática, la obra se divide en doce tomos, distribuidos en cuarenta y seis capítulos, referidos en su mayoría a las temáticas de estudio de la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional en su concepción amplia. De esta forma, la obra se compone de los siguientes tomos y capítulos:

---

6 Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, México, UNAM, III ts., 1988.

7 Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, II ts., 1998.

- TOMO I:** TEORÍA GENERAL DEL DERECHO  
PROCESAL CONSTITUCIONAL  
*Capítulo I:* Teoría general del derecho  
procesal constitucional
- TOMO II:** TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y  
DEMOCRACIA  
*Capítulo II:* Tribunales, cortes y salas  
constitucionales  
*Capítulo III:* Tribunal Constitucional y  
jurisdicción ordinaria  
*Capítulo IV:* Tribunales constitucionales y  
democracia
- TOMO III:** JURISDICCIÓN Y CONTROL  
CONSTITUCIONAL  
*Capítulo V:* Justicia y control constitucional  
*Capítulo VI:* Control difuso  
*Capítulo VII:* Control constitucional local
- TOMO IV:** DERECHOS FUNDAMENTALES Y TUTELA  
CONSTITUCIONAL  
*Capítulo VIII:* Derechos fundamentales y  
jurisdicción constitucional  
*Capítulo IX:* Protección horizontal de los  
derechos fundamentales  
*Capítulo X:* Protección jurisdiccional de los  
derechos sociales  
*Capítulo XI:* Bloque de constitucionalidad
- TOMO V:** JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL  
*Capítulo XII:* Juez constitucional  
*Capítulo XIII:* Sentencia constitucional  
*Capítulo XIV:* Jurisprudencia y precedente  
constitucional

- TOMO VI:** INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ELECTORAL
- Capítulo XV:* Interpretación y argumentación constitucional
- Capítulo XVI:* Interpretación constitucional y derecho internacional
- Capítulo XVII:* Jurisdicción constitucional electoral
- 
- TOMO VII:** PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD
- Capítulo XVIII:* Hábeas corpus
- Capítulo XIX:* Amparo
- Capítulo XX:* Hábeas data y protección de datos personales
- Capítulo XXI:* Ombudsman y procedimiento de investigación de la Suprema Corte
- 
- TOMO VIII:** PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS
- Capítulo XXII:* Control constitucional de leyes
- Capítulo XXIII:* Conflictos entre poderes y órganos del Estado
- Capítulo XXIV:* Inconstitucionalidad por omisión legislativa
- Capítulo XXV:* Juicio político y fuero parlamentario
- Capítulo XXVI:* Control jurisdiccional de la reforma constitucional
- Capítulo XXVII:* Responsabilidad patrimonial del Estado

- TOMO IX:** DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES
- Capítulo XXVIII:* Derecho internacional y jurisdicción constitucional transnacional
- Capítulo XXIX:* Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Capítulo XXX:* Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Capítulo XXXI:* Corte Penal Internacional
- Capítulo XXXII:* Corte Internacional de Justicia
- TOMO X:** TUTELA JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL
- Capítulo XXXIII:* Debido proceso y tutela judicial
- Capítulo XXXIV:* Actualidad procesal
- Capítulo XXXV:* Prueba
- Capítulo XXXVI:* Derecho procesal civil internacional
- TOMO XI:** JUSTICIA, FEDERALISMO Y DERECHO CONSTITUCIONAL
- Capítulo XXXVII:* Administración y procuración de justicia
- Capítulo XXXVIII:* Estado federal y autonómico
- Capítulo XXXIX:* Actualidad constitucional
- TOMO XII:** MINISTERIO PÚBLICO, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y ACTUALIDAD JURÍDICA
- Capítulo XL:* Ministerio Público y derecho penal

<i>Capítulo XLI:</i>	Derecho (contencioso) administrativo
<i>Capítulo XLII:</i>	Derecho de la información
<i>Capítulo XLIII:</i>	Derecho fiscal
<i>Capítulo XLIV:</i>	Derecho indígena
<i>Capítulo XLV:</i>	Derecho laboral
<i>Capítulo XLVI:</i>	Derecho privado, informática y telecomunicaciones

Previamente a estos cuarenta y seis capítulos, en el tomo I aparece una breve semblanza y el curriculum vitae del doctor Fix-Zamudio. Asimismo, se incorpora un capítulo denominado Epistolario, que contiene setenta y cuatro “cartas” que escribieron para esta emotiva ocasión los juristas y discípulos cercanos al Maestro.

A continuación señalamos los cuatrocientos treinta y tres juristas, de treinta y siete nacionalidades que participan en la obra, por orden alfabético de países y autores:

**ALEMANIA:** Rainer Grote, Peter Häberle, Mathias Herdegen, Norbert Lösing, Dieter Nohlen, Nicolas Nohlen y Hans-Peter Schneider.

**ANDORRA:** Antoni López Montanya.

**ARGENTINA:** Víctor Abramovich, Alberto Alvarado Velloso, Karina Ansolabehere, Roland Arazí, Víctor Bazán, Roberto Omar Berizonce, Pedro J. Bertolino, Mario Cámpora, Walter F. Carnota, Juan Cianciardo, Christian Courtis, Alberto Ricardo Dalla Vía, Diego A. Dolabjian, Edgardo Alberto Donna, Enrique Falcón, Gustavo Ferreyra,

Lucas Giardelli, Osvaldo Alfredo Gozaíni, Ricardo Haro, Juan Carlos Hitters, Adelina Loianno, Gualberto Lucas Sosa, Pablo Manili, Antonio María Hernández, Augusto M. Morello, Eduardo Oteiza, Jorge Walter Peyrano, Oscar Puccinelli, Humberto Quiroga Lavié, Guido Risso, Adolfo Armando Rivas, Jorge A. Rojas, Néstor Pedro Sagüés, María Sofía Sagüés, Gustavo Szarangowicz, Sebastián Diego Toledo, Fernando Toller, Carlos Valleñ, Jorge Reinaldo Vanossi, Alejandro C. Verdaguer, Rodolfo L. Vigo, Eugenio Raúl Zaffaroni y Alberto Zuppi.

- BÉLGICA:** Marcel Storme.
- BOLIVIA:** Jorge Asbun, René Baldivieso Guzmán y José Antonio Rivera Santivañez.
- BRASIL:** José Afonso da Silva, José Carlos Barbosa Moreira, Paulo Bonavides, Antônio Augusto Cançado Trindade, Ivo Dantas, Paulo Roberto de Gouvêa Medina, Ada Pellegrini Grinover y André Ramos Tavares.
- CABO VERDE:** Jorge Carlos Fonseca.
- COLOMBIA:** Jaime Araujo Rentería, Ramiro Bejarano Guzmán, Mario Cajas Sarria, Jaime Córdoba Triviño, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Ana Giacomette Ferrer, Diana Guarnizo, José Gregorio Hernández Galindo,

Alexei Julio Estrada, Diego López Medina, Hernán Alejandro Olano García, Julio César Ortiz Gutiérrez, Néstor Osuna Patiño, Jairo Parra Quijano, Carlos Restrepo Piedrahita, Ernesto Rey Cantor, Luis Carlos Sáchica Aponte, Ma. Auxiliadora Solano Monge, Juan Carlos Upegui Mejía y Rodrigo Uprimny.

**COSTA RICA:**

Gilbert Armijo, Sergio Artavia B., Rubén Hernández Valle, Ernesto Jinesta L., Luis Paulino Mora Mora, Luis Fernando Solano Carrera y Manuel E. Ventura Robles.

**CUBA:**

Beatriz Bernal Gómez y Andry Matilla Correa.

**CHILE:**

Andrés Bordalí Salamanca, José Luis Cea Egaña, Juan Colombo Campbell, Cecilia Medina Quiroga, Enrique Navarro Beltrán, Humberto Nogueira Alcalá, Miguel Otero Lathrop, Diego Palomo, Marisol Peña Torres, Hugo Pereira Anabalón, Lautaro Ríos Álvarez y Francisco Zúñiga.

**ECUADOR:**

Hernán Salgado Pesantes y Santiago Efraín Velázquez Coello.

**EL SALVADOR:**

Enrique Anaya, Roberto Cuéllar M., Florentín Meléndez y Manuel Montecinos.

**ESPAÑA:**

Eliseo Ajá, Miguel Ángel Alegre Martínez, José Almagro Nosete, Manuel

Aragón Reyes, Pedro Aragoneses Alonso, Rafael de Asís Roig, Manuel Atienza, Lorena Bachmaier Winter, Mónica Beltrán Gaos, Juan María Bilbao Ubillos, José Bonet Navarro, Joaquín Brage Camazano, Lorenzo M. Bujosa Vadell, Rafael Bustos Gisbert, Raúl Canosa Usera, Marc Carrillo, José Luis Cascajo Castro, Faustino Cordón Moreno, Luis M. Cruz, Pedro Cruz Villalón, Isabel Davara F. de Marcos, Miguel Ángel Davara Rodríguez, Francisco Javier Díaz Revorio, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Fernández Segado, Víctor Ferreres Comella, Ángela Figueruelo Burrieza, Eduardo García de Enterría, Marina Gascón Abellán, Vicente Gimeno Sendra, Jesús María González García, Jesús González Pérez, Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Jorge Lozano Miralles, Rafael Márquez Piñero, Augusto Martín de la Vega, Fernando Martín Díaz, José Martín Ostos, Juan Montero Aroca, Pablo Morenilla, Víctor Moreno Catena, Julio Muerza Esparza, Andrés de la Oliva Santos, Andrés Ollero, Emilio Pajares Montolío, Luciano Parejo Alfonso, Antonio-Enrique Pérez Luño, Javier Pérez Royo, Pablo Pérez Tremps, Joan Picó I Junoy, Luis Prieto Sanchís, Francisco Ramos Méndez, Fernando Rey Martínez, Juan Luis Requejo Pagés, Miguel Revenga Sánchez, Pedro Rivas, Sonia Rodríguez Jiménez, Patricia

Rodríguez-Patrón, Fdo. Francisco Rubio Llorente, Carlos Ruiz Miguel, Pedro Serna, Javier Tajadura Tejada, Isabel Tapia Fernández, Antonio Torres del Moral, José Luis Vázquez Sotelo, Pedro de Vega y Carlos Vidal Prado.

- ESLOVENIA:** Arne Marjan Mavèi.
- ESTADOS UNIDOS:** Martín Shapiro y Robert F. Williams.
- FRANCIA:** Jean-Claude Colliard.
- GRECIA:** Konstantinos D. Kerameus.
- GUATEMALA:** Mario Aguirre Godoy, Larry Andrade-Abularach, Mauro Chacón Dorado y Jorge Mario García Laguardia.
- HONDURAS:** Francisco Daniel Gómez Bueso.
- INGLATERRA:** John Anthony Jolowicz.
- ISRAEL:** Stephen Goldstein.
- ITALIA:** Italo Augusto Andolina, Paolo Biavati, Michelangelo Bovero, Federico Carpi, Alfonso Celotto, Sergio Chiarloni, Giuseppe de Vergottini, Luigi Ferrajoli, Tania Groppi, Paolo Grossi, Pierfrancesco Grossi, Ricardo Guastini, Luca Mezzetti, Marco Olivetti, Lucio Pegoraro, Alessandro Pizzorusso, Giancarlo Rolla, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Michele Taruffo, Vincenzo Vigoritti y Gustavo Zagrebelsky.

- LITUANIA:** Egidijus Jarašiūnas y Stasys Stašokas.
- MACAU:** Paulo Cardinal.
- MÉXICO:** Juan Manuel Acuña, Jorge Adame Goddard, Horacio Aguilar Álvarez de Alba, Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, Emilio Álvarez Icaza Longoria, Walter Arellano Hobelsberger, Gonzalo Armienta Calderón, Juan Federico Arriola, Elisur Arteaga Nava, César Astudillo, Carlos Báez Silva, Daniel A. Barceló Rojas, Arturo Bárcena Zubieta, Manuel Barquín Á., José Barragán Barragán, Luis de la Barreda Solórzano, Manuel Becerra Ramírez, Adriana Berruoco García, Ingrid Brena Sesma, Luis Broderman Ferrer, Rodolfo Bucio Estrada, Néstor de Buen Lozano, José Antonio Caballero, José Luis Caballero Ochoa, Enrique Cáceres Nieto, Miguel Carbonell, Jaime Cárdenas, Jorge Ulises Carmona Tinoco, Jorge Carpizo, Constancio Carrasco Daza, Manlio Fabio Casarín León, Milton Emilio Castellanos Goût, Juventino V. Castro y Castro, Cynthia Chanut Esperón, David Cienfuegos, Germán Cisneros Farías, Rafael Coello Cetina, Víctor Manuel Colli Ek, Lorenzo Córdova Vianello, Edgar Corzo Sosa, José Ramón Cossío Díaz, José de Jesús Covarrubias Dueñas, Óscar Cruz Barney, Osmar Armando Cruz Quiroz, Francisco José De

Andrea S., Enrique Díaz Aranda, José Hugo Augusto Díaz-Estúa Avelino, Luis Díaz Müller, Juan Díaz Romero, Javier Dondé Matute, Ma. Macarita Elizondo Gasperín, Miguel Eraña Sánchez, Rafael Estrada Michel, Jorge Fernández Ruiz, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Héctor Fix-Fierro, Imer B. Flores, José Fernando Franco González Salas, Flavio Galván Rivera, José Gamas Torruco, Máximo Gámiz Parral, Marco César García Bueno, Gumesindo García Morelos, Sergio García Ramírez, José Alfredo García Solís, Paula María García-Villegas Sánchez-Cordero, Raymundo Gil Rendón, Mara Gómez Pérez, Alonso Gómez Robledo, Genaro David Góngora Pimentel, Juan Luis González Alcántara y Carrancá, Carlos González Blanco, Héctor González Chévez, Jorge Alberto González Galván, Nuria González Martín, Manuel González Oropeza, Raúl González Schmal, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan Carlos Gutiérrez, Rodrigo Gutiérrez, Juan de Dios Gutiérrez Baylón, Iván Carlo Gutiérrez Zapata, Manuel L. Hallivis Pelayo, Ma. del Pilar Hernández, María Amparo Hernández Chong Cuy, Alfonso Herrera García, Carla Huerta, Francisco Ibarra Palafox, Olga Islas de González Mariscal, Alfredo Islas Colín, Patricia Kurczyn Villalobos, Mauricio Lara Guadarrama, Leoncio Lara Sáenz, José Manuel Lastra Lastra, Gerardo

Laveaga, Andrés Lira González, Sergio López-Ayllón, Miguel Alejandro López Olvera, Margarita Beatriz Luna Ramos, Ana Laura Magaloni Kerpel, Daniel Márquez, Raúl Márquez Romero, Fabiola Martínez Ramírez, Edgardo Martínez Rojas, Mario Melgar Adalid, Ricardo Méndez Silva, Jorge Meza Pérez, Javier Mijangos y González, Gonzalo Moctezuma Barragán, César de Jesús Molina, Cecilia Mora-Donatto, Carlos A. Morales-Paulín, Jorge Nader Kuri, José Ramón Narváez, Carlos F. Natarén, César Nava Escudero, Salvador Olimpo Nava Gomar, Santiago Nieto Castillo, Alfonso Oñate, Jorge R. Ordóñez E., José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, Lina Ornelas Núñez, J. Jesús Orozco Henríquez, José Ovalle Favela, Ruperto Patiño Manffer, Raúl Pérez Johnston, Valeriano Pérez Maldonado, Carlos Pérez Vázquez, Raúl Plascencia Villanueva, José Luis Prado Maillard, Elvia Arcelia Quintana Adriano, Alejandro Quijano Álvarez, Karla I. Quintana Osuna, Emilio Rabasa Gamboa, Laura M. Rangel Hernández, Gabriela Ríos Granados, José Roldán Xopa, Alberto Saíd, Pedro Salazar Ugarte, Javier Saldaña, Luis Gerardo Samaniego Santamaría, Alfredo Sánchez Castañeda, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Rubén Sánchez Gil, Ulises Schmill, Ricardo J. Sepúlveda I., José Ma. Serna de la Garza, Fernando Serrano

Migallón, Dora María Sierra Madero, Juan Carlos Silva Adaya, Fernando Silva García, José Luis Soberanes Fernández, Humberto Suárez Camacho, Evangelina Suárez Estrada, Julio Téllez Valdés, Karla Beatriz Templos Núñez, Rodolfo Terrazas Salgado, Pedro Torres Estrada, Francisco Tortolero Cervantes, José Juan Trejo Orduña, Jean Claude Tron Petit, Gonzalo Uribarri Carpintero, Diego Valadés, Clemente Valdés, Salvador Valencia Carmona, Sergio Armando Valls Hernández, Francisco Vázquez-Gómez Bisogno, Rodolfo Vázquez, Juan Vega Gómez, Ernesto Villanueva, Jorge Witker y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

**NICARAGUA:** Iván Escobar Fornos y Francisco Rosales Argüello.

**PANAMÁ:** Arturo Hoyos y Sebastián Rodríguez Robles.

**PARAGUAY:** Jorge Silvero Salgueiro.

**PERÚ:** Samuel B. Abad Yupanqui, Ernesto Blume Fortini, Edgar Carpio Marcos, Susana Ynes Castañeda Otsu, Luis Castillo Córdova, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Domingo García Belaunde, Diego García Sayán, Víctor García Toma, Carlos Hakansson Nieto, César Landa, Juan Monroy Gálvez,

José F. Palomino Manchego, Carlos Parodi Remón, Elvito A. Rodríguez Domínguez y Fernando Vidal Ramírez.

**POLONIA:** Krystian Complak.

**PORTUGAL:** Jorge Miranda.

**REPÚBLICA  
DEMOCRÁTICA  
DEL CONGO:** Jean Cadet Odimba.

**REPÚBLICA  
DOMINICANA:** Eduardo Jorge Prats y Olivo A. Rodríguez Huertas.

**SUDÁFRICA:** Wouter L. de Vos.

**URUGUAY:** Augusto Durán Martínez, Eduardo G. Esteva Gallicchio, Jaime Greif, Héctor Gros Espiell, Ángel Landoni Sosa y Leslie Van Rompaey.

**VENEZUELA:** Alirio Abreu Burelli, Carlos Ayala Corao, Alberto Baumeister Toledo, Alberto Blanco-Uribe Quintero, Allan R. Brewer Carías, Jesús M. Casal H., José Vicente Haro García, Ricardo Henríquez La Roche, Michael Núñez Torres y Mariolga Quintero Tirado.

Como podrá advertir el lector, se trata de un esfuerzo colectivo a nivel mundial. La calidad y cantidad de los trabajos sólo pudo haberse logrado por la autoridad moral e intelectual del convocante, que tanto ha contribuido al desarrollo del derecho público de nuestro tiempo y especialmente a la consolidación de la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional.

A nombre del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la editorial Marcial Pons y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, agradecemos a cada autor su entusiasta colaboración. Con profunda admiración y cariño la comunidad jurídica internacional se une para honrar a uno de los juristas de habla hispana más querido, respetado y reconocido en el mundo, con motivo de sus cincuenta años (1956-2006) de continua y fructífera labor intelectual.

¡Enhorabuena Maestro Héctor Fix-Zamudio!

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR  
ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

# NOTA INTRODUCTORIA AL HOMENAJE DE NICARAGUA

En septiembre de 2008 se publicó la obra homenaje al Maestro Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus *bodas de oro* académicas.<sup>1</sup> Debido a la dimensión de esa obra (XII tomos, en la que participaron 433 autores de 37 nacionalidades), y dada la dificultad que representa la distribución y difusión de la misma, se estimó oportuno publicar por separado en catorce países las colaboraciones nacionales.

Así apareció a finales de ese mismo año el *Homenaje Costarricense*, bajo el mismo título y debido al entusiasmo del constitucionalista RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE.<sup>2</sup>

En este año de 2009 se publicarán los restantes homenajes (actualmente en imprenta o en proceso de edición). En México aparecerá por la prestigiosa editorial Porrúa en cinco extensos volúmenes.<sup>3</sup> En los restantes países saldrán editados debido al impulso de los destacados juristas ROBERTO O. BERIZONCE (*Argentina*),<sup>4</sup> JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIVÁÑEZ (*Bolivia*),<sup>5</sup> JOSÉ

---

1 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, XII tomos, 2008.

2 San José, Editorial Juricentro-UNAM, 2008.

3 México, Porrúa-UNAM, V tomos, 2009.

4 Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni-UNAM, 2009.

5 Cochabamba, Kipus-UNAM, 2009.

AFONSO DA SILVA (*Brasil*),<sup>6</sup> HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (*Chile*),<sup>7</sup> SALVADOR E. ANAYA (*El Salvador*),<sup>8</sup> JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA (*Guatemala*),<sup>9</sup> TANIA GROPPI (*Italia*),<sup>10</sup> DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (*Perú*),<sup>11</sup> HÉCTOR GROS ESPIELL (*Uruguay*)<sup>12</sup> y ALLAN R. BREWER CARÍAS (*Venezuela*).<sup>13</sup> Cabe destacar que estos ilustres juristas han preparado una especial “Presentación” con motivo de las respectivas publicaciones en sus países.

La presente obra constituye el *Homenaje de Nicaragua* al doctor Héctor Fix-Zamudio, en la que precisamente se reúnen las colaboraciones de los juristas nicaragüenses que escribieron en la obra general y otras colaboraciones de importantes juristas de ese país que con posterioridad fueron incorporadas. De manera especial agradecemos al eximio constitucionalista IVÁN ESCOBAR FORNOS, que conjuntamente con el no menos connotado jurista, SERGIO CUAREZMA TERÁN, han llevado a cabo la coordinación de este ambicioso proyecto editorial, que hoy sale a la luz conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR  
ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

---

6 Sao Paulo, Malheiros Editores-UNAM, 2009.

7 Santiago, Editorial Librotecnia-UNAM, 2009.

8 San Salvador, UCA-UNAM, 2009.

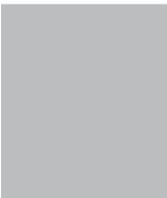
9 Guatemala, UNAM, 2009.

10 Nápoles, Editoriale Scientifica-UNAM, 2009.

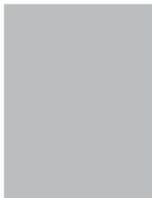
11 Lima, IDEMSA-UNAM, 2009.

12 Montevideo, UNAM, 2009.

13 Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-UNAM, 2009.



**ESTUDIO GENERAL  
A LA OBRA  
DEL PROFESOR  
HÉCTOR FIX ZAMUDIO**





# HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EL ORIGEN CIENTÍFICO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (1928-1956)<sup>1</sup>

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR<sup>2</sup>

*Nos encontramos en el comienzo, en el amanecer de una disciplina procesal que promete un florecimiento inusitado, por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguardia de la Constitución, de cuya integridad depende la vida misma de la sociedad y la de sus instituciones más preciadas*

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (ENERO DE 1956)<sup>3</sup>

**SUMARIO:** I. Exordio. II. Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. ¿Desarrollos paralelos: Europa-Latinoamérica? III. ¿Convergencia o Convivencia? IV. Hacia la

---

1 Publicado en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, XII tomos, México, UNAM-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, en T. I, pp. 529-657.

2 Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM) y Profesor de “Derecho Procesal Constitucional” en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* ([www.iidpc.org](http://www.iidpc.org)) y de la “Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional”. Presidente del *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Presidente del *Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal “Dr. Cipriano Gómez Lara”*.

3 “El derecho procesal constitucional” en *La Justicia*, enero de 1956, pp. 12300-12313, en p. 12302. Este artículo reproduce el “Capítulo III” de su tesis de licenciatura denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, 1955, México, UNAM. La cita se encuentra en la p. 62.

consolidación de una disciplina autónoma. V. La Ciencia Procesal y la Ciencia Constitucional. VI. El Derecho Procesal Constitucional como fenómeno histórico social y como ciencia. VII. Kelsen ¿fundador del derecho procesal constitucional? (1928-1942). VIII. Alcalá-Zamora y el bautizo de la disciplina (1944-47). IX. Couture y las garantías constitucionales del proceso (1946-48). X. Calamandrei y su contribución dogmática procesal-constitucional (1950-56). XI. Cappelletti y la jurisdicción constitucional de la libertad (1955). XII. La tesis conceptual y sistemática de Fix-Zamudio (1955-56). XIII. Epílogo

## I. Exordio

El año 2006 se encontró cargado de significación histórica para el derecho procesal constitucional. Confluyeron cinco aniversarios importantes. Por una parte se conmemoró el centenario del natalicio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), que como veremos más adelante fue el primer jurista en visualizar la existencia de una nueva disciplina jurídica y otorgarle su *nomen iuris*.

También se cumplieron cincuenta años del fallecimiento de dos eminentes procesalistas, Eduardo J. Couture (1904-1956) y Piero Calamandrei (1889-1956). Ambos pertenecientes a la mejor corriente del procesalismo científico, que desde diversos ángulos abordaron su disciplina teniendo en cuenta el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo que les permitió realizar contribuciones esenciales a la dogmática procesal-constitucional. El último de ellos, incluso, con una participación directa en la actual Constitución democrática italiana de 1947 y en la creación de la *Corte Costituzionale*, que celebró asimismo su quincuagésimo aniversario de funcionamiento (1956-2006)<sup>4</sup> y

4 Cfr. AA.VV., *1956-2006: Cinquant' anni di Corte Costituzionale*, Roma, Corte Costituzionale, III tomos, 2006. Su funcionamiento real se considera tuvo lugar a partir del discurso pronunciado por el presidente de la Corte, Enrico de Nicola, en la audiencia inaugural del 23 de abril de 1956 en presencia Giovanni Gronchi, presidente de la República. Véase la colección de libros *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana que está publicando la editorial Scientifiche Italiane* en Nápoles, sobre la jurisprudencia constitucional de este tribunal en sus primeros cincuenta años.

de su primera sentencia que fue pronunciada el 14 de junio de ese mismo año.<sup>5</sup>

Como un azar del destino otro acontecimiento se suma a los anteriores: las “bodas de oro” en la producción científica de Héctor Fix-Zamudio (1956-2006). Sus aportaciones al derecho procesal constitucional han resultado fundamentales para su aceptación como disciplina autónoma, como lo hemos puesto de relieve en un trabajo anterior.<sup>6</sup> El presente estudio tiene por objeto analizar el origen científico del derecho procesal constitucional a la luz de la vigencia del planteamiento realizado por Fix-Zamudio desde el emblemático año de 1956. Fecha significativa no sólo por la aparición de sus primeras publicaciones, sino por representar el último eslabón en la configuración científica de la disciplina que se iniciara con Kelsen en 1928, siendo el jurista mexicano el primero en definir su naturaleza y desarrollar con claridad sistemática al derecho procesal constitucional desde una perspectiva de autonomía procesal.

De esta forma, con este breve estudio pretendemos unirnos al muy sentido homenaje que a nivel mundial se ha realizado en el presente 2008 a uno de los juristas de mayor influencia en el derecho público del siglo XX y forjador indiscutible de la ciencia del derecho procesal constitucional.<sup>7</sup>

5 Sobre este histórico fallo, véase CALAMANDREI, Piero, “La prima sentenza della Corte Costituzionale” en *Rivista di diritto processuale*, 1956-II, pp. 149-160.

6 Cfr: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional”, en Vega Gómez, Juan, y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 187-210.

7 Nos referimos a la reciente obra FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, Porrúa-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, XII tomos, 2008. El presente libro tiene su origen en el trabajo que presentamos en dicha obra, denominado “Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956), que aparece en el Tomo I.

## II. Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional ¿Desarrollos paralelos: Europa-Latinoamérica?

El derecho procesal constitucional, como cualquier rama del derecho, tiene una doble significación. Por un lado expresa el conjunto normativo diferenciado dentro del ordenamiento y por otro aquella disciplina jurídica especializada en su estudio. Como señala Rubio Llorente, la delimitación de estos dos aspectos entre las diversas disciplinas jurídicas es en buena medida resultado de la convención y por lo tanto objeto de debate.<sup>8</sup>

La ciencia del derecho procesal constitucional, es decir, considerado en su segunda connotación, se encuentra en franca expansión y desarrollo. Por lo menos en Latinoamérica. Somos conscientes de que esto no sucede en el continente europeo, donde han arraigado las expresiones “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”. Mientras que esta última postura se ha desarrollado de manera notable en la dogmática constitucional debido a la expansión y consolidación de los tribunales constitucionales, la corriente que podemos denominar “Latinoamericana” viene paulatinamente abriéndose paso en las últimas décadas con distinto perfil. No se refiere a un simple cambio de nomenclatura. Se trata de una posición científica de dimensión sustantiva, para referirse a la nueva parcela del derecho público que se encarga del estudio sistemático de las garantías constitucionales y de la magistratura que las conoce.

Este movimiento de autonomía científica no es pacífico en la actualidad. Los pocos e importantes autores europeos contemporáneos que de manera consciente han incursionado en el estudio de la naturaleza del derecho procesal constitucional, le otorgan una clara especificidad constitucional (Häberle);<sup>9</sup> o tienen

8 Cfr. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, voz “Derecho constitucional”, en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, tomo II, pp. 2206-2208, en p. 2206.

9 HÄBERLE, PETER, “El derecho procesal constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 15-44.

dudas de su configuración, si bien la aceptan como una modalidad “muy *sui generis*” (Zagrebelsky).<sup>10</sup> Otros, al reflexionar sobre este movimiento latinoamericano, prefieren mantener la denominación de “justicia constitucional” sobre otras connotaciones y enfoques, al estimarla “más dúctil y omnicompreensiva” (Pegoraro);<sup>11</sup> siendo escasas las posturas desde una visión más cercana a la teoría procesal (Marilisa D’Amico).<sup>12</sup>

Es común entre los juristas europeos utilizar la expresión “derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional” (Pizzorusso-Romboli-Ruggeri-Spadaro),<sup>13</sup> por sólo mencionar la importante corriente italiana y especialmente al *Gruppo di Pisa*, cuyos encuentros científicos desde la década de los noventa han tenido repercusiones importantes sobre la *giustizia costituzionale*. Su estudio se realiza esencialmente desde la óptica estrictamente de la ciencia constitucional, circunstancia que explica que sean los constitucionalistas sus principales cultivadores y no obstante el reconocimiento de la existencia de un “proceso constitucional” y que en la actuación de la Corte Constitucional existen manifestaciones propias del derecho procesal.<sup>14</sup>

Esta perspectiva entiende que la “jurisdicción o justicia constitucional”, “*justice constitutionnelle*” o “*giustizia*

10 ZAGREBELSKY, Gustavo, “¿Diritto processuale costituzionale?”, en *Giudizio a quo e promovimento del proceso costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990. Existe traducción al español, junto con otros trabajos: *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, México, Fundap, 2004.

11 PEGORARO, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, 2ª ed., Turín, G. Giappichelli, 2007. Particularmente, véase en el Capítulo V el tema “Scienza giuridica e giustizia costituzionale: le proposte per un diritto processuale costituzionale”, pp. 193-197.

12 D’AMICO, Marilisa, “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi”, *Giurisprudenza italiana*, Parte Quarta, Dottrina e varietà giuridiche, 1990, pp. 480-504.

13 Cfr., entre otros, PIZZORUSSO, Alessandro, “Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale”, en *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Turín, G. Giappichelli, 1996 (también publicado en MIRANDA, Jorge (coord.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 años da Constituição de 1976*, vol. 1, pp. 889-908; ROMBOLI, Roberto (a curi di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1990-2002; RUGGERI, Antonio, y SPADARO, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3ª ed., Turín, G. Giappichelli, 2004, p. 6.

14 Cfr., el influyente estudio de ZAGREBELSKY, Gustavo, voz “Processo costituzionale”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pp. 522 y ss.

*costituzionale*” (como se prefiere denominar en España,<sup>15</sup> Francia<sup>16</sup> e Italia<sup>17</sup>) forma parte del derecho constitucional y dentro de ella

- 15 Además de los importantes ensayos de Manuel Aragón y Francisco Rubio Llorente, véanse entre otros, los siguientes libros: FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, et. al., *La reforma de la justicia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2006; ALONSO GARCÍA, Ricardo, et. al., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2005; AHUMADA RUIZ, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005; PEGORARO, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; ALMAGRO NOSETTE, José, *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992 (si bien este autor utilizó por primera vez la expresión “derecho procesal constitucional” en España en el año de 1979); LÖSING, Norbert, *La jurisdiccionalidad en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson, 2002; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, GÓMEZ MONTORO, Ángel J., MEDINA GUERRERO, Manuel, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2000; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1997; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; MONTORO PUERTO, Miguel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, 2 vols, Madrid, Colex, 1991.
- 16 Entre las obras publicadas en Francia destacan: GREWE, Constante, JOUANJAN, Oliver, MAULIN, Eric, y WACHSMANN, Patrick (coords.), *La notion de justice constitutionnelle*, París, Ed. Dalloz, 2005; FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Ed., Dalloz, 1996; MODERNE, Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica-P.U.A.M., 1993; ROUSSEAU, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992; POUILLAIN, Bernard, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, París, Ed. Economica, 1990; BON, Pierre, MODERNE, Franck, y RODRÍGUEZ, Yves, *La justice constitutionnelle en Espagne*, París, Ed. Economica-P.U.A.M., 1984; EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, París, L.G.D.J., 1928; además del *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille-P.U.A.M. publicado desde 1985 bajo la dirección de Louis Favoreu y del “Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle”, en Aix-en-Provence.
- 17 Las obras publicadas en Italia que utilizan esa denominación, entre otras, CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Milán, Dott. A. Giuffrè, 2007; PEGORARO, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli, 2007; MALFAZZI, Elena, PANIZZA, Saule, ROMBOLI, Roberto, *Giustizia costituzionale*, 2ª ed., Turín G. Giappichelli, 2007; MODUGNO, Franco, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007; BALDUZZI, Renato, y COSTANZO, Pasquale (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Turín, G. Giappichelli, 2007; MEZZETTI, Luca (et. al.), *La giustizia costituzionale*, Padua, Cedam, 2007; CICONETTI, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale*, 3ª ed., Turín, G. Giappichelli, 2006; ROLLA, Giancarlo, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Génova, ECIG, 2006; AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; PASQUINO, P., y RANDAZZO, B., *La justice costituzionale ed i suoi utenti. Atti del Convegno internazionale (Milano, 14 aprile 2005)*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2006; MARINI, Francesco Saverio, *Appunti di Giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 2005; RUGGERI, Antonio, y SPADARO, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3ª ed., Turín, G. Giappichelli, 2004; TERESI, Franco, *Elementi di giustizia costituzionale*, Bari, Cacucci, 2004; DI GREGORIO, Ángela, *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2004; OLIVETTI, Marco, y GROPPÌ, Tania (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento del sistema americano ed europeo-kelseniano*, CCSDD, Bologna, Bonomo, 2003; SAITTA, Nazareno, *La camera di consiglio nella giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2003; D'AMICO, Marilisa, *Lezioni di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*,

debe ser estudiada, sin que existe preocupación o ánimo alguno por considerarla “rama autónoma del derecho constitucional”, es decir, que pueda tener “autonomía científica constitucional”. Dicho en palabras de Lucio Pegoraro “no hay ningún interés en diferentes o nuevos enfoques sobre el tema”.<sup>18</sup> Al reflexionar sobre la cuestión, Zabrebelsky señala “por cuanto me consta, la fórmula ‘derecho procesal constitucional’ aunque no es usada con frecuencia, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además en los casos en los cuales se hace uso de ésta, no aparece que sea con una particular e intencional riqueza conceptual.”<sup>19</sup> Y bajo ese tamiz de pertenencia a lo estrictamente constitucional aparece como un apartado en los libros de texto, en los programas de estudio universitarios o en los congresos generales sobre derecho constitucional.<sup>20</sup>

---

Milán, CUSL, 2003; CRIVELLI, Elisabetta, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padua, CEDAM, 2003; MARTINES, Temistocle, *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2000; DE VERGOTTINI, Giuseppe (coord.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Turín, G. Giappichelli, 2000; TARCHI, Rolando (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, 2 vols., Turín, G. Giappichelli, 2000; MORELLI, Mario R., *Funzioni della norma costituzionale, meccanismi di attuazione, procedure di garanzia. Il sistema italiano di giustizia costituzionale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; HÄBERLE, Peter, *La verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2000; LUTHER, Jorg, ROMBOLI, Roberto, MAZZA, Mauro, *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padua, CEDAM, 1999; PINNA, Pietro, *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1999; PEGORARO, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli, 1998; SORRENTINO, Federico, *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1998; D'AMICO, Marilisa, y ONIDA, Valerio, *Il igudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Turín, G. Giappichelli, 1997; ANDRIOLI, Virgilio, *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1992; ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, 2ª ed., Turín, Il Mulino, 1988; KELSEN, Hans, *La giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1981; ANGELICI, Mario, *La giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1974.

18 Cfr. la encuesta que respondió a la obra GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 72.

19 ZABREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, op. cit., p. 16.

20 Así sucede también en otros países, por ejemplo, en Portugal, donde el *Direito procesal constitucional* es considerado por importantes constitucionalistas como un apartado del derecho constitucional. Cfr., entre otros, MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, tomo I, 7ª ed., p. 18 y tomo VI; 2 ed., pp. 60-63; y GOMES CAMOTILHO, Jose Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª reimpressão de la 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, especialmente el Título 6, Capítulo 3: *Direito procesal constitucional*, pp. 965-975.

La tendencia se advierte también en el ámbito iberoamericano, desde el *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, cuya temática central fue *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, celebrado en la ciudad de Sochogota, Colombia, del 7 al 11 de noviembre de 1977;<sup>21</sup> y de los Congresos Iberoamericanos<sup>22</sup> o Congresos Mundiales<sup>23</sup> de Derecho Constitucional, al abordar en sus temáticas a la justicia constitucional o *judicial review* como parte de esta disciplina. No obstante, en el *I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, 1975), se enfatizó en la necesidad de la vinculación entre las ramas del derecho constitucional y del derecho procesal, al reflejarse en una de las conclusiones del evento: “Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial”.<sup>24</sup>

Desde el campo del procesalismo se le ha prestado poca atención, como se advierte de los Congresos Mundiales<sup>25</sup> e Iberoamericanos<sup>26</sup>

21 Véase la memoria de este evento: *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional. La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

22 Hasta la fecha se han realizado IX Congresos Iberoamericanos: I: Ciudad de México (1975); II: Ciudad de México (1980); III: Ciudad de México (1985); IV: Madrid (1988); V: Querétaro (1994); VI: Bogotá (1998); VII: Ciudad de México (2002); VIII: Sevilla (2003); IX: Curitiba, Brasil (2006). El X Congreso Iberoamericano tendrá lugar en Lima, Perú, en 2009. En general, sobre la historia del Instituto y las temáticas desarrolladas, véase el trabajo de CARPZO, Jorge, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1974-2004*, México, UNAM, 2004.

23 Los Congresos Mundiales de Derecho Constitucional se organizan por la *International Association of Constitutional Law*, fundada en 1981. Hasta la fecha se han realizado VII Congresos. Los dos últimos tuvieron lugar en Santiago de Chile (Enero, 12-16, 2004) y en Atenas, Grecia (Junio, 11-15, 2007). El VIII Congreso se realizará en la ciudad de México en 2010.

24 Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 227.

25 Hasta la fecha se han realizado XIII Congresos Mundiales, organizados por la Asociación Internacional de Derecho Procesal: I: Florencia (1950); II: Viena (1953); III: Munich (1957); IV: Atenas (1967); V: México (1972); VI: Gante (1977); VII: Wurzburg (1983); VIII: Utrecht (1987); IX: Coimbra-Lisboa (1991); X: Taormina (1995); XI: Viena (1999); XII: México (2003); XIII: Bahía (2007). El XIV Congreso Mundial se desarrollará en Berlín en 2011.

26 Las primeras Jornadas se realizaron en Montevideo en 1957, al año de fallecimiento de Eduardo J. Couture y como homenaje a su memoria. Actualmente se denominan Jornadas

de derecho procesal. Algunos coloquios o congresos internacionales se han relacionado con la temática debido a la influencia de Couture o Cappelletti.<sup>27</sup> En las Jornadas Iberoamericanas se ha estudiado especialmente el tema del amparo o las garantías constitucionales del proceso, lo que propició incluso que se propusieran unas “Bases Uniformes para un amparo Latinoamericano”,<sup>28</sup> o unas “Bases constitucionales para un proceso civil justo”.<sup>29</sup> Sólo en las *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* celebradas en Caracas (2004) uno de los temas específicos fue “El derecho procesal constitucional”,<sup>30</sup> y en las *XXI Jornadas Iberoamericanas* se dedicará un apartado a los “Procesos Constitucionales”.<sup>31</sup> El poco interés y desarrollo mostrado por los procesalistas resulta paradójico si se tiene en consideración que los orígenes científicos de la disciplina fueron establecidos por eminentes procesalistas, como veremos más adelante, que advirtieron el fenómeno de la

---

Iberoamericanas de Derecho Procesal, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se celebran por lo general cada dos años. Las Jornadas se han efectuado en: I: Montevideo (1957); II: México (1960); III: Sao Paulo (1962); IV: Caracas-Valencia (1967); V: Bogotá-Cartagena de Indias, (1970); VI: Valencia, Venezuela (1978); VII: Guatemala (1981); VIII: Quito (1982); IX: Madrid (1985); X: Bogotá (1986); XI: Rio de Janeiro (1988); XII: Mérida, España (1990); XIII: Cuernavaca (1992); XIV: La Plata (1994); XV: Bogotá (1996); XVI: Brasilia (1998); XVII: San José (2000); XVIII: Montevideo (2002), XIX: Caracas (2004); XX: Málaga (2006). Las XXI Jornadas Iberoamericanas tendrán lugar en octubre de 2008 en Lima, Perú.

- 27 Uno de los temas del II Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en Viena, del 5 al 8 de octubre de 1953, fue “Las garantías constitucionales del Proceso” con la participación de Couture. El VII Congreso Mundial celebrado en Wurzburg (1983) tuvo como eje central “La efectividad de la protección judicial y el orden constitucional”, promovido por Cappelletti. Y también promovido por este jurista, destaca en 1988 la celebración del congreso Extraordinario en ocasión del noveno centenario de la Universidad de Bolonia, relativo a “La protección judicial de los derechos humanos a nivel nacional e internacional”.
- 28 Véase la propuesta de Héctor Fix-Zamudio en las IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas y Valencia, Venezuela, los últimos días de marzo y primeros de abril de 1967, para unas “Bases Uniformes para un amparo Latinoamericano.” Propuesta también encabezada por Adolfo Rivas y Augusto M. Morello, véase de este último “El amparo. Una ley uniforme para Hispanoamérica”, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 575-580.
- 29 Véase la ponencia presentada por José Ovalle Favela, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Málaga, en octubre de 2006.
- 30 Si bien con un enfoque más cercano al “derecho constitucional procesal” propiamente dicho, que al “derecho procesal constitucional, ya que sólo se abordó el debido proceso como garantía constitucional. Cfr: las ponencias de ALMAGRO NOSETE, José, “Garantía del proceso justo (o debido)” y BAUMEISTER TOLEDO, Alberto, “Garantías procesales de un proceso justo”, en *Temas de derecho procesal. XIX Jornadas Iberoamericanas y V Congreso venezolano de derecho procesal. Homenaje a José Rodríguez Urraca y José Gabriel Sarmiento Núñez*, Caracas, Invedepro, 2004, pp. 87-115 y 117-143.
- 31 Las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal tendrán lugar en Lima, en octubre de 2008.

constitucionalización del ordenamiento jurídico y de la creación de procesos y jurisdicciones especializadas en lo constitucional, lo que provocó su acercamiento a la ciencia constitucional, a la luz del penetrante pensamiento que iniciara Kelsen en su famoso artículo de 1928.

Ante estas dos posturas de “apoderamiento” y de “ausencia”, en el nuevo milenio se aprecia un acercamiento creciente entre constitucionalistas y procesalistas al tratar de consolidar al derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. En ese diálogo interdisciplinario, que trata de abrir nuevos enfoques a la disciplina, se pueden advertir en general dos posturas de autonomía. La vertiente que la considera “autónoma mixta”, al estimar que debe construirse bajo los conceptos, métodos y estructuras del derecho constitucional y del derecho procesal. Esta postura, atractiva sin lugar a dudas, nos debe llevar a la reflexión de si existen en realidad disciplinas jurídicas “mixtas” o bien si la tendencia contemporánea de cualquier materia es el enfoque multidisciplinario, con independencia de su propia naturaleza de pertenencia a una particular rama jurídica.

Una segunda corriente, la expuesta por Fix-Zamudio desde 1955-56, defiende la “autonomía procesal” tratando de establecer los principios y cimientos como rama de naturaleza procesal, de tal suerte que sea tan autónoma como el derecho procesal civil o procesal penal lo son del derecho civil o penal. Esta postura, en general, estima que si bien el derecho procesal constitucional comparte los conceptos tradicionales de la teoría del proceso, existen particularidades y categorías propias que deben construirse y diferenciarse especialmente del tradicional proceso civil que contribuyó a sentar las bases generales del proceso, y de ahí avanzar en las categorías que caracterizan al proceso constitucional. Bajo este último enfoque, incluso, se distinguen las posturas tradicionales y las que pretenden introducir nuevas variantes a la teoría del proceso, tratando de “compartir” o establecer “categorías comunes” entre las dos disciplinas tradicionales o bien construir “categorías propias”, utilizando las existentes en

el derecho procesal y con un acercamiento importante al derecho constitucional, en aras de abonar en la formación científica y autónoma del derecho procesal constitucional.

### **III. ¿Convergencia o convivencia?**

De lo dicho en el epígrafe anterior se advierten las dos posturas dominantes sobre la naturaleza del derecho procesal constitucional: 1) *La europea*, que sin entrar en el deslinde con el procesalismo científico la considera como parte de estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”; y 2) *la latinoamericana*, que defiende su autonomía científica con dos vertientes: a) “autonomía mixta”, que estima que deben considerarse los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y b) “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Si bien es una disciplina procesal, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que en muchas ocasiones sus categorías se encuentran en la propia constitución.

No es el momento de entrar al análisis detallado de cada postura. La primera pertenece a la ciencia constitucional. La segunda reivindica su autonomía científica. El objeto de estudio de ambas, sin embargo, se aproxima a tal grado que en algunas ocasiones parece ser el mismo y todo depende del enfoque con el cual se analice.

Ante este panorama debemos preguntarnos si en realidad ¿son excluyentes? o bien ¿si pueden coexistir las dos posturas? Esta es una cuestión de fondo sobre la cual poco se ha reflexionado.

Pareciera que en el horizonte se vislumbran dos posibilidades: la convergencia o la convivencia.

A) ¿Se puede llegar a una única postura? Y si es así ¿cómo la denominaríamos y cuál sería su contenido y encuadre científico? ¿Será procesal, constitucional o mixta? ¿En realidad existen las disciplinas mixtas? O más bien se debe utilizar el moderno enfoque interdisciplinario en el estudio de las disciplinas, con independencia de su naturaleza jurídica.

El llegar a una convergencia entre las dos corrientes descritas también podría llevar a la aceptación convencional de una sobre la otra. Por ejemplo, la aceptación del derecho procesal constitucional como la última fase del desarrollo científico del fenómeno de lo que en un primer momento se denominó jurisdicción constitucional. Esta es la postura de Domingo García Belaunde que defiende y ha dado a conocer desde hace tiempo. Su tesis queda reflejada en un libro que lleva el sugestivo título *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*.<sup>32</sup> Postura que bajo diferente enfoque desde Italia advertía Marilisa D'Amico, en su ensayo denominado precisamente “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi”.<sup>33</sup> En este último ensayo la autora enfatiza sobre el origen procesal de la justicia constitucional y realiza consideraciones importantes sobre las particularidades de los procesos constitucionales y del derecho procesal constitucional a la luz de la teoría procesal.<sup>34</sup>

O también pudiera suceder al revés, que el fenómeno adquiera tal caracterización científica desde la dogmática constitucional que prevalezca y sea convencionalmente aceptada en el campo de estudio de la ciencia constitucional y la ciencia procesal, a manera de una etapa evolutiva de lo que hasta ahora se ha desarrollado

---

32 Esta obra cuenta con cuatro ediciones. Las últimas dos ediciones aparecen en México (Fundap, 2004) y Perú (Grijley, 2003).

33 *Giurisprudenza italiana, op. cit.*

34 *Cfr. op. últ. cit.*, especialmente el apartado sobre “«Giustizia costituzionale» o «diritto processuale costituzionale»?”, pp. 490-495.

especialmente en el viejo continente a través de la denominada justicia constitucional. Esto implicaría, a la vez, que la pretendida emancipación del derecho procesal constitucional quede mermada y como un mero intento científico que nunca logró cuajar lo suficiente.

**B)** También puede suceder que no se llegue a una convergencia, sino a una aceptación mutua de las posturas. Esto ocurriría si ambas adquieren madurez científica, de tal suerte que su construcción sea simultánea y convencionalmente aceptada por la ciencia constitucional y la dogmática procesal. Implica que al margen del importante desarrollo dogmático constitucional que los especialistas en derecho constitucional han realizado de la “justicia constitucional”, se inicie una genuina etapa reivindicatoria en la construcción teórica del proceso constitucional desde el procesalismo científico. Lo cual no ha sucedido hasta el momento. Parece ser una “zona vedada” para el desarrollo científico procesal (por lo menos así se advierte en Europa, salvo excepciones), no obstante los avances incuestionables del proceso civil y del proceso penal, así como la construcción de otras ramas como el proceso administrativo y laboral, o los que se encuentran en fase de desarrollo como el proceso electoral. El desarrollo científico del proceso constitucional pareciera uno de los pendientes inaplazables que deben afrontar los procesalistas. Este desarrollo podría llevar a esta convivencia si se logran acuerdos mutuos de aceptación de lo que es estrictamente procesal y de lo que es materia constitucional, o bien aceptando un solo camino compartido de desarrollo científico. De lo contrario la convergencia llevaría a la imposición de una visión sobre la otra, lo cual de suyo no es malo si se acepta convencionalmente.

La disyuntiva entre la “convergencia” (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra) o la “convivencia” de ambas está latente y el tiempo dará la respuesta. En el fondo la “convivencia”, como sucede en la actualidad, debería llevar a la “convergencia” de posturas (no de rechazo de la existencia de una u otra) y así reconducir los planteamientos

hacia posibles encuentros que posibiliten hablar de categorías compartidas. Por ejemplo, las categorías “proceso constitucional” y “jurisdicción constitucional” ¿deben ser exclusivas de alguna de ellas? O más bien pertenecen a ambas, aunque con enfoques distintos. La “jurisdicción constitucional” como el “proceso constitucional”, en tanto “proceso” y “jurisdicción” son instituciones procesales fundamentales de la dogmática procesal y que han alcanzado un desarrollo importante en otras ramas procesales. Sucede también que los “procesos constitucionales” y las “jurisdicciones constitucionales” (tribunales constitucionales, salas constitucionales, etc.) están previstos en las propias leyes supremas, lo que significa que deben ser tratadas por la ciencia constitucional, por ser la constitución su objeto de estudio. ¿Puede la ciencia constitucional o la dogmática procesal apropiarse de estas categorías? Alcalá-Zamora y Castillo apuntaba cómo, por ejemplo, podemos saber lo que es la “jurisdicción”, pero no sabemos donde está, si en el campo procesal o en el constitucional.<sup>35</sup>

Entendemos, por consiguiente, que en el futuro pudiera convencionalmente llegar a aceptarse el reconocimiento de una “justicia constitucional” en clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estudio de la dogmática constitucional, como se ha venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos después de la segunda posguerra. Y también la existencia de un “derecho procesal constitucional” como disciplina autónoma procesal (con ascendencia constitucional, en mayor o menor medida) que tenga su propio objeto y perspectiva. Lo importante -y a la vez complicado- será deslindar las “zonas límites” o “zonas compartidas” del derecho procesal constitucional con respecto a la justicia constitucional y viceversa.

Si esta “convivencia” se acentúa, debemos entonces avanzar hacia la delimitación entre la “justicia constitucional” y el “derecho procesal constitucional”, teniendo en consideración que ambas

35 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3ª ed., México, UNAM, 1991, p. 103.

forman parte del derecho público y como una fase de desarrollo en la separación metodológica de las disciplinas jurídicas, que iniciara en el siglo XIX. La distinción entre una y la otra radica en que la primera es ciencia constitucional y la segunda es ciencia procesal. La justicia constitucional es parte del objeto del derecho constitucional, a manera de uno de sus elementos que lo conforman. El derecho procesal constitucional pertenece a la dogmática procesal, con la misma autonomía que han alcanzado sus diversas ramas y bajo la unidad de la teoría o los principios generales del proceso, si bien con una estrecha relación con el derecho constitucional en la medida en que en muchos casos sus categorías se encuentran en los textos constitucionales. La justicia constitucional, como parte de un todo, debe limitar su superficie a los propios de la disciplina que la contiene. El derecho procesal constitucional, como una disciplina autónoma procesal, necesariamente tendrá una cobertura mayor en su objeto de estudio y con enfoques diversos, debiendo crear sus propios conceptos, categorías e instituciones que la distingan de las demás ramas procesales. En todo caso, debe privilegiarse el estudio interdisciplinario de la disciplina constitucional y la procesal para llegar a posturas más avanzadas en su desarrollo.

En este sentido, desde la mejor dogmática contemporánea (procesal y constitucional) se han realizado esfuerzos muy serios para iniciar el deslinde de las ciencias procesal y constitucional, con respecto al “derecho procesal constitucional”. Por una parte, Fix-Zamudio, apoyándose en las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil, elaboró la tesis relativa a la existencia de una nueva disciplina limítrofe denominada “Derecho Constitucional Procesal” (como parte del derecho constitucional) que comprende aquellas instituciones procesales elevadas a rango constitucional. Esta postura fue trazada para delinear lo que es propiamente objeto de estudio del “Derecho Procesal Constitucional” (como rama procesal), de aquella que corresponde a la ciencia constitucional y a pesar de tratarse de categorías procesales. Sobre el particular volveremos más adelante y sólo advertimos por el momento que la distinción ha sido acogida por

un buen número de juristas no sin ciertas dudas también por un sector de la doctrina. El propio Fix-Zamudio también distingue entre las connotaciones de “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional”. Considera que no son incompatibles y más bien resultan complementarios en la medida que la “justicia constitucional” se refiere al conjunto de instrumentos tutelares que conforman el contenido del “derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.<sup>36</sup>

Otro esbozo (con poco eco hasta ahora) lo ha realizado Gustavo Zagrebelsky desde la teoría de la justicia constitucional. En un importante seminario realizado en el *Palazzo della Consulta* en Roma, los días 13 y 14 de noviembre de 1989, se preguntaba si es posible hablar y en qué términos de un derecho procesal constitucional. Partiendo de una concepción del “proceso constitucional” diferenciada del “procedimiento”, de la *lex* (derecho objetivo) y *iura* (derecho subjetivo), llega a visualizar los dos bienes tutelados en el proceso constitucional: los derechos constitucionales y la constitucionalidad del derecho objetivo; y advierte la tensión de los mismos cuando se trata de la resolución de controversias constitucionales. Señala la tendencia de la “visión objetiva” del juicio constitucional, entendida como institución para la garantía de la coherencia del ordenamiento respecto a la Constitución, más que como instrumento directo de defensa de los derechos constitucionales. El profesor de derecho constitucional de la Universidad de Turín, si bien analiza específicamente a la Corte Constitucional italiana, resalta que las cortes constitucionales no deben ser sólo instrumentos del aparato de gobierno, sino órganos de las expectativas de justicia que provienen de la sociedad, enfatizando que “no existe expectativa posible sin un proceso. No se puede ni siquiera imaginar a un juez sin un derecho procesal: sería un gestor arbitrario de las

36 Véanse, entre otros, las palabras que pronunció en la inauguración del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México-UNAM, 2007, pp. XVII-XIX, en p. XVIII.

posiciones sobre las cuales se encuentra decidiendo pero, si así fuera, no podríamos considerarlo un juez, si a esta palabra queremos dar un sentido y un valor”.<sup>37</sup>

El hoy presidente honorario de la Corte Constitucional italiana pone el dedo en la llaga cuando advierte y reconoce que “ha faltado una reivindicación, coherente en los resultados, de autonomía de la reflexión constitucionalista con relación a la procesalista”. Termina su reflexión respondiendo afirmativamente sobre la existencia de esta disciplina: “Un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* –es más: muy *sui generis*–, que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución.”<sup>38</sup>

A partir de estas premisas podría iniciarse un encuentro reflexivo entre constitucionalistas y procesalistas para abonar en la madurez científica de sus disciplinas, que en ocasiones parecieran dos puntas de icebergs aislados aunque unidos debajo del mismo mar.

#### **IV. Hacia la consolidación de una disciplina autónoma**

Con independencia del enfoque con el cual se mire al fenómeno en cuestión, que dependerá en gran medida de la formación personal que se tenga y de la intención pretendida, lo cierto es que la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional se abre paso hacia su consolidación. Lo anterior se advierte, por lo menos, desde tres ángulos vinculados estrechamente a su carácter científico, a saber, en la creación de institutos o asociaciones, en la enseñanza del derecho y en la doctrina jurídica.

---

37 ZABREGELSKY, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, op. cit., p. 38.

38 *Ibidem*, p. 57.

**A) Asociaciones científicas.** Por una parte se han creado institutos y asociaciones científicas para su estudio. Desde la década de los ochenta del siglo pasado, se creó el *Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (1989)<sup>39</sup> que luego se transformara en el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (2003),<sup>40</sup> con motivo de la celebración del *I Encuentro* celebrado en la ciudad de Rosario, Argentina, conjuntamente con las *VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional*.<sup>41</sup>

El *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* ha realizado *IV Encuentros*.<sup>42</sup> También se han creado asociaciones nacionales, como en Argentina,<sup>43</sup> Chile,<sup>44</sup> Colombia,<sup>45</sup> México<sup>46</sup>

39 Impulsado por Néstor Pedro Sagüés. El antecedente es el *Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional*, creado en 1987-1991 y cuya sede es la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

40 El acta constitutiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, puede consultarse en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 311-312. La página electrónica del Instituto es [www.iidpc.org](http://www.iidpc.org)

41 Véase la reseña de este evento en PALOMINO MANCHEGO, José F., “Crónica del I Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Rosario, Argentina, 21 y 22 de agosto de 2003)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, *op. ult. cit.*, pp. 305-310.

42 Son los siguientes: I Encuentro, Rosario, Argentina (2003); II Encuentro, San José, Costa Rica (2004); III Encuentro, La Antigua, Guatemala (2005); IV Encuentro, Santiago de Chile (2006). El V Encuentro se realizará en Cancún, México, en mayo de 2008.

43 El Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional ha realizado hasta la fecha IX Encuentros. El último tuvo lugar en la Universidad del Salvador, en Buenos Aires, el 7 y 8 de septiembre de 2006. Se dedicó a la memoria de Germán J. Bidart Campos.

44 Se creó la *Asociación Chilena de Derecho Procesal Constitucional* en julio de 2004 por la propuesta de Humberto Nogueira Alcalá, que ha impulsado la materia desde hace muchos años a través de congresos y seminarios internacionales, con el apoyo de la Universidad de Talca y como presidente de la *Asociación Chilena de Derecho Constitucional*. El IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional se llevó a cabo en la Universidad Diego Portales en Santiago, con la denominación: “Los desafíos del derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI”.

45 Como la *Asociación Colombo-Venezolana de Derecho Procesal Constitucional*, en la ciudad de Cúcuta, Colombia, promovida por Ernesto Rey Cantor. En época reciente, también Anita Giacomette Ferrer organizó un congreso internacional sobre la materia en la Universidad de Rosario, en Bogotá, los días 2 y 3 de junio de 2005. Actualmente, se encuentra en fase de formación el Instituto Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Lo anterior, con independencia del dinamismo y consolidación que tiene el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que preside el destacado procesalista Jairo Parra y que en sus Congresos anuales se abordan cuestiones de derecho procesal constitucional.

46 Se creó el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* con motivo del Coloquio Internacional sobre la materia, celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en Monterrey (23-25, septiembre de 2004). El acta constitutiva del Instituto y la crónica de dicho evento pueden verse en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2005, núm. 3, pp. 491-498 y 499-500. El Instituto Mexicano ha celebrado: el *I Congreso*, también en Monterrey, en la misma Universidad (8-10, septiembre, 2005) y el *II Congreso* (29 de mayo al 1 de junio de 2007) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Las “crónicas” de ambos eventos aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5 (enero-junio, 2006), pp. 427-435; y núm. 8 (julio-agosto, 2007), pp. 565-580.

y Perú,<sup>47</sup> organizando periódicamente congresos sobre la materia.

**B) Enseñanza universitaria.** Este florecimiento de la disciplina también ha repercutido en su enseñanza.<sup>48</sup> En época reciente, los planes de estudio de las escuelas, facultades y departamentos de derecho han sido objeto de revisión y actualización, para incorporar de manera específica una nueva asignatura denominada “Derecho Procesal Constitucional”.

Esta tendencia se aprecia con claridad en la currícula de pregrado y posgrado de varias Universidades Latinoamericanas, especialmente en Argentina<sup>49</sup> Bolivia,<sup>50</sup>

47 En el Perú se creó una “sección” dentro del Instituto Peruano de Derecho Constitucional. Esta asociación fue impulsada por Domingo García Belaunde y actualmente la preside Francisco J. Eguiguren Praeli. Se han efectuado dos congresos peruanos sobre la materia, ambos realizados por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad “Los Andes” en la ciudad de Huancayo, Perú, debido a su Decano Dr. Miguel Vilcapoma Ignacio. El I Congreso (18-20, noviembre de 2004) se dedicó a la memoria de Germán J. Bidart Campos y el II Congreso (24-26, mayo de 2007), dedicado a Héctor Fix-Zamudio.

48 Cfr. nuestra ponencia “El derecho procesal constitucional en las Universidades. Necesidad y variables”, presentada en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, La Antigua, Guatemala, 7-9 de diciembre de 2005.

49 Se debe a Néstor Pedro Sagüés la inauguración en 1982 del primer curso de posgrado en Argentina sobre Derecho Procesal Constitucional, que impartió en la Universidad de Belgrano. En 1986, la primera cátedra en la Universidad Notarial Argentina y en 1988 como curso de doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Cfr. la obra de Sagüés, “Derecho Procesal Constitucional”, tomo I, así como el relato de Sebastián R. J. Franco, en la reseña que hace a los 4 tomos de Sagüés, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 379-382, en p. 379. Actualmente esa materia se imparte como asignatura optativa en varias Universidades, como la Pontificia Universidad Católica Argentina, la Universidad Nacional de Rosario, en Tucumán, en Mar de Plata o en el ciclo profesional orientado en la Universidad de Buenos Aires, como nos relatan Sagüés y Gozaini, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Encuesta sobre derecho procesal constitucional, op. cit.*, pp. 27 y 28. También desde el año 2000 se imparte a nivel pregrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a cargo del profesor Jorge Horacio Gentile.

50 De conformidad con la información de José Antonio Rivera Santivañez, la materia inició a impartirse a nivel pregrado en el año 2001 (en octavo semestre y en calidad de obligatoria) en la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA) y a partir de 2003 en la Universidad Técnica de Santa Cruz (UTEPSA). Se imparte la Maestría en “Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional” en la Universidad Andina Simón Bolívar (en Sucre y La Paz), en la Universidad San Simón de Cochabamba, en la Universidad Mayor Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (aunque con la denominación de Instituciones Privadas y Procesos Constitucionales). Además de los diplomados específicos sobre la materia impartidos por la Universidad Privada Domingo Savio. Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional, op. cit.*, p. 34. Asimismo, se imparte en el séptimo semestre de la Universidad Privada Franz Tamayo. Cfr. <http://unifranz.edu.bo/descargas/files/derecho.pdf> (consulta 29-agosto-2007).

Brasil,<sup>51</sup> Chile,<sup>52</sup> Colombia,<sup>53</sup> Costa Rica,<sup>54</sup> Guatemala,<sup>55</sup> El Salvador,<sup>56</sup> Panamá<sup>57</sup> y Perú,<sup>58</sup> destacando el desarrollo notable que ha experimentado Argentina y Perú.

- 51 Si bien se sigue enseñando dentro de la currícula de Derecho Constitucional, en los últimos años se ha incorporado en varias Universidades. Cfr. las respuestas de Ivo Dantes, Regis Frota Araujo y Andrés Ramos Tabares, a la encuesta de la obra coordinada por GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *op. cit.*, pp. 35-47.
- 52 En Chile se ha impartido un cursillo en la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad central, impartida por los profesores Francisco Zúñiga Urbina y Alfonso Perramont Sánchez, como así lo manifiestan en su texto introductorio preparado para los estudiantes: *Introducción al derecho procesal constitucional*, III vols., Santiago, Universidad Central de Chile, 2002 (primera reimpresión del vol. I, 2003). También existió una asignatura a nivel pregrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (1998-2002) y se ha planteado como parte de la Maestría que imparte su Centro de Estudios Constitucionales con sede en Santiago. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coords.), *op. cit.*, p. 56.
- 53 Se imparte como uno de los módulos en la Especialidad de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Asimismo como materia en la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Medellín.
- 54 Rubén Hernández Valle señala que se impartió por primera vez por él a nivel posgrado en el año de 1990, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y asevera que en la actualidad se imparte de manera obligatoria en pregrado en la mayoría de las Universidades. Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coords.), *op. cit.*, p. 52. Asimismo integra la currícula de grado de Bachiller en Derecho en la Escuela Libre de Derecho, así como de la carrera de derecho en la Universidad Autónoma de Centroamérica, en ambos casos se imparte en el sexto cuatrimestre. Cfr: <http://www.uescuelalibre.ac.cr/planes.html>, así como <http://www.carreras.co.cr/view.php?doc=p&i=15&carrera=1810&categoria=71> (consultas 14-septiembre-2007).
- 55 Se imparte en décimo semestre como “Derecho procesal constitucional y administrativo” en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mesoamericana. Cfr: <http://mesoamericana.edu.gt/Carreras/derecho.html> (consulta 14-septiembre-2007).
- 56 Se imparte como obligatoria en el décimo semestre de la Universidad de El Salvador, así como en séptimo semestre en la Universidad Capitán General Gerardo Barrios. También integra la currícula en de la carrera de derecho del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”.
- 57 Se imparte en el noveno cuatrimestre en la *Universidad Cristiana de Panamá*. Cfr: [http://www.ucp.ac.pa/plan\\_lic\\_en\\_derechoycienciaspoliticas.htm](http://www.ucp.ac.pa/plan_lic_en_derechoycienciaspoliticas.htm) (consulta 27 agosto d 2007).
- 58 Se debe a Domingo García Belaunde la inclusión de la asignatura “Garantías Constitucionales” en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1980 (cuyo contenido comprendía al derecho procesal constitucional). A partir de 2003 se cambió su denominación a “Derecho Procesal Constitucional”. En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se reformó el plan de estudios para incorporarla con esa denominación y como curso obligatorio en el sexto año desde 1992, según relato de Elvito A. Rodríguez. A partir de 1996 se incorpora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, y en la Universidad Privada “Antenor Orrego” de la misma ciudad, al parecer por la insistencia de Gerardo Eto Cruz y Víctor Julio Ortecho Villena, y luego se reproduce también en las Universidades César Vallejo y Privada del Norte. En la actualidad se ha incorporado a nivel pregrado y posgrado por numerosas universidades, debido al reciente Código Procesal Constitucional que entró en vigor el 1° de diciembre de 2004. Cfr. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A., *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, 3ª ed., Lima, Grijley, 2006, p. 120; así como la respuesta que dieron Samuel B. Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Víctor Julio Ortecho Villena, José F. Palomino Manchego y Aníbal Quiroga León, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, pp. 91-106.

En México, no obstante las enseñanzas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y de las penetrantes publicaciones de Héctor Fix-Zamudio desde hace cincuenta años, las reformas a los planes de estudio comenzaron en 1993 y se intensificaron a partir del nuevo milenio. Lo anterior se explica por la tradicional corriente de considerar al juicio de amparo mexicano en su dimensión “omnicomprensiva” al representar en realidad una “federación de instrumentos” que en otros países tienen autonomía, como acertadamente lo ha destacado Fix-Zamudio,<sup>59</sup> provocando que durante el siglo XX se convirtiera en la práctica en el único mecanismo efectivo de protección constitucional. A partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 y agosto de 1996, mediante las cuales se incorporan nuevos instrumentos jurisdiccionales de protección, se revitalizan otros y se amplían las facultades de la Suprema Corte de Justicia, se avanza hacia un sistema integral de defensa constitucional, lo que provoca la necesidad de reformar los planes de estudio en los departamentos, escuelas y facultades de derecho.

Progresivamente en el primer lustro del presente milenio la asignatura “Derecho Procesal Constitucional” se incorpora en la currícula de licenciatura y/o posgrado en importantes centros de enseñanza públicos y privados del país. Así sucede en la Universidad Nacional Autónoma de México,<sup>60</sup> Universidad Autónoma de Baja California,<sup>61</sup> Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca,<sup>62</sup> Universidad Autónoma de Chiapas,<sup>63</sup> Universidad de Colima,<sup>64</sup>

59 Cfr., entre otros, su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ra. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.

60 En el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM se enseña desde el año 2003 dentro de la Maestría en Derecho Constitucional. A nivel licenciatura, se aprobó el 7 de julio de 2004 por el Consejo Universitario, conforme al nuevo plan de estudios y se impartirá por primera vez en el año 2008. Es de carácter electiva y dentro del área IV: Derecho constitucional y amparo.

61 Las Facultades de Derecho en Tijuana y Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California, fueron las primeras en el país en introducir la materia con carácter obligatorio conforme su plan de estudios de 1999. Se divide en dos cursos semestrales. La tradicional materia “juicio de amparo” quedó subsumida en uno de los cursos de “Derecho Procesal Constitucional”.

62 Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria, conforme al nuevo plan de estudios.

63 En el Campus San Cristóbal de las Casas se imparte como obligatoria en octavo semestre.

64 Se imparte actualmente en el sexto semestre en calidad de obligatoria.

Universidad de Guadalajara,<sup>65</sup> Universidad Autónoma de Nuevo León,<sup>66</sup> Universidad Autónoma de Tlaxcala,<sup>67</sup> Universidad Autónoma de Sinaloa,<sup>68</sup> Universidad Autónoma de Yucatán,<sup>69</sup> Universidad Panamericana,<sup>70</sup> Universidad Iberoamericana,<sup>71</sup> Universidad Anáhuac,<sup>72</sup> Universidad La Salle,<sup>73</sup> Universidad Modelo,<sup>74</sup> Universidad Americana de Acapulco,<sup>75</sup> entre otras.

Al margen de los múltiples diplomados, coloquios y seminarios organizados por distintas instituciones, entre las que destaca el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, A.C.,<sup>76</sup> y las Casas de la Cultura Jurídica de ese Tribunal en toda la República mexicana.<sup>77</sup>

65 Se imparte como optativa.

66 La Facultad de Derecho y Criminología incorporó en su nuevo plan de estudios de 2005 la asignatura con carácter obligatoria en dos semestres (séptimo y octavo), de tal suerte que la tradicional materia "Juicio de Amparo", queda subsumida en uno de los dos cursos de "Derecho Procesal Constitucional". Asimismo se implementó la Maestría en Derecho Procesal Constitucional en tres semestres.

67 A nivel licenciatura se imparte en el séptimo semestre conforme al plan de estudios de 2003. Sin embargo, a nivel posgrado se incorporó en el plan de estudios de 1993, como asignatura en la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo.

68 Se imparte como obligatoria en octavo semestre a partir de la reforma al plan de estudios de 2002.

69 Se imparte la maestría en derecho, con opción en "Derecho procesal constitucional y amparo".

70 Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria en quinto semestre de acuerdo a su nuevo plan de estudios de 2006 (Campus México, Guadalajara y Aguascalientes), si bien se impartió como optativa desde el año 2002. A nivel posgrado existe desde 2003 en la ciudad de México la Maestría en Derecho Procesal Constitucional con duración de dos años, con cinco generaciones hasta el año 2007. Fue la primera Maestría con esa denominación en el país con reconocimiento oficial.

71 Se imparte como obligatoria del área mayor en los diversos planteles de la República mexicana.

72 Se imparte como obligatoria en los diversos planteles de la República mexicana, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

73 Se imparte como obligatoria en octavo semestre, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

74 Impartida por la Escuela de Derecho de dicha Universidad en la ciudad de Mérida, Yucatán. Se imparte en cuatro semestres.

75 Se imparte en noveno semestre como electiva.

76 Este Colegio, en conmemoración de su 30º aniversario, realizó el *Primer Seminario sobre Derecho Procesal Constitucional*, del 20 de septiembre al 31 de octubre de 2000; evento que tuvo una repercusión importante en la difusión y aceptación de la disciplina. A partir de entonces, el Colegio ha realizado múltiples diplomados sobre la temática en Universidades y Tribunales Superiores de Justicia de la República mexicana.

77 A partir del año 2003 se imparte con regularidad un Diplomado sobre Derecho Procesal Constitucional, en las más de cuarenta Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Incluso en Europa se inician los cursos con esta denominación en Italia, Portugal y España. En Italia, recientemente, se ha incorporado el curso “Diritto processuale costituzionale”, diferenciado de la materia “Giustizia costituzionale”, en el *Dipartimento di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato* de la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Napoli, Federico II*,<sup>78</sup> así como en la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Bari*.<sup>79</sup> En Portugal, el Instituto de Ciencias Jurídica-Políticas de la Universidad de Lisboa imparte el “curso de pós-graduação de atualização em direito processual constitucional”.<sup>80</sup> En España, la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante imparte la materia en la licenciatura,<sup>81</sup> mientras que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Jaén se optativa en el segundo ciclo.<sup>82</sup>

**C) Obras especializadas.** Mientras que en Latinoamérica la primera expresión en el título de un libro aparece en Argentina, en la obra de Alcalá-Zamora y Castillo denominada *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicada en 1944,<sup>83</sup> en Europa sucede debido a la obra *Derecho procesal constitucional*, del procesalista español Jesús González Pérez en 1980,<sup>84</sup> aunque un año antes José Almagro Nosete la utilizara en un ensayo.<sup>85</sup>

78 Cfr. [www.dirittoconstituzionale.unina.it/Insegnamenti/Diritto%20processuale%20costituzionale.html](http://www.dirittoconstituzionale.unina.it/Insegnamenti/Diritto%20processuale%20costituzionale.html) (consulta 15-agosto-2007). El Profesor Sandro Staiano imparte la materia.

79 La materia “Diritto Processuale Costituzionale” se imparte dentro del área de “Diritto Costituzionale”, señalada en el plan de estudios como “N08X”. Cfr. [http://sito.cineca.it/murst-daus/settori97/sett\\_n.htm](http://sito.cineca.it/murst-daus/settori97/sett_n.htm) (consulta 20-agosto-2007).

80 El coordinador es el Profesor Paulo Otero.

81 En el plan de estudios 2002, reformado, aparece desde 2004 como de elección libre (código 9953), dentro del Área de Derecho Constitucional y del Departamento Estudios Jurídicos del Estado. Actualmente se imparte por los profesores Cristina González Álvarez-Bugallal y Ricardo Andrés Medina Rubio.

82 Se imparte como optativa en el segundo ciclo y se denomina “Derecho procesal constitucional, internacional y comunitario”, de conformidad con su plan de estudios 2002. Cfr. [http://www.ujaen.es/serv/vicord/secretariado/secplan/planest/csjj/1102/Programa\\_1102\\_8549.pdf](http://www.ujaen.es/serv/vicord/secretariado/secplan/planest/csjj/1102/Programa_1102_8549.pdf) (consulta 20 agosto de 2007).

83 Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.

84 *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

85 ALMAGRO NOSETE, José, “Tres breves notas sobre el derecho procesal constitucional”, en *Revista de derecho procesal iberoamericano*, Madrid, núms. 3-4, 1979, pp. 681-692.

A partir de la década de los ochenta del siglo pasado, con independencia de los ensayos en revistas y obras colectivas, aparecen libros con la precisa denominación de derecho procesal constitucional en Europa: Alemania,<sup>86</sup> España,<sup>87</sup> y Portugal.<sup>88</sup> Y especialmente en Latinoamérica: Argentina,<sup>89</sup> Bolivia,<sup>90</sup> Brasil,<sup>91</sup>

- 86 Cfr. SACHS, Michael, *Verfassungsprozessrecht*, 2ª ed., UTB, Heidelberg, 2007; HILLGRUBER, Christian, y GOOS, Christoph, *Verfassungsprozessrecht*, 2a ed., C.F. Müller, Heidelberg 2006; FLEURY, Roland, *Verfassungsprozessrechts*, 6a ed., Luchterhand, Munich, 2004; BENDA, Ernst, y KLEIN, Eckart, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2001; GERDSORF, Hubertus, *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2000; PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª ed., Munich, C.H. Beck, 1991.
- 87 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; FAIRÉN GUILLEN, Víctor, *Estudios sobre derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, 3 tomos, 1983-1992; CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen (et al.), *Prácticas de derecho procesal penal y constitucional*, Forum, 1992; ALMAGRO NOSETTE, José, *Lecciones de derecho procesal: laboral, contencioso administrativo, constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- 88 Cfr. FONSECA, Guilherme da, y DOMINGOS, Inês, *Breviário de direito procesal constitucional (Recurso de constitucionalidade)*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2002.
- 89 Cfr. SAGÜÉS, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad Hoc-Fundación Konrad Adenauer, 2006; id., *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4 tomos, 1995-2002; GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Platense, Mar de Plata, 2007; GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006; id., *Derecho procesal constitucional. Hábeas data. Protección de datos personales (decreto 15558/2001)*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; id., *Derecho procesal constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002; id., *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999; MASCOTRA, Mario (director) y CARELLI, Enrique A. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006; MANILI, Pablo Luis (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005; AAVV, *Elementos de derecho procesal constitucional*, II tomos, Córdoba, Advocatus, 2004-2005; RIVAS, Adolfo A. (director) y MACHADO PELLONI, Fernando M. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2003; MONEEY, Alfredo Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, Córdoba, La Docta, 2002; SAGÜÉS, Néstor, y SERRA, María Mercedes, *Derecho procesal constitucional en la Provincia de Santa Fe*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- 90 Cfr. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007; BALDIVIESO GUZMÁN, René, *Derecho procesal constitucional*, Santa Cruz, Gráficas Sirena, 2006; CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2004; ASBUN, Jorge (et. al.), *Derecho procesal constitucional boliviano*, Santa Cruz, Academia Boliviana de Derecho Constitucional, 2002; DECKER MORALES, José, *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, 2002.
- 91 Cfr. GONCALVES CORREIA, Marcus Orione, *Direito processual constitucional*, 3ª ed., Sao Paulo, Saraiva, 2007; SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton, *Direito processual constitucional*, Sao Paulo, Saraiva, 2006; BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira, *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*, Belo Horizonte, Fórum, 2006; MEDINA, Paulo Roberto de Gouveia, *Direito Processual Constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005; GUERRA, Gustavo Rabay, *Direito Processual Constitucional*, Recife, Nossa Livraria, 2005; CANTONNI DE OLIVEIRA, Marcelo, *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Introdução ao direito processual constitucional*, Porto Alegre, Síntese, 1999; ROSAS, Roberto, *Direito processual constitucional*, 3ª ed., Sao Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1999.

Costa Rica,<sup>92</sup> Colombia,<sup>93</sup> Chile,<sup>94</sup> Ecuador,<sup>95</sup> México,<sup>96</sup> Nicaragua,<sup>97</sup> Panamá,<sup>98</sup> y Perú.<sup>99</sup>

- 92 Cfr. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., San José, Juricentro, 2001.
- 93 Cfr. HENAO HIDRÓN, Javier, *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, Temis, 2003; REY CANTOR, Ernesto, *Derecho procesal constitucional, Derecho constitucional procesal, Derechos humanos procesales*, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001; de este mismo autor, *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Ed. Universidad Libre, 1994; y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- 94 En la Revista *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, que edita el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca y dirigida por Humberto Nogueira Alcalá, se dedica a las memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, cuyo título es: “Desafíos del derecho procesal constitucional en la alborada del siglo XXI”, Santiago, 2006; BORDALI SALAMANCA, Andrés, *Temas de derecho procesal constitucional*, Santiago de Chile, Fallos del mes, 2003; ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Vol I: *Proceso de amparo de derechos fundamentales*; Vol. II: *Proceso de constitucionalidad*; y Vol. III: *Teoría del derecho procesal constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002-2003; si bien no con este título, la materia también es abordada por ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, *Elementos de jurisdicción constitucional*, II tomos, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002.
- 95 Cfr. PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Quito, Editora Nacional, 2005. Si bien con diversa denominación, debe mencionarse la obra de SALGADO PESANTES, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- 96 Cfr. LANDA, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2006; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., IV tomos, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006; de este mismo autor, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2006; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; ESCOBAR FORNOS, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, op. cit.; GIL RENDÓN, Raymundo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2002; GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.
- 97 Cfr. ESCOBAR FORNOS, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.
- 98 Cfr. BARRIOS GONZÁLEZ, Bofis, *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Panamá, Portobelo, 2002; GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto, *Curso de derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Panamá, Litho Editorial Chen, 2003; RODRÍGUEZ ROBLES, Sebastián, *Derecho procesal constitucional panameño*, Panamá, Universidad de Panamá, 1993.
- 99 Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A., *Manual de Derecho procesal constitucional*, 3ª ed., Lima, Grijley, 2006; PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2 tomos, Lima, Gijley, 2005; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005; QUIROGA LEÓN, Anibal, *Derecho procesal constitucional y el Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara, 2005; ABAD YUPANQUI, Samuel B, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004; CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., 2 vols., Lima, Jurista Editores, 2004; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2ª ed., II tomos, Lima, Palestra, 2006; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho*

Además de los libros, debe agregarse la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*<sup>100</sup> (la primera en su género con esa denominación), así como el apartado (desde la edición del año 2002) que sobre la materia aparece en el *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, publicada por la Fundación Konrad Adenauer;<sup>101</sup> que se unen a las importantes publicaciones especializadas relativas al *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, que se publica desde 1985, debido al impulso del recién desaparecido constitucionalista francés Louis Favoreu (1936-2004) que dirigió el “Groupe d’Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle”, en Aix-en-Provence;<sup>102</sup> así como el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, iniciado en 1997, con 11 números hasta la fecha, dirigido por Francisco Fernández Segado y editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.

En este sendero de publicaciones existen dos colecciones especializadas. En Argentina, los *Estudios de derecho procesal constitucional*, con tres números (2002-2007);<sup>103</sup> y en México, la *Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional*, con veinte títulos (2004-2007).<sup>104</sup>

---

*procesal constitucional*, 4ª ed., Lima, Grijley, 2003; de este mismo autor, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Marsol, 1998; LANDA ARROYO, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003; PALOMINO MANCHEGO, José F., ETO CRUZ, Gerardo, SÁNEZ DAVALOS, Luis R., y CARPIO MARCOS, Edgar, *Syllabus de derecho procesal constitucional*, Lima, Asociación peruana de derecho constitucional, 2003; ETO CRUZ, Gerardo, *Breve Introducción al derecho procesal constitucional*, Derecho y Sociedad, Trujillo, 1992.

100 Con ocho números hasta la fecha de aparición semestral (2004-2007), publicada en México por la Editorial Porrúa y el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*.

101 Este Anuario se publicó primero en Buenos Aires y en años recientes en Montevideo. Hasta la fecha se han editado 12 números, el último correspondiente al año 2006. A partir de la edición del 2002 aparece un apartado específico sobre “Derecho procesal constitucional”.

102 Actualmente este importante grupo de investigación es dirigido por André Roux, con publicaciones importantes sobre la justicia constitucional a nivel mundial.

103 El director de la colección es el destacado jurista argentino Julio B. J. Maier y se publica en Buenos Aires por la Editorial Ad Hoc y la Fundación Konrad Adenauer. Los tres libros que hasta el momento la integran son: VITURRO, Paula, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de la constitucionalidad*, núm. I, 2002; CORDOBA, Gabriela E., *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, núm. II, 2003; LOZANO, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, núm. III, 2007.

104 Dirigida por quien escribe y publicada por la Editorial Porrúa y el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Los autores y títulos son: SAGÚES, Néstor Pedro, *El Sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, núm.

Este desarrollo inusitado que ha experimentado el derecho procesal constitucional, en las tres vertientes mencionadas, se debe a múltiples factores. En primer lugar, a la importancia que tiene la protección de la Constitución en los estados democráticos contemporáneos, propiciando la incorporación y aumento de instrumentos procesales para su tutela. En segundo lugar y como consecuencia, se ha generado una intensa tarea de codificación, acompañada del auge en la creación de magistraturas especializadas para resolver los conflictos constitucionales, sea a través de tribunales constitucionales autónomos (dentro o fuera del poder judicial), sean salas constitucionales o bien mediante las nuevas facultades de las cortes supremas, que paulatinamente se han transformado en guardianes e intérpretes supremos de los valores, principios y normas constitucionales.

Ante este estado de cosas, parece evidente que estamos en un proceso franco de expansión y consolidación de una nueva disciplina jurídica, lo que nos lleva a preguntarnos ¿cuándo surge el derecho procesal constitucional? ¿En qué momento se puede ubicar su nacimiento científico? ¿Existe un fundador de la disciplina?

- 
- 1, 2004; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, núm. 2, 2004; HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (Con especial referencia al Tribunal constitucional Alemán)*, núm. 3, 2005; GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, núm. 4, 2005; BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, núm. 5, 2005; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, núm. 6, 2005; CASTRO Y CASTRO, Juvenio V., *El amparo social*, núm. 7, 2005; PÉREZ TREMPES, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, núm. 8, 2005; ESCOBAR FORNOS, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, núm. 9, 2005; CELOTTO, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, núm. 10, 2005; CARPIZO, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la Función de Investigación de la Suprema Corte*, núm. 11, 2005; NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *Breve historia del Ombudsman en México*, núm. 12, 2006; PEGORARO, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional y la descentralización y las libertades*, núm. 13, 2006; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, núm. 14, 2006; LANDA, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, núm. 15, 2006; ROLLA, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, núm. 16, 2006; CRUZ, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, núm. 17, 2006; MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, núm. 18, 2007; COLOMBO CAMPBELL, Juan, *El debido proceso constitucional*, núm. 19, 2007; BREWER-CARIAS, Alan R., *La Justicia Constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, núm. 20, 2007.

Para poder responder a estas interrogantes es necesario distinguir dos realidades: el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social y el derecho procesal como ciencia. Esta dualidad fenomenológica se refleja con mayor precisión si previamente analizamos la manera en que surge el estudio científico del “derecho procesal” y del “derecho constitucional”.

## V. La Ciencia Procesal y la Ciencia Constitucional

La ciencia del derecho es una sola. Tradicionalmente se ha dividido en dos grandes ramas: derecho público y derecho privado. Así, desde Roma, no sin cierta polémica, la división entre el *ius privatum* y el *ius publicum* ha dominado a partir de la fórmula de Ulpiano: *publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (Derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado; Derecho privado el que se refiere a la utilidad de los particulares). A partir de esta concepción, han surgido teorías y criterios para tratar de distinguir estas grandes ramas jurídicas, atendiendo a los aspectos materiales (contenido de intereses tutelados), formales (norma externa de las relaciones jurídicas) subjetivos (sujetos dotados de imperio), entre otros.<sup>105</sup>

No es el momento para advertir detenidamente esta evolución y la manera en que han aparecido nuevos enfoques y tendencias, al surgir un *tertium genus*, como el derecho social, hasta quienes niegan la utilidad de esas distinciones. Por lo que aquí interesa, debemos señalar que es corriente mayoritaria la aceptación relativa a que el derecho procesal y el derecho constitucional forman parte del derecho público y su autonomía científica inicia bajo el perfil del derecho público alemán en la segunda mitad del siglo XIX y se consolida en el siglo XX.

---

<sup>105</sup> Para una aproximación a esta distinción, véase la voz “Derecho público y derecho privado”, en Bodo, Ricardo N., *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo VIII, Buenos Aires, Driskill, 1979, pp. 166-171. Asimismo, la voz “Derecho público”, en el *Diccionario de derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, de Emilio FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Buenos Aires, Astrea, 1981, pp. 217-218.

A) El derecho procesal como parte de la ciencia jurídica, es decir, la moderna ciencia procesal como disciplina autónoma, tiene su origen a partir de la doctrina de los pandectistas alemanes a mediados del siglo XIX. Se afirma por la mejor doctrina procesal que para lograr su autonomía científica influyeron dos acontecimientos. Por una parte, la famosa polémica entre Windscheid y Muther (1856-1857),<sup>106</sup> al confrontar la primitiva *actio* romana con la *klage* germánica, lo que provocó la concepción de la acción como derecho subjetivo diferenciado del derecho material. Como lo expresara Couture, “la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”, siendo a partir de ese momento “que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil”.<sup>107</sup> Por la otra, se ha estimado fundamental la aparición de la obra de Oskar von Bülow (1868) sobre la *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*,<sup>108</sup> al marcar el inicio del derecho procesal como ciencia.<sup>109</sup> A decir de Alcalá-Zamora y Castillo, la obra de Bülow vendría a significar para el derecho procesal lo que Beccaria para el derecho penal.<sup>110</sup> Esta obra marca el inicio de un desarrollo dogmático nuevo, por dos razones fundamentales: primero, por haber encauzado la naturaleza del proceso en una corriente publicista, cuyas interpretaciones privatistas (contrato o cuasicontrato) quedaron arrumbadas; y segundo, por haber provocado todo un movimiento científico de gran calado, primero en Italia y seguida con renovación en el

106 Respecto de esta polémica: *Polemica intorno all' actio: Windscheid-Muther*, traducción del alemán de Ernst Heinistz y Giovanni Publiese, Florencia, Sansón, 1954. Sobre las posturas de la polémica Windscheid-Muther, así como las corrientes contemporáneas sobre la acción procesal, véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Sobre la naturaleza jurídica de la acción”, en *Cuadernos Procesales. Órgano de divulgación del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, A.C.*, México, Ciudad Universitaria, año III, julio de 1999, núm. 5, pp. 1-9.

107 COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, op. cit., pp. 63-64

108 Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, EJEA, 1964. La obra original: *Die Lehre von den Proceessenreden und die Processvoraussetzungen*, publicado por Emil roth en Giesen, 1868.

109 GOLDSCHMIDT, James, *Teoría general del proceso*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. 15; CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1922, tomo I, p. 83.

110 Cfr., “Evolución de la doctrina procesal”, en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Tomo II, núms. 12-13, 1992, p. 293.

mundo.<sup>111</sup> Büllow estudia al proceso como una relación jurídica, postura que fue seguida por Kohler en su obra *El proceso como relación jurídica* (1988). En esos años se va consolidando la nueva concepción del derecho procesal, seguida con autores como Stein, Degenkolb y la trascendental obra de Adolf Wach, *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*.<sup>112</sup>

A partir de entonces y especialmente con el desarrollo posterior del procesalismo científico italiano a principios del siglo XX encabezada por Giuseppe Chiovenda, en su famosa prolucción leída en la Universidad de Bolonia en 1903,<sup>113</sup> la ciencia del derecho procesal adquiere su florecimiento, alcanzando su consagración durante la primera mitad del mismo siglo. Discípulos y condiscípulos continuaron el desarrollo de la dogmática procesal, como Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Redenti, Enrico Tulio Liebman, Salvatore Satta, Enrico Allorio, Ugo Rocco, Vincenzo Manzini, Emilio Betti, Marco Tulio Zanzuchi, Vittorio Denti, Virgilio Andrioli, Eugenio Florian, Mauro Cappelletti, sólo por mencionar a juristas italianos de gran calado intelectual, sin menoscabo del desarrollo en Alemania (Wach, Kohler, Hellwig, Schönke, Stein, Kisch, Rosenberg, Goldschmidt, etc.) y posteriormente en España (Francisco Beceña, Leonardo Prieto-Castro, Jaime Guasp, Manuel de la Plaza, Emilio Gómez Orbaneja y Miguel Fenech, entre otros).

En Latinoamérica la corriente científica del proceso se conoció y desarrolló por juristas exiliados, de la talla de Rafael de Pina Milán y especialmente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (en México), Santiago Sentís Melendo y Marcello Finzi (en Argentina), Enrico Tulio Liebman (en Brasil) y James Goldschmith (en Uruguay). Entre las figuras latinoamericanas que coadyuvaron notablemente al desarrollo científico procesal, se encuentran Eduardo Juan

111 *Cfr. Ibidem*, p. 308.

112 Trad. de Juan M. Semon, Buenos Aires, EJE, 1962.

113 *La acción en el sistema de los derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Valparaíso, Edeval, 1922 (*L'azione nel sistema dei diritti*, Bolonia, 1903).

Couture (Uruguay), Ramiro Podetti, Hugo Alsina, Eduardo B. Carlos, Jorge A. Clariá Olmedo (Argentina) y Alfredo Buzaid (Brasil), entre otros.

Así, el fenómeno histórico social o, si se prefiere, el hecho histórico “de lo procesal” o “procedimental” existió desde la antigüedad. En cambio el estudio científico de dicho fenómeno ocurrió a partir de su autonomía con las áreas sustantivas. Esto no significa que no deban estudiarse dichos antecedentes, sino más bien se quiere hacer énfasis en que el derecho procesal nace, como ciencia, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y no con los procesos y procedimientos, o las magistraturas o jurisdicciones que los resolvían instituidas desde la antigüedad. Alcalá-Zamora y Castillo de manera gráfica lo expone diciendo “el proceso como *realidad* es muy anterior al proceso como *literatura*”<sup>114</sup> y así realiza una clasificación de las cinco etapas de la evolución del pensamiento procesal, desde el periodo primitivo, etapa judicialista, escuela practicista, periodo del procedimentalismo, hasta la fase actual de evolución en la que nos encontramos denominada procesalismo científico.<sup>115</sup>

Este movimiento científico, que iniciara bajo la concepción del derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX (especialmente con Windscheid, Muther, Büllow, Kohler y Wach), y se forjara a principios del siglo XX en Italia a partir de Giuseppe Chiovenda (1872-1937) y desarrollada por su escuela: Carnellutti, Calamandrei, Liebmann, etc., condujo en la segunda mitad de dicho siglo a la adopción de una teoría general del proceso (fervientemente defendida por Carnellutti) o, como lo prefiere denominar Alcalá-Zamora y Castillo, de una teoría

114 “Evolución de la doctrina procesal”, *op. cit.*, p. 308.

115 Cfr: *op. ult. cit.*, pp. 293-325. Esta clasificación ha sido ampliamente acogida. La utilizan, entre otros, GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10ª ed., México, Oxford, 2004, pp. 67-78; JOSÉ OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 6 ed., México, Oxford, pp. 43-35; BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, 2ª ed., Harla, 1995, p. 306. Véanse los textos más contemporáneos de ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo, *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales)*, México, Porrúa, 2003, pp. 25-29; SAID, Alberto, y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro M., *Teoría general del proceso*, México, Iure Editores, 2006, pp. 84-116.

general del derecho procesal, concebida como la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento, que incluso se adoptó como asignatura universitaria.<sup>116</sup>

Como puede apreciarse, si bien es cierto que se suele considerar la obra de Bülow (1868) como el inicio de la moderna ciencia procesal, lo cierto es que la construcción científica es un eslabón en el pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio Alcalá-Zamora que ha estudiado como pocos la evolución de la doctrina procesal, reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí, de tal suerte que antes de Bülow hay un Wetzell, existe una polémica Windscheid-Muther y, aun antes en pleno siglo XVII se encuentra un Benedicto Carpzov.<sup>117</sup> Incluso, sin desconocer el mérito de Bülow, señala Alcalá que en realidad su teoría constituye un desenvolvimiento de las ideas de Hegel, que la vislumbra y de Hollweg que la sustenta. Incluso, la obra de Bülow no fue de exposición sistemática, como si lo fue la de Wach (1885).<sup>118</sup> Y concatenando eslabones “La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda”<sup>119</sup> resultan claros, por lo que en realidad el padre del procesalismo científico italiano tuvo un influjo directo de la corriente científica de Alemania y Austria.

**B)** Algo similar también puede advertirse en el estudio científico del derecho constitucional, cuyo inicio se remonta con la adopción de las Constituciones escritas a finales del siglo XVIII. Se ha considerado que es en esa época donde inician, con poca vigencia,

116 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal”, en *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, núm. 1, 1968, pp. 9-91.

117 Cfr. “Evolución de la doctrina procesal”, *op. cit.*, p. 293.

118 *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, tomo I, Leipzig, 1885; citada por Alcalá Zamora y Castillo, *op. últ. cit.*, p. 308.

119 Así se titula un detallado estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, publicado en sus *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, *op. cit.*, tomo II, núms. 12-13, pp. 547-570. Publicado originalmente en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1947, I, pp. 389-410 (en homenaje a Chiovenda en su décimo aniversario de su muerte).

las primeras cátedras de *diritto costituzionale* en Ferrara (1797), en Pavía (1797) y Bolonia (1798), y donde aparece una primera obra sobre la materia en la Universidad de Ferrara, por el profesor Giuseppe Compagnoni di Luzo, que escribiera su *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principii di giuspubblico universale* (Venecia, 1797);<sup>120</sup> si bien con anterioridad en la Universidad de Oxford, el profesor William Blackstone (1758) enseñaba la constitución y las leyes de Inglaterra (sin denominarla derecho constitucional), lo que lo llevó a escribir sus influyentes *Commentaries on the Laws of England* (1765).<sup>121</sup>

Durante el siglo XIX se fueron creando paulatinamente cátedras de derecho constitucional. En España, debido a la breve vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, en cuyo artículo 368 establecía la obligación de que se explicase la constitución “en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas”, surge la primera cátedra en Valencia, el 21 de septiembre de 1813, cuyo titular fue el civilista Nicolás Garely; y se inaugura en Madrid el 2 de febrero de 1814, con Miguel García de la Madrid. En Francia, primero con la denominación de *droit publique* o *droit politique* (1791) y luego con el rótulo de *droit constitutionnel* (1834) en la Sorbona, París, a iniciativa de Guizot y cuyo primer catedrático fue el italiano Pellegrino Rossi (que había estudiado en Bolonia donde ya se enseñaba), expresión aceptada por la Academia Francesa en 1835. Si bien en algunos casos combinado con la ciencia política. Más tarde en España el derecho constitucional se incluye en los planes de estudio en 1835, inicialmente con la denominación de derecho público y a partir de 1857 con la expresión “derecho político”

120 Cfr: LUCAS VERDÚ, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, en BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, pp. 21-53, en p. 21.

121 Cfr: LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2 ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1977, Tomo II, pp. 41-45. La obra completa consta de XI tomos. Linares se apoya para estas afirmaciones en las obras de Jorge Aja Espil, *En los orígenes de la tradística constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pp. 49 y ss.; y de Massimo Palmerini, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Edizione dell'Ateneo, 1947, p. 2. En el mismo sentido SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2ª reimpresión de la 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, tomo I, pp. 42-43.

o “derecho político constitucional”.<sup>122</sup> Con la consagración de las constituciones escritas en el siglo XX se fue acentuando la enseñanza como disciplina autónoma y especialmente al consolidarse la corriente científica del derecho constitucional.

Con independencia de las cátedras, se suele considerar el surgimiento de la disciplina constitucional con carácter autónomo, a partir del moderno derecho público alemán bajo una óptica estricta del método jurídico. Especialmente se señala la obra de Karl Friedrich Von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865),<sup>123</sup> (*Fundamentos de un sistema del derecho político alemán*), que de algún modo puede equipararse a la obra señalada de Bülow para el derecho procesal, no por construir propiamente la autonomía de la disciplina, sino esencialmente por la nueva concepción y repercusión derivada de la misma, es decir, por su concepción y metodología estrictamente jurídica, que con el tiempo desembocó en la ciencia del derecho constitucional.

Como señala García-Pelayo, “La aparición del derecho constitucional en el pasado siglo (XIX) no es más que un caso particular de la dispersión del viejo *Corpus Iuris Publicii* en varias ramas (derecho constitucional, derecho administrativo, derecho penal, derecho procesal), dispersión debido a dos clases de motivos: por un lado, al progreso en la racionalización de los órdenes jurídicos y políticos, que da lugar a una serie de separaciones objetivas de tales órdenes (entre justicia y administración, entre éstas y legislación, entre ley y constitución, etc.), con lo que dentro de la realidad jurídico-pública surgen unos objetos

122 *Op. últ. cit.*, pp. 42-44, especialmente Linares Quintana se apoya en Luis Sánchez Agesta, “Las primeras cátedras españolas de derecho constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, noviembre-diciembre de 1962, núm. 126, p. 157; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, voz “Derecho constitucional”, en *Enciclopedia jurídica civitas*, vol. II, p. 2208; FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, voz “Derecho constitucional”, en *Diccionario de derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, *op. cit.*, pp. 204-209. Asimismo, véase . LUCAS VERDÚ, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, *op. cit.*, p. 22.

123 *Cfr.*, entre otros, BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, 3ª. ed., trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 74; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Tomo II, p. 48.

autónomos que requieren tratamiento autónomo; por otro lado, al progreso en la precisión de los métodos jurídicos que proporcionó el instrumento gnoseológico adecuado para satisfacer las necesidades teóricas y técnicas. En resumen: si bien el nacimiento del derecho constitucional se vincula de un modo inmediato con la problemática planteada por el Estado democrático liberal, responde, sin embargo, a causas más generales y profundas, y de las que ese mismo Estado era efecto”.<sup>124</sup>

En esta corriente de la pureza del método jurídico, surgen figuras notables como Paul Laband y especialmente Georg Jellinek, que con su *Teoría general del estado* (1900), se ha considerado como “un hito de profundo significado en el proceso evolutivo, no solamente del derecho constitucional, sino de toda la ciencia jurídica en general”.<sup>125</sup> La utilización del método jurídico como técnica de estudio del derecho público, fue seguida en Italia por Vittorio Emanuele Orlando a partir de la prelucción pronunciada en la Universidad de Palermo, sobre *Los criterios técnicos para la reconstrucción del derecho público* (1885),<sup>126</sup> aportación que fue aclarada y complementada por otra obra aparecida en 1952,<sup>127</sup> por lo que es considerado como el padre del derecho público italiano (especialmente del constitucional). Como lo señala Lucas Verdú de la primera obra señalada de Orlando, “supone una exposición a su programa científico con matices de vibrante manifiesto que anuncia la formación de la dirección técnico-jurídica hoy enraizada en Italia” y completa comentando que “era menester una ciencia del derecho concebida como materia y como técnica, en términos jurídicos. Lo cual parecería demasiado obvio, pero implicaba la depuración de los ingredientes políticos, filosóficos

124 GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Prólogo a la primera edición”, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editores, 1999, pp. 9-10. La primera edición es de 1951.

125 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Tomo II, p. 55.

126 Cfr: su obra *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, Módena, 1925. Citada por LUCAS VERDÚ, Pablo, “Paolo di Ruffina y la ciencia italiana del derecho constitucional”, *op. cit.*, p. 27.

127 Cfr: su trabajo “La rivoluzione mondiale e il diritto”, en *Studi di diritto costituzionale en memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milán, 1952, pp. 729-730. Citado por LUCAS VERDÚ, Pablo, *op. ult. cit.*, p. 27, notas 22 y 23.

y sociológicos que dificultaban una ciencia del derecho público sistemático”.<sup>128</sup>

En ese sendero de la técnica y dogmática jurídica que se iniciara bajo el empuje del derecho público alemán con Gerber, Laband y Jellinek, progresivamente a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX fueron apareciendo autores que le dan sustento a la disciplina jurídico constitucional. El punto de inflexión histórica del cambio, como ha señalado Lombardi, lo representa Vittorio Emmanuele Orlando. Señala este autor que “en su trabajo de 8 de enero de 1889, y que como preludeo a sus Cursos de derecho administrativo y constitucional fue leído en la Universidad de Palermo, hace ya casi un siglo, con el título *Los criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del Derecho público*, sigue las pautas establecidas en otros estudios anteriores, que fueron también preludios a los Cursos de Módena (4 de diciembre de 1885, titulado *Orden jurídico y orden político*) y Messina (12 de diciembre de 1886, que significativamente se refiere a *La necesidad de una reconstrucción jurídica del Derecho constitucional*). En todos ellos se afirma rotundamente la distinción entre el Derecho constitucional y lo que más adelante se llamará «Ciencia de la política», a la vez que se reivindica la autonomía del Derecho constitucional a través de la afirmación de la primacía del momento jurídico como objeto y razón de su estudio, con la consiguiente proclamación *para* el mismo del método propio de las otras ramas de la jurisprudencia como único medio válido para la reconstrucción de sus institutos”.<sup>129</sup> Esta lucha por el método jurídico se aprecia con claridad en sus *Principi di diritto costituzionale*.<sup>130</sup>

Siguiendo la línea iniciada por Orlando,<sup>131</sup> su más destacado discípulo Santi Romano continuó consolidando el método jurídico

128 LUCAS VERDÚ, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, *op. cit.* p. 27.

129 LOMBARDI, Giorgio, “Derecho constitucional y ciencia política en Italia”, en *Revista de Estudios Políticos*; Madrid, Nueva Época, núm. 22, julio-agosto, 1981, pp. 79-97, en p. 84.

130 Florencia, G. Barbera, 1889.

131 Una recopilación de los estudios de Orlando aparece en su *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1949) coordinati in sistema*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1940.

en el estudio del derecho constitucional. Maestro y discípulo, ambos académicos y políticos, contribuyeron a la consagración del estudio técnico jurídico del derecho constitucional. Como señala Lucas Verdú, “Orlando fue el fundador de la moderna escuela italiana del derecho público. Romano significa su definitiva continuación y consolidación”.<sup>132</sup> Santi Romano tuvo una influencia importante como catedrático de derecho constitucional (Universidades de Módena, Pisa, Milán y Roma) y derecho administrativo (Universidad de Camerino). Fue miembro del Senado y presidente del Consejo de Estado. Sus obras relativas a *L'ordinamento giuridico* (1918) y *Corso di diritto costituzionale* (1926) resultan fundamentales para el desarrollo posterior de la disciplina, hasta llegar a sus *Principi di diritto costituzionale* (1945) y *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947).<sup>133</sup>

La consolidación de la ciencia del derecho constitucional se fue construyendo significativamente especialmente en Italia, Francia y Alemania. Destacan dentro de la escuela italiana, además de los mencionados Orlando y Santi Romano, Constantino Mortati, Vezio Crisafulli, Egidio Tosato, Leopoldo Elia, Carlo Esposito, Livio Paladin, Mario Galizia, Carlo Lavagna, Paolo Barile, Giorgio Balladore Pallieri, Temistocle Martines, Paolo Biscaretti di Ruffia, Franco Pierandrei, Alessandro Pizzorusso, Alessandro Pace, Antonio La Pérgola, Gustavo Zagrebelsky, Giuseppe de Vergotinni, Franco Modugno, Sergio Bartole y Antonio Ruggeri.<sup>134</sup>

En cuanto a los autores franceses figuran Adhémar Esmein, Eduard Lambert, León Duguit, Boris Mirkine Guetzévitch,<sup>135</sup>

132 “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, *op. cit.* p. 32.

133 Para una valoración general de la obra de Santi Romano, véase FROSINI, Vittorio, “Las transformaciones de la doctrina del estado en Italia”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 202, julio-agosto, 1975, pp. 145-154, especialmente pp. 147 y ss.

134 Hay autores que desde la filosofía del derecho, ciencia política, teoría general del derecho o historia constitucional, han realizado contribuciones especialmente importantes para el derecho constitucional, como Massimo Severo Giannini, Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Maurizio Fioravanti y Michelangelo Bovero, entre otros.

135 Si bien este autor enseñó en Petrogrado, se trasladó a Francia después de la primera guerra mundial, obteniendo la nacionalidad francesa y destacando por sus obras jurídicas, como lo advierte Linares Quintana, *op. cit.*, p. 132.

Joseph Barthélemy, Maurice y André Hauriou, Raymond Carré de Malberg, Maurice Duverger, Georges Vedel, Georges Burdeau, Marcel Prétot, Louis Favoreu, Gérard Conac y Michel Troper.<sup>136</sup>

Y en la escuela alemana Hermann Héller, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Karl Loewenstein, Rudolf Smend, Konrad Hesse, Theodor Maunz, Heinrich Triepel, Gerhard Leibholz, Ernest Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Friedrich Müller y Peter Häberle. Sólo por mencionar algunos autores emblemáticos y sin ningún ánimo de exhaustividad, que de manera magistral han sentado las bases de la teoría constitucional y teoría del estado desde una perspectiva jurídica, contribuyendo a la consolidación de la ciencia del derecho constitucional. En la actualidad son abundantes los manuales y libros que llevan el título de la disciplina, si bien su contenido abarca múltiples capítulos que reflejan su incesante crecimiento: derechos fundamentales, derechos humanos, derecho parlamentario, derecho electoral, derecho judicial, derecho regional o estadual, etc. Sagüés advierte la manera en que el derecho constitucional de nuestros días afronta una verdadera “crisis de crecimiento” debido a su incontenible desarrollo que bien puede causar su fraccionamiento en varias subasignaturas constitucionalistas.<sup>137</sup>

En el ámbito anglosajón también se fue construyendo la ciencia del derecho constitucional, si bien con una construcción pragmática, privilegiando el aspecto técnico y jurisprudencial sobre el dogmático. Sólo como una muestra y tampoco con ningún fin de exhaustividad que rebasaría los fines del presente epígrafe, destacan las siguientes obras clásicas referidas al constitucionalismo británico y estadounidense. Entre las primeras: *The Reports of Sir Edward Coke* (13 partes, 1600-15) e *Institutes*

<sup>136</sup> Sólo se mencionan algunos autores clásicos, si bien existen otros importantes constitucionalistas contemporáneos, como Frank Moderne, Pierre Bon, François Luchaire, Michel Fromont y Dominique Rousseau, entre otros. En general, sobre un sector de la escuela francesa, véase el trabajo de LUCAS VERDÚ, Pablo, “Maurice Duverger y la nueva escuela francesa de derecho constitucional”, en *Boletín de la Universidad Compostelana*, Santiago de Compostela, 1959, núm. 67, pp. 283-293.

<sup>137</sup> SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 40-41.

*of the Laws of England* (IV vols., 1628-44), de Sir Edward Coke; *The Elements of the Common Lawes of England*, de Sir Francis Bacon (1630); *Commentaries of the Laws of England*, de William Blackstone (IV vols. 1765-69); *The English Constitution*, de Walter Bagehot (1867); *La Constitution d'Angleterre*, de Jean Louis De Lolme (1771); *An introduction to the principles of morals and legislation*, de Jeremy Bentham (1789); *Reflections on the Revolution of France*, de Edmund Burke (1790); *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, de Albert Venn Dicey (1885); *The American Commonwealth*, de James Bryce (1888); *The Expansion of the Common Law*, de Sir Frederick Pollock (1904); *The Constitutional History of England: a Course of Lectures*, Maitland, Frederic William (1908); y *Studies in the Problem of Sovereignty*, de Harold J. Laski (1917); *Fundamental Law in English Constitutional History*, de J. W. Goug (1958). En la actualidad son abundantes los textos y manuales especialmente con el título de *Constitutional and Administrative Law*.<sup>138</sup>

En cuanto a las segundas: *The Federalist*, de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay (1787-88); *The Rights of Man*, de Thomas Paine (1791-92); *Commentaries on the American Law*, de James Kent (IV vols., 1826-30); *Commentaries on the Constitution of the United States* (III vols, 1833) y *Commentaries on the Conflict of Laws* (1834), de Joseph Story; *De la démocratie en Amérique*, de Alexis de Tocqueville (IV vols., 1835-40); *La Histoire des États Unis*, de Édouard Laboulaye (III vols., 1855-66); *The Constitution of the United States: Defined and Carefully Annotated*, de George W. Paschal (1868); *An Introduction to the Constitutional Law of the United States*, de John N. Pomeroy (1868); *A treatise on the Constitutional Limitations which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union* (1868) y *The general principles of constitutional law in the United States of America* (1880), ambas de Thomas M. Cooley; *The Common Law*, de Oliver

<sup>138</sup> Véanse, entre otros, POLLARD, David, PARPWRTH,-Neil y HUGHES, David, *Constitutional and Administrative Law. Text and Materials*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

Wendell Holmes Jr. (1881); *Congressional Government. A Study in American Politics*, de Woodrow Wilson (1885); *The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays* (1914) y *The Constitution and what it means today* (1920), ambas de Edward Samuel Corwin; y *Constitutionalism: Ancient and Modern*, de Charles Howard McIlwain (1940). En la actualidad también abundan los textos sobre *Constitutional Law*, como los de Bernard Schwartz, Gerald Gunther, Geoffrey Stone, Lochhart-Kamisar-Choper-Shiffrin, Laurence H. Tribe, C. Herman Pritchett, Stone-Seidman-Sunstein-Tushnet, Freud-Sutherland-Howe-Brown, Howak-Rotunda-Young, M. R. Forrester, entre otros.

De esta forma y de manera paralela al procesalismo científico, la ciencia del derecho constitucional surge con las constituciones escritas en los siglos XVIII-XIX<sup>139</sup> y se desarrolla fundamentalmente en el siglo XX, especialmente cuando se acepta su autonomía de la ciencia política.<sup>140</sup> Como bien señala Pérez Royo “antes de la constitución hay reflexión político-jurídica de alcance constitucional, muy interesante por cierto, pero no hay ni puede haber todavía un intento de estudiar ordenada y metódicamente la nueva forma de articulación jurídica del Estado”.<sup>141</sup>

En cambio, su estudio como fenómeno histórico social, como forma de poder y de organización del estado, se remonta a la Grecia antigua. Así puede advertirse de las obras de Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, *Política*, y *Constitución de Atenas*; de Platón: sus *Diálogos: República, Político*, y *Las leyes*; y de Cicerón: *Sobre la República*, y *Las leyes*. Con estos autores se inicia el estudio de

139 Un panorama interesante de la situación del constitucionalismo a mediados del siglo XIX, puede verse en la obra conmemorativa del centenario de la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1857, en la que participaron un importante número de juristas a nivel mundial. Cfr. AA.VV. *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, II tomos, 1957.

140 En cuanto a los vínculos existentes y diferencias entre la ciencia política y el derecho constitucional, véase ROMERO, César Enrique, “Ciencia política, derecho político y derecho constitucional (aportes didácticos)”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, núm. 185, septiembre-octubre de 1972, pp. 269-282.

141 *Curso de derecho constitucional*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 59.

las instituciones políticas y se prolonga con muchas otras obras y pensadores clásicos a través del tiempo, como *La ciudad de Dios*, de San Agustín (413-426); *Summa Theologica*, de Santo Tomás de Aquino (1265-74); *Defensor pacis*, de Marsilio de Padua (1324); *Breviloquium de potestate tyrannica*, de Guillermo de Ockham (1346); *El príncipe* (1513) y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1512-17), de Nicolás Maquiavelo; *Utopía*, de Santo Tomás Moro (1516); *Franco-Gallia*, de François Hotman (1573); *Los seis libros de la República*, de Jean Bodin (1576); *De Cive* (1642) y *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico* (1651), de Thomas Hobbes; *El ejercicio de la magistratura y el reinado*, de John Milton (1649); *Ensayos sobre el gobierno civil*, de John Locke (1660-1662); *Ensayos sobre moral y política*, de David Hume (1741-42); *El espíritu de las leyes*, de Charles-Louis de Montesquieu (1748); y *El contrato social*, de Jean-Jaques Rousseau (1762). Autores y obras universales, entre otras, que influyeron notablemente en el pensamiento político y especialmente en la filosofía política. Sin embargo, como lo expresa claramente Linares Quintana, “la ciencia del derecho constitucional reconoce un origen relativamente reciente, sea porque la idea de la consideración científica autónoma de las distintas partes del derecho data de hace poco tiempo, sea por la dificultad metodológica de aislar los problemas jurídicos del Estado de aquellos históricos, filosóficos, políticos y sociológicos.”<sup>142</sup>

De esta forma, puede sostenerse que si bien la ciencia del derecho constitucional surge a partir del siglo XIX, se consolida en el siglo XX y especialmente a partir de la segunda guerra mundial, cuando su estudio se vuelve estrictamente jurídico y autónomo de la ciencia política y de otras disciplinas. Se transita de una teoría política constitucional a una dogmática jurídica constitucional. Pérez Royo ubica tres periodos en la evolución de la ciencia del derecho constitucional. La primera comprende desde la

<sup>142</sup> *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, p. 15. Linares Quintana se apoya en la obra de PALMERINI, Massimo, *Introduzione allo Studio del diritto costituzionale*, Edizioni dell'Ateneo, 1947, pp. 40-41.

Revolución francesa hasta la Revolución de 1848, en la cual el derecho constitucional es exclusivamente derecho político y se estudian los principios del Estado constitucional con un afán proselitista para obtener la victoria sobre el régimen absolutista; la segunda, al consolidarse el Estado constitucional, desde la Revolución de 1848 hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914, periodo en el cual la constitución es considerada como documento político y el derecho constitucional adquiere carácter enciclopédico por su vinculación con las ideas y formas políticas; la tercera, se inicia al finalizar la Segunda Guerra Mundial y en la cual se afirma la concepción de la constitución como norma, de tal suerte que el derecho constitucional se estudia como disciplina jurídica y se escinde de otras disciplinas afines.<sup>143</sup> En época reciente, incluso, se afirma con gran caudal una corriente denominada “Neoconstitucionalismo”,<sup>144</sup> que podría desembocar en una nueva etapa evolutiva de la ciencia del derecho constitucional.

De todo lo dicho en este epígrafe se advierte que el estudio científico del derecho procesal y del derecho constitucional surge a partir de la corriente del derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX y se consolidan como disciplinas jurídicas autónomas durante el siglo XX.

## **VI. El Derecho Procesal Constitucional como fenómeno histórico social y como ciencia**

El derecho procesal constitucional comprende también dos realidades: el fenómeno histórico social y su estudio científico.

A) El primero de ellos comprende el análisis de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como las jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos en las diversas épocas y sistemas

<sup>143</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, op. cit., pp. 59-62.

<sup>144</sup> Sobre esta nueva corriente científica, véanse los interesantes trabajos contenidos en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; y *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

jurídicos. Así se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las “fuentes históricas” de la disciplina, sean éstas legislativas, jurisprudenciales o ideológicas. A continuación esbozamos el fenómeno histórico social del derecho procesal constitucional sin ningún propósito de exhaustividad, dividiendo su análisis en las cuatro etapas históricas:<sup>145</sup>

**I. Antigüedad.** Advierte Cappelletti algún antecedente remoto en Grecia. Se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómos* (que equipara a una especie de ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (que lo considera como un decreto). El *pséfisma* debía ajustarse al *nómos* para que fuese legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómas* consistía esencialmente en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranónon*; además, el efecto también consistía, por fuerza de principio, en la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómas*.<sup>146</sup>

Al estudiar los antecedentes del juicio de amparo mexicano, algunos juristas han encontrado instituciones o antecedentes remotos en dos figuras del derecho romano. En el interdicto pretoriano de *Homine libero exhibendo* (Ley I, Libro 43, Título 29 del Digesto), consistente en un mecanismo para la defensa de los hombres libres que eran detenidos con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal suerte que se podía exhibir al hombre libre (*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) a través de un procedimiento sumarísimo.<sup>147</sup> José Claudio Ferrier, en su Paratitla

<sup>145</sup> Consideramos de utilidad dividir el análisis del fenómeno histórico social del derecho procesal constitucional en las cuatro etapas que tradicionalmente se ha dividido la historia: Edad Antigua (desde la invención de la escritura, 3000 años a.c., hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, 476); Edad Media (476 hasta el descubrimiento de América, 1492); Edad Moderna (1492 hasta la revolución francesa, 1789); Edad Contemporánea (1789 hasta nuestros días).

<sup>146</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, Porrúa, 1987, pp. 46-48.

<sup>147</sup> Cfr., entre otros, BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 48-49; y NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, op. cit., Tomo I, pp. 59-60.

de los Títulos del Digesto señala: “Con este entredicho compele el pretor al que retiene con dolo ā un hombre libre, ā que lo presente. No es de asunto particular ō de interés meramente privado, sino de oficio y a favor de la libertad. Es exhibitorio. Quē sea exhibir, lo dice el & 8 de la L. 3 de este título (2). También es popular; pues ā nadie se ha de prohibir que pida ā favor de la libertad, L. 3 & 9 eod.; pero si muchos lo intentan, el pretor elige uno, el mas interesado, el mas idóneo, y quedan los demás escludós. L. 3, & 13. Se da contra el que dolosamente detiene al hombre libre, L. 1, h; por consiguiente cesa contra el que detiene con justa causa, L. 3, & 2 et seq. H. t., y contra el que detiene, porque el detenido lo quiere, salvo que esté engañado ó seducido. L. 3, & 5. Ha de constar para que tenga lugar, que el detenido es libre, ó está en posesión de su libertad. L. 3 & 7. L. 4, & 1, h. t. Concorre con el juicio de la ley favía contra los plagiarios sin que mutuamente se destruyan, pues el entredicho se dirige ā la exhibición, y el procedimiento criminal ā la pena y al escarmiento. L. 3, *in prin.* H. t. Es perpétuo, L. 3, & últ., y eso se introdujo contra la índole de las acciones populares a favor de la libertad.”<sup>148</sup>

Por otra parte, en la República romana se creó el tribunado de la plebe por una demanda y conquista de los plebeyos, a manera de contrapoder de los cónsules. La casa del Tribuno debía estar abierta día y noche para la defensa de éstos y eran nombrados por la asamblea de la plebe (*concilium plebis*). El tribunado de la plebe se instituía como sacrosanto (*sacrosanctitas*), por lo cual tenía protección de cualquier daño. A través de la *Intercessio tribunicia*, se solicitaba ante el tribunado de la plebe *apellatio auxilium* en contra de un mandato de los magistrados y la protección se podía extender para anular las leyes.<sup>149</sup> Este tribuno de la plebe defendía los intereses populares, al impedir la aplicación de las disposiciones legislativas contrarias a dichos intereses (*intercessio*), otorgando protección personal a los

148 FERRIER, José Claudio, *Paratitla ó exposición compendiosa de los Títulos del Digesto*, México, Santiago Pérez, 1853, Tomo II, pp. 139-140 (Edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007).

149 Cfr. BATIZA, Rodolfo, “Un preterido antecedente remoto del amparo”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 4, abril-junio de 1947, pp. 429-437.

perseguidos por las autoridades (*ius auxilii*).<sup>150</sup> Incluso, la *intercessio* “fue un instrumento clave en la oposición política llevada a cabo por el tribuno de la plebe frente a las decisiones de los magistrados patricios”,<sup>151</sup> al poder vetar la ley o propuesta del magistrado que incluía otros tribunos de la plebe (*ius intercessionis*).

**II. Edad Media y Edad Moderna.** Se ha considerado al *Habeas Corpus Amendment Act* de 28 de mayo de 1679, con dieciocho preceptos, como el primer ordenamiento detallado que regula a un proceso constitucional, si bien existió desde la Carta Magna de 1215 y en la Ley Inglesa de 1640.<sup>152</sup>

También en el Reino de Aragón existió una figura encargada de velar por el cumplimiento exacto de los diversos fueros. El Justicia Mayor apareció en el siglo XII y tuvo su esplendor entre los años 1436 y 1520, que incluso se hablaba en esa época de la figura del “Justiciazgo” para comprender al Justicia y a sus Lugartenientes. Conocían fundamentalmente de los procesos forales aragoneses (los de mayor arraigo eran: de inventario, de firma de derecho, de aprehensión y de manifestación de persona). La finalidad de los mismos consistía en la protección o defensa de los súbditos en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero en perjuicio de los mismos. En las Cortes de Tarazona, de 1592, se estableció que el cargo de Justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído por el rey, así como los nombramientos de los Lugartenientes, lo que provocó el decaimiento de la institución. Los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (1707), constituyen el antecedente formal de su desaparición.<sup>153</sup>

150 FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, Derecho constitucional mexicano y comparado, *op. cit.*, p. 183.

151 RASÓN, César, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, p. 62.

152 Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de la constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 21-41, en p. 22.

153 Sobre los procesos forales aragoneses y el Justicia Mayor existe una amplia bibliografía. Véanse, entre otros, BONET NAVARRO, Ángel, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982; LÓPEZ DE HARO, Carlos, *La constitución y libertades de Aragón y el justicia*

Para Cappelletti el antecedente directo del control judicial de las leyes fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el parlamento, especialmente el célebre *Bonham's Case* de 1610. No obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del parlamento a partir de la revolución de 1688.<sup>154</sup> De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Sir Edward Coke, que logró acogida en los Estados Unidos y paradójicamente fue abandonada en Inglaterra y ahora en sus ex colonias, donde ha prevalecido la “supremacía del parlamento” y no la de los jueces.<sup>155</sup>

Asimismo, se han encontrado instituciones en el derecho indiano, especialmente como antecedentes del juicio de amparo mexicano.<sup>156</sup> Los recursos ante las Audiencias de México y Guadalajara;<sup>157</sup> el recurso de fuerza;<sup>158</sup> el recurso “obedézcase pero no se cumpla”;<sup>159</sup> el recurso de nulidad por injusticia notoria;<sup>160</sup>

---

*Mayor*, Madrid, Reus, 1926, especialmente pp. 1-12, 336-385 y 426-625; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971, pp. 7-49. Una síntesis del funcionamiento del Justicia Mayor y de la bibliografía existente, puede verse en nuestra obra *La acción constitucional de amparo en México y España (Estudio de derecho comparado)*, 4ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 5-18.

154 CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, op. cit., pp. 48-57.

155 Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, traducción de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, en FAVOREU, Louis (editor), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-662, véanse pp. 560-561.

156 Una visión panorámica del derecho indiano puede verse en la obra de CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 221-544.

157 Sobre las facultades de estas Audiencias, véanse, entre otros, SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980; de este mismo autor, “Introducción al estudio de la Audiencia de México”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 3, núm. 3, 1979, pp. 465-476; “La administración superior de justicia en Nueva España”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, núm. 37, enero-abril de 1980, pp. 143-200.

158 Cfr. entre otros, MARGADANT, Guillermo F., “El recurso de fuerza en la época novohispana”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 172-174, julio-diciembre de 1990, tomo XL, pp. 99-125.

159 ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 1984, pp. 266-267.

160 Cfr., entre otros, NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 8ª ed., revisada y actualizada por José Luis Soberanes, México, Porrúa, 2004, vol. I, p. 64.

y lo que el historiador del derecho Andrés Lira González ha bautizado como el “amparo colonial”,<sup>161</sup> tesis seguida por Barragán Barragán<sup>162</sup> y García Belaunde en el Perú,<sup>163</sup> cuya naturaleza en realidad corresponde a un interdicto posesorio. El propio Barragán Barragán ha puesto de relieve los cuatro amparos regulados por las Siete Partidas.<sup>164</sup> Mención especial merece la obra de José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez, denominada *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, que han estudiado con profundidad desde la perspectiva histórica a la institución, desde los amparamientos en las Partidas, los antecedentes aragoneses, anglosajones y coloniales, los orígenes constitucionales en Yucatán y de los diversos ordenamientos, su consagración federal de 1847 y 1857, su polémica durante el siglo XIX, hasta su consagración definitiva en la actual constitución 1917.<sup>165</sup>

**III. Edad contemporánea.** En este periodo se desarrollan las constituciones escritas. Las ideas de John Locke y de Montesquieu sobre la división del poder encuentran acogida y sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra el principio de supremacía constitucional en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Ya Hamilton comentaba este principio en *El Federalista* al sostener que la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces, de tal manera que “debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.<sup>166</sup>

161 Cfr. LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

162 Cfr. BARRAGÁN BARRAGÁN, José, “Los reales amparos”, en su obra *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978, pp.

163 Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El amparo colonial peruano”, en su obra *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 79-87.

164 Cfr., su libro *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2ª ed., Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2000.

165 Cfr. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002.

166 *Op. cit.*, p. 332.

El punto de inflexión del fenómeno histórico social, en su dimensión contemporánea, se suele ubicar en el paradigmático caso *Marbury vs. Madison* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, por el *Chief Justice* John Marshall<sup>167</sup> y especialmente a través de la repercusión de la *judicial review of legislation* a nivel mundial. Si bien, como lo señala Grant, el control judicial de las leyes no es propiamente una invención norteamericana, sino más bien la aplicación, en las constituciones escritas, de los principios y de las técnicas desarrolladas por el *common law* inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su autoridad.<sup>168</sup> Incluso antes de ese famoso y trascendental fallo de Marshall, el tribunal de New Jersey en el caso *Holmes vs. Walton* (1780), resolvió un caso de inconstitucionalidad de un estatuto local y provocó incluso que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. Esa práctica ya se realizaba en las entidades federativas. El Juez Wythe, maestro de Marshall y que integraba el tribunal de Apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo le ha impuesto en la constitución (caso *Commonwealth vs. Caton*, de 1782).<sup>169</sup>

*Cappelletti* advierte la influencia del control judicial de las leyes estadounidenses y señala una tendencia evolutiva común y universal del fenómeno, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas, a manera de una dialéctica hegeliana (tesis, antítesis y síntesis), que denominó como “derecho natural”, “derecho legal” y “justicia constitucional”. En los países del *common law*, surge la primera etapa derivada del pensamiento de Coke, si bien implícita cuatro siglos antes en Bracton, consistente en la supremacía del *common law*; la segunda época, con la Revolución de 1688, en la que

167 Existe una bibliografía impresionante sobre Marshall y especialmente del famoso fallo de 1803. Una biografía moderna puede verse en SMITH, Jean Edward, *John Marshall. Definer of a nation*, Nueva York, Henry Holt, 1996.

168 GRANT, J.A.C., “La Constitución de los Estados Unidos”, en *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, pp. 691-730.

169 *Op. últ. cit.*, p. 703-704.

se olvida la enseñanza de Coke y prevalece la supremacía del parlamento sobre la superioridad del *common law*; y la tercera, cuando surgen las constituciones escritas y se establecen en los Estados Unidos de Norte América las cortes supremas para hacer prevalecer la “higher law”, a partir del paradigmático caso resuelto por la Corte Suprema de 1803, si bien con ciertos precedentes anteriores resueltos por las cortes supremas estatales como el propio Marshall lo señala.<sup>170</sup>

Esta tendencia evolutiva también puede advertirse en la familia jurídica de base romanística. En el *civil law*, estimaba que se pueden ubicar también estas tres etapas, si bien en épocas posteriores: la primera, en la que las escuelas iusnaturalistas proclamaban la inaplicabilidad de leyes contrarias al derecho natural. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la “*Hereuse impuissance*” (feliz impotencia) del rey de violar las “*lois fondamentales du royaume*”, es decir, la doctrina francesa de la inviolabilidad de las *leges imperii*. Esta concepción del *jus naturale* que arraigó de manera importante, lo vinculaba con el pensamiento de Platón y de Aristóteles, y particularmente con la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a Cicerón. Consideró que de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. En la segunda etapa prevaleció el principio de legalidad, y en la tercera el pensamiento de Kelsen al establecer cortes especializadas para interpretar las constituciones.<sup>171</sup>

En este periodo debe también mencionarse las ideas del abate Sieyès y el Senado Conservador de la Constitución francesa de 1799, que tuvieron impacto en el siglo XIX y en el pensamiento de Carl Schmitt. Según este autor, a la muerte de Cromwell (1658) y después de los primeros ensayos modernos de constituciones escritas, se propuso una corporación especial, a manera del

---

170 CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJEA, 1974, pp. 461-467.  
171 *Ibidem*, pp. 464-465.

eforato espartano, que viniera a mantener la ordenación existente del *Commonwealth* y a impedir la restauración de la monarquía. Encontraron ahí su origen las ideas referentes a un “defensor de la libertad” y luego a un “defensor de la Constitución”, que se abrieron paso en el círculo de Harrington. Dice Schmitt que “Ahí tiene su origen la idea de aquellas que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta las de la Revolución francesa. En Francia, en la Constitución del año VIII (1799) aparece el Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I. Por esto es doblemente interesante comprobar que el *Sénat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerados la Constitución y los derechos del pueblo”.<sup>172</sup> Las argumentaciones de Schmitt, por supuesto, están encaminadas a defender su postura ideológica relativa al decisionismo político y es por ello que acoge la doctrina de Benjamín Constant relativas al órgano moderador u órgano neutro o armónico, como veremos en su momento.

Los antecedentes en estos cuatro periodos históricos sólo representa un bosquejo sin entrar en mayor detalle y en otros precedentes como los existentes en Latinoamérica en el denominado sistema Colombo-Venezolano de control constitucional de leyes (1850-58) o la instauración del juicio de amparo en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841. Hemos tratado simplemente de señalar algunas de las instituciones, figuras, etapas, ideologías y momentos relevantes y significativos en el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, a manera de “fuentes históricas” de la disciplina, cuyo estudio dogmático como sucede en otras áreas del conocimiento se desarrollaría después.

172 *La defensa de la constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 27-28.

**B)** La ciencia del derecho procesal constitucional, o si se prefiere, la dogmática del derecho procesal constitucional, en cambio, adquiere relevancia a partir de la creación de los tribunales constitucionales europeos. Especialmente de la Corte Constitucional austríaca de 1920 y particularmente a partir del influyente estudio de Hans Kelsen de 1928, como veremos más adelante. Este influyente ensayo podría representar lo que la obra de Bulöw para el derecho procesal o la de Gerber para el derecho constitucional, al desencadenar el comienzo de una nueva concepción dogmática y que repercutiría después en la autonomía científica de sus disciplinas. Esto no significa ignorar la importancia de otros trabajos anteriores, muy valiosos por cierto, pero que no tuvieron el impacto que causó aquél trabajo precursor de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, basamento sobre el cual se construyó lo que hoy se conoce como derecho procesal constitucional en su dimensión científica.

Con la polémica ideológica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución, los planteamientos del segundo se consolidaron y se dieron ampliamente a conocer, surgiendo una nueva corriente dogmática. A partir de ahí se inicia una transición a la luz de la corriente del procesalismo científico. Primero al advertir su existencia como disciplina autónoma, luego su desarrollo dogmático, hasta llegar a su sistematización científica como rama procesal. De tal suerte que es en este periodo donde debemos ubicar el nacimiento del derecho procesal constitucional como ciencia (1928-1956). Los siguientes epígrafes se destinarán a visualizar las distintas aportaciones de cada uno de los protagonistas que coadyuvaron en su formación: Kelsen, Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio.

## **VII. Kelsen ¿Fundador del derecho procesal constitucional? (1928-1942)**

En los últimos años ha surgido un interesante debate sobre el fundador del derecho procesal constitucional.

El punto de partida lo constituye la afirmación de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*<sup>173</sup> publicada en México en 1947. El destacado procesalista español advierte en esta obra: “Como San Juan en su Evangelio (I,1), también el procesalista podría decir que en el principio fue el proceso... y que luego después se han ido agregando calificativos a medida que han ido surgiendo nuevas ramas...;”<sup>174</sup> y al referirse al nacimiento de varias ramas del proceso, como la administrativa y la laboral, enfatiza también sobre el “*surgimiento de un proceso constitucional*, por un lado, en la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos, que siendo su hermana menor en jerarquía, ha sido en diversos países su hermana mayor en el orden del tiempo (además de implicar en sí misma una nueva ampliación procesal) y, por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que, como ha demostrado Jerusalem, el derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, que brota en la famosa Constitución austríaca de 1º de octubre de 1920, inspirada por Kelsen, a quien, por tanto, debemos considerar fundador de esta rama procesal, a la que ha dedicado algún fundamental trabajo, y que trascendió al constitucionalismo de otros países como España en 1931”.<sup>175</sup>

Como puede apreciarse, Alcalá-Zamora considera a Kelsen como “fundador de esta rama procesal”, teniendo en cuenta que (i) inspiró la creación de la jurisdicción constitucional austríaca; (ii) realizó un importante estudio sobre la misma (se refiere al de 1928, que expresamente cita en nota a pie de página); y (iii) por haber repercutido en el constitucionalismo de otros países.

173 México, UNAM, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991, en realidad reimpresión de la 2ª edición, con prólogo de Héctor Fix-Zamudio), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

174 *Op. ult. cit.*, p. 207 (1ª edición de 1947); pp. 215-216 (2ª edición de 1970) y p. 214 (3ª edición de 1991, en realidad reimpresión de la 2ª edición).

175 *Ibidem*, pp. 214-215 (edición de 1991).

El más destacado de sus discípulos, Héctor Fix-Zamudio, en su tesis elaborada para obtener el grado de licenciado en derecho (1955), que más adelante analizaremos con detalle al constituir el primer planteamiento conceptual y sistemático de la disciplina como ciencia autónoma procesal, considera acertada la apreciación de su maestro. En el capítulo tercero que denomina “El derecho procesal constitucional”, que luego apareciera publicado como artículo independiente al año siguiente (1956), señala: “Y si el nacimiento del Derecho Procesal Civil como disciplina científica se fija, según la mayoría de los tratadistas, en el año de 1868 en que Oscar Bülow dio a la luz su conocidísimo tratado *“La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales”*, el comienzo de la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional debemos situarlo en el año de 1928 en el cual el ilustre Hans Kelsen publica un estudio sistemática sobre la materia: *“La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, ensayo que nos ha servido de modelo para intitular este trabajo, y que es considerado por el maestro Alcalá-Zamora como fundamental para la disciplina que examinamos, debiendo hacerse notar que la labor del ameritado jurisconsulto austriaco no sólo fue de naturaleza teórica, sino también práctica, toda vez que durante los años de 1919 hasta 1929, desempeñó simultáneamente dos cargos: catedrático de la Universidad de Viena y Juez constitucional en la Corte creada por él.”<sup>176</sup>

La postura del maestro y su discípulo fue seguida por varios autores de manera pacífica.<sup>177</sup> En años recientes, sin embargo, la polémica ha resurgido fundamentalmente por las dudas generadas por dos de los principales cultivadores de la materia: Néstor Pedro Sagüés y Domingo García Belaunde, cuyas aportaciones para el desarrollo posterior de la ciencia del derecho procesal

176 FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo”, Tesis de Licenciatura, México, Facultad de Derecho de la UNAM, p. 62. El capítulo III, quedó publicado como “El derecho procesal constitucional” en *La Justicia*, enero de 1956, pp. 12300-12313, en p. 12302

177 Cfr., entre otros, ALMAGRO NOSETE, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 157.

constitucional han resultado fundamentales, a manera de forjadores de segunda generación.

Sagüés cuestiona la “tesis Alcalá-Fix” al estimar que “De Kelsen se ha dicho, y no sin fundados motivos, que fue su estructuración científica la que permitió la moderna concepción del derecho procesal constitucional. No obstante, y sin perjuicio del decisivo aporte del maestro de la Escuela de Viena, cabe alertar que si el derecho procesal constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos “procesos constitucionales” de hábeas corpus, amparo, *writ of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de supremacía constitucional, resultaría desacertado atribuirle a Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería. A lo dicho, cabe agregar que la implementación de aquellos trámites es muy anterior a la erección de la Corte constitucional austríaca, y que ya existía una “magistratura constitucional” (no especializada, claro está) antes de Kelsen. En resumen, pues, de seguirse una noción amplia del derecho procesal constitucional, habría que remontarse a aquellos institutos jurídicos –algunos de ellos con siglos de antigüedad- destinados a salvaguardar la libertad física y otros derechos humanos, aunque entonces no hubiera “Constitución formal” en el sentido moderno de esa expresión”.<sup>178</sup>

Recientemente Domingo García Belaunde ha elaborado una nueva tesis. Con la acuciosidad y precisión del dato que lo caracterizan, ha rastreado la utilización de la expresión “derecho procesal constitucional” por parte de los juristas en los diversos países latinoamericanos y europeos, así como la significación que le han prestado. Con base en estos datos y de las conjeturas documentales e históricas de la creación del Tribunal Constitucional austriaco, el destacado constitucionalista peruano considera en uno de sus

---

178 SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Tomo I: Recurso Extraordinario*, 4<sup>o</sup> ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 6 y 7. Esta postura ha sido defendida por su autor desde hace tiempo.

trabajos más recientes que debe considerarse a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo como el fundador de la disciplina. Considera que fue el primero que utilizó la expresión con el ánimo de advertir una nueva disciplina científico procesal y no al jurista vienés que más bien inspiró a la jurisdicción constitucional como órgano concentrado de control, sentando las bases teóricas de su desarrollo. Debido a la importancia de su argumentación y del hallazgo y conjeturas históricas de varios documentos, a continuación transcribimos las consideraciones medulares de la narración de García Belaunde:

“A) Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado, siguiendo por lo demás una tradición europea y austriaca que en él culmina, y que luego se expandirá por el resto del mundo.

“B) Kelsen postula una jurisdicción constitucional con ese nombre; así lo hace en la ponencia presentada a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, en donde utilizando el término “jurisdicción estatal” agrega que el más adecuado es el de “jurisdicción constitucional”; *cf.* *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal), Walter de Gruyter & Co., Berlín-Leipzig, 1929. Por el contrario, en la versión francesa que publica el mismo año del encuentro de Viena, o sea, en 1928, utiliza indistintamente las palabras “justicia” o “jurisdicción” constitucionales, como si fueran sinónimos, lo cual demuestra que esas licencias no se las tomó Kelsen sino su traductor (*cf.* “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tomo 45, 1928).

“Sin embargo, en el mismo tomo 45 de 1928 de la “Revue du Droit Public et de la Science Politique” acompañan al ensayo de Kelsen sendos estudios de Boris Mirkine-Guetzévitch y de Marcel Waline, quienes emplean el concepto “jurisdicción constitucional” y hacen referencia a países que han adoptado el sistema de control

de la constitucionalidad. Y por la misma época, son varios los que abordan el nuevo tema, iniciándose así en Francia un interesante debate, como se puede apreciar en las diversas colaboraciones del colectivo publicado en homenaje a uno de los grandes juristas de principios de siglo (así en el “*Mélanges Maurice Hauriou*” de 1929). Y con anterioridad al debate en torno a la ponencia de Kelsen que se llevó a cabo en una sesión especial el 20 de octubre de 1928 en el *Institut International de Droit Public*. Pero Kelsen no fue más allá. Tampoco el intenso debate francés tuvo consecuencias inmediatas, sino que más bien fue al revés, como lo demuestra la experiencia del Consejo Constitucional francés (por lo menos hasta 1971).

“C) Si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir bien el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que ese tipo de jurisdicción es de carácter legislativo, y de ahí que el Tribunal sea caracterizado como “legislador negativo”, concepto importante, pero rebasado en la actualidad por la experiencia constitucional de la segunda posguerra.

“D) De la lectura atenta que se hace de la ponencia de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no sólo no usa el término “proceso constitucional” sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que éste se refleje en un órgano *ad-hoc*.

“E) Aun más, no se advierte en Kelsen un conocimiento, ni siquiera rudimentario del derecho procesal, no obstante que el procesalismo alemán era por entonces importante (si bien una de sus principales figuras James Goldschmidt iba pronto a emigrar para terminar muriendo en Montevideo en 1940). E igual podría decirse de los otros juristas que por la misma época escribían sobre lo mismo.

“F) Kelsen, pues, no puede considerarse el padre ni el fundador del derecho procesal constitucional, por las razones antes dichas. Es sin lugar a dudas, uno de los creadores del modelo concentrado y su teórico más solvente al momento de su aparición....

“Por tanto, para hablar de un fundador del derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el derecho procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido. Y esto aun cuando en embrión, como sucede siempre con los fundadores y en los primeros pasos de toda disciplina. Y quien primero lo ha hecho es, sin lugar a dudas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo hizo en América. No cupo este designio a ningún autor o doctrinario alemán o italiano, que estaban debidamente equipados para ello, pues usan el término en fecha muy posterior (en Italia a partir de 1950 y en Alemania a partir de 1970).”<sup>179</sup>

Hasta aquí las consideraciones contundentes de García Belaunde relativas a considerar al procesalista Alcalá-Zamora y Castillo como el fundador del derecho procesal constitucional desde su perspectiva científica y no al maestro de la escuela de Viena, cuyas aportaciones considera deben valorarse en su justa dimensión.

Las posturas de Sagüés y de García Belaunde son sugestivas y llenas de contenido. Ambos tienen razón según la perspectiva con la cual se analice. A nuestro modo de ver el debate sobre el “fundador” de la disciplina carece de una precisión previa y elemental: ¿qué debemos entender como fundador de una disciplina jurídica?

En una primera aproximación semántica de “fundador”, refiere al adjetivo “Que funda”, lo que nos engarza con el acto mismo

---

179 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 139-147, en pp. 140-142. Este trabajo fue presentado como ponencia en el Congreso sobre “Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional” en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006.

de “fundar”, que significa “establecer, crear” y con “fundación” que se dirige al “principio, erección, establecimiento y origen de una cosa.”<sup>180</sup> Ahora bien, este principio y origen ¿se refiere a las instituciones o a la disciplina que las estudia? Y ahí encontramos la importancia del alcance que le demos al propio derecho procesal constitucional. Atendiendo a la respuesta a estos interrogantes será la posible consecuencia de la paternidad de la materia, si es que puede atribuirse a un solo jurista tal calificativo. Es más, podríamos entrar también al debate previo sobre las distinciones entre “precursor” y “fundador” que suelen emplearse en las distintas disciplinas. Partiendo también de su connotación, “precursor” refiere a “que precede o va delante, que profesa o enseña doctrinas o acomete empresas que no tendrán razón ni hallarán acogida sino en tiempo venidero”.<sup>181</sup>

La tesis de Sagüés parte, como él mismo lo reconoce, de una concepción “amplia de derecho procesal constitucional”. De ahí la importancia en distinguir el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social de su caracterización científica, como lo hemos expuesto en un epígrafe anterior. Si buscamos el origen de la disciplina en su primera perspectiva, como acertadamente lo destaca el profesor argentino, tendríamos que escudriñarlo desde la antigüedad y difícilmente llegaríamos a una convicción sobre su fundador y más bien tendríamos que atender a los acontecimientos, personajes, instituciones, ideologías o instrumento jurídicos relevantes para la disciplina en estudio. En un trabajo distinto, el propio Sagüés reconoce que no es sencillo precisar cuándo nace el derecho procesal constitucional. Como “antecedentes más lejanos” señala el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, preludio del *habeas corpus* inglés que ya aparece en la Carta Magna de 1215 o bien los procesos forales aragoneses junto con el Justicia Mayor. En cambio sostiene como “fuentes más próximas, claras y precisas”, a manera

180 *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., 1992, tomo I, voces “Fundador”, “Fundar” y “Fundación”, pp. 1004-1005.

181 *Ibidem*, p. 1654.

de “tres cumpleaños” de la disciplina: 1) El *Habeas corpus Amendment Act* de 1679, al constituir el primer ordenamiento que meticulosamente regula un proceso constitucional; 2) El emblemático caso *Marbury versus Madison* de 1803, a partir del cual se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad; y 3) La promulgación de la Constitución austríaca de 1º de Octubre de 1920, paradigma de tribunal constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad.<sup>182</sup>

Como se aprecia, Sagüés no considera el trabajo de Kelsen de 1928 ni los desarrollos posteriores de la disciplina procesal. Es claro que su postura descansa en la concepción del derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, que en realidad es la “concepción amplia” a la que alude. Bajo esa perspectiva adquiere lógica el planteamiento del profesor argentino y nos llevaría además a referirnos a otros acontecimientos y personajes también relevantes en su configuración, como puede ser el *Bonham’s Case* de 1610, resuelto por Edward Coke que influyó a la postre en la postura adoptada en los Estados Unidos relativa a la supremacía constitucional sobre la supremacía del parlamento. También podría mencionarse a los Tribunales de Justicia Constitucional previstos en algunas constituciones alemanas (Baviera y Sajona 1818-1831) un siglo antes de la instalación de la Constitución austríaca y que seguramente tuvo presente Kelsen. Las ideas de Benjamin Constant sobre el poder neutro o moderador que encontró eco en ciertas latitudes y a manera de una etapa evolutiva de desarrollo de los órganos de control y de las garantías de la constitución.<sup>183</sup> O bien el antecedente directo del amparo, en su concepción contemporánea de garantía constitucional y diferenciada del hábeas corpus, cuyo origen

182 Véase su trabajo: “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., tomo I, pp. 507-520, en pp. 507-508.

183 Sobre el tema, véase DE VEGA, Pedro, “El poder moderador”, en *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época), Madrid, núm. 116, abril-junio de 2002, pp. 7-24; reproducido en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp.215-238.

se encuentra en la Constitución del Estado de Yucatán en 1841 debido a las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, por sólo mencionar algunos de los antecedentes relevantes bajo esta perspectiva del derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social.

En cambio, la postura de García Belaunde descansa no en su vertiente histórica social, sino en su concepción científica, es decir, en la disciplina que se encarga de su estudio. La pregunta que se hace García Belaunde es otra: ¿cuándo nace la ciencia que estudia el derecho procesal constitucional? O si se prefiere ¿en qué momento surge su concepción como nueva disciplina jurídica? Como ha quedado establecido, el constitucionalista peruano con agudeza pone de relieve a través del análisis documental que el primer jurista en advertir la existencia de una nueva disciplina con la denominación precisa de “derecho procesal constitucional” lo es Alcalá-Zamora y Castillo, cuando en su exilio en Argentina (1944-45) y luego en México (1947) de manera expresa así lo afirma. Por un lado (i) advierte la existencia de una nueva rama procesal; y (ii) le otorga un nombre.

Esta postura descansa en una concepción “formal” de fundador, al identificarla con el individuo que “descubre” su existencia y la “bautiza”. Eso es precisamente a lo que se limitó Alcalá-Zamora y Castillo, a señalar: 1) la existencia de una “legislación procesal constitucional” desde un trabajo publicado originalmente en Italia en 1938 que elaborara un año antes en su primer exilio en París, derivado del conocimiento que tenía del Tribunal de Garantías Constitucionales, al que le había dedicado un ensayo que publicó en 1933; 2) la denominación de la disciplina, quedando reflejada en el título de su libro recopilatorio *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicado en Argentina (1944), que incluye los dos artículos mencionados en el punto anterior, y que puntualmente advierte en una breve reseña a un comentario sobre un libro de amparo, que aparece en la Revista de Derecho Procesal de Argentina (1945); y 3) el surgimiento de un “proceso constitucional” y que el fundador de esta rama del derecho lo

es el jurista Hans Kelsen, como lo apunta en su libro mexicano publicado en 1947, cuya parte correspondiente reproducimos líneas arriba. Sin embargo, sus aportaciones hasta ahí llegaron como reconoce el propio García Belaunde.

Ahora bien, todo depende de la concepción que se le atribuya a la expresión “fundador”. Si la entendemos desde una perspectiva formal, será la persona que visualiza por vez primera la dimensión “disciplina” en su sentido científico y le otorga el *nomen iuris*. Bajo esta concepción la tesis de García Belaunde adquiere fuerza. Alcalá-Zamora y Castillo sería el fundador.

Habría que preguntarnos si realmente podemos atribuirle tal calificativo al destacado procesalista español, que como se ha señalado sólo se limitó a destacar la existencia de la disciplina sin contribuir en lo absoluto en sus perfiles, alcances o contenidos, ni al estudio del “proceso constitucional” como figura procesal. Es más, no le dedica ni siquiera un artículo o apartado específico de un libro a la cuestión. Si analizamos con detenimiento su obra publicada en Argentina (1944), tiene el gran mérito de utilizar por vez primera la expresión en el título *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, donde sobresalen dos trabajos relativos al análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales y al derecho procesal en España. Con mayor exactitud deja ver la denominación también al año siguiente en la *Revista de Derecho Procesal* (1945), al advertir que la institución del amparo debe ser parte de la disciplina, pero sin realizar propiamente ningún aporte dogmático a la misma. En su importante libro publicado en México de 1947, no le dedica más de un párrafo al asunto y además no lo realiza a través de una argumentación principal, sino derivada de una más amplia relativa a la “materia litigiosa” y al “ensanchamiento del proceso” hacia nuevas fórmulas (administrativa, laboral y constitucional).

¿Debemos otorgarle el calificativo de fundador del derecho procesal constitucional a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo? Nadie duda de su amplísima e importante obra dentro de la corriente del mejor

procesalismo científico, especialmente en el derecho procesal civil y penal, contribuyendo de manera importante en la aceptación de la concepción unitaria de la ciencia procesal apoyando la corriente de Carnelutti, que condujo incluso a la enseñanza de una teoría general del proceso y a una materia propia en los planes de estudio universitarios que propuso y logró el propio Alcalá-Zamora. La importancia de su pensamiento y obra ha sido reconocida recientemente por la comunidad internacional, al dedicarse a su memoria el *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*.<sup>184</sup> Sin embargo, su aportación a esta rama del derecho procesal se redujo a destacar su existencia y denominación.

¿Es suficiente ese hallazgo para considerarlo fundador del derecho procesal constitucional? Tiene razón García Belaunde al advertir que debe valorarse en su justa dimensión la aportación de Hans Kelsen, debido a que su ensayo se dirigió al análisis científico de la jurisdicción constitucional como órgano concentrado que había creado, pero no a la concepción de la disciplina. Es por ello que debe considerarse a Kelsen como “precursor” de la disciplina científica —nos apoyamos en la connotación semántica que señalamos en líneas arriba—, esto es, el que aportó las bases teóricas que hallaran acogida tiempo después en el mejor procesalismo científico. Pero con ese mismo realismo, también habría que valorar en su justa dimensión la aportación de Alcalá-Zamora y Castillo, que a lo más se le podría reconocer como “fundador nominal”.

En cambio, si atendemos a la connotación material de la expresión, podría considerarse a otro el carácter de “fundador conceptual”. Y ahí nuevamente dependerá del análisis histórico que se realice para atribuirle ese calificativo a un solo jurista.

Kelsen fue el primero en desarrollar una teoría general sobre la defensa jurisdiccional de la constitución a través de un órgano

---

<sup>184</sup> Celebrado en la Ciudad de México del 22 al 26 de septiembre de 2003. Las memorias quedaron publicadas en cuatro extensos volúmenes por la UNAM, bajo la coordinación de Marcel Storme y Cipriano Gómez Lara. La mesa inicial del evento se dedicó a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

concentrado. En eso pareciera que existe consenso. Lo hace en su trabajo publicado en Francia precisamente con la denominación de “La garantía jurisdiccional de la Constitución” y con el subtítulo “La justicia constitucional”.

¿Es este el trabajo fundacional del derecho procesal constitucional? Ahí radica la duda de García Belaunde y su teoría resulta útil para advertir una sutil distinción: una cuestión es el primer estudio dogmático sobre la jurisdicción constitucional y otra situación distinta es la concepción científica de la disciplina procesal. Esta delicada distinción es la que nos puede llevar a diversas consideraciones no sólo sobre el fundador material de la disciplina, sino particularmente en la naturaleza propia de su concepción y desarrollo científico.

Kelsen realiza su estudio a la luz de su experiencia como magistrado de la Corte Constitucional austriaca que ya tenía tiempo de funcionamiento. Esta teorización del fenómeno la emprende con el ánimo de justificar la existencia misma de su creación (1818-1920)<sup>185</sup> y como parte del “sistema” sobre el cual el propio autor ya había dado una explicación “de conjunto” en su importante “Teoría general del Estado” (1925)<sup>186</sup> que años después cristalizaría en su “Teoría Pura del Derecho” (*Reine Rechtslehre*), como teoría del derecho positivo, en tanto que es el propio ordenamiento jurídico su único y propio objeto de estudio, sin considerar apelaciones al derecho natural o la moral. Esta teoría obedece a la pregunta de ¿qué es y cómo es el Derecho? Sin interesarle plantearse la cuestión del cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Su teoría descansa en la ciencia jurídica y no en la política del derecho.<sup>187</sup> Es bajo esta perspectiva donde se advierte la intención del

185 Cfr: CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Especialmente véanse pp. 246 y ss.

186 Una síntesis de esta teoría que explica el control constitucional en un estado federal, puede verse en SCHMILL, Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la constitución en un estado federal”, en COSSIO, José Ramón, y PÉREZ DE ACHA, Luis M. (comp.), *La defensa de la constitución*, 2ª ed., México, Fontamara, 2000, pp. 11-42.

187 *Teoría Pura del Derecho*, 15ª ed., México, Porrúa, 2007.

autor para justificar su postura del “sentido de la juridicidad” mediante el control del ejercicio del poder a través de un órgano independiente.

El origen de su trascendental ensayo sobre “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle),”<sup>188</sup> deriva de la ponencia redactada en alemán que presentó en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena en abril de 1928. En esta ponencia, según nos relata García Belaunde, prefiere Kelsen la expresión “jurisdicción constitucional” a la de “jurisdicción estatal” y de ahí deriva que el traductor del texto al francés, su discípulo Eisenmann,<sup>189</sup> se toma la libertad de utilizar las expresiones “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional” como sinónimos y al utilizarlos de manera indistinta. Si bien es cierto lo anterior, prefiere no obstante la utilización de la expresión “jurisdicción constitucional” que se emplea en más de cincuenta ocasiones a lo largo del texto, mientras que la diversa de “justicia constitucional” la utiliza pocas veces y sin que se aprecia aparentemente alguna distinción semántica entre ambas expresiones, aunque prefiere esta última para el título del trabajo de Kelsen y para su propia tesis doctoral,<sup>190</sup> de donde se pudiera inferir alguna precisión conceptual entre ambas.

Kelsen identifica a la garantía jurisdiccional de la Constitución con la justicia constitucional, y se refiere a esta dimensión “como un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.<sup>191</sup>

188 *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, 1928, año XXXV, Tomo 45, pp. 197-257; al año siguiente se publicó en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143.

189 Charles Eisenmann estudió con Kelsen y le dirigió su tesis doctoral, convertida en libro con prólogo del propio Kelsen, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, L.G.D.J., 1928. Existe edición facsimilar (París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986).

190 *Idem*.

191 Utilizamos la traducción española realizada por Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 9. La versión original de la traducción la realiza en el año de 1974 y aparece en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. 1, 1974, pp. 471-515. Existe revisión de esta traducción por Domingo García Belaunde, publicada en *Ius et Veritas*, Año V, núm. 9, Lima, PUCP, 1994, pp. 17-43. Otra versión es la traducción realizada por Juan Ruiz Manero, que aparece publicada en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid,

En el preámbulo de su estudio advierte el objeto del mismo en una doble dirección: por un lado, como cuestión teórica, estudiar la naturaleza jurídica de esa garantía teniendo en consideración el sistema que había ya expuesto en su *Teoría general del Estado* (1925);<sup>192</sup> por otra y como cuestión práctica, buscar los mejores medios en su realización, teniendo en cuenta su experiencia como magistrado y ponente permanente (*juge rapporteur*) de la Corte Constitucional de Austria. Su estudio lo divide en cinco partes: I. El problema jurídico de la regularidad; II. La noción de la Constitución; III. Las garantías de la regularidad; IV. Las garantías de la constitucionalidad; y V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

No es el momento de realizar un análisis detallado de cada apartado. Lo que interesa destacar es que su construcción se realiza desde la teoría general del derecho y en rigor su pretensión se dirige a defender su creación de jurisdicción como órgano concentrado de control constitucional de las leyes. Con esto queremos expresar que en realidad este importante trabajo rebasa el estudio particular de una disciplina en particular, entre ellas la procesal, si bien se advierte un conocimiento de esta materia que no desarrolla por no ser su objetivo, pero si lo dejar ver en las instituciones que analiza. Especialmente se advierte en el cuarto apartado, relativo a “Las garantías de la constitucionalidad” y particularmente en los epígrafes dedicados al resultado y procedimiento del control de constitucionalidad. Así realiza una análisis de los efectos de las sentencias y llama la atención de los “principios esenciales del procedimiento” del control, así como al modo de iniciar el procedimiento. Incluso se pronuncia a favor de un *actio popularis*, aunque reconoce que esa solución entrañaría un “peligro” de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestiónamiento de procesos. Y señala las posibles soluciones “autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan

---

Editorial Debate, 1988, pp. 109-155.

192 La versión original se denomina *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Verlag Von Julius Springer, 1925. Existe traducción al español por Luis Legaz Lacambra, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, con múltiples ediciones en diversas editoriales.

duda sobre su regularidad, interrumpen el procedimiento en el caso concreto e interpongan ante el tribunal constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma. Podría también otorgarse ese poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas –ministros y cortes supremas- o incluso, restringirlas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea –tomando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción- perfectamente justificable”.

Su postura fue parcialmente aceptada por la reforma de 1929.<sup>193</sup> A partir de la ley de reforma constitucional (*Bundesverfassungsnovelle*) de ese año, el sistema austríaco otorgó legitimación para el control de constitucionalidad de las leyes a dos altos órganos judiciales superiores, a saber, la Corte Suprema para causas civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*), y la Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Estos dos altos tribunales no contaban con una acción directa, sino vía incidental, derivada de una causa concreta. No deciden sobre el problema constitucional, sino que sólo plantean la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, lo que provocó que se subsanara la deficiencia de la creación original de Kelsen que sólo permitía acciones directas de determinados órganos políticos y que el propio jurista con su experiencia jurisdiccional advirtió.

Esta preocupación de Kelsen sobre aspectos procesales seguramente proviene de su experiencia como magistrado del tribunal constitucional. En otro apartado de su trascendental trabajo de 1928, también consideró oportuno “acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al tribunal constitucional, a una *actio popularis* y así permitir a las partes de un proceso judicial o

193 Sobre esta reforma de 1929, véase CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., pp. 266-269. La primera reforma constitucional sucedió en 1925, al introducirse una “consulta previa de competencia” que se dirigía a la Corte Constitucional por la Federación o los *länder* acerca de la titularidad de una determinada competencia. La respuesta dada por dicha Corte podía integrar la constitución (interpretación auténtica). Cfr. *ibidem*, pp. 265-266.

administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas –resoluciones judiciales o actos administrativos- en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del tribunal constitucional, ya que se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación”.

Sus preocupaciones sobre aspectos eminentemente procesales también se advierten en su propuesta para crear “un defensor de la constitución ante el tribunal constitucional que, a semejanza del ministerio público en el procedimiento penal, iniciara de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares.” O bien la posibilidad de que el tribunal constitucional iniciara de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tenga dudas.

Donde mayor vinculación existe con la materia propiamente procesal es cuando se refiere a la utilidad de ciertos principios como los de “publicidad” y “oralidad”, los cuales considera indispensables en el procedimiento ante el tribunal. Al respecto considera recomendable “que de una manera general se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de estricto derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar –o que deben presentar- al tribunal. Los asuntos que conoce el tribunal constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que sólo una audiencia pública garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del Colegio de jueces no debería ser también en audiencia pública”. Es curioso esta última parte, ya que si bien los tribunales constitucionales y en general los órganos jurisdiccionales deliberan a puerta cerrada y algunos

aceptan audiencias públicas de alegatos, recientemente la Suprema Corte mexicana en su carácter material de tribunal constitucional inició la deliberación pública de los asuntos (2005), cuya conveniencia la había advertido Kelsen desde entonces, teniendo en cuenta el principio de la publicidad del proceso.

Otro aspecto de relevancia procesal en la que se detiene Kelsen, se vincula a las partes que intervienen en el procedimiento. Considera que deben tener acceso de control: “la autoridad cuyo acto es atacado para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el particular interesado en el litigio pendiente ante el tribunal o ante la autoridad administrativa que dio lugar al procedimiento de control o el particular que tenga derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento del tribunal constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatoria la procuración de abogado en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio”.

También se preocupó por sentar algunas premisas generales sobre el perfil y nombramiento de los jueces constitucionales: i) el número de miembros no debe ser muy elevado considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamado el órgano constitucional a pronunciarse; ii) el nombramiento de los jueces no debe ser exclusivo del parlamento, del jefe de estado o del gobierno, sino que debería combinarse, por ejemplo que el primero elija a los jueces a propuesta del gobierno, que podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente; iii) debe privilegiarse que los candidatos sean juristas de profesión, para lo cual podría concederse a las facultades de derecho o una comisión común de ellas el derecho de proponer candidatos o al propio tribunal; y iv) los jueces no deben ser miembros del parlamento o del gobierno, ya que precisamente sus actos son sujetos de control.

Como puede advertirse no le fueron ajenos a Kelsen los aspectos procesales y que le preocuparon debido a su experiencia como magistrado. Así advirtió cuestiones relevantes relativas a los efectos de la sentencia, modo de iniciar el procedimiento, sujetos legitimados, una posible acción popular, la cualidad de los integrantes del órgano y la adecuada representación de las partes, entre otros aspectos.

Ahora bien, la importancia del presente estudio no sólo radica en sentar las bases de los estudios dogmáticos sobre los tribunales constitucionales, sino también por la repercusión teórica y práctica derivada de la polémica sostenida con Carl Schmitt sobre quién debería ser el defensor de la Constitución. Cuatro años antes del estudio de Kelsen de 1928, Schmitt había presentado en el Congreso de Profesores de Derecho Público realizado en Jena en 1924 su postura,<sup>194</sup> que luego retoma en un ensayo publicado en 1929<sup>195</sup> y que “elaborado y ampliado” aparece como libro en 1931: *La defensa de la constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*,<sup>196</sup> a manera de réplica a Kelsen. Como bien se sabe, Kelsen postulaba la necesidad de controlar el ejercicio del poder mediante un órgano jurisdiccional independiente de los tres poderes tradicionales, mientras que Schmitt se inclinaba por una tesis decisionista justificando que el defensor de la constitución debería radicar en el titular del poder político, en el presidente del Reich, utilizando para ello la teoría política del poder neutral (*pouvoir neutre*) originaria de Benjamin Constant.<sup>197</sup> En el fondo la cuestión se

194 Este congreso se realizó en Jena en 1924. La ponencia de Schmitt la denomina “*Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*”. Cfr. el estudio preliminar de Guillermo Gasión en la obra de Kelsen *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid, Tecnos, 1995, p. IX.

195 “*Der Hüter der Verfassung*”, en *Beiträge zum öffentlichen recht der Gegenwart*, núm. 1, Tubing, 1931; referencia de Pedro de Vega, en el “prólogo” a la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, op. cit., p. 11. Sobre este trabajo, véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1994 (3ª reimpresión de la 3ª edición de 1983), pp. 159-163.

196 *Der Hüter der Verfassung- Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*. Traducida al español por Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Editorial Labor, 1931. Nosotros consultamos la 2ª ed., con prólogo de Pedro de Vega García, Madrid, Tecnos, 1998.

197 Sobre la polémica, véase el trabajo de HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

resumía en una contraposición ideológica entre derecho y poder, en la contraposición del normativismo contra el decisionismo.<sup>198</sup>

Unos meses después del libro de Schmitt (1931) aparece la contestación de Kelsen en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,<sup>199</sup> defendiendo su postura teórica sobre el control jurisdiccional de la constitución. Considera que nadie puede ser juez y parte de su propia causa y que por ello quien realiza el control de constitucionalidad debería ser un órgano autónomo e independiente de las funciones del estado, cuya naturaleza no es política sino semejante a la de los demás órganos jurisdiccionales. Su distinción radica en cuanto a que mientras el tribunal constitucional anula normas actuando como “legislador negativo”, los demás tribunales dirimen controversias específicas. Critica la postura de Schmitt que concibe al parlamento como el único órgano que tiene las atribuciones de crear derecho y especialmente Kelsen dirige sus argumentos en el carácter ideológico del planteamiento de Schmitt al señalar que “La confusión entre *Ciencia y Política*, hoy tan apreciada, es el típico método de las modernas formas ideológicas”.<sup>200</sup>

La importancia del pensamiento de Kelsen,<sup>201</sup> después de la polémica con Schmitt y una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, adquiere dimensiones trascendentales en la concepción e interpretación del derecho,<sup>202</sup> en las nuevas constituciones

198 Cfr. CORDOVA VIANELLO, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 15, 2005, pp. 47-68.

199 “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*” en *Die Justiz. Monatsschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechtswesens*, t. 6, Berlín, 1931, pp. 576-828; aparecido también como folleto editado por Grünwald W. Rothschild, Berlín, 1931; citado por Guillermo Gasión, en el “Estudio preliminar” a la obra de Kelsen, *op. cit.*, p. X, nota 3.

200 *Ibidem*, pp. 81-82.

201 El pensamiento de Kelsen se refleja en múltiples facetas y disciplinas. Véanse estos variados enfoques en CORREAS, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2ª ed., México, UNAM-Ediciones Coyoacán, 2003.

202 Para una comprensión de la interpretación jurídica a la luz del positivismo kelseniano, véanse los interesantes estudios de SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, y COSSIO DÍAZ, José Ramón, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo” y de TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)”, ambos aparecen en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, tomo I, pp. 1053-1080 y 1157-1198, respectivamente.

democráticas y particularmente con la creación de los tribunales constitucionales. Y es ahí donde su concepción sobre las garantías jurisdiccionales de la constitución a través de un órgano independiente de las tres funciones tradicionales del estado adquiere fuerza y repercute en todas las ramas del derecho. Como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, la justicia constitucional se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano y se centra en la cuestión fundamental de reconocer a la constitución el carácter de norma jurídica.<sup>203</sup>

Por tanto, debemos preguntarnos nuevamente ¿es Kelsen el fundador conceptual del derecho procesal constitucional? Como hemos visto, el pensamiento del fundador de la Teoría Pura del Derecho impactó en la concepción misma del derecho. Su estudio de 1928 puede ser analizado desde varias disciplinas jurídicas, especialmente por el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Si bien ese estudio se refiere específicamente a los instrumentos técnicos jurídicos de la defensa constitucional, lo cierto es que también se encuentra en un plano superior y general de las disciplinas jurídicas. No puede considerarse que sea un ensayo desde la dogmática procesal, ya que sus planteamientos rebasan de suyo esta dimensión y se ubican en un plano de la teoría general del derecho. Es por ello que pensamos que este estudio constituye no el “nacimiento de la disciplina científica” sino el “origen” de lo que vendría después. Representa el cimiento dogmático sobre el cual se fue construyendo el derecho procesal constitucional desde la corriente del procesalismo científico de la época. Y por ello tiene razón Fix-Zamudio cuando advierte, siguiendo a su maestro, que “el comienzo de la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional debemos situarlo en el año de 1928”,<sup>204</sup> no porque fuera el fundador como lo advierten estos dos juristas, sino fundamentalmente por iniciar una nueva concepción dogmática en el estudio de la jurisdicción constitucional y por las

203 Cfr: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 175.

204 *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, 1955, op. cit, p. 62; “El derecho procesal constitucional”, 1956, op. cit., p. 12302.

repercusiones que causó, sirviendo de soporte para la corriente del procesalismo científico.

En efecto, el pensamiento kelseniano impactó en las nuevas constituciones democráticas y en la creación de los tribunales constitucionales en su dimensión de órganos jurisdiccionales (si bien con atribuciones y dimensiones políticas). Esta construcción dogmática que impactó en instituciones procesales previstas en las nuevas constituciones, fue advertida por otra corriente que se abría paso en los mismos tiempos: la del procesalismo científico. Con base en aquel estudio pionero de Kelsen y la tendencia del constitucionalismo del momento, se inicia el encuadramiento del fenómeno a la luz del procesalismo científico, apareciendo las aportaciones de Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio, cuyas contribuciones dogmáticas sucesivas y conjuntas le otorgaron la configuración científica al derecho procesal constitucional.

En general, la construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio Alcalá-Zamora así lo advierte para la evolución de la doctrina procesal. Reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí.<sup>205</sup> Y es por ello que consideramos de mayor provecho ubicar el periodo histórico en el cual surge la disciplina del derecho procesal constitucional, destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

Para una mayor claridad se pueden advertir cuatro etapas concatenando las contribuciones de estos insignes juristas, hasta llegar a su configuración sistemática como disciplina autónoma procesal:

**I. Precursora (1928-1942).** Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen, relativo a las garantías jurisdiccionales de la

---

<sup>205</sup> Cfr; "Evolución de la doctrina procesal", *op. cit.*, p. 293.

Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio Kelsen publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaco y norteamericano (1942),<sup>206</sup> que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica.

**II. Descubrimiento procesal (1944-47).** El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-45) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina al titular su obra *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)* en 1944; y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945). Y en México en las referencias que realiza en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* en 1947.

**III. Desarrollo dogmático procesal (1946-55).** Etapa en la cual el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por Couture (1946-48) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales

---

206 Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", en *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183-200. Existe traducción al español por Domingo García Belaunde, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana", en *Ius et Veritas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año VI, núm. 6, 1993, pp. 81-90. Esta última traducción se reproduce en Argentina con nota introductoria de Germán J. Bidart Campos, en *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, número 8435, 14 de febrero de 1994, pp. 1-5; así como en España, con nota introductoria de Francisco Fernández Segado, en *Direito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IV, núm. 1, 1995, pp. 213-231.

de control a través de las colaboraciones de Calamandrei (1950-56) y Cappelletti (1955). Couture inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión “garantía” como sinónimo de derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. Calamandrei estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. Cappelletti agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina “jurisdicción constitucional de la libertad” que con el paso del tiempo se ha aceptado, y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal.

**IV.- Definición conceptual y sistemática (1955-56).** El último eslabón constituye la definición conceptual como disciplina procesal y la realiza Fix-Zamudio en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Las aportaciones de aquellos juristas son fundamentales para fraguar el primer estudio dedicado “al análisis de la disciplina científica como objeto de estudio específico” y con la intención de sistematizarla a partir de su naturaleza procesal. Se debe al jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio que, recogiendo el hallazgo de su maestro y utilizando el trabajo precursor de Kelsen de 1928, así como las aproximaciones científicas de Calamandrei, Couture y Cappelletti, define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico y la distingue de lo que es propio del derecho constitucional. Y lo hace en su tesis para lograr el grado de licenciado en derecho

(1955), cuyos capítulos fueron publicados por separado al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Y aquí nos volvemos a preguntar ¿quién es el fundador del derecho procesal constitucional? ¿Kelsen por su precursor estudio de 1928 al ser el primero que sienta las bases de la garantía jurisdiccional de la constitución, en su dimensión concentrada? ¿O Fix-Zamudio en su trabajo de 1955 al representar el primer análisis cuyo objeto de estudio es la ciencia del derecho procesal constitucional?

Siguiendo la misma lógica de la tesis de García Belaunde sería Fix-Zamudio el fundador conceptual, al haber fijado por vez primera sus contornos científicos, que han servido de base para su aceptación como una nueva rama del derecho procesal. Postura científica cuya construcción sistemática quedó establecida en ese fundamental trabajo de 1955. Fix-Zamudio continuó difundiendo sus ideas (con ciertos matices y desarrollos posteriores) sobre la base de lo que ya había construido en aquel pionero ensayo. No fue sino hasta tiempo después que adquiere vitalidad su postura. Especialmente en Latinoamérica a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, con un desarrollo progresivo, a tal grado que en el nuevo milenio se perfila como una más de las disciplinas jurídicas, si bien todavía falta un desarrollo dogmático procesal.

No se puede dudar de la aportación kelseniana al sentar las bases teóricas sobre las cuales descansa la jurisdicción constitucional, en su dimensión concentrada de control de la constitucionalidad, así como la repercusión que causó su estudio de 1928 en la concepción del derecho en general y particularmente en el desarrollo del derecho constitucional. Sus aportaciones a la teoría general del derecho fueron de tal magnitud que influyeron en toda la concepción del derecho y de sus ramas. Es el precursor del derecho procesal constitucional, al establecer los cimientos de lo que vendría después: la acogida de su postulado en el seno mismo del procesalismo científico. Kelsen puso la semilla. Alcalá-Zamora

descubre el pequeño retoño. Couture, Calamandrei y Cappelletti hacen que broten sus primeras ramas. Fix-Zamudio le da la forma para convertirlo en un árbol lo suficientemente visible para que otros lo advirtieran y bajo su sombra se cobijen.

Como veremos más adelante, las aportaciones científicas de Couture, Calamandrei y Cappelletti, desde diversos ángulos acercaron el procesalismo a la corriente del constitucionalismo de la época y resultaron fundamentales para ir configurando procesalmente el fenómeno, hasta llegar a la sistematización integral de la disciplina científica que realiza Fix-Zamudio con base en aquellos desarrollos.

Las aportaciones de estos juristas influyeron notablemente en Fix-Zamudio, pero se debe a él su primer acercamiento conceptual y sistemático como disciplina autónoma procesal. Las contribuciones de estos eminentes procesalistas no se realizaron pensando en la “nueva disciplina” como tal, si bien contribuyeron notablemente en diversos aspectos de su contenido y teniendo en cuenta la cimentación teórica de Kelsen.

De lo anterior se sigue que a pesar de las notables aportaciones de Couture, Calamandrei y Cappelletti, ninguno advirtió la existencia de la “nueva rama procesal”, como sí lo hicieron Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio. Maestro y discípulo deben ser considerados como los fundadores del derecho procesal constitucional entendida como disciplina autónoma procesal, si bien el primero en su dimensión “nominal o formal” (siguiendo la tesis de García Belaunde) y el segundo en su aspecto “conceptual o material”. Uno “descubrió” la existencia de la disciplina científica y el otro le otorga “contenido sistemático”, con la intención manifiesta de definir su naturaleza y perfil como rama autónoma procesal.

Fix-Zamudio es el primer jurista que define al derecho procesal constitucional como: “la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto

remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales”.<sup>207</sup> Si bien podría discutirse si esa concepción comprende el contenido integral de la disciplina, lo cierto es que representa la primera definición a manera de aproximación científica y en la cual se incorpora como objeto de estudio de la misma a las “garantías constitucionales” que hoy en día es indiscutible que son parte esencial de su contenido. Como veremos en el epígrafe especial dedicado a esta sistematización científica de Fix-Zamudio, el jurista mexicano realiza un estudio pormenorizado de lo que debemos entender por “garantía” en su concepción contemporánea. Si bien bajo otra óptica existen desarrollos contemporáneos de gran calado como la corriente del “garantismo” realizada por Luigi Ferrajoli,<sup>208</sup> que como acertadamente expresan Miguel Carbonell y Pedro Salazar ha producido todo un movimiento intelectual generando adhesiones y reacciones no sólo entre los penalistas, sino también por los filósofos del derecho y constitucionalistas contemporáneos.<sup>209</sup>

Como bien señala García Belaunde en su sugerente tesis, “para hablar de un fundador del Derecho Procesal Constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho Procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido”.<sup>210</sup> Y eso es precisamente lo que hicieron maestro y discípulo. Alcalá-Zamora le otorga *nomen iuris* al advertir su existencia (1944-47) y Fix-Zamudio desarrolla el descubrimiento de su maestro, al precisar

207 FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (tesis de licenciatura), 1955, *op. cit.*, pp. 90-91.

208 Especialmente su magistral obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Asimismo, sobre la concepción de “garantía” de este autor, véase su importante obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 25. En general, sobre la corriente garantista que propone este autor, véase CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

209 “Presentación. Luigi Ferrajoli y la modernidad jurídica”, *op. ult. cit.*, pp. 11-12.

210 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, *op. cit.*, p. 142.

su naturaleza y definir su configuración científica (1955-56). Ambos lo hacen de manera consciente pensando en la “disciplina científica” como “rama procesal”. Por supuesto que el jurista mexicano sistematiza la disciplina a partir del hallazgo de su maestro, de las bases teóricas de Kelsen y en la misma sintonía de la corriente del procesalismo científico que se había acercado al fenómeno constitucional (Couture, Calamandrei y Cappelletti).

Couture, por una parte, utiliza la expresión desde 1948 en su clásico *Estudios de derecho procesal civil*. La “Parte Primera” y “Parte Tercera” del tomo I, llevan los títulos: “Tutela constitucional de la justicia” y “Casos de derecho procesal constitucional”. Si nos detenemos en la lectura de su contenido, se advierte que en realidad se refiere, en términos generales, a las dimensiones constitucionales del proceso civil y del debido proceso, lo que ocasionó una nueva dimensión en cuanto al análisis dogmático de las instituciones procesales con trascendencia constitucional. Esta es una aportación fundamental dentro del procesalismo contemporáneo, que llevó años más tarde a que el propio Fix-Zamudio lo considerara como el fundador de una disciplina limítrofe que denominó “Derecho Constitucional Procesal”, perteneciente a la ciencia constitucional,<sup>211</sup> materia a la cual nos hemos referido y a la que regresaremos al analizar esta aportación por el jurista uruguayo. Esa es una de las aportaciones más significativas de Couture al procesalismo científico, al guiar lo que hoy se ha consolidado como las garantías constitucionales del proceso. Sin embargo, no se advierte que el jurista uruguayo tuviera la intención de otorgarle al derecho procesal constitucional la connotación que luego adquirió ni mucho menos que quisiera sistematizarla como “disciplina procesal”.

Como veremos en los siguientes epígrafes, tampoco se ve la referida intención en Calamandrei o en su discípulo Cappelletti.

---

211 *Cfr.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, en *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91.

Ambos con importantes contribuciones al contenido de la disciplina, pero sin el afán de su configuración científica. Las aportaciones del profesor florentino se advierten en la influencia que tuvo para la consagración de la Corte Constitucional en la Constitución italiana de 1947 y especialmente por la redacción de importantes ensayos entre 1950 y 1956 (año de su sensible pérdida), como son: “L’illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile” (1950), “La Corte costituzionale e il processo civile” (1951), “Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria” (1956) y “La prima sentenza della Corte costituzionale” (1956), entre otros. Estos trabajos resultan relevantes para el estudio dogmático del proceso constitucional. Aproximan el enfoque procesalista al fenómeno de la jurisdicción constitucional, que pareciera luego abandonarse y reconducirse por el enfoque constitucionalista, especialmente a partir de la entrada en funcionamiento de la *Corte Costituzionale* en 1956. Una de las principales aportaciones del maestro florentino es la clásica caracterización de los dos sistemas de control constitucionales: el difuso como “incidental, especial y declarativo” y el concentrado como “principal, general y constitutivo”, distinción que si bien debe matizarse en la actualidad, sigue siendo el punto de partida para cualquier reflexión sobre el particular.<sup>212</sup> Sin embargo, el maestro de Florencia, a pesar de esta notable aportación y de un detenido análisis de los efectos de las sentencias constitucionales, no visualizó la nueva parcela jurídico procesal como “disciplina científica”, por lo que nunca utilizó la expresión ni pudo entonces realizar una aproximación sistemática de la misma, si bien contribuyó notablemente en su contenido.

Asimismo, Cappelletti tuvo un primer acercamiento al haber publicado con tan sólo 28 años de edad (1955) su primera obra: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*,<sup>213</sup> que seis años más tarde tradujera

212 Cfr. CALAMANDREI, Piero, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por Santiago Sentis Melendo, “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

213 Milán, Giuffrè, 1955.

Fix-Zamudio al español: *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*.<sup>214</sup> Esta obra representa un riguroso estudio de corte comparativo relativo al análisis sistemático de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales. La terminología relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad fue acogida por Fix-Zamudio y la considera como uno de los sectores de la disciplina, junto con la dimensión “orgánica” y la “transnacional” que tanto estudió e impulsó el profesor Cappelletti en sus estudios comparatistas a nivel mundial.<sup>215</sup> En los años siguientes aparecieron varias publicaciones trascendentales a través de la vinculación del proceso y la constitución, como se advierte de su obra *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile* (1957), así como la voz “Amparo” (1958) en la *Enciclopedia del Diritto*,<sup>216</sup> y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México por el propio Fix-Zamudio.<sup>217</sup>

Sin embargo, las colaboraciones de Couture, Calamandrei y Cappelletti sólo encuentran sentido con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen a manera de “precursor” de la disciplina científica procesal, en la medida en que inició los estudios dogmáticos en la salvaguarda de la Constitución. Fix-Zamudio ha considerado el ensayo de 1928 de Kelsen como la obra fundacional del derecho procesal constitucional, como lo fue el tratado de Oscar Büllow sobre *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales* (1968),

214 México, UNAM, 1961.

215 A los tres sectores señalados, nosotros hemos agregado un cuarto que denominamos “Derecho procesal constitucional local”, entendido como aquel que estudia los distintos instrumentos encaminados a la protección de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados (en los regímenes federales), provincias o comunidades autónomas. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 53-54; asimismo, “Hacia un Derecho procesal constitucional local en México”, en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

216 Editada por Dott. Antonino Giuffrè, Tomo I, 1958.

217 “Voz Amparo”, trad. de Héctor Fix-Zamudio en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año XI, septiembre-diciembre de 1958, núm. 33, pp. 63-66.

para el derecho procesal civil y, podríamos decir lo fue de algún modo la obra de Gerber sobre los *Fundamentos de un sistema del derecho político alemán* (1965) para el derecho público y especialmente para el derecho constitucional. Sin embargo, estos estudios marcaron el inicio de una nueva concepción dogmática y repercutieron especialmente para que después se llegara a la autonomía científica de sus diversas disciplinas. Así sucedió con el derecho procesal y el derecho constitucional, que alcanzaron tal carácter hasta el siglo XX. De la misma manera puede decirse del derecho procesal constitucional. El estudio del fundador de la escuela de Viena repercutió con posterioridad en la dogmática procesal. Resultó fundamental para que se iniciara el análisis dogmático de las categorías procesales en sede constitucional y de los instrumentos procesales de control constitucional (Couture, Calamandrei y Cappelletti, 1946-56) y para visualizar la existencia de una nueva disciplina procesal en su estudio (Alcalá-Zamora y Castillo, 1944-47), hasta otorgarle su configuración científica (Fix-Zamudio, 1955-56).

Los estudios de cimentación teórica de Gerber (1865), Bullock (1868) y Kelsen (1928), marcan el comienzo de la etapa científica del derecho constitucional, derecho procesal y derecho procesal constitucional. Etapa científica que paulatinamente fue consolidándose con otros estudios posteriores teniendo en cuenta aquellos trabajos pioneros. Para el derecho constitucional (y en general para las ramas del derecho público) se han considerado fundamentales las obras de Vittorio Emanuele Orlando *Los criterios técnicos para la reconstrucción del derecho público* (1885) y *Principii di diritto costituzionale* (1889), así como la obra de Georg Jellinek, *Teoría general del estado* (1900), siguiendo construyendo la dogmática jurídica constitucional discípulos de Orlando, como Santi Romano y la escuela italiana; contribuyendo notablemente la escuela francesa de derecho constitucional, con autores como Marcel Hauriou, R. Carré de Malberg, Leon Duguit, Maurice Duverger, entre muchos otros. Mientras que para el desarrollo del procesalismo científico son fundamentales las obras y polémicas sobre la acción procesal

de Windscheid-Muther (1956-57), anterior a la obra de Bülow, las aportaciones científicas de Kohler: *El proceso como relación jurídica* (1988) y de Wach: *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*, hasta la famosa prolucción de Giuseppe Chiovenda (1903) sobre *La acción en el sistema de los derechos* donde perfila los conceptos fundamentales de la ciencia procesal. De ahí seguirían construyendo la disciplina muchos otros, como sus discípulos Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti o, en América, Ramiro Podetti y Eduardo J. Couture.

Así puede también considerarse en el derecho procesal constitucional. El estudio precursor lo es el multicitado de Kelsen sobre las garantías jurisdiccionales de la constitución de 1928. No sólo por sentar las bases teóricas sobre la jurisdicción constitucional como órgano concentrado, sino por la repercusión que provocó su estudio dogmático derivada de la polémica con Carl Schmitt sobre el guardián de la Constitución (1931), que llevó al establecimiento y consolidación paulatina de los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. Y a partir de ahí siguieron obras que continuaron en su desarrollo desde la dogmática procesal, como se advierte de las publicaciones de Couture, “Las garantías constitucionales del proceso civil” (1946); de Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947); de Calamandrei, “L’illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile” (1950); y Cappelletti *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale* (1955); hasta llegar al primer estudio sistemático del derecho procesal constitucional como ciencia, emprendido por Fix-Zamudio: *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana* (1955). Este ensayo no sólo se limita al análisis de las garantías en México, como pudiera inferirse del título, sino que establece un marco teórico conceptual y sistemático de la disciplina jurídica, a manera de último eslabón en su configuración científica. Es por ello que debe considerarse al jurista mexicano como “fundador conceptual” de la ciencia del derecho procesal constitucional, en el entendido de que la “ciencia” se va construyendo a través del pensamiento concatenado de todos estos juristas.

De todo lo dicho en este apasionante debate relativo al fundador de la disciplina, se puede concluir que:

A) La “tesis Sagüés” cobra importancia para comprender que existe una dimensión histórica social de la disciplina, donde debemos acudir para encontrar sus antecedentes y fuentes históricas.

B) La “tesis García Belaunde” representa una aportación trascendental para comprender su origen científico y para distinguir entre el precursor trabajo de Kelsen (1928), respecto del descubrimiento de la disciplina procesal como tal, que como bien lo apunta sucedió con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1944-47), por lo que debemos considerarlo como “fundador nominal”

C) Sin embargo, las contribuciones de Alcalá-Zamora se limitaron a su descubrimiento y a otorgarle el *nomen iuris*, por lo que utilizando la misma lógica debe reconocerse a Héctor Fix-Zamudio (1955-56) como su “fundador conceptual” al haber realizado la primera aproximación sistemática desde la perspectiva de una nueva rama del derecho procesal. En esa concepción sistemática resultaron fundamentales el estudio precursor de Kelsen (1928) y su polémica con Schmitt (1931); el hallazgo de Alcalá-Zamora (1944-47) y las contribuciones emprendidas desde el mejor procesalismo científico de la época, relativas al estudio de categorías procesales vinculadas con la constitución de Couture (1946-48), así como las referidas al análisis más cercano de la jurisdicción y de los instrumentos procesales de protección constitucionales de Calamandrei (1950-56) y Cappelletti (1955).

D) Por lo tanto, sin negar sus invaluable aportaciones que impactaron en la teoría general del derecho, debe considerarse a Kelsen como “precursor” de la disciplina científica del derecho procesal constitucional, al haber sentado las bases dogmáticas del estudio de los instrumentos jurisdiccionales de la defensa de la constitución. Especialmente a través de su ensayo de 1928 y ahí es donde debemos ubicar el inicio de la etapa científica de

la disciplina, que fue acogida más adelante por el procesalismo científico de la época como basamento de su desarrollo dogmático, hasta su configuración sistemática como disciplina autónoma de naturaleza procesal que realiza Fix-Zamudio en 1955-56.

A continuación nos referiremos por separado a las contribuciones de cada uno de los insignes procesalistas que fueron fraguando la configuración científica del derecho procesal constitucional (1928-1956).

### **VIII. Alcalá-Zamora y el bautizo de la disciplina (1944-47).**

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo nace el 2 de octubre de 1906 en la capital española. Hijo de Niceto Alcalá Zamora y Torres, primer presidente de la Segunda República española. Estudió derecho en la Universidad Central de Madrid (hoy Complutense, 1928), en la cual se doctoró (1930). Fue profesor ayudante en la Facultad de Derecho de esa misma Universidad y luego catedrático de derecho procesal en Santiago de Compostela, Murcia y Valencia. Debido a la guerra civil española y junto con su familia, tuvo que salir al exilio, que se prologó durante cuarenta años (1936-1976). Pasando por Francia (1936-1940), llega a Argentina (1942-1946) y luego a México (1946-1976), convirtiéndose en uno de los principales procesalistas iberoamericanos.<sup>218</sup>

Representa la generación de los ilustres procesalistas exiliados que formaron “escuela” y llevaron a nuestra América el procesalismo científico que ya se había consolidado en Alemania e Italia, junto con Santiago Sentís Melendo y Marcello Finzi en Argentina;

<sup>218</sup> Su “curriculum vitae”, “biografía” y “bibliografía” aparecen en el “Número Especial. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VIII, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, pp. 7 y ss. En general sobre su vida y obra, véanse las ponencias de Imer B. Flores, Víctor Fairén Guillén, Roberto Omar Berizonce, Federico Carpi y Alberto Saíd, presentadas en la mesa redonda en su honor con motivo del *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, y que aparecen en el vol. I de las Memorias de dicho evento publicadas por la UNAM en 2005, pp. 3-80.

Enrico Tulio Liebman en Brasil; Rafael de Pina Milán en México; y James Goldsmith en Uruguay.

Su producción científica inició muy temprano en su natal España. Para los efectos que aquí interesan, en 1933 publica en Madrid un ensayo denominado “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”.<sup>219</sup> Este es un primer influjo de su descubrimiento posterior de la nueva rama procesal, que seguramente ya advertía pero no expresó. En esta primera publicación, analiza con detalle el origen del referido Tribunal en la Constitución Republicana de 1931 y emprende el estudio de su significado, funciones y competencias. Se advierte que el destacado procesalista español tenía pleno conocimiento del artículo de Kelsen de 1928, así como de la doctrina constitucional de la época y advierte su influjo directo en la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales español, al señalar que “la inspiración primitiva, la que recoge la Comisión Jurídica Asesora en el Anteproyecto, procede de la Constitución austriaca de 1º de octubre de 1920, donde plasman las ideas del profesor Kelsen, y que en sus artículos 137-148 instaura una auténtica *jurisdicción constitucional*, que incluso coincide en el nombre con el que en principio se le dio a la nuestra: *Tribunal de Justicia Constitucional*, luego cambiado en la Comisión Parlamentaria por la denominación vigente, quizás para emplear una rúbrica que refleje mejor lo complejo de su cometido”.<sup>220</sup>

Las funciones de ese Tribunal y que advierte “también se da en el modelo austríaco”, las estudia con detenimiento, como el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, los conflictos de competencia legislativa, el recurso de amparo, la jurisdicción electoral y la responsabilidad criminal. Llama la atención que ya se refiere a un “proceso constitucional” al dedicarle un apartado especial a “Las partes en el proceso constitucional” sin mayor desarrollo dogmático.

219 Madrid, Reus, 1933, publicación que tiene su origen en la conferencia que pronunciara en la Agrupación Socialista de Santiago, el 9 de marzo de 1933.

220 Cfr. *op. últ. cit.*, pp. 511-512.

Una segunda aproximación la escribe en su primer exilio en Francia (París y Pau). En París termina la redacción en enero de 1937 del ensayo “El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil”, que se publicó al año siguiente originalmente en italiano en la *Revista di Diritto Procesuale Civile*.<sup>221</sup> En este trabajo realiza un recuento de la legislación española de la época y advierte la existencia de una “legislación procesal constitucional”, llevándolo al estudio nuevamente del Tribunal de Garantías Constitucionales y también del Tribunal de Cuentas, limitándose a la exposición de su composición y atribuciones.

En 1940 deja Pau y comienza su odisea transatlántica rumbo a Buenos Aires que terminaría 441 días después, habiendo pasado por Dakar, Casablanca, Veracruz y Cuba, en diversas navegaciones. En su exilio argentino llega a ser profesor de derecho procesal penal del Instituto de Altos Estudios Penales y de Criminología de la Universidad de la Plata. Continúa su producción científica, destacando su *derecho procesal penal* (con Ricardo Levene),<sup>222</sup> y es en esa época donde recopila “una serie de trabajos de mi dispersa labor como procesalista” como lo refiere en el prólogo de su libro *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, en el cual recoge los dos trabajos anteriores de 1933 y 1937 y le dedica un apartado al libro con la denominación de “Enjuiciamiento y Constitución”. Sin embargo, la importancia de esta publicación radica en el título de la obra, donde por vez primera aparece la denominación de la disciplina.

Al año siguiente, en un brevísimo comentario aparecido en la *Revista de Derecho Procesal* (1945)<sup>223</sup> y comentando un artículo de Emilio A. Christensen con la denominación de “Nuevos recursos de amparo en la legislación procesal argentina. Los *writs* de *mandamus* e *injunction*”,<sup>224</sup> señala un error de sistemática que supone haber

221 1938, núm. 2, pp. 138-175. Este trabajo quedó recopilado en su obra *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, *op. cit.*, pp. 503-536.

222 Buenos Aires, 1944.

223 Buenos Aires, 1ª parte, año III, 1945, pp. 77-78.

224 Este estudio de Emilio A. Christensen apareció en la *Revista del Colegio de Abogados de Santiago del Estero*, diciembre de 1944, tomo I, núm. 2, pp. 67-92

llevado los recursos de amparo de los derechos y garantías individuales a un código de procedimiento civil, como si fuesen un juicio de procedimiento y advierte “la naturaleza inequívocamente procesal constitucional del amparo de garantías”. Y así asevera que cuando en la Constitución se establecen los recursos de inconstitucionalidad y de amparo “instaura, con independencia de la jurisdicción a que los encomiende y del procedimiento que para su tramitación se siga, unas instituciones que pertenecen al derecho procesal constitucional, tan inconfundible con el procesal civil o el procesal penal, como éstos pueden serlo entre sí”.<sup>225</sup> Esta reseña fue recopilada en México en su obra *Miscelánea procesal* (1978) cuando ya había retornado a España.<sup>226</sup>

Como puede advertirse es en esta breve reseña donde el profesor español tiene la chispa de advertir la existencia de un “derecho procesal constitucional” como disciplina autónoma procesal. Es aquí por primera vez donde estima que dentro de ella encuentran cabida los instrumentos procesales de control de la constitucionalidad, rama que estima debe diferenciarse de los tradicionales (procesal civil o procesal penal) “como éstos puedan serlo entre sí”, lo que refleja la claridad de su postura de considerar al derecho procesal constitucional como nueva disciplina procesal, tan autónoma como la procesal civil o penal.

Alcalá-Zamora llegaría a México en el año de 1946, permaneciendo treinta años hasta su regreso definitivo a España en 1976. Ingresó en ese año a la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho de la UNAM) y desde 1957 como investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad). Se ha considerado que el arribo del jurista español representa el inicio de la etapa científica del procesalismo mexicano, no sólo por su vasta e importante obra y por traer a México los adelantos de Alemania, Italia y España, sino también por haber forjado

---

225 *Op. cit.*, p. 78.

226 *Cfr.* su obra *Miscelánea procesal*, Tomo II, México, UNAM, 1978, pp. 101-103.

una importante escuela, donde se ubica Fix-Zamudio como uno de sus más destacados discípulos.<sup>227</sup> (junto con Sergio García Ramírez, Cipriano Gómez Lara, Humberto Briseño Sierra, José Luis Soberanes Fernández y José Ovalle Favela. Esta etapa de florecimiento científico alcanzó a varias ramas del derecho, debido al exilio de una pléyade de juristas españoles.<sup>228</sup>

En ese contexto y dos años después del hallazgo de la nueva disciplina procesal que advertía en aquella reseña argentina de 1945, publica en México una obra que es considerada clásica en la corriente del mejor procesalismo científico: *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*.<sup>229</sup>

En este trabajo claramente se refiere al “surgimiento de un proceso constitucional” y considera a Kelsen “como fundador de esta rama procesal” debido a la consagración de la jurisdicción constitucional en la Constitución austríaca de 1º de octubre de 1920 y especialmente por su famoso artículo de 1928. Dado que en el epígrafe anterior nos hemos dedicado a esta importante obra, sólo anotamos que Alcalá-Zamora reitera su posición relativa a la nueva disciplina procesal.

Alcalá-Zamora y Castillo no vuelve sobre el tema y sólo aborda algunos aspectos de manera tangencial.<sup>230</sup> Reitera su postura

227 Además de Fix-Zamudio, entre los discípulos más cercanos a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo se encuentran, por orden alfabético: Humberto Briseño Sierra, Sergio García Ramírez, Cipriano Gómez Lara, José Ovalle Favela, José Luis Soberanes Fernández y Santiago Oñate.

228 Una de las aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM lleva por nombre (desde octubre de 2003): “*Maestros del Exilio Republicano Español*” y en la cual aparece una placa con sus nombres: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Rafael Altamira y Crevea, Fernando Arill Bas, Constancio Bernaldo de Quirós, Ricardo Calderón Serrano, Demófilo de Buen Lozano, Rafael de Pina Milán, Francisco Carmona Nenclares, Javier Elola Fernández, Ramón de Ertze Garamendi, José Gaos, José María Gallegos Rocafull, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, Victoria Kent, Javier Malagón Barceló, Manuel Martínez Pedrosa, José Medina Echavarría, José Miranda González, Luis Recaséns Siches, Wanceslao Roces, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Mariano Ruiz Funes, Antonio Sacristán Colás, Felipe Sánchez Román, Manuel Sánchez Sarto y José Urbano Guerrero. Véase también, AA.VV., *El exilio español y la UNAM*, México, UNAM, 1987.

229 México, UNAM, 1947.

230 Alcalá Zamora y Castillo no vuelve a referirse de manera puntual sobre la disciplina. Sin embargo, en algunas ocasiones analiza determinadas instituciones o procesos

de la existencia de la disciplina en un documentado trabajo publicado en México<sup>231</sup> y luego aparecido en libro en España: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*.<sup>232</sup> En este libro se cuestiona cuál es la disciplina procesal que debe estudiar los derechos humanos y al analizar las denominaciones de Cappelletti relativa a la “jurisdicción constitucional de la libertad” y al “derecho procesal de amparo mexicano” y de las “garantías constitucionales” español, señala que “el amparo, habitualmente designado cual *juicio constitucional*, no es sino uno de los instrumentos de una disciplina más amplia, el *Derecho procesal constitucional* –caracterización ésta que se incluye en la fórmula de Cappelletti y en la española-, creemos que éste es el nombre preferible, sin más aclaración que la de que el mismo funciona en dos planos o niveles: interno e internacional.”<sup>233</sup>

En su obra *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)* se refiere a la “expansión de la justicia constitucional” como una de las preocupaciones y tendencias de naturaleza procesal manifestadas durante ese periodo.<sup>234</sup> Sin embargo, Alcalá-Zamora no entra al tema y se limita a remitir “a la exhaustiva conferencia de Fix-Zamudio” con motivo del ciclo de conferencias del vigesimoquinto aniversario de la fundación del “Instituto de Derecho Comparado de México” (hoy de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)<sup>235</sup> y que luego

---

constitucionales, como por ejemplo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, en colaboración con Héctor Fix-Zamudio y Alejandro Ríos Espinoza; o bien al advertir algunos antecedentes como el control jurisdiccional de la ilegalidad de los reglamentos desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, *cfr. Proceso, autocomposición y autodefensa, op. cit.*, pág. 206 (1ª ed. de 1947).

231 *Cfr.* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, en AA.VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en pp. 294-296.

232 Madrid, Civitas, 1975, pp. 46-49.

233 *Op. ult. cit.*, p. 49.

234 *Cfr.* ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, p. 143. Este libro es producto de la conferencia que dictó el 14 de mayo de 1965 dentro del ciclo de conferencias “Veinticinco años de evolución jurídica: 1940-1965”.

235 Sobre esta celebración, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (editor), *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965). Historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.

convirtiera en el libro denominado *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*.<sup>236</sup>

Después de cuarenta años regresa a España en 1976 y muere en Madrid en 1985. Su aportación al derecho procesal constitucional consiste en ser el primero que utiliza la expresión como una nueva rama del derecho procesal. Y es por ese “genial hallazgo” que debe considerarse como fundador de la disciplina, como bien lo propone recientemente Domingo García Belaunde. Y este honroso calificativo debe también extenderse a su discípulo Fix-Zamudio que al desarrollar la idea de su maestro le confiere el contorno científico como disciplina autónoma procesal, corriente que ha retomado nuevos horizontes a partir de la década de los ochenta del siglo pasado al ser acogida especialmente en Latinoamérica por un importante número de juristas.

## **IX. Couture y las garantías constitucionales del proceso (1946-48).**

La constitucionalización del ordenamiento jurídico se ha caracterizado como un fenómeno en expansión a partir de la segunda posguerra. Si bien Guastini habla de “condiciones de constitucionalización”,<sup>237</sup> también se advierte como una de sus múltiples manifestaciones la incorporación de principios e instituciones procesales al propio ordenamiento constitucional. La vinculación de las categorías procesales con la Constitución adquirió relevancia a partir de los estudios dogmáticos emprendidos por Eduardo Juan Couture.<sup>238</sup>

236 FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968. Este libro fue producto de la conferencia que bajo el mismo título impartió el 10 de mayo de 1965 en la Facultad de Derecho de la UNAM, con motivo de las bodas de plata del Instituto de Derecho Comparado de México.

237 Este fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene varias dimensiones y facetas. Guastini habla de siete condiciones para que un ordenamiento se considere como impregnado por las normas constitucionales. *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 49-73.

238 Para una semblanza de su vida, véase GELSI BIDART, Adolfo, y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Eduardo J. Couture (Datos biográficos)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp.13 y ss.

Una primera aproximación lo realiza en su ensayo “Las garantías constitucionales del proceso civil” en 1946,<sup>239</sup> que luego apareciera en su clásico *Estudios de derecho procesal civil* (1948).<sup>240</sup> En esta obra Couture advierte que “la doctrina procesal moderna tiene aún una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del derecho, desde el punto de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar.”<sup>241</sup>

Sus aportaciones tuvieron muy pronto eco por la mejor doctrina procesal,<sup>242</sup> a tal extremo que a la distancia se aprecia que fue el iniciador de toda una corriente dogmática que se ha consolidado firmemente en la actualidad,<sup>243</sup> hasta la existencia reciente de unas “Bases constitucionales para un proceso civil justo”.<sup>244</sup>

En la “Tercera Parte” de la obra citada, el profesor uruguayo se refiere a “Casos de derecho procesal constitucional”.<sup>245</sup> Si bien utiliza la expresión “derecho procesal constitucional” no se advierte en ningún momento que la empleara para referirse a

239 Publicado en la obra *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 151 y ss. En México se publicó en *Anales de Jurisprudencia*, Tomos LXV-LXVI, abril-mayo y julio-septiembre, 1950; y en *Foro de México*, núms. 27-30, junio-septiembre de 1955.

240 Cfr. *Estudios de derecho procesal civil*, tomo I: “La constitución y el proceso civil”, Reimpresión de la 3ª ed., al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Depalma, pp. 19 y ss. La primera edición es de 1948.

241 *Ibidem*, pp. 21 y 22.

242 Cfr., entre otros, LIEBMAN, Enrico Tullio, “Diritto costituzionale e processo civile”, en *Rivista di diritto processuale*, Padua, 1952, pp. 327-332. Existe traducción en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio, 1953, pp. 121-124. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año X, núm. 30, septiembre-diciembre, 1977, pp. 315-348; reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXIV, núm. 1 (cuarta época): “Estudios en honor de Eduardo J. Couture”, Montevideo, enero-junio, 1980, tomo I, pp. 69-107; id., *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974. “Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil de Latinoamérica”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

243 Entre la abundante bibliografía contemporánea, véanse los trabajos generales de OVALLE FAVELA, José, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3ª ed., México, Oxford, 2007; PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997 (existe 3ª reimpresión en 2002).

244 Elaboradas por José Ovalle Favela y presentadas como ponencia, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Málaga, octubre de 2006).

245 *Estudios de derecho procesal civil*, op. cit., Tomo I, pp. 193-265.

los instrumentos procesales de regularidad constitucional, sino más bien al debido proceso y otras instituciones procesales en su dimensión constitucional.

Ahora bien, ¿todas las instituciones procesales establecidas en la constitución son materia de análisis de la ciencia procesal? Esta es un interrogante de plena significación y objeto de debate para determinar el contenido mismo del derecho procesal constitucional. En la actualidad el “debido proceso legal” se convirtió en una categoría constitucional, al pasar a constituirse como un “debido proceso constitucional”. Como señala Gozaíni, “el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar”.<sup>246</sup> Y bajo esa concepción algún sector de la doctrina considera como superficie de estudio del derecho procesal constitucional a las instituciones o categorías procesales (acción, debido proceso, etc.) contenidas en la Constitución.<sup>247</sup>

El problema de la trascendencia constitucional de las instituciones procesales constituye un “área o zona común” entre lo “constitucional” y lo “procesal”. Si bien la pertenencia hacia una u otra constituye un planteamiento eminentemente teórico, resulta relevante para demarcar las particularidades del estudio de las disciplinas. Así, para coadyuvar en esta distinción, Fix-Zamudio no sólo acoge la postura de Couture relativa a las garantías constitucionales del proceso,<sup>248</sup> sino que en un desarrollo posterior de evolución las agrupa en una nueva disciplina denominada “Derecho Constitucional Procesal”, que tiene por objeto el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los

246 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 57-70, en p. 65.

247 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional y derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995, pp. 77 y ss.; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, en QUIROGA LEÓN, Anibal (coord.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUCP, 1990, pp. 33 y ss.

248 Véase, entre otros, su trabajo “Las garantías de las partes en el proceso civil de Latinoamérica”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

lineamientos de los instrumentos procesales, la cual estima debe ser estudiada desde la óptica y dentro del derecho constitucional.<sup>249</sup> En cambio, el “Derecho Procesal Constitucional” como disciplina de confluencia y limítrofe con aquella, la considera como objeto de estudio de la ciencia procesal.

Comenta Fix-Zamudio recordando al maestro de Montevideo, “Todavía más reciente es la disciplina que hemos llamado derecho constitucional procesal, como aquella rama del derecho constitucional que se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental, y en cuya creación debemos destacar, como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el pensamiento del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien fue uno de los primeros juristas no sólo latinoamericanos, sino en el ámbito mundial, que advirtió la necesidad de analizar científicamente las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales”.<sup>250</sup>

La postura de Fix-Zamudio paulatinamente ha tenido aceptación,<sup>251</sup> con las dudas de algunos juristas. García Belaunde ha sostenido que más que un juego de palabras, estamos ante un crecimiento innecesario de disciplinas jurídicas y el hecho de que sean los constitucionalistas los que con mayor intensidad se dediquen a su

249 Cfr. sus trabajos, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, op. cit., pp. 315 y ss.; “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 463-542; “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, en *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91; y “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Constitucional Procesal”, en el libro colectivo coordinado por el Ministro Juventino V. Castro y Castro. *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005, pp. 95-117.

250 FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, op. cit., pp. 78-79.

251 Entre los autores que han aceptado al “Derecho Constitucional Procesal” se encuentran, entre otros, SAGUÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, op. cit., pp. 3-4; PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, op. cit., p. 15; RODRIGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito, *Derecho procesal constitucional*, op. cit., pp.112-120; REY CANTOR, ERNESTO, *Derecho procesal constitucional. Derecho constitucional procesal. Derechos humanos*, Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho, p. 138.

análisis no puede llevarnos a la aceptación de esa nueva rama, “que pese a su utilidad docente, carece de rigor científico”.<sup>252</sup>

En el fondo todavía no existe precisión metodológica en la ubicación de ciertas instituciones procesales que se han elevado a rango constitucional. Especialmente sucede con aquella cuyos orígenes se remontan a la Carta Magna inglesa de 1215, llevada a cabo por el Rey Juan, motivada por las demandas formuladas por los barones de Runnymede, con el fin de reconocer a los nobles ciertos derechos feudales, entre ellos el establecido en la cláusula 39: “*Ningún hombre libre será arrestado, aprisionado, desposeído de su dependencia, libertad o libres usanzas, puesto fuera de la ley, exiliado, molestado en alguna manera, y nosotros no meteremos, ni haremos meter la mano sobre él, sin en virtud de un juicio legal de sus iguales según la ley de la tierra*”; y la expresión *due process of law* como tal se acuña en 1354, en el Estatuto expedido por el Rey Eduardo III. La garantía del debido proceso fue motivo acogida en diversos documentos, desde el *Habeas Corpus Act* de 1679, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que refrendaron las Cartas Constitucionales de 1795 (art. 11) y de 1814 (art. 4º), hasta la V enmienda a la Constitución estadounidense de 1791 y su evolución que ha experimentado derivada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que comprende no sólo el *adjective due process of law*, sino como una garantía dirigida a la aplicación de la ley de manera justa y razonable, esto es *sustantive due process of law*.<sup>253</sup>

Las connotaciones del debido proceso legal, proceso justo o garantía de audiencia que se suelen emplear para identificar a esta categoría procesal es motivo de profundos y prolijos estudios en la

<sup>252</sup> *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, pp. 9-11.

<sup>253</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel, y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo “Comentario al Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados – Senado de la República – Suprema Corte de Justicia de la Nación – Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación – Instituto Federal Electoral – Miguel Ángel Porrúa, 2006, tomo XVI, pp. 506-526.

actualidad debido a su concepción como garantía constitucional. Suele suceder que se confunda su caracterización como derecho fundamental -debido a que en muchas ocasiones se encuentra en el capítulo relativo a la parte dogmática de las constituciones-, con aquella otra dimensión de la tutela de los derechos a través de los procesos y procedimientos constitucionales diseñados para lograr su efectividad. Y ahí radica parte del problema para la ubicación de su estudio científico. Las categorías procesales elevadas a derechos fundamentales deben ser estudiadas a la luz de la metodología e ideología del derecho constitucional, como cualquier otro derecho constitucional que se encuentre en la propia ley fundamental. Y ello con independencia que también debe ser analizada a la luz del procesalismo, en tanto que sus proyecciones como garantía constitucional –debido proceso- impactan a todo el ordenamiento secundario donde se encuentran los procesos civiles, penales, laborales, etc.

A partir de esta realidad debemos preguntarnos si es apropiado incluir esta institución y otras categorías procesales en el derecho procesal constitucional. Si se acepta esta postura, la disciplina en cuestión tendría que dividirse por lo menos en tres sectores, según la naturaleza de las instituciones. El primero comprende los instrumentos preferentemente procesales (procesos y procedimientos) para evitar el quebranto o restablecer la normativa constitucional, así como el análisis de la jurisdicción y órganos que los conoce. Un segundo sector se dirige al análisis de las garantías constitucionales del proceso en la dimensión establecida por Couture, entre las que se encuentra la acción y el debido proceso legal. Y un último sector comprendería aquellas categorías procesales que sin tener la caracterización anterior, representan instituciones que deben analizarse desde el ámbito procesal, como pueden ser las garantías judiciales que garanticen la independencia e imparcialidad del juzgador.

Esta concepción amplia del contenido del derecho procesal constitucional descansa en una premisa: considerar como su materia de estudio cualquier institución, categoría o principio procesal que

se encuentre contenida en la Constitución. En cambio, una versión acotada de la disciplina se reduce propiamente al primer sector. Sólo a los instrumentos o mecanismos procesales de protección de la Constitución diseñados como tales, así como la jurisdicción y órganos que se encargan de resolverlos.

Si se acepta esta superficie reducida del derecho procesal constitucional, deben delimitarse, por consiguiente, el ámbito de estudio científico de las diversas categorías procesales. ¿Dónde deben estudiarse? ¿En el ámbito constitucional a pesar de ser instituciones procesales? ¿O en el ámbito procesal? ¿en ambos con diferentes perspectivas? Si aceptamos estudiarla en el derecho procesal ¿en qué parcela o rama procesal se incluiría? ¿en la teoría general del proceso?

En este intento delimitador de las categorías procesales incardinadas en la Constitución, la propuesta sistemática de Fix-Zamudio cobra importancia para 1) delimitar con mayor nitidez el contenido propio del derecho procesal constitucional; y 2) agrupar las restantes categorías procesales previstas en la constitución. Ahora bien, en esta última dirección y con el afán de establecer lo que es ciencia constitucional y ciencia constitucional, el profesor mexicano abre una nueva vertiente con base en los estudios pioneros de Couture para advertir que estamos en el terreno de la ciencia constitucional y dentro de ella deben estudiarse estas categorías procesales a manera de una nueva disciplina límite y de confluencia denominada Derecho Constitucional Procesal, cuyo contenido divide en tres sectores, a saber: a) la jurisdicción; b) las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.); y c) las garantías de las partes (acción procesal, debido proceso, etc.).<sup>254</sup> Se puede o no estar de acuerdo con la postura, pero lo cierto es que representa un primer intento

---

254 Sobre el contenido del Derecho Constitucional Procesal y su delimitación con el Derecho Procesal Constitucional, véase FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado, op. cit.*, pp. 216-231; del primero de los autores, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp.107 y ss.

para delimitar el contenido del derecho procesal constitucional en su dimensión científica y hasta el día de hoy no existe otra construcción dogmática en ese sentido.

Como puede apreciarse, la nueva vertiente relativa a las garantías constitucionales del proceso que iniciara Couture hace más de cincuenta años ha tenido una recepción importante en la corriente del procesalismo científico y todavía no existe una aceptación convencional y generalizada en el lugar donde debe estudiarse en el concierto de las disciplinas jurídicas.

## **X. Calamandrei y su contribución dogmática procesal-constitucional (1950-56).**

Piero Calamandrei (1889-1956) fue un defensor de la libertad y la justicia. Desde joven luchó contra el régimen autoritario y tuvo una apasionada vida.<sup>255</sup> Representa, junto con Francesco Carnelutti, las cabezas de la escuela del procesalismo científico italiano que heredaron de Giuseppe Chiovenda. Su liderazgo científico lo llevó a ser Rector de la Universidad de Florencia en dos ocasiones (1943-44) y a redactar junto con Carnelutti y Redenti el Código de Procedimientos Civiles italiano de 1940.<sup>256</sup>

Calamandrei formó escuela y dentro de ella inculcó la necesidad del estudio de la defensa de los derechos a uno de sus principales discípulos: Mauro Cappelletti. En palabras del discípulo “Piero Calamandrei fue procesalista porque fue amante de la libertad; fue gran procesalista, gran jurista, porque fue grande y vigoroso defensor de la libertad. Proceso significa para Calamandrei, tutela del derecho del hombre; y el derecho es entendido por él, como el manto protector de la libertad. Estas fueron las “tesis” que su

<sup>255</sup> Una semblanza de su vida y obra del jurista italiano puede verse en CAPPELLETTI, Mauro, “Piero Calamandrei (Datos biográficos)” y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, y FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Bibliografía de Piero Calamandrei”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 9-11 y 17-40, respectivamente.

<sup>256</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Calamandrei y Couture, en *Revista de la Facultad de Derecho de México, op. cit.*, pp. 81-113.

obra de jurista estuvo dirigida a demostrar; y no solamente la obra del jurista, sino su vida entera, desde sus manifestaciones más íntimas, hasta sus actuaciones públicas y políticas. Sus enseñanzas se reflejan y se reflejarán en la vida pública de nuestro país, porque la suya fue una obra de coherencia, de pasión, de perseverancia y de talento, que no habrá podido y no puede sino fascinar a todos aquellos que sean amantes de la libertad, de esa libertad por él tan amada. Su obra lo ha situado al nivel de las más grandes figuras de la historia italiana de nuestro siglo; al lado de Benedetto Croce, para el cual la realidad misma es *historia de la libertad...*”<sup>257</sup>

Estas palabras del joven investigador Cappelletti y aún promesa de jurista, las escribió el mismo año de la sensible pérdida de su maestro en 1956, publicadas en un número emblemático de la *Revista de la Facultad de Derecho de México* de ese año, dedicado en memoria de Piero Calamandrei y Eduardo J. Couture (que por azares del destino partieron con pocos meses de diferencia en ese año); y que luego reprodujera con ligeros cambios en 1957 en *In Memoria di Piero Calamandrei*,<sup>258</sup> recopilando la obra escrita de su gran maestro florentino.

Desde muy joven dio muestras de su gran talento al escribir su monumental obra *La cassazione civile*,<sup>259</sup> en dos gruesos volúmenes. Su vasta obra en los más variados temas procesales se prolongaron durante toda su vida, destacando su sensibilidad entre la teoría y la práctica forense, como queda reflejada en su inmortal *Elogio dei Giudici scritto da un Avvocato*.<sup>260</sup> Por lo que aquí nos interesa, sus aportaciones al derecho procesal constitucional se circunscriben a su activa participación en la Constitución italiana de 1947 y en sus publicaciones entre 1950 y 1956.

257 “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, op. cit., pp. 153-189, en p. 153.

258 Padua, Cedam, 1957, 94 p., especialmente, “Piero Calamandrei e la difesa giuridica della libertà”, pp. 44-78.

259 Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1920, II vols. Vol. I: *Storia e legislazioni*, Vol. II: *Disegno generale dell'istituto*.

260 Florencia, Le Monnier, 1935. Ese mismo año fue traducido por Santiago Sentís Melendo e Isaac J. Medina, Madrid, Góngora, 1935. Existen numerosas ediciones y traducciones al español por varias editoriales y países.

Durante esa etapa Calamandrei trazó puentes entre la ciencia procesal con el proceso y la jurisdicción constitucional. El profesor florentino fue uno de los primeros procesalistas italianos en comprender la vinculación que debe existir entre el procesalismo científico y el fenómeno constitucional. Lo cual se explica si tenemos en consideración que los últimos años de la vida de Calamandrei los dedicó al derecho constitucional. Incluso llegó a ser profesor de dicha materia después de la Segunda Guerra Mundial. Tuvo un intenso paso por la vida pública, especialmente como constituyente formando parte de los trabajos preparatorios en la llamada “comisión de los setenta y cinco”, influyendo notablemente en la Constitución italiana, promulgada el primero de enero de 1948. Se le atribuye a Calamandrei una influencia importante en la configuración del diseño del Poder Judicial, de la Corte Constitucional italiana, así como del control de la constitucional de las leyes.<sup>261</sup>

Y precisamente derivada de sus ideas surgidas y defendidas en la etapa como constituyente,<sup>262</sup> publica en 1950 su trascendental obra pionera en Italia relativa a *La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile*,<sup>263</sup> traducida al español por Santiago Sentís Melendo en 1962.<sup>264</sup> Inicia Calamandrei una batalla en defensa de la nueva Constitución que sufría de opositores. Su discípulo Cappelletti así lo advierte: “Pero la batalla más fructuosa, la verdaderamente fundamental para los destinos de nuestro país, fue conducida por Piero Calamandrei, también

261 Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *op. cit.*, p. 178.

262 En los años posteriores a la aprobación de la nueva Constitución, Calamandrei defendió las instituciones previstas en ella y a la propia ideología constituyente. Véanse, entre otros, “Mantener fede alla Costituzione”, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1949, p. 24; “Ostili e democristiani alla Corte Costituzionale”, en *Milano Sera*, Milán, 6-7 diciembre de 1950; “Si mette in pericolo la costituzionalità” della Corte costituzionale, Roma Tipografiad ella Camera dei Deputati, 1950, p. 30 (publicado también en *Uomini*, pp. 145-160); “Relazione del deputato Piero Calamandrei sul potere giudiziario e sulla Suprema corte costituzionale”, en *Assemblea Costituente: Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II: Relazioni e proposte, Roma, s.f., pp. 200 y ss.

263 Padua, CEDAM, 1950.

264 “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1962, vol. III, pp. 21-120.

durante esos años, en el campo del proceso, y fundamentalmente del proceso constitucional; ha sido una lucha llevada dentro de la esfera del derecho constitucional, y para el perfeccionamiento del proceso, entendido como instrumento de defensa de las libertades humanas”.<sup>265</sup>

En esa primera obra sobre la temática Calamandrei sienta las bases de la jurisdicción constitucional creada en Italia. Sobre esta, Fix-Zamudio ha estimado que “puede decirse sin exageración, que este pequeño libro, que tiene apenas noventa y ocho páginas, inicia en Italia el desarrollo de los estudios sobre la jurisdicción constitucional, y si se nos permitiera la comparación, podemos decir que esta obra significa para el estudio del proceso constitucional, lo que para el proceso civil significó la famosa lección inaugural de Chiovenda: *La acción en el sistema de los derechos*; es decir, traslada a Italia la primacía de los estudios del Derecho Procesal constitucional que fueron iniciados sistemáticamente por Kelsen”.<sup>266</sup>

En esta obra Calamandrei estudia las competencias y naturaleza jurídica de la Corte Constitucional (la cual consideraba como “paralegislativa” o “supralegislativa”) y su vinculación con la jurisdicción ordinaria. Para tal efecto, visualiza con agudeza como en Italia se creó la cuestión incidental planteada ante el juez ordinario que denomina como “prejudicial constitucional”, a manera de un sistema intermedio entre el norteamericano y austriaco. Una de las principales aportaciones de Calamandrei al derecho procesal constitucional consiste en su caracterización de los sistemas de justicia constitucional. En efecto, el maestro florentino estudió a profundidad los sistemas de control constitucional, que lo llevaron a una clásica distinción de los dos sistemas tradicionales. El de la revisión judicial (americano), lo

---

265 CAPPELLETTI, Mauro, “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *op. cit.*, p. 183.

266 FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *op. cit.* pp. 191-211, en pp. 194-195.

caracteriza como “difuso, incidental, especial y declarativo”; mientras que el sistema que denominaba “autónomo” (austriaco), en contraposición, lo considera “concentrado, principal, general y constitutivo”.<sup>267</sup> Si bien esta distinción debe en la actualidad ser matizada debido a la aproximación<sup>268</sup> y mixtura de ambos sistemas, como bien lo señala Fernández Segado en un trabajo reciente, lo cierto es que continúa siendo de gran utilidad y constituye el punto de partida para cualquier análisis clasificatorio.<sup>269</sup> Asimismo, en el mismo trabajo realiza agudas reflexiones sobre los efectos de la sentencia constitucional. Entre otras cuestiones estima que bien puede llevar a una resolución constitutiva *ex nunc* y al mismo tiempo a una resolución de declaración *ex tunc*, al estimar que en realidad la abrogación y desaplicación de la ley no son instituciones necesariamente excluyentes y pueden complementarse.

En el mismo año de la aparición de esta importante obra, Calamandrei impulsa la realización de un evento de enorme importancia, como lo fue el *Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, celebrado en Florencia.<sup>270</sup> Constituye un escenario ideal para analizar la nueva Constitución y en la cual se dieron cita la corriente del mejor procesalismo científico italiano, liderados por Francesco Carnelutti y el propio Calamandrei. Sin embargo, son las ponencias de Virgilio Andrioli, relativas al “*Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*”<sup>271</sup> y la de Carlos Esposito, denominada “*El controllo giurisdizionale sulla*

267 Cfr. CALAMANDREI, Piero, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, op. cit., pp. 5 y ss.; “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, op. cit., pp. 21 y ss.

268 La aproximación que en la práctica han experimentado los dos modelos teóricos de control de la constitucionalidad se advierte, a decir de Brage Camazano, al menos en un séptuple aspecto. Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 3ª ed., México, UNAM, 2005, pp. 70-73.

269 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, presentación Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 2004, especialmente véase el capítulo III, pp. 25-58.

270 Del 30 de septiembre al 3 de octubre de 1950. Las memorias del evento aparecieron tres años después: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, CEDAM, 1953.

271 *Ibidem*, pp. 27 y ss.

*costituzionalità delle leggi*,<sup>272</sup> las que más destacan para el tema que nos ocupa, así como la intervención del propio Calamandrei relativa a la intención del constituyente italiano para crear un sistema intermedio entre el austriaco y el norteamericano.<sup>273</sup> A partir de este evento académico se aprecia el interés del procesalismo científico en el control jurisdiccional de las leyes derivado de su introducción en la Constitución de 1847 y en la creación de la *Corte Costituzionale*,<sup>274</sup> interés que paulatinamente fue mermando por el que en contraste despertó entre los constitucionalistas a partir del funcionamiento de dicha Corte en 1956, que ha tenido un desenvolvimiento mayoritario por la dogmática constitucional y bajo la denominación de *giustizia costituzionale*.

En los siguientes años Calamandrei seguiría en la línea del estudio sobre la jurisdicción constitucional y así en 1951 aparece “La Corte costituzionale e il processo civile”.<sup>275</sup> De especial relevancia constituye la conferencia que pronunciara el 10 de febrero de 1956 en el Palacio de Justicia en Roma, publicada ese mismo año como “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”,<sup>276</sup> y traducida por Fix-Zamudio en el mismo año.<sup>277</sup> En este ensayo Calamandrei

272 *Ibidem*, pp. 43 y ss.

273 Su intervención aparece como “El controllo giurisdizionale delle leggi”, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, *Ibidem*, pp. 74-76.

274 En esos primeros años aparecieron muchos trabajos que analizaban la nueva Corte Constitucional, antes de su funcionamiento real que sucedió hasta 1956. Véanse, entre otros, MORTATI, Costantino, “La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua validità”, en *Iustitia*, núms. 8-9, 1949; Ruini, M. “La Corte costituzionale nella Costituzione italiana”, en *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1949; PIERANDREI, Franco., “La Corte Costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione”, en *Il Foro Padano*, 1951, IV; GALEOTTI, S., “Presidente della Repubblica e nomina dei giudici della Corte costituzionale”, en *Il Foro Padano*, 1951, IV; PICCARDI, Leopoldo, “La Corte costituzionale in Italia”, en *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1951; CROSA, Emilio, “Gli organi costituzionali e il president della Repubblica nella costituzione italiana” en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951; BRUNORI, Ernesto, *La Corte Costituzionale*, Florencia, Cya, 1952; PENSOVECCHIO LI BASSI, Antonio, “Le nuove leggi sulla Corte costituzionale”, en *El Foro Padano*, 1954, IV; BARILE, P., “La corte costituzionale órgano sovrano: implicazione pratiche”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956; STENDARDI, Gian Galeazzo, *La Corte Costituzionale*, Milán, 1955; CURCI, Pasquale, *La Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1956.

275 En *Studi giuridici in onore di Antonio Scialoja*, I, Milán, Giuffrè, 1951, pp.

276 *Rivista di diritto processuale*, 1956, Vol. XI, parte I, pp. 7-55; luego reproducido en su obra *Studi sul Processo Civile*, Padua, CEDAM, 1957, pp. 210 y ss.;

277 “Corte Constitucional y autoridad judicial”, en *Boletín de Información Judicial*, año XI, núms. 110-111, México, octubre-noviembre de 1956, pp. 689-698 y 753-774.

se refiere a una “jurisdicción constitucional de la libertad”,<sup>278</sup> expresión que usara su discípulo Cappelletti. Compara en este trabajo la función de la Corte Constitucional con la que emprende el órgano legislativo, al realizar una actuación de significación de alta política, sin que ello implique que realice una función diversa de la jurisdiccional, ya que en realidad en toda actividad jurisdiccional se realiza indirectamente una valoración política, “transformando dinámica y progresivamente los ordenamientos legales, que de otra manera quedarían anquilosados”. Asimismo analiza al proceso constitucional dependiendo de su objeto diverso, clasificando en tres tipos atendiendo a la 1) “formación” constitucional de la ley (errores *in procedendo*); 2) “ilegitimidad” constitucional de la ley (errores *in iudicando*); o 3) “incompatibilidad” constitucional de la ley, esta última relativa a la vigencia de normas anteriores a la Constitución.

En ese mismo año de su pérdida aparecen “La primera sentenza della Corte Costituzionale”<sup>279</sup> y “Sulla nozione di manifesta infondatezza”.<sup>280</sup> Muere el 27 de septiembre de 1956.

Como se puede apreciar, Calamandrei emprendió pasos firmes en la dogmática procesal constitucional a través de sus publicaciones entre los años de 1950 y 1956. Ha significado, en las propias palabras de su discípulo Cappelletti, “el primero en Italia” en sentar “las bases de una nueva ciencia procesal, la constitucional”.<sup>281</sup> Y de ahí que Fix-Zamudio en uno de sus primeros ensayos intitulado “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, considere un paralelismo entre los respectivos papeles científicos de “Bulow-Chiovenda” para la disciplina del proceso civil y de “Kelsen-Calamandrei” para el derecho proceso constitucional.<sup>282</sup>

278 “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, *op. cit.*, 1956, p. 18.

279 *Rivista di diritto processuale*, I, 1956, pp. 149-160.

280 *Rivista di diritto processuale*, II, 1956, pp. 164-174.

281 “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *op. cit.*, 187, nota 97.

282 FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, *op. cit.*, p. 195 y nota 13.

Si bien es cierto este paralelismo, también lo es que la configuración del derecho procesal constitucional como disciplina autónoma procesal no la advirtió como tal, como si lo visualizara Alcalá-Zamora. Faltaba todavía su sistematización científica. Como veremos a continuación, son sus discípulos Cappelletti y Fix-Zamudio quienes dan fruto de aquellas enseñanzas de sus grandes maestros. El primero al sistematizar parte del contenido de la disciplina y el segundo a manera de eslabón final de esta evolución, al realizar el primer estudio sistemático bajo la concepción de la autonomía procesal.

## **XI. Cappelletti y la Jurisdicción Constitucional de la libertad (1955).**

El pensamiento de Mauro Cappelletti constituye una prolongación y desarrollo de los valores e ideales de su maestro Calamandrei. Así se refleja a lo largo de su fructífera carrera académica y en toda su obra que giró alrededor de la justicia y la defensa de la libertad. Para poder comprender cabalmente su pensamiento y especialmente destacar su liderazgo científico estimamos de utilidad realizar una muy breve semblanza del procesalista que tanto abono al Derecho Procesal Constitucional Comparado,<sup>283</sup> para poder luego destacar la importancia de su obra pionera de 1955 relativo a la sistematización de los mecanismos procesales de protección constitucional de las libertades y derechos fundamentales, estudio que influyó sensiblemente en el pensamiento de Héctor Fix-Zamudio.

A) Mauro Cappelletti nació el 14 de diciembre de 1927 en Folgaria, pequeña población ubicada al norte de Italia en la provincia de Trento y muere a los 76 años el primero de noviembre de 2004 en

283 Cfr. nuestro ensayo "Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado", ponencia presentada en el *I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey, septiembre 2005). Asimismo, véanse las restantes ponencias en la mesa de apertura de dicho Congreso: "Mauro Cappelletti: *In Memoriam*", que presentaron Héctor Fix-Zamudio, Cipriano Gómez Lara y Rubén Hernández Valle. Las cuatro ponencias aparecen en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pp. 3-77.

la ciudad de Fiesole, provincia de Florencia, después de padecer sus últimos diez años una cruda enfermedad que lo alejó de la vida académica. Su vida la dedicó a la investigación y a la enseñanza del derecho procesal, conforme una visión renovada y avanzada, atendiendo los problemas sociales de su época.<sup>284</sup>

Estudió derecho en la Universidad de Florencia, obteniendo el grado en 1952. Durante esos años es donde conoce el pensamiento del que fuera su principal maestro: Calamandrei. Fue por dos años investigador en la Universidad de Friburgo en Brisgovia, Alemania. Colaboró con el Presidente de la Barra italiana y en 1956 obtuvo el grado de enseñanza “Libera Docenza”. En 1957 inició su intensa carrera académica como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata. Al dictar la conferencia inaugural en enero de 1962 en esa Universidad, denominada *Ideologie nel diritto processuale*,<sup>285</sup> ya dejaba ver sus preocupaciones, que lo acompañaron en sus publicaciones posteriores. Su actividad docente continuó a partir de 1962 en la Universidad de Florencia, donde fundó y dirigió por catorce años el Instituto de Derecho Comparado (1962-1976) y también algunos años el Centro de Estudios Judiciales Comparados. A partir de 1970 se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, California, lo que le permitió investigar y enseñar combinando estancias en Estados Unidos e Italia. En 1976 se incorpora al Instituto Universitario Europeo en la misma ciudad de Florencia (creado por las Comunidades Europeas), y que el propio Cappelletti denominaba como una “minicomunidad de la cultura y la enseñanza” a nivel europeo; siendo director

284 Sobre la vida y obra de Mauro Cappelletti, puede consultarse la publicación reciente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, editada por Marcel Storme y Federico Carpi: *In Honorem. Mauro Cappelletti (1927-2004). Tribute to an international procedural lawyer*, Holanda, Kluwer Law Internacional, 2005. En esta publicación participan además de los editores, Nicolò Trocker, Sir Jack Jacob, Laurence M. Friedman, John Henry Merryman y Machteld Nijsten. Una reciente necrología en español fue realizada por Roberto O. Berizonce, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, núm. 7, 2005, pp. 305 y ss.

285 La traducción en castellano de esa conferencia, aparece en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, trad. de Miguel Spagna Berro, Montevideo, Tomo 58, abril de 1962, núm. 4, pp. 85-99.

del departamento jurídico de ese Instituto en varios periodos: 1977-79, 1983 y 1985-86. Fue nombrado Profesor Emérito de la Universidad de Stanford en 1996. Asimismo, fue profesor visitante en Universidades en todo el mundo, como en Harvard (1969), California en Berkeley (1970), París I (1981), Cambridge (1988-89), entre otras; y recibió el título de doctor *honoris causa* por varias universidades, entre las que destacan las Universidades de Aix/Marseille, en Francia, la Universidad de Gante, en Bélgica y la Universidad de La Plata, Argentina. Recibió premios, como los que obtuvo en el año de 1981, por la *Accademia Nazionale dei Lincei* en reconocimiento por sus investigaciones, y el *Premio Europeo "Lorenzo il Magnifico"* de la *Accademia Internazionale Medicea*.<sup>286</sup>

Además de su intensa labor docente, debe mencionarse su destacada actividad como conferenciante y participante en foros, encuentros y congresos internacionales, que lo llevaron a presidir la *Asociación Internacional de Derecho Procesal* (1983-1995). Durante los años que presidió el Instituto se llevaron a cabo importantes eventos académicos en todo el mundo, que rebasaría los fines propios del presente estudio el mencionarlos, por lo que sólo destacaremos el trascendental Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1988, relativo a "La tutela jurisdiccional de los Derechos del Hombre, a nivel nacional e internacional", con motivo del IX centenario de la Universidad de Bolonia. También presidió la *Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas* (1983-1984) y la *Asociación Italiana de Derecho Comparado*. Fue miembro de número de la *Accademia Internazionale di Diritto Comparato*, del *Instituto Internazionale di Géopolitique*, de París; y miembro correspondiente de la *Accademia dei Lincei*, del *British Academy*, del *Institut de France*, del *Belgian Royal Academy*, y de la *Accademia Toscana di Scienze e Lettere "La Colombaria"*, entre otras asociaciones. Participó también en el Comité de reformas del Código Civil italiano en 1978.

---

286 Véase *Stanford Report*, enero de 2005, que realizaron Lawrence M. Friedman y John Henry Merryman; así como la necrología preparada por Roberto O. Berzonce, *op. cit.*

Su obra escrita (como autor o editor) comprende más de treinta libros y un importante número de artículos, ponencias, relatorías y ensayos menores, traducidos a varios idiomas. Dirigió importantes investigaciones de derecho comparado desde el Instituto Universitario Europeo, que se le conocen como *Proyectos Florentinos sobre Acceso a la Justicia*, entre las que destacan la realizada entre 1973-79, relativa al estudio de la asistencia legal a los pobres e indigentes, que luego lo llevaron a publicar cuatro gruesos volúmenes en seis tomos, denominados *Access to Justice*, obra a la cual nos referiremos más adelante; y la que emprendió de 1979 a 1985, consistente en un monumental proyecto de coordinación denominado *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, investigación multidisciplinaria en la que participaron juristas, politólogos, antropólogos, sociólogos y economistas de todo el mundo, publicándose seis voluminosos tomos entre los años de 1986-87.<sup>287</sup> Además, fue director de la sección de derecho procesal civil de la *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, a partir de 1966, volumen XVI.

La obra de Cappelletti siempre estuvo acompañada de una dimensión social. En esta dirección se advierten sus trascendentales trabajos sobre *Processo e ideologie*,<sup>288</sup> *Giustizia y società*,<sup>289</sup> traducido con posterioridad al español por Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en una sola obra bajo la denominación de *Proceso, Ideologías y Sociedad*,<sup>290</sup> y especialmente su obra *Towards equal justice. A comparative study or legal aid in modern societies (Texts and Materials)*.<sup>291</sup> Y por supuesto la dirección de los influyentes estudios multidisciplinarios sobre *Access to Justice*<sup>292</sup> (editados con Bryan Garth, John Weisner y Klaus-Friedrich Koch), publicados en

<sup>287</sup> Para la dimensión de esta magna obra, véase la introducción del propio Cappelletti, conjuntamente con M. Secombe y J.H.H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A general Introduction*, Vol. I: *Methods. Tools and Institutions*, Book I: *A Political, Legal and Economic Overview*, Berlin-New York, 1986.

<sup>288</sup> Bolonia, Il Mulino, 1969.

<sup>289</sup> Milán, Comunità, 1972.

<sup>290</sup> Buenos Aires, EJE, 1974.

<sup>291</sup> Con la colaboración de James Fordley y Earl Johnson, Milán, Dobbs Ferry, New York, Giuffrè-Oceana, 1975.

<sup>292</sup> Alphen aan den Rijn/Milano, Sijthoff & Noordhoff/Giuffrè, 1978-1979.

cuatro volúmenes en seis tomos, patrocinados por la Fundación Ford, cuya introducción con Bryan Garth fueron traducidos a múltiples idiomas y en español aparecieron bajo el nombre de *Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*.<sup>293</sup> La preocupación de esta temática acompañó a Cappelletti en el transcurso de sus publicaciones posteriores. Destaca especialmente la coordinación de la obra (junto con Mónica Seccombe y John Weisner) *Access to Justice and the Welfare State*.<sup>294</sup> Su preocupación social estuvo presente hasta su último libro *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*,<sup>295</sup> publicado diez años antes de su lamentable partida y en la cual se advierten las tres dimensiones que siempre lo acompañaron: *la dimensión constitucional de la justicia; la dimensión social de la justicia; y la dimensión transnacional de la justicia*, cuestiones visionarias que Cappelletti abordó de manera magistral.

**B)** Desde muy temprano Cappelletti sintió el interés por la justicia constitucional influenciado por su maestro Calamandrei que como hemos visto se acercó significativamente al constitucionalismo de la época. A los veintiocho años y siendo todavía profesor asistente en la Universidad de Florencia, aparece una excepcional obra de corte comparativo: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*.<sup>296</sup>

En la introducción de este trabajo el propio Cappelletti señala la razón de ser de su primer estudio sistemático de estas garantías: poner de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades

293 Trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1976; y luego en La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, trad. de S. Amaral, 1983, con un ligero cambio en el subtítulo: “El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos”.

294 Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981.

295 *Op. cit.*

296 Milán, Dott. A. Giuffrè, Quaderni dell’associazione fra gli studiosi del processo civile, VII, 1955.

fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia.<sup>297</sup>

Esta obra tuvo una importante repercusión a nivel mundial en los años siguientes y constituye una aportación significativa y novedosa si se tiene en cuenta que aparece cuando se inicia la tendencia de la creación de las cortes constitucionales europeas. Especialmente al restablecerse la Corte Constitucional de Austria (1945) y con la creación de la italiana (1948) y alemana (1949), con un marcado énfasis en la necesidad de consolidar los instrumentos de protección de los derechos fundamentales. En sus conclusiones Cappelletti asevera que la *Verfassungsbewehrung* que estudia en varios países constituye, siguiendo a Lechner, el “coronamiento del Estado de Derecho”, ya que no sólo constituye un medio capaz de hacer efectivos los “derechos fundamentales”, sino esencialmente un eficaz instrumento de equilibrio de los poderes, toda vez que el individuo puede convertirse en moderador de toda función pública. Por virtud de ese recurso se abre la posibilidad al individuo de convertirse en factor activo de la vida del derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad. Este recurso constitucional constituye, dice Cappelletti, “la posibilidad del individuo para poseer un instrumento de defensa contra la opresión de lo que le es sagrado”. En el último párrafo de su estudio, con emoción y esperanza, resume el descubrimiento que representó en su espíritu la queja constitucional: “Tengo confianza que ahora, cuando nuestra institución se haya impuesto definitivamente, se reconocerá en ella, con seguridad, un medio para que la Constitución sea llevada al pueblo, al hombre, y para sustraerla de aquella suerte de irónico olvido que es el destino de las leyes que no se aplican; un método para dar al individuo el conocimiento de que todas las abstracciones —el estado, la ley, el derecho y los derechos- existen, para él, no por sí mismos, y que sólo en él existe la fuerza de despertarlas a la vida, por así decirlo, al hacerlas vivir con su propia vida del hombre; el medio, en fin

<sup>297</sup> Véase, especialmente el primer apartado de la introducción al referido estudio, pp. 1-14.

de transformar a través del proceso, también en relación con los derechos supremos, ‘la lite violenta en la lite jurídica’, el derecho de rebelión en el derecho de acción”.<sup>298</sup>

Fue traducida al español seis años después en México por Héctor Fix-Zamudio bajo el título de *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*.<sup>299</sup> Fix-Zamudio deliberadamente y con autorización del propio autor, cambia la expresión original del título referida a “las libertades” por la connotación “la libertad”, para dar mayor amplitud y alcance a su significado. Esta publicación debe considerarse la obra inaugural sobre el estudio sistemático comparativo de los instrumentos procesales dirigidos a la protección de los derechos y libertades fundamentales desde su concepción científica, y especialmente la edición mexicana de 1961, al aparecer además como apéndice (más extenso que el propio libro de Cappelletti), un *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, de Héctor Fix-Zamudio, que constituye un desarrollo a su pionero y fundamental trabajo de 1955 sobre *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*.

La expresión sobre la “jurisdicción constitucional de la libertad” que utiliza Cappelletti ha sido ampliamente aceptada. Fue empleada por su maestro Calamandrei<sup>300</sup> y ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina constitucional, como por ejemplo, Fix-Zamudio,<sup>301</sup> Cascajo Castro<sup>302</sup> y de manera recientemente por Brage Camazano.<sup>303</sup> Sin embargo, es Fix-Zamudio el que contribuyó a su consagración y divulgación. No

298 *Ibidem*, pp. 141-142

299 Prólogo de Mariano Azuela Rivera, México, UNAM, 1961.

300 Cfr. “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”, *op. cit.*, 1956, p. 18.

301 Véanse, entre otros, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., *op. cit.*, especialmente párrafo 184: “A) Jurisdicción constitucional de la libertad”, pp. 79 y ss.; y *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), *op. cit.*, pp. 203 y ss.

302 Cfr. “La jurisdicción constitucional de la libertad”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975, pp. 149-198.

303 Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad. (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, México, Porrúa, 2005.

sólo por haber traducido al castellano aquella clásica obra con una connotación más amplia que en el texto original, como ya quedó referido, sino particularmente al haberlo considerado como uno de los sectores de estudio de la nueva corriente científica denominada derecho procesal constitucional, junto con la jurisdicción constitucional orgánica y la transnacional.

Precisamente Cappelletti abordó el tema de la jurisdicción constitucional de la libertad en una doble dimensión. Por una parte, en sus múltiples estudios comparativos desde su obra pionera, analizó los instrumentos de protección de los “derechos de libertad” en el ámbito nacional de los estados; y por la otra, en sus trabajos posteriores como una manifestación supranacional o transnacional del fenómeno, se hizo cargo del estudio de las jurisdicciones internacionales que paulatinamente se fueron consolidando para proteger los derechos humanos previstos en determinados instrumentos internacionales, especialmente ante el desarrollo del derecho comunitario y la consolidación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo.<sup>304</sup> Esta última preocupación fue muy novedosa al sentar bases para el estudio del derecho procesal transnacional<sup>305</sup> y de lo que él denominaba “justicia constitucional supranacional”.<sup>306</sup>

C) Dos años después de esa primera obra de Cappelletti aparece *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*,<sup>307</sup> año en que inicia su labor docente como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata y que continuará con posterioridad

<sup>304</sup> Cfr. su obra *Proceso, ideología, sociedad, op. cit.*, especialmente la “Parte Segunda: La dimensión supranacional y constitucional”, p. 295 y ss; así como sus ensayos “Justicia constitucional supranacional”, trad. de Luis Dorantes Tamayo, *op. cit.*; “El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, trad. de Jorge Rodríguez-Zapata, *op. cit.*

<sup>305</sup> Sobre el derecho procesal transnacional, véanse las ponencias generales publicadas en ANDOLINA, Italo (a curia di), *Trans-national aspects of procedural law. General reports, International Association of Procedural Law-X World Congress on procedural law-Taormina 17-23 settembre, 1995*, Milán, Giuffrè-Università di Catania, Nuova Serie 157/3, III tomos, 1998. Especialmente véase la ponencia de FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, tomo III, pp. 181-311, particularmente sobre el “derecho procesal supranacional”, p. 218-222.

<sup>306</sup> “Justicia constitucional supranacional”, *op. cit.*

<sup>307</sup> Milán, Giuffrè, 1957.

en la Universidad de Florencia. En esta obra se acerca el análisis del tradicional proceso civil con una perspectiva constitucional, siguiendo los pasos de Couture y especialmente de Calamandrei que ya había abordado el tema. En ese momento la Corte Constitucional italiana ya había iniciado sus funciones. La preocupación por el estudio de los procesos constitucionales se aprecia con claridad desde sus primeros años de investigación, como se advierte cuando redactó la voz “Amparo” que aparece en 1958 en la *Enciclopedia del Diritto*,<sup>308</sup> y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México.<sup>309</sup>

En 1960 aparece su artículo “La justicia constitucional en Italia” en las Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal y II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal.<sup>310</sup> Y también en México, derivado de las conferencias que impartió en su viaje en 1965, aparece *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*.<sup>311</sup> Una versión sintética y reelaborada apareció en Estados Unidos por el propio Cappelletti (junto con Jhon Clarke Adams) con el nombre de “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation”,<sup>312</sup> y dos años después en Italia bajo el título *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*.<sup>313</sup> Obra muy importante en la difusión del pensamiento de Cappelletti a nivel mundial, al haber sido traducida al alemán, inglés, español y japonés.

A iniciativa de Héctor Fix-Zamudio, esta última obra fue enriquecida con otros trabajos en la publicación mexicana de 1987 denominada *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*,<sup>314</sup> con prólogo del propio Fix-Zamudio; y que recientemente aparece

308 Editada por Dott. Antonino Giuffrè, Tomo I, 1958.

309 “Voz Amparo”, trad. de Héctor Fix-Zamudio en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año XI, septiembre-diciembre de 1958, núm. 33, pp. 63-66.

310 La crónica de ambos eventos, puede consultarse en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, núms. 37-38-39-40, enero-diciembre de 1960.

311 Traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, pról. de Ignacio Medina, México, UNAM, 1966.

312 *Harvard Law Review*, Bobbs-Merrill, volumen 79, abril de 1966, núm. 6, pp. 1207-1224.

313 Milán, Giuffrè, 1968, con múltiples reimpresiones posteriores.

314 México, UNAM, 1987.

una nueva edición, publicada conjuntamente con la diversa obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*,<sup>315</sup> en un solo libro.<sup>316</sup> Se recopilan los estudios más importantes de su pensamiento sobre el derecho procesal constitucional a la luz del derecho comparado. Puede sostenerse, sin exageración, que la obra en mención representa uno de los libros más influyentes para la disciplina científica que estudia el fenómeno del proceso y la magistratura constitucionales. Sus aportaciones siguen teniendo vigencia y actualidad en los inicios del siglo XXI. La significativa labor comparatista de la jurisdicción constitucional se vio cristalizada con su conocida obra *Judicial Review in the Contemporary World*,<sup>317</sup> traducida a varios idiomas.

Como se puede apreciar, Mauro Cappelletti realizó contribuciones relevantes para el derecho procesal constitucional a lo largo de su obra escrita, especialmente en los antecedentes de los instrumentos de control constitucional de las leyes, en la sistematización de los medios de protección constitucional de los derechos fundamentales en su dimensión nacional como internacional y en la utilización del método comparativo para el análisis de la jurisdicción constitucional. Si bien estas contribuciones son fundamentales en el contenido del derecho procesal constitucional, debe precisarse que Cappelletti no utiliza la expresión ni tampoco advierte la existencia de la disciplina, como lo sí lo hiciera Fix-Zamudio en el mismo año de aquella pionera obra del jurista italiano.

## **XII. La tesis conceptual y sistemática de Fix-Zamudio (1955-56).**

Llegamos al mismo punto con el cual iniciamos la elaboración de las presentes líneas: la tesis conceptual y sistemática de Héctor Fix-Zamudio sobre el derecho procesal constitucional.

315 Traducción de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993.

316 CAPPELLETTI, MAURO, *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

317 Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merryl, 1971.

Representa el último eslabón del peregrinaje científico de la disciplina que se iniciara en 1928 con el precursor ensayo de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”.

Con este trascendental trabajo del fundador de la escuela de Viena comienza una nueva etapa relativa al estudio dogmático de la jurisdicción constitucional y de los instrumentos jurídicos para la defensa de la Constitución. Una vez consolidada la postura kelseniana que repercutió en la concepción misma del derecho y en las nuevas constituciones democráticas, con el paso del tiempo aparecieron dentro de la corriente del mejor procesalismo científico las figuras de Alcalá-Zamora, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio, que condujeron a la concepción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Mientras Kelsen sentó los cimientos, las bases generales desde la teoría del derecho, Couture, Calamandrei y Cappelletti contribuyen para encauzar el fenómeno hacia su significación científica procesal. Y en esa misma corriente Alcalá-Zamora y Castillo advierte la existencia de la nueva disciplina, con la misma lógica con la cual se venía dando la autonomía de las restantes ramas procesales bajo la unidad de la teoría general del proceso. Faltaba todavía el último eslabón: su coherencia estructural y de sistematicidad científica.

Es en ese contexto donde aparece el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional como tal, es decir, en su dimensión de análisis conceptual como disciplina jurídica autónoma de naturaleza procesal. Se debe a Héctor Fix-Zamudio este mérito en su tesis para optar por el grado de licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) de 1955, cuyo título es: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*.<sup>318</sup> En la elaboración de este

---

318 México, 1955.

trabajo Fix-Zamudio dedicó cinco años bajo la dirección, en un primero momento del procesalista José Castillo Larrañaga, y luego de quien se convertiría en su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, realizando el examen profesional el 18 de enero de 1956 obteniendo mención honorífica.

Esta verdadera “joya” de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno científico. Por supuesto que Fix-Zamudio se apoyó y tuvo en cuenta la gran aportación de Kelsen en su famoso artículo de 1928, que inspira incluso el título de su tesis, como también se advierte una clara influencia de Couture, Calamandrei, Cappelletti y de su maestro Alcalá-Zamora y Castillo. Sin embargo, no se debe a ninguno de los afamados juristas el primer estudio sistemático por virtud del cual se pone en conexión su identidad, naturaleza y ubicación dentro de la ciencia procesal, su definición y contenido, así como su delimitación propiamente con la ciencia constitucional.

El trabajo de Fix-Zamudio de 1955 consta de ciento sesenta y siete páginas, dividido en cinco capítulos. No llegó a publicarse en forma de libro, sino a manera de artículos que fueron apareciendo en diversas revistas. Así se publicaron en 1956 de manera sucesiva sus ensayos: “Derecho procesal constitucional”,<sup>319</sup> “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”,<sup>320</sup> “El proceso constitucional”,<sup>321</sup> y “Estructura procesal de amparo”.<sup>322</sup> En ese mismo año se publica su primer artículo (independiente de su tesis de 1955), que lleva el emblemático título: “La aportación de

319 *La Justicia* (Fundador Alfredo Vázquez Labrido), tomo XXVII, núm. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300 y 12361-12364. Corresponde al capítulo III de su tesis de 1955, pp. 56-97.

320 *Foro de México* (Director Eduardo Pallares), núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12. Corresponde al capítulo V, relativas a las conclusiones de su tesis de 1955, pp. 157-178.

321 *La Justicia*, tomo XXVII, núm. 317, septiembre de 1956, pp. 12625-12636. Corresponde a la primera parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 99-126.

322 *La Justicia*, tomo XXVII, núm. 318, octubre de 1956, pp. 12706-12712. Corresponde a la última parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 126-139.

Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”;<sup>323</sup> también aparecen sus primeras traducciones sobre la materia<sup>324</sup> y una “Biografía de Piero Calamandrei”.<sup>325</sup>

Su tesis de licenciatura de 1955 quedó reproducida de manera íntegra, junto con ese primer artículo en su obra *Juicio de Amparo* que publicara en 1964.<sup>326</sup> En realidad en este libro quedan reunidos seis ensayos que aparecieron entre los años de 1955 a 1963: I. “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo”;<sup>327</sup> II. “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”;<sup>328</sup> III. “Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes”;<sup>329</sup> IV. “Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana”;<sup>330</sup> V. Mandato de seguridad y juicio de amparo;<sup>331</sup> y VI. “Panorama del juicio de amparo”.<sup>332</sup>

El primero de ellos corresponde, como hemos anotado líneas arriba, a su tesis de licenciatura de 1955 y publicada parcialmente al año siguiente a manera de artículos independientes en revistas mexicanas. La estructura del trabajo consta de cinco capítulos, que pasamos brevemente a su análisis.

**I. Planteamiento del problema.** Constituye el primer capítulo a manera de introducción y justificación del estudio (págs. 9-14).

323 *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo VI, octubre-diciembre de 1956, núm. 24, pp. 191-211. Posteriormente publicado en su obra *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 145-211; así como en la *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Morelia, núms. 20-21, 1987, pp. 17-37.

324 “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *op. cit.*, pp. 153-189.

325 Junto con Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, pp. 17-39.

326 Prólogo de Antonio Martínez Baez, México, Porrúa, 1964.

327 *Op. cit.*. Corresponde a su tesis de licenciatura.

328 *Op. cit.*

329 *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39.

330 Apéndice al libro de CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, *op. cit.*, pp. 131-247.

331 *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-60, reproducido en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, pp. 3-69, en colaboración con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y Alejandro Ríos Espinoza.

332 Este ensayo ha sido actualizado con el paso de los años hasta su versión más actualizada denominada “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, que aparece en la obra del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a ed., México, Porrúa, 2003, pp. 1-96.

Partiendo de la problemática relativa a que el juicio de amparo mexicano se ha convertido paulatinamente en un procedimiento sumarísimo a “un dilatado y embarazoso procedimiento que iguala a los más complicados de naturaleza civil”, Fix-Zamudio advierte que con independencia de las reformas legislativas que pudieran emprenderse al respecto, es necesario previamente esclarecer “la naturaleza procesal del amparo” que desde su creación en el siglo XIX ha sido analizado esencialmente en su aspecto político y no en su estructura estrictamente jurídica que es la procesal. De esta manera estima que de la misma forma en que “sólo haciendo una cuidadosa auscultación del paciente está en posibilidad el médico de intentar su cura: de este modo, sólo precisando el concepto del proceso constitucional, es factible encausarlo en la vía por la cual puede desarrollarse firme y plenamente”. El proceso constitucional de amparo debe ser estudiado dentro de la más reciente rama del derecho procesal como lo es el Derecho Procesal Constitucional que “todavía no ha salido de la etapa analítico-descriptiva, por no decir exegética, que ha sido superada en otras disciplinas adjetivas, para iniciar francamente un estudio dogmático del amparo desde el punto de vista de la teoría general del proceso”.

El autor define su postura y finalidad del estudio: “nuestro trabajo ha de orientarse a una ordenación del amparo hacia la teoría general del proceso y situándolo dentro de la nueva disciplina adjetiva: el Derecho Procesal Constitucional, y esto no sólo con el afán puramente especulativo, sino también con propósitos prácticos, como son el lograr una reglamentación adecuada a su naturaleza que pueda resolver todos los problemas que hasta la fecha han impedido una real y verdadera legislación orgánica del amparo”. En realidad el contenido de los restantes capítulos rebasa con creces el objetivo pretendido por el autor. No sólo se dirige al estudio dogmático del juicio de amparo. Como cuestión previa realiza un profundo análisis de la evolución que ha experimentado la ciencia procesal en general, estableciendo una novedosa clasificación sistemática de sus diversas ramas, con la finalidad de ubicar el sitio donde debe encuadrarse al derecho procesal constitucional; de ahí construye la categoría contemporánea de “garantía constitucional”

y ubica al amparo como parte de esa nueva disciplina al constituir su naturaleza jurídica el de un proceso constitucional.

## **II. Situación de la materia en el campo del derecho procesal.**

Este segundo capítulo parte del concepto mismo del derecho procesal. Entiende el autor que existe un “Derecho Instrumental” y dentro del cual deben distinguirse el “Derecho Procedimental” y el “Derecho Procesal”. El primero se ocupa de las normas que señalan los requisitos formales necesarios para la creación y realización de las disposiciones materiales y el segundo estudia las normas que sirven de medio a la realización del derecho, en el caso concreto, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Partiendo de esta concepción del derecho procesal emprende su análisis a la luz de su carácter unitario. Advierte que la confusión generada deriva de los distintos planos en que se analiza la ciencia del derecho procesal, el proceso, el procedimiento y la jurisdicción. Examinando las distintas teorías de la diversidad especialmente aquellas defendidas por Eugenio Florián y Vicente Manzini, relativas al proceso penal como contrapuesto a su subordinación al proceso civil, advierte que en realidad no son contradictorios sino que por el contrario parten de las mismas teorías fundamentales para explicar la naturaleza y fines del proceso, lo que pone de manifiesto la unidad esencial del derecho procesal. De tal suerte concluye que existe esta unidad conceptual, si bien con diversidad en el proceso y multiplicidad del procedimiento.

En un apartado específico analiza con detalle el carácter histórico de la diversidad del proceso. Para ello analiza el proceso evolutivo de la concepción científica del derecho procesal, que iniciara desde la famosa obra de Bülow de 1968 que le otorga al proceso un carácter de relación pública entre el juez y las partes, distinguiendo el derecho material y la acción procesal. Pasando por Wach en su teoría sobre la pretensión de tutela jurídica, hasta la conocida prolucción de Chiovenda de 1903 y de autores que siguieron abonando en la construcción científica de la disciplina (Goldschmidt, Carnelutti, Calamandrei, Couture, Prieto Castro, Fairén Guillén, etc.).

Así se llega a visualizar la conquista del derecho procesal civil como rama autónoma y advierte la manera en que las mismas teorías encuentran eco en el proceso penal hasta su aceptación como disciplina autónoma. Concluye destacando que “de estas dos primitivas ramas del derecho procesal se fueron formando otras que paulatinamente fueron alcanzando autonomía (haciendo incapié que con esta palabra no queremos indicar independencia absoluta o desvinculación de la ciencia madre), expansión que se inicia a partir de la revolución Francesa, primeramente con el Derecho Procesal Administrativo (que es desarrollado en forma admirable en Francia a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado), posteriormente con el Constitucional, el Laboral, el Agrario, el Asistencial, y finalmente, el Supraestatal, con inmensas perspectivas en el agitado mundo de la segunda posguerra; pudiendo decirse que ninguna disciplina jurídica ofrece tan brillante futuro como la antaño modesta ciencia procesal, ya que el proceso tiende a invadir y a abarcar todo el inmenso campo del Derecho” (pág. 24).

Con estas premisas y otorgando al derecho procesal el carácter de público derivado de su evolución a partir de la segunda mitad del siglo XIX, realiza un ensayo de clasificación de sus diversas ramas. Lo anterior con la finalidad de situar “geográficamente” al Derecho Procesal Constitucional, género al cual pertenece, a su vez, el proceso de amparo. De esta forma clasifica, según la finalidad de las normas, al derecho procesal en: A) Dispositivo (derecho procesal civil y mercantil); B) Social (derecho procesal laboral, agrario y asistencial), C) Inquisitorio (derecho procesal penal, familiar y del estado civil, administrativo y constitucional); y D) Supraestatal.

Esta clasificación si bien pudiera actualizarse con una perspectiva contemporánea, tiene el gran mérito de ubicar a la nueva disciplina del derecho procesal constitucional en el concierto de las ramas procesales, otorgándole el carácter inquisitorio. Señala el autor que “con mayor razón debemos situar en este grupo de normas procesales a aquéllas que sirven de método para lograr la

efectividad del principio de la supremacía constitucional, la que caería por su base si los órganos del poder pudieran desconocer o violar las normas fundamentales, sin que existiera un medio para prevenir y reparar dichas violaciones” (pág. 49). En este sentido distingue entre el “proceso” del simple “procedimiento” constitucional. Este último entendido como la vía para lograr la defensa constitucional sin acudir a un acto jurisdiccional, como sucede con la responsabilidad ministerial, la emisión de los votos de confianza, la disolución del poder legislativo o el veto presidencial. En cambio, “dado el carácter público del proceso constitucional es evidente que el principio oficial o inquisitorio tiene plena aplicación”.

**III. *El derecho procesal constitucional.*** Mientras que los capítulos anteriores sirvieron para establecer la naturaleza procesal de la disciplina como rama del derecho procesal, este tercer capítulo lo destina Fix-Zamudio a su sistematización dogmática. Este apartado constituye el primer estudio realizado sobre la “ciencia del derecho procesal constitucional” como disciplina procesal. Y para ello el autor lo divide en siete partes:

**1. Nacimiento de la disciplina.** Partiendo de la evolución del Derecho Procesal como ciencia expuesta en los capítulos precedentes, Fix-Zamudio enfatiza que “llegamos a la conclusión de que existe una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando éstos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado: siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la Ciencia del Derecho Procesal, y por lo tanto, no ha sido objeto todavía de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del Derecho”.

Esta aseveración resulta significativa, en la medida en que reconoce el propio Fix-Zamudio que el derecho procesal constitucional todavía no había sido objeto de un análisis

sistemático que estableciera su naturaleza jurídica. Esto confirma nuestra hipótesis relativa a que en realidad el trabajo de Fix-Zamudio que estamos comentando representa el primero en sistematizarla en su dimensión de disciplina autónoma procesal, lo cual dista de la intención de Kelsen en su ensayo de 1928. De esta manera, estimamos que no debemos confundir la base de cimentación (Kelsen), con la construcción dogmática de la disciplina como ciencia procesal (Couture, Calamandrei, Cappelletti), hasta llegar a su reconocimiento (Alcalá-Zamora y Castillo) y sistematización conceptual (Fix-Zamudio).

Fix-Zamudio parte de las consideraciones de Kelsen y advierte que los diversos estudios que se han realizado en relación con los métodos para actualizar los mandatos de la Constitución están dispersos en los manuales de derecho político o constitucional y englobados bajo la denominación genérica de “Defensa Constitucional”, por lo que con mayor razón considera que el análisis del concepto de proceso constitucional sea nuevo y prácticamente virgen. Considera que esto se debe, por una parte, a que la constitución, como objeto de conocimiento ha sido estudiada preferentemente desde el punto de vista sociológico y político, y de manera secundaria su aspecto estrictamente normativo. Por la otra, a que las normas constitucionales están frecuentemente desprovistas de sanción, esto es, carecen de remedios jurídicos en caso de su violación, recurriéndose frecuentemente a medios políticos para lograr la reparación o cumplimiento de la norma infringida, lo que ha provocado que los estudios se concentren en esa protección política o sociológica. Sin embargo, a partir de las ideas de Hans Kelsen y de Mirkine-Guetzevicht sobre la “racionalización del poder” y continuada por Carl Schmitt, Herman Heller y otros juristas, se alienta la preocupación de un estudio científico de la salvaguardia de la constitución, incluso en la doctrina francesa (León Duguit, Gastón Jese y Julián Bonnacase), para predicar la nueva corriente del control jurisdiccional de la constitución, que ya venía aplicándose en los Estados Unidos derivada de la jurisprudencia de su Corte Suprema.

2.- La Defensa Constitucional. Este es un apartado de relevancia en la medida en que Fix-Zamudio, con la finalidad de contribuir al objeto de estudio de la nueva rama procesal, emprende su deslinde con el derecho constitucional. Esta delimitación la realiza a través de la distinción entre los conceptos de “Defensa” y “Garantía” de la Constitución. Asevera que esta confusión lleva a “errores semánticos” de manera similar a los que se producen cuando se identifica el derecho subjetivo con la acción procesal.

El autor parte de la concepción de Calamandrei sobre las disposiciones “primarias” dirigidas al sujeto jurídico y las “secundarias” enderezadas hacia un órgano del Estado encargado de imponer ese mandato primario, así como de las ideas de James y Roberto Goldschmidt sobre el carácter “justicial” de aquellas normas secundarias o sancionatorias. Bajo esta concepción, entiende que “las garantías de las normas supremas son aquellas de carácter justicial formal que establecen la actualización del poder que debe imponer la voluntad del Constituyente”. Y señala su preferencia por la expresión “garantía” de las también utilizadas connotaciones relativas a la “tutela” o “control”, al estimar que la primera implica en sentido estricto un remedio, un aspecto terapéutico o restaurador, mientras que las otras expresiones son demasiado amplias.

La “Defensa de la Constitución” conforme al pensamiento de Fix-Zamudio, constituye un concepto genérico de salvaguarda de la norma suprema, que comprende tanto a los aspectos “patológicos” como “fisiológicos en la defensa de la ley fundamental, a manera de sus dos especies: A) La primera denominada “Protección Constitucional” es materia de la ciencia política en general, de la teoría del estado y del derecho constitucional. Comprende la protección política (principio de división de poderes), protección jurídica (procedimiento dificultado de reforma constitucional), protección económica (control del presupuesto del estado) y la protección social (organización de los partidos políticos), teniendo un carácter eminentemente “preventivo o preservativo”; y B) La segunda que denomina “Garantías Constitucionales”, materia del

derecho procesal constitucional y que constituyen los remedios jurídicos de naturaleza procesal destinados a reintegrar la eficacia de los preceptos constitucionales violados, por lo que tienen un carácter “restitutorio o reparador”.

**3.- Garantías fundamentales y Garantías de la Constitución.** Fix-Zamudio se detiene a su vez en las tres diversas connotaciones de la expresión “garantías” que se le otorgan en el derecho público. Por un lado la tradicional denominación de “garantías fundamentales” como sinónimo de derechos, utilizada por las constituciones francesas posteriores a la Revolución de 1789; por otro, aquella concepción que se refiere a los instrumentos sociales, políticos y jurídicos para preservar el orden jurídico establecido en la constitución (Jellinek); y por último, su significación como método procesal para hacer efectivos los mandatos fundamentales. De ahí concibe la distinción contemporánea que debe existir entre “Garantías Fundamentales” entendidas como derechos y “Garantías Constitucionales” referidas a los medios procesales que dan efectividad a los mandatos fundamentales cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.

**4.- Diversos Sistemas de Garantías de la Constitución.** Una vez definida la significación de las “garantías constitucionales” se analizan los sistemas establecidos para reintegrar la validez del orden constitucional. Partiendo de los dos sistemas significados por Kelsen relativos a la “abrogación de la ley inconstitucional” y la “responsabilidad personal del órgano”, el autor estima que esta clasificación resulta insuficiente al quedar excluidos aquellos actos contrarios a las disposiciones dogmáticas y orgánicas de la constitución que no tengan carácter legislativo. Por lo tanto, Fix-Zamudio estima que en realidad los sistemas de garantías de la constitución son de tres clases:

A) *Garantía Política*, que realiza un órgano político, pudiendo ser alguno de los existentes en la estructura de la constitución o bien un órgano especialmente creado. Es un órgano calificado como poder

“neutral” “intermedio” “regulador” o “moderador” conforme a la concepción de Schmitt y que tiene su origen en la teoría de la monarquía constitucional del siglo XIX (Benjamin Constant).

B) *Garantía Judicial de la Constitución*, que se sigue ante un tribunal establecido al efecto, teniendo como función la de declarar, sea de oficio o principalmente a petición de personas u órganos públicos legítimos, cuando una ley o un acto son contrarios a la ley fundamental y produce tal declaración la anulación absoluta de los mismos. Advierte el autor dos sistemas, el que denomina “austríaco” por obra de Kelsen, si bien con precedentes anteriores en algunas constituciones alemanas como las de Baviera (1818) y Sajonia (1831) que instituyeron un Tribunal de Justicia Constitucional como lo advertía Schmitt; y el que denomina “español”, por haberse creado en la Constitución de la II República española de 1931, que si bien se inspiró en el sistema “austríaco”, estableció modalidades que permiten considerarlo como un sistema peculiar con procedimientos específicos.

C) *Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, que realizan los órganos estrictamente jurisdiccionales actuando en la composición de la litis sobre el contenido o forma de una norma constitucional, para el caso concreto y a través del “agravio personal”. El autor lo denomina “sistema americano”, en virtud de que es seguido en términos generales por los países de ese continente y derivado de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Este sistema se divide, conforme a la concepción del autor, en dos grandes ramas: la primera que se realiza a través de una verdadera jurisdicción constitucional (como señala sucede en México debido a que del amparo conoce privativamente y con procedimiento especial el Poder Judicial de la Federación); y la segunda, cuyo control se realiza por el poder judicial común (excepto los denominados *extraordinary legal remedies*) dentro del procedimiento ordinario.<sup>333</sup>

---

333 Por supuesto que existen construcciones dogmáticas de gran calado en la actualidad, como la concepción de “garantía” de Luigi Ferrajoli, al entender que “Las garantías no son otra

5. Ventajas y superioridad de la Garantía Jurisdiccional. El autor precisa que no existen en forma típica ni exclusiva los diversos sistemas de garantías de la constitución. Sin embargo, las argumentaciones de Fix-Zamudio se dirigen a la superioridad que caracteriza al sistema de garantía jurisdiccional, sea como integrante de una jurisdicción especializada o como órgano judicial ordinario, al ser la figura del juez el defensor más calificado de las normas fundamentales, actuando sin apasionamiento ni vehemencia de las lides políticas.

6. Concepto de Derecho Procesal Constitucional. Así llega el autor a una definición de lo que entiende por derecho procesal constitucional, al concebirla como “la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo en palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales”. (págs. 90-91).

7. El Derecho Procesal Constitucional Mexicano. Pone en conexión los apartados anteriores con el ordenamiento jurídico mexicano. Así se ocupa del examen de las garantías de la propia constitución, que están establecidas en el texto mismo de la norma suprema. Fix-Zamudio advierte tres garantías de carácter

---

cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales, para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/ o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos” (*Derechos y garantías. La ley del más débil, op. cit.*, p. 25).

jurisdiccional y en tal virtud, tres procesos diversos, a saber: 1) El que denomina “represivo” que corresponde al “juicio político” o “de responsabilidad” (art. 111); 2) El proceso constitucional que se contrae a las controversias entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquéllas en que la Federación fuese parte (art. 105); y 3) El proceso de amparo, que se contrae a la controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales (art. 103).

**IV. *El proceso constitucional.*** En este cuarto capítulo el autor estudia de manera particular al amparo como “el proceso constitucional por antonomasia, en virtud que constituye la garantía normal y permanente de la Constitución, en contradicción con los otros dos que son medios extraordinarios e intermitentes”. Partiendo de un estudio genérico de lo que se entiende por “proceso” y de las diversas teorías en su evolución, define al mismo como “el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que establece una relación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve en una serie concatenada de situaciones”.

Una vez establecida la naturaleza y fines del proceso en general, Fix-Zamudio incursiona en la naturaleza jurídica y fines propios del “proceso de amparo”. Así estudia conceptos como la “acción constitucional”, la “jurisdicción constitucional”, la “relación jurídica procesal” y su “estructura procesal”. En este último sentido, la separación estructural de los diversos tipos de amparo constituye una de las principales contribuciones del autor, diseccionando los distintos sectores del amparo mexicano: 1) El primer sector se refiere a su concepción original como medio de protección de los derechos fundamentales en su dimensión individual y colectiva; 2) El segundo como “amparo contra leyes”; 3) El tercero en su dimensión de garantía de la legalidad, es decir, el “amparo casación”, que se perfila como un recurso de casación propiamente dicho. Y es por ello que el autor considera que el

amparo mexicano tiene una trilogía estructural, de recurso de inconstitucionalidad, de amparo de derechos fundamentales y de amparo de casación, lo que lo lleva también a la conclusión de la desbordante labor que en ese entonces realizaba la Suprema Corte de Justicia, al realizar las funciones de un Tribunal Constitucional, de una Corte de Casación, de un Tribunal Supremo Administrativo y de un Tribunal de Conflictos.

Con esta significativa aportación se inició en México la reivindicación de la naturaleza procesal del amparo. El propio Fix-Zamudio ha reconocido expresamente “iniciar esta corriente” en un importante estudio que preparó con motivo al merecido homenaje a su maestro Alcalá-Zamora y Castillo, bajo el título de “El juicio de amparo y enseñanza del derecho procesal”. El profesor mexicano expresa: “Creemos haber tenido el privilegio de iniciar esta corriente con nuestra sencilla tesis profesional intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución Mexicana* (México, 1955), que lleva el subtítulo significativo de ensayo de una estructuración procesal del amparo, inspirada en las enseñanzas del distinguido procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo sobre la unidad del derecho procesal, y en cuanto a la trilogía estructural de nuestra institución”.<sup>334</sup>

Esta definición conceptual, sin embargo, fue debatida por Ignacio Burgoa, destacado profesor de amparo y que en aquel entonces ya contaba con su clásica obra sobre la materia.<sup>335</sup> En la sexta edición de su obra critica la corriente procesalista para estudiar el amparo, al considerar que la teoría general del proceso se origina del proceso civil, diferente del amparo por su motivación y teología. Se dio pronto la polémica debido a que el destacado abogado Santiago Oñate opinaba lo contrario, defendiendo el

334 FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, en el “Número Especial. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, op. cit., p. 429.

335 *El juicio de amparo*, 6ª ed., México, Porrúa, 1968. La última edición de este clásico libro es la 41ª ed., de 2006. La 1ª edición corresponde al año de 1943. El profesor Burgoa falleció a los 87 años, el 6 de noviembre de 2005. Véanse las semblanzas de Xitlali Gómez Terán y Alfonso Herrera García, que aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 447-79 y 481-486, respectivamente.

carácter procesal del amparo.<sup>336</sup> Esto repercutía incluso en la manera en que debía enseñarse la materia en las universidades, ya que tradicionalmente se ha enseñado bajo el título de “garantías y amparo”, que implica el estudio propiamente de los derechos fundamentales y del mecanismo procesal de su tutela.

Esto llevó a Fix-Zamudio a defender su postura en los siguientes años, al señalar: “¿En qué consiste esta teoría general del proceso, que parece tan esotérica a varios de los cultivadores del juicio de amparo mexicano? Se trata en realidad de una conclusión muy simple, que consiste en sostener la existencia de una serie de conceptos comunes a todas las ramas de enjuiciamiento, los cuales pueden estudiarse en su aspecto genérico, sin perjuicio de los aspectos peculiares que asumen en cada una de las disciplinas específicas.”<sup>337</sup>

**V. Conclusiones.** El último capítulo contiene diecisiete conclusiones que reflejan el contenido del trabajo desarrollado. Para los efectos que aquí interesan, destacan las conclusiones segunda, cuarta y quinta, que expresan:

“SEGUNDA. Las grandes conquistas alcanzadas por la teoría general del proceso en los últimos tiempos, primeramente bajo la dirección de los jurisconsultos alemanes y posteriormente por la ciencia jurídica italiana, que ha trascendido a los procesalistas españoles e hispanoamericanos; y por otra parte, la aparición de una nueva disciplina procesal: “El Derecho Procesal Constitucional” permiten encauzar el amparo hacia su plena reivindicación procesal, aspecto que ha ocupado hasta la fecha un lugar secundario, pero que promete un gran florecimiento, eliminando los obstáculos que impiden una consciente y necesaria reforma de la legislación de amparo”.

“CUARTO. Dentro de la clasificación del proceso en razón de su materia, el amparo debe considerarse formando parte

336 La polémica aparece en los periódicos *Excelsior* del 7 de junio y *El Heraldo* de 2 y 5 de julio, todos de 1968; citado por Héctor Fix-Zamudio, en su estudio “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, *op. cit.*, p. 426, notas 2 a 4.

337 *Op. ult. cit.*, p. 431.

del Derecho Procesal Constitucional, el cual, por virtud de la categoría de normas que garantiza, que son las fundamentales del ordenamiento jurídico, entra plenamente dentro del sector inquisitorio del derecho procesal, toda vez que la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes tanto sobre el objeto del litigio como sobre el material probatorio, el predominio de la verdad material sobre la formal, y la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento”.

“QUINTA. La falta de sistematización de una materia tan novedosa, como lo es la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, cuya consolidación debe situarse en el año de 1928, en el cual el profesor Hans Kelsen publicó un fundamental trabajo sobre la misma, hace necesario precisar conceptos, para lo cual debe hacerse la distinción, dentro del género de la Defensa Constitucional de dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente: por un lado deben situarse aquéllas que sirven de protección a las disposiciones supremas, que tienen un carácter preventivo o preservativo y, por otro, a las de naturaleza procesal o “justicia formal”, que garantizan la constitución de manera represiva y reparadora. Estas últimas constituyen las “Garantías de la Constitución”.

Hasta aquí el resumen de la trascendental postura doctrinal de Fix-Zamudio que elaboró en su tesis para obtener el grado de licenciado en derecho en el año de 1955, cuyos capítulos se publicaron parcialmente en distintas revistas al año siguiente. Como puede apreciarse, representa el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional, entendida como disciplina autónoma procesal.

El origen científico del derecho procesal, como hemos tratado de exponer a lo largo del presente estudio, inicia con el trascendente estudio de Kelsen en 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la constitución. Este ensayo que impactó a la concepción misma del derecho, constituye la base sobre la cual la corriente científica

procesal encontraría sustento, por lo que puede considerarse a Kelsen como el precursor de la disciplina. Sin embargo, el desarrollo desde la corriente del procesalismo científico se debió a las aportaciones de Eduardo J. Couture (1946-48), Piero Calamandrei (1950-55) y Mauro Cappelletti (1955). Estos autores desde distintas perspectivas estudiaron las categorías procesales vinculadas a la Constitución, especialmente “el debido proceso”, las nuevas “jurisdicciones constitucionales” así como los “procesos constitucionales” que se habían creado. Y es Alcalá-Zamora y Castillo (1944-47), como acertadamente ha puesto de relieve recientemente el destacado jurista peruano Domingo García Belaunde, el que por vez primera vislumbra la “disciplina científica” y le otorga nombre. Faltaba, sin embargo, la configuración conceptual y sistemática, realizada por Héctor Fix-Zamudio (1955-56), a manera de último eslabón de construcción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Es precisamente con la clara postura doctrinal de Fix-Zamudio donde el derecho procesal constitucional se termina de configurar “como ciencia”, debido a que:

- 1) Parte del reconocimiento de la “falta de sistematización” de la ciencia del derecho procesal constitucional.
- 2) La incardina en la ciencia procesal a manera de una de sus ramas y como consecuencia natural de la evolución que han experimentado las demás ramas procesales. Si bien Alcalá-Zamora y Castillo lo había puntualizado con anterioridad, es Fix-Zamudio el que lo sustenta científicamente.
- 3) Acepta la teoría de la unidad de la ciencia procesal, aclarando que existe diversidad de procesos y multiplicidad de procedimientos.
- 4) Clasifica las diversas ramas procesales teniendo en cuenta el objeto de sus normas y encontrando la naturaleza propia del derecho procesal constitucional.

- 5) Ubica al derecho procesal constitucional dentro de las disciplinas que comprenden el sector inquisitorio del derecho procesal. Entiende que debido a la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes del objeto del litigio como del material probatorio y predomina la verdad material sobre la formal, así como la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento.
  
- 6) Para determinar el objeto de estudio del derecho procesal constitucional, realiza un planteamiento integral de la defensa de la constitución.
  
- 7) Partiendo de la connotación genérica de la defensa constitucional, distingue entre sus especies dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente. Por una parte las que denomina “Protección Constitucional” que protegen las disposiciones supremas teniendo un carácter preventivo o preservativo. Las segundas, que denomina “Garantías Constitucionales” se integran por los instrumentos procesales que garantizan la constitución de manera represiva y reparadora.
  
- 8) Delimita el estudio entre la ciencia constitucional y la procesal, puntualizando que las primeras pertenecen al campo del derecho constitucional, derecho político o teoría del estado; mientras que las segundas constituyen objeto de estudio del derecho procesal constitucional.
  
- 9) Estudia las diversas connotaciones que desde el derecho público se le han atribuido al vocablo “garantías”, para deducir que la concepción contemporánea de las “garantías constitucionales” se dirige a su significación como instrumentos de protección y no en su dimensión de derechos fundamentales. Esto lo lleva a distinguir, por tanto, las “Garantías Fundamentales” de las “Garantías de la Constitución”, entendiendo estos últimos como los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales.

10) Distingue tres especies de “Garantías de la Constitución”: política, judicial y jurisdiccional, que producen los tres sistemas existentes en la defensa de la Constitución.

11) Estudia el por qué la “garantía jurisdiccional” es el que ofrece mayores ventajas.

12) Se establece por primera vez un concepto del derecho procesal constitucional, entendida como la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o exista incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido.

13) Establece el contenido del derecho procesal constitucional mexicano, identificando las garantías constitucionales establecidas en su ley fundamental.

14) Para definir el “proceso constitucional” se parte de la naturaleza jurídica y fines mismos del “proceso”, como una de las categorías fundamentales de la ciencia procesal. Para ello se emprende el análisis de las diversas teorías desde la corriente del procesalismo científico.

15) Define al proceso como el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que implica la vinculación de las partes con el juzgador y que desenvuelve a través de una serie de situaciones jurídicas que se van sucediendo según las partes actúen en relación con las expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas que les son atribuidas.

16) Se distingue entre los fines de las pretensiones de las partes (protección de los derechos subjetivos), de la jurisdicción (actuación del derecho objetivo) y de los fines propios del

proceso, que pueden ser inmediatos (composición del litigio) o mediatos (restaurar el orden jurídico violado).

17) Definiendo el proceso y sus fines, llega al entendimiento de que la institución del “amparo” es un “proceso” que merece la calificación de “constitucional” por su doble vinculación con la Ley Fundamental, debido a que su objeto lo constituyen precisamente las normas constitucionales, ya sea directamente o a través del control de legalidad, y además porque su configuración se encuentra en los propios preceptos fundamentales.

18) Analiza las particularidades del “proceso constitucional de amparo”, donde advierte que existe una “acción constitucional” y una “jurisdicción constitucional”.

19) Advierte la triple naturaleza del proceso de amparo mexicano: como un verdadero amparo (en su concepción original para la protección de los derechos fundamentales), como un “recurso de casación” (amparo-casación) y como un “recurso de inconstitucionalidad” (amparo contra leyes).

20) Analiza la problemática derivada de la compleja competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al actuar como Tribunal Constitucional, Corte de Casación, Tribunal Supremo Administrativo y Tribunal de Conflictos.

Debe tenerse presente que este planteamiento sistemático e integral de la ciencia del derecho procesal constitucional se realizó por Fix-Zamudio en 1955, cuando todavía no iniciaba funciones la Corte Constitucional italiana y la alemana se encontraba en sus primeros trazos. Es por ello que si bien algunos planteamientos pueden verse superados o redimensionados a la luz del desarrollo contemporáneo que han experimentado las magistraturas constitucionales en sus diversas modalidades, el planteamiento teórico relativo a su definición conceptual y sistemática como disciplina autónoma procesal sigue vigente. En esa dimensión debemos de valorar esa joya de ensayo del hoy Investigador

Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y replantear su significación histórica ahora que los estudiosos escudriñan el nacimiento científico de la disciplina del derecho procesal constitucional.

Esta postura es la que, con algunos matices y desarrollos posteriores, ha defendido el profesor mexicano a lo largo de sus cincuenta años fructíferos de investigación jurídica, como se puede apreciar en las últimas ediciones de sus trascendentales libros sobre *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*,<sup>338</sup> *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona)<sup>339</sup> e *Introducción al derecho procesal constitucional*.<sup>340</sup>

Desde hace medio siglo comenzaron sus enseñanzas sobre el derecho procesal constitucional, que se refleja directa o indirectamente en todos sus libros y donde se puede apreciar distintas etapas en la evolución de su pensamiento: *El juicio de amparo*,<sup>341</sup> *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*,<sup>342</sup> *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*,<sup>343</sup> *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*,<sup>344</sup> *Metodología, docencia e investigación jurídicas*,<sup>345</sup> *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*,<sup>346</sup> *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*,<sup>347</sup> *Protección jurídica de los Derechos Humanos. Estudios comparativos*,<sup>348</sup> *Ensayos sobre el derecho de amparo*,<sup>349</sup> *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*,<sup>350</sup> *El*

338 México, Porrúa-UNAM, 3ª ed., 2005. (1ª ed., 1994, 2ª ed. 1998)

339 México, Porrúa-UNAM, 5ª ed., 2007. (1ª ed. 1999, 2ª ed. 2001, 3ª ed. 2003 y 4ª ed. 2005).

340 Querétaro, Fundap, 2002.

341 México, Porrúa, 1964.

342 México, UNAM, 1968.

343 México, UNAM, 1974.

344 México, UNAM, 1980. (2ª ed., UNAM-Porrúa, 1985).

345 México, Porrúa-UNAM, 14ª ed., 2007. (1ª ed. UNAM, 1981).

346 Madrid, Civitas-UNAM, 1982.

347 México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988.

348 México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991

349 México, Porrúa-UNAM, 3ª ed. 2003. (1ª ed. UNAM, 1993, 2ª ed. Porrúa-UNAM, 1999).

350 México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2ª ed., 2001. (1ª ed. 1993, reimpresión 1997).

*poder judicial en el ordenamiento mexicano*,<sup>351</sup> *El consejo de la judicatura*,<sup>352</sup> *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*<sup>353</sup> *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*<sup>354</sup> *Derecho procesal*.<sup>355</sup>

### **XIII. Epílogo**

El derecho procesal constitucional comprende dos realidades. Por un lado su análisis histórico social y por otro su estudio científico.

El primero se refiere a los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como en general las distintas jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos procesales en las diversas épocas y sistemas jurídicos. Así se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las “fuentes históricas” de la disciplina sean legislativas, jurisprudenciales o ideológicas.

En cambio, el origen científico del derecho procesal constitucional se ubica entre los años de 1928 y 1956. En este periodo se advierten cuatro etapas concatenando las contribuciones de insignes juristas, hasta llegar a su conformación científica:

**I. Precursora (1928-1942).** Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo también el fundador de la escuela de Viena realiza uno

351 Con José Ramón Cossío, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpresión, 2003 (1ª ed. 1996).

352 Con Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 1996.

353 México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2ª ed., 1999.

354 México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal, 1995.

355 Con José Ovalle Favela, México, UNAM, 1991 (2ª ed., 1993).

de los primeros estudios de corte comparativo entre los sistemas de control austriaco y americano (1942).

**II. Descubrimiento procesal (1944-47).** El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-45) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación.

**III. Desarrollo dogmático procesal (1946-55).** Etapa en la cual desde el mejor procesalismo científico se realizan importantes contribuciones acercando su disciplina a la tendencia del constitucionalismo de la época. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por Couture (1946-48) y del estudio dogmático de la jurisdicción y de los procesos constitucionales a través de las colaboraciones de Calamandrei (1950-56) y Cappelletti (1955).

**IV.- Definición conceptual y sistemática (1955-56).** El último eslabón constituye su configuración científica como disciplina procesal. La realiza Fix-Zamudio en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Esta verdadera “joya” de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico. En otras palabras, constituye el primer ensayo cuyo objeto de análisis es la “disciplina científica” como tal y no algunos aspectos aislados de su contenido.

La postura teórica de Fix-Zamudio tardó en darse a conocer. Probablemente debido a que su inicial trabajo de 1955, que constituye su tesis de licenciatura, apareció en publicaciones

dispersas en 1956 siendo hasta 1964 cuando se publica íntegra junto con otros estudios en su libro *El Juicio de Amparo*. En los siguientes años los rumbos en el análisis científico de la jurisdicción y procesos constitucionales se encaminaron bajo la ciencia constitucional, no obstante que en Italia los procesalistas iniciaron su estudio dogmático a partir de la Constitución de 1947 hasta los primeros años de funcionamiento de la *Corte Costituzionale*.<sup>356</sup> ¿Por qué razón los procesalistas se apartaron de su estudio? Es una respuesta que debería ser analizada con detenimiento y materia de un diverso ensayo.

Esta tendencia se ha mantenido en el viejo continente. Salvo excepciones, pareciera que el estudio sistemático de los procesos, jurisdicción y órganos de naturaleza constitucionales se encuentra (auto) vedado para los procesalistas, debido a su anclaje como parcela del derecho constitucional. Si bien existe una tendencia para estudiar algún proceso constitucional en particular o uno de sus componentes, siguen resultando escasos los estudios integrales del derecho procesal constitucional como corriente del procesalismo científico contemporáneo. En Europa ha predominado la visión constitucionalista bajo la denominación “justicia constitucional”. Sin embargo, se ha utilizado también la expresión “derecho procesal constitucional” aunque con muy diversos significados y algunas veces como sinónimo de aquella, siendo pocos los casos que le dan la significación dentro de la corriente procesal, como ha sucedido en España, con procesalistas como Jesús González Pérez, José Almagro Nosete, Víctor Fairén Guillén y María del Calvo Sánchez. En otros países se le dan connotaciones diversas a la expresión, como en ALEMANIA: Michael Sachs, Christian Hillgruber, Christoph Goos, C. F. Müller, Roland Fleury, Ernet Benda, Hubertus Gerdsdorf y Christian Pestalozza; en ITALIA: Gustavo Zagrebelsky, Alessandro

---

356 Especialmente por los procesalistas en materia civil. Así lo advertía Alcalá-Zamora y Castillo. Cfr: “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, en AA.VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en p. 278.

Pizzorusso, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Marilisa D'Amico y Antonio Spadaro; o bien en PORTUGAL: Jose Joaquim Gomes Canotilho, Guilherme da Fonseca, Inês Domingos y Jorge Miranda.<sup>357</sup>

En Latinoamérica, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación. Curiosamente por dos constitucionalistas: Domingo García Belaunde y Néstor Pedro Sagüés. El primero en Perú, al advertir la existencia de la disciplina cuando emprende un análisis sobre el hábeas corpus en su país (1971);<sup>358</sup> y el segundo en Argentina, al estudiar la institución del amparo (1979).<sup>359</sup> En la década de los ochenta y noventa desarrollan su contenido aceptando implícita o directamente la postura inicial de Fix-Zamudio de 1955-56, sobre su autonomía procesal. A través de importantes publicaciones, organización de seminarios, congresos, conferencias y enseñanza universitaria, dan a conocer la disciplina y han contribuido de manera importante en su desarrollo científico.

Domingo García Belaunde si bien discrepa en cuanto al contenido que en los años sucesivos le ha otorgado Fix-Zamudio relativo a la distinción con otra rama limítrofe que denomina “derecho constitucional procesal”, lo cierto es que acepta sin ambages y defiende con argumentos sólidos y propios la postura esencial del jurista mexicano: la naturaleza procesal de la disciplina.<sup>360</sup> Por su parte, Néstor Pedro Sagüés también acoge la vertiente procesal del derecho procesal constitucional y acepta a su vez la confluencia del “derecho constitucional procesal” como materia

357 Véase *supra*, la bibliografía citada en el epígrafe IV: “Hacia la consolidación de una nueva disciplina autónoma”.

358 *El hábeas corpus interpretado*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971, p. 21.

359 *Ley de Amparo: comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 64.

360 *Cfr.*, entre otros, “El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, *op. cit.*; así como su libro *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, *passim*.

de la ciencia constitucional, si bien advierte “mutaciones y zonas comunes” que conlleva la posibilidad del análisis “mixto” de los institutos.<sup>361</sup>

Estos forjadores de segunda generación se han convertido en genuinos embajadores del derecho procesal constitucional a lo largo y ancho de Latinoamérica. Han formado “escuela” en sus respectivos países y en general en nuestro continente. Esto ha llevado incluso a la formación de institutos o asociaciones científicas como el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, cuyo presidente es Sagüés y uno de sus vicepresidentes García Belaunde.

Por supuesto que al lado de ellos han destacado importantes juristas latinoamericanos que aceptan la corriente científica del derecho procesal constitucional con diversos matices y contenidos, con importante obra escrita como Osvaldo Alfredo Gozaíni (Argentina), Humberto Nogueira Alcalá (Chile) y Rubén Hernández Valle (Costa Rica). Asimismo, debe también destacarse los siguientes autores: ARGENTINA: Víctor Bazán, Enrique A. Carelli, Juan Carlos Hitters, Fernando M. Machado, Pablo Luis Manili, Mario Masciottra, Adolfo Rivas, Sofía Sagüés y María Mercedes Serra. BOLIVIA: Jorge Asbun, René Baldivieso, José Decker y José Antonio Rivera Santivañez. BRASIL: Marcelo Cantonni de Oliveira, Paulo Roberto de Gouveia Medina, Paulo Hamilton Siqueira Junior, José Alfredo de Oliveira Baracho, Marcus Orione Gonçalves Correia, Gustavo Rabay Guerra, Roberto Rosas y Willis Santiago Guerra Filho. CHILE: Andrés Bordalí Salamanca, Juan Colombo Campbell, Alfonso Perramont y Francisco Zúñiga. COLOMBIA: Anita Giacomette Ferrer, Javier Henao Hidrón y Ernesto Rey Cantor. MÉXICO: Gumesindo García Morelos, Raymundo Gil Rendón, Manlio F. Casarín y César Astudillo (México). NICARAGUA: Iván Escobar Fornos. PANAMÁ: Boris Barrios, Rigoberto González Montenegro y Sebastián

<sup>361</sup> Cfr: el tomo I de su obra *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, op. cit., pp. 3-6.

Rodríguez Robles; y PERÚ: Samuel B. Abad, Edgar Carpio, Susana Castañeda, Luis Castillo Córdova, Francisco J. Eguiguren, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, César Landa, José Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, Elvito A. Rodríguez Domínguez y Luis R. Sáenz Dávalos. Sólo por mencionar los que tienen obra escrita, enseñan la disciplina y que decididamente han contribuido significativamente a su consolidación.<sup>362</sup>

Hace más de medio siglo Héctor Fix-Zamudio advertía el amanecer de una nueva disciplina procesal, que prometía un florecimiento inusitado por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguarda de las constituciones democráticas. Hoy el Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM tiene la satisfacción de haber contribuido en su formación y ahora contemplar a medio día los rayos luminosos de ese sol esplendoroso de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.

---

<sup>362</sup> Véase *supra*, la bibliografía citada en el epígrafe IV: “Hacia la consolidación de una nueva disciplina autónoma”.

**ESTADO DE DERECHO,  
ESTADO SOCIAL  
DE DERECHO,  
DERECHOS HUMANOS  
Y  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES**



# **EL ESTADO Y LA NACION EN LA CONSTITUCION NICARAGUENSE ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

ALEJANDRO SERRANO CALDERA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. El Estado y la Nación en la Constitución Nicaragüense. II. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. III. Bibliografía.

## **I. El Estado y la Nación en la Constitución Nicaragüense.**

De conformidad a las características del presente trabajo, nos limitaremos a una idea general del Estado-Nación nicaragüense a partir de la consideración de algunos aspectos fundamentales: el concepto de Nación, el de Estado, Estado de Derecho y el de Estado Social de Derecho.

Establecidos los límites y alcances, pasemos a continuación a considerar cada uno de los temas señalados.

---

<sup>1</sup> Jurista, filósofo y escritor nicaragüense. Profesor Titular de Cátedras de Grado y Maestrías en Nicaragua y Profesor Visitante en Universidades de América Latina, Europa y Estados Unidos. Director General del Instituto de Ética, Valores y Desarrollo de la Universidad Americana, UAM. Ha sido Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Rector de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, UNAN-Managua, Presidente del Consejo Nacional de Universidades, CNU y Presidente del Consejo Superior Universitario Centroamericano, CSUCA. Embajador en Francia, ante la UNESCO y ante la ONU. Es autor de 23 libros y ha participado en numerosos libros colectivos y enciclopedias.

El Artículo 130 de la Constitución Política, primer párrafo, dice literalmente que 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”.

En esta disposición constitucional encontramos una serie de términos cuyos conceptos y alcance es preciso esclarecer.

En primer lugar del concepto de Nación. Aunque ni la Constitución, ni ningún otro cuerpo de leyes definen el concepto Nación, creo importante señalar que este concepto, al igual que el espíritu general de la Constitución ha estado inspirado en el pensamiento de la Ilustración y de las revoluciones europeas, la Inglesa en 1688 y la Francesa en 1789 y de su Constitución Política de 1791. No puede dejar de mencionarse la influencia de la revolución de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1776 y de su Constitución Política de 1787.

En cuanto a las raíces filosóficas y jurídicas del concepto de Nación en el constitucionalismo moderno, esto incluye al latinoamericano y al nicaragüense, en particular, habría que mencionar el pensamiento de Emmanuel Sieges (1747-1836) quien a partir de sus reflexiones sobre el Tercer Estado, en la primera fase de la Revolución Francesa, identifica este Tercer Estado con un concepto de Nación fundado sobre principios nuevos.

En la base de estos nuevos principios está la voluntad de agruparse bajo objetivos comunes, la que confiere a esta asociación el sentido de unidad, que en medio de las diferencias constituye el plano de coincidencias necesarias para formar una Nación.

Además del pensamiento de la Ilustración y de la filosofía del liberalismo democrático europeo, habría que mencionar el pensamiento de los filósofos y poetas del Idealismo Alemán, Fichte, Hegel, Schelling, Holderlin y otros, advirtiendo, por supuesto, los excesos a los que fue llevado por el nazi fascismo. No obstante,

no puede ignorarse que mucho de sus ideas ha sobrevivido en el constitucionalismo mundial contemporáneo.

Fichte, (1762-1814) en sus Discursos a la Nación Alemana, dictadas en la Academia de Berlín en los meses de diciembre 1807, enero y febrero de 1808, parte de asumir el concepto de pueblo como equivalente al de unidad de destino. Una Nación es un destino que se cumple sumando las visiones y acciones de las diferentes generaciones que se suceden a través de la historia. Es la integración de los múltiples proyectos, encadenados unos a otros para dar respuesta a cada situación histórica particular, dentro de una visión de conjunto que engloba y justifica a todos y a cada uno de ellos, siempre que respondan a ese ideal supremo de Nación.

Jorge Federico Guillermo Hegel, (1770-1831) identifica este destino en el concepto de Estado-Nación en el que se resuelven armoniosamente los conflictos de la sociedad. El Estado es mucho más que esa estructura de poderes a la vez independientes e interrelacionados, para transformarse en la encarnación del destino nacional, máxima expresión del espíritu de un pueblo y de la racionalidad suprema.

El concepto de Nación del constitucionalismo latinoamericano y nicaragüense, está influenciado por esa tradición que tienen sus raíces filosóficas en la ideología de las democracias liberales, europeas y norteamericanas y en el Idealismo Alemán. Aunque las fuentes directas no hayan sido los textos de los filósofos alemanes, sino más bien su expresión jurídica incorporada al constitucionalismo occidental.

Así pues la Nación viene considerada como pueblo. El pueblo como una pluralidad de expresiones que resuelve sus diferencias en una unidad superior, en un destino nacional.

Dos ejes principales nos sirven de soporte para construir el concepto de Nación: uno de ellos, la historia que recurre al pasado en el que convergen cultura, tradiciones, religión, etnias, lenguas,

las que, comunes o diferentes, según los casos, confluyen en una síntesis a través de la cual se expresa eso que se ha denominado el espíritu nacional. El otro, el proyecto o propuesta de un futuro por el cual se definen los objetivos de una comunidad para el porvenir y la estrategia para alcanzarlos.

A estos dos elementos que agrupados forman los dos ejes principales a los que nos hemos referido, habría que agregarle una condición esencial; esos elementos se encuentran en actividad, es decir, en un estado dinámico determinado por dos fuerzas: una centrípeta que atrae hacia dentro, hacia el centro o raíz de la historia en donde radican los orígenes comunes de la nacionalidad, la otra centrífuga, que es atraída hacia fuera, hacia el futuro concebido como proyecto. Si faltan esas dos fuerzas que imantan el presente hacia el pasado en busca de los orígenes y las raíces; y hacia el futuro, en busca del proyecto común, de la propuesta histórica, la Nación se debilita y corre el riesgo de desintegrarse.

Aunque oficialmente el constitucionalismo occidental ha reconocido la paternidad del concepto de Nación en el liberalismo europeo y norteamericano, lo cierto es que la influencia del Romanticismo o Idealismo Alemán está presente, aunque en América Latina la corriente Romántica, la de Sarmiento, Alberdi y otros, en la educación, la historia y el derecho han prescindido del pasado, que fue punto de referencia esencial en el Romanticismo Europeo, y principalmente en la Escuela Histórica Alemana de Scheller, Schlegel y Savigny.

Esa doble orfandad, la de la conciencia del pasado y la de la voluntad del futuro, ha hecho muy frágil la realidad de la Nación en la historia de los países de América Latina en general, y de Nicaragua en particular.

El Artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua establece como principio de la Nación nicaragüense, “La libertad, la justicia, el respaldo a la dignidad de la persona humana, el pluralismo

político, social y étnico, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la autodeterminación”.

En esta enumeración de principios se incorporan aspectos que no corresponden al concepto de Nación como son los de reconocimientos a las diferentes formas de propiedad y libre cooperación internacional. Ellos, en todo caso, podrían ser principios del Estado nicaragüense que presupone una organización territorial y un ordenamiento jurídico mediante el cual se ejerce la soberanía cuyo depositario es el pueblo.

En cuanto a la libertad y la justicia, estas pueden estar referidas a la Nación, pero no como principios, pues, si no existiesen como principios por estar violentados, restringidos o anulados, la Nación existiría o desaparecería ante la inexistencia o desaparición de sus principios. Y es bien sabido que la Nación existe, aunque el pueblo que la encarna esté sojuzgado y por lo tanto carezca de libertad y padezca una injusticia, siempre y cuando estén presentes los elementos que conforman a la Nación y que ya hemos estudiado: la existencia de un pueblo, de un pasado en el cual se reconozcan los orígenes y la identidad, y de un proyecto asumido como futuro posible

En cuanto al pluralismo, el político y social, más que un principio de la Nación, es un principio de la democracia, entendida como sistema o régimen político. En cuanto, al pluralismo étnico, este si debe ser considerado como un principio, habida cuenta de la pluralidad étnica, y además, lingüística, religiosa y cultural del pueblo nicaragüense, particularmente en lo que se refiere a las diferencias existentes entre la población de la Costa del Pacífico y de la Costa Atlántica. Además, el Artículo 8 de la Constitución establece que Nicaragua es de naturaleza multiétnica... En términos generales las naciones pueden estar formadas por una sola etnia o por varias, siempre que en ambos casos tengan un proyecto histórico común, en el que todas las etnias se sientan copartícipes.

## II. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho.

Como ya dijimos el Artículo 130 de la Constitución establece que “La Nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho”, sin proporcionar ni el concepto ni el significado de este.

Siguiendo el método que hemos adoptado, procederemos primero mediante el análisis de los diferentes componentes de la definición, para luego retomarlos en la síntesis correspondiente. De esta forma, analizaremos los conceptos de Estado, Estado de Derecho y Estado Social de Derecho.

Establecido lo anterior comencemos tratando de precisar el concepto de Estado.

El Artículo 6 de la Constitución dice: “Nicaragua es un Estado independiente, libre, soberano, unitario e indivisible”.

La independencia se refiere al hecho que el Estado, al menos formalmente, no depende de otro. El concepto de libertad, debe entenderse como una manifestación de la voluntad general de mantener la independencia o de restringirla o anularla, siempre que esa decisión provenga de una voluntad libremente expresada. Nuestra Constitución separa con una coma los conceptos independiente y libre referidos al Estado. Un ejemplo puede ayudarnos a comprender mejor, al menos conceptualmente, cómo un Estado puede ser libre sin ser independiente. Es el caso de Puerto Rico que se define como Estado Libre Asociado. La figura jurídica hace referencia a la Asociación a los Estados Unidos de América en virtud de la decisión libre del pueblo puertorriqueño, el que mediante referéndum expresa su voluntad general para mantener ese estatus.

La soberanía es la categoría formal más importante del Estado-Nación. Soberanía significa supremacía; poder soberano, poder supremo. La fuente originaria de la soberanía es el pueblo,

su expresión formal es el sistema legal y, especialmente, la Constitución Política. Soberanía significa, pues, poder supremo; es decir, que por encima del poder legalmente constituido no existe ningún otro. Este poder soberano, de acuerdo al Artículo 7 de las Constitución se ejercita en las potestades que corresponden a cada uno de los cuatro Poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, como órganos de Gobierno del Estado republicano nicaragüense.

El concepto unitario se refiere a una de las formas de organización del Estado. Las otras son el Estado Federado y el Estado Confederado. El carácter unitario, como su nombre lo indica, significa que existe un solo Estado sobre el territorio nacional, y una legislación de carácter nacional en cualquiera de sus dominios específicos, a diferencia de los Estados Federados compuestos por la existencia de varios Estados sobre un mismo territorio, lo que implica la existencia de poderes estatales y poderes nacionales; lo mismo que la existencia de legislaciones estatales, para cada Estado en particular y legislación nacional común para todos los Estados, encabezada por la Constitución Política. En el sistema unitario, existe el Gobierno Nacional y los Gobiernos Municipales y Locales, sin que esta organización afecte a la estructura unitaria del Gobierno ni del Estado.

El carácter de individualidad hace referencia a la integridad territorial y a la universalidad del ordenamiento jurídico, términos ambos que quedan subsumidos en el concepto de soberanía.

El Artículo 7 de la Constitución dice: “Nicaragua es una república democrática, participativa y representativa. Son órganos del Gobierno: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Electoral”.

La calificación de Nicaragua como República, hace referencia a un régimen político específico, el republicano, que a su vez se refiere a sistema político determinado, el Presidencial, en el que el Presidente de la República, es elegido por sufragio universal

directo o indirecto, según el país de que se trate, y es al mismo tiempo el Jefe del Estado y del Gobierno, a diferencia de las Monarquías constitucionales parlamentarias, en donde el Monarca es Jefe de Estado y su cargo y rango no es electivo, en tanto que el cargo de Jefe de Gobierno, que es una autoridad diferente a la del Jefe del Estado, al igual que los miembros del Parlamento son cargos electivos. Al régimen Republicano, corresponde el sistema político presidencial. Por el momento nos limitamos a estos comentarios generales sobre este punto.

En cuanto a la clasificación de la democracia en representativa y participativa, ella hace referencia a las dos expresiones clásicas que asume la Democracia en el Derecho Político Moderno.

La democracia representativa está en relación con los aspectos formales de estos: independencia de poderes del Estado, elecciones periódicas, Estado de Derecho. Por lo que hace a la democracia participativa, ésta se refiere principalmente, al acceso de la población a los bienes culturales, espirituales y materiales, a los derechos sociales, al reconocimiento de los grupos sociales como sujetos de derecho y a los mecanismos de organización y participación de la sociedad civil en la construcción de la vida nacional. El concepto de democracia participativa está ligado al concepto de Estado Social de Derecho como veremos más adelante.

Volvamos al concepto de Estado. El Estado se ha definido como la organización jurídica y política de la Nación. Su concepto se ha construido a partir de los elementos que lo integran: población, territorio, orden jurídico y soberanía.

Para Hans Kelsen el orden jurídico es el elemento esencial, al extremo de definir los demás en función del orden jurídico o derecho normativo. En este sentido define la población como el ámbito personal de aplicación del orden jurídico, al territorio como el ámbito de aplicación material de ese ordenamiento y a la soberanía, como el poder supremo del Estado de aplicar el derecho positivo interno sobre la población que habita el territorio.

Kelsen es conocido, principalmente, por la Teoría Pura del Derecho y la Teoría de la Identidad. Mediante la primera sostiene que el Derecho es un sistema de normas jurídicas coercitivas que se confieren recíprocamente su validez formal mediante una determinada organización jerárquica de la norma jurídica, la pirámide, en cuyo vértice se encuentra la Constitución. Ningún otro factor que no sea el estrictamente normativo debe considerarse en relación al derecho. Para Kelsen el Derecho es siempre y únicamente, Derecho formalmente válido. Mediante la segunda, la Teoría de la Identidad, Kelsen sostiene que Derecho y Estado son dos realidades complementarias e indisolubles, pues el Derecho sólo existe dentro del Estado y en consecuencia todo acto jurídico es un acto del Estado, y todo acto del Estado, para ser tal, debe ser un acto jurídico, ocurrido dentro del sistema legal, pues de no ser así sería un acto de fuerza, la manifestación “del derecho de la fuerza” y no de “la fuerza del derecho.” Muy diferente este postulado Kelseniano, a la interpretación dada por el régimen nazi, que invirtiendo los términos llegó a sostener que todo acto del Estado es un acto jurídico, tratando de revestir de legalidad, los crímenes y atropellos cometidos.

Kelsen deja fuera de su teoría, por considerarlas metajurídica, es decir, más allá, o fuera del ámbito normativo, el único que reconoce, a la Teoría de los Valores o Axiología Jurídica y a la de las Fuentes Reales e Históricas del Derecho, como la propuesta por la Escuela Histórica del Derecho Alemán, cuyo principal expositor fue Federico Von Savigny.

En todo caso resulta claro, en mayor o menor grado, la relevancia que la organización jurídica tiene para el concepto de Estado, lo que no ocurre para el concepto de Nación.

Muy ligado a la influencia del Derecho en la conformación del concepto de Estado, surge el concepto de Estado de Derecho.

El Estado de Derecho nace con la Revolución Inglesa de 1688 y se universaliza con la Revolución Francesa de 1789, y la Revolución de Independencia de los Estados Unidos de 1776.

El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1791, define el Gobierno, como Gobierno de Leyes y no de hombres, dejando claramente establecida la sujeción del poder a la ley. En resumen podríamos decir en una primera aproximación al concepto, que el Estado de Derecho es la subordinación de todos, gobernantes y gobernados, al imperio de la Ley.

El constitucionalismo occidental moderno cuyo auge mayor se da en el siglo XIX con el gran desarrollo del Derecho Público Francés, establece, además, una serie de elementos que precisan este concepto de imperio de la ley. Resumiendo un poco, podríamos decir que estos principios, porque lo son en la medida en que sin ellos no hay Estado de Derecho, se presentan en la siguiente forma: Supremacía de la Constitución (la Constitución es la máxima norma jurídica a la cual debe ajustarse todo el sistema normativo nacional); Jerarquía de la Norma Jurídica (las normas entre sí observan un orden jerárquico): Constitución, leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos leyes, estatutos, reglamentos, ordenanzas. Una norma inferior no puede ir en contra de una superior; una norma de superior o igual rango y de fecha posterior, deroga a la norma anterior. Legalidad (ningún Poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario, tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución y las Leyes de República, Artículo 183 CN); Garantías al debido proceso (todo proceso tiene un carácter objetivo y general y se regirá por los mismos principios, Artículo 34 CN); Irretroactividad de la ley (la ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezca al reo: Artículo 38 CN); Derecho a la defensa (nadie puede ser condenado sin ser oído, numeral 4, Artículo 34 CN); Presunción de inocencia (toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario, numeral 1, Artículo 34 CN); entre otros.

Entre los principios fundamentales al Estado de Derecho hay que hacer referencia al Principio de legalidad, el cual, consiste en la obligación de ajustar todas las actuaciones de los poderes, órganos y funcionarios del Estado, a la Constitución y Leyes de la República.

En lo que respecta a las obligaciones propias del Poder Ejecutivo, el Principio de Legalidad, sostiene Garrido Falla, citado por Armando Rizo Oyanguren en su obra *Manual Elemental de Derecho Administrativo*, “No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del Poder Legislativo, lo cual viene de su postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del Poder Legislativo se concede, sino, asimismo, al respeto absoluto a la producción de las normas administrativas, al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, y finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictada por esa misma autoridad, o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia”<sup>2</sup>.

“Por lo tanto, sostiene Rizo, el ámbito de vigencia del Principio de la Legalidad de la actividad administrativa supone: 1) La sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general; 2) La sumisión de los órganos que dictan disposiciones generales, al ordenamiento jerárquico de las fuentes escritas del Derecho”<sup>3</sup>.

Julio Icaza Gallard, en su ensayo *El Estado de Derecho*, dice lo siguiente: “El Principio de Legalidad (...) aplicado a la administración, impone a las autoridades administrativas la obligación de ceñir todas sus decisiones a lo que se denomina bloque jurídico, esto es, al conjunto de reglas jurídicas preestablecidas, contenidas en la Constitución, las leyes formalmente aprobadas por la Asamblea Nacional, los decretos leyes y decretos del Presidente, los Tratados, los Reglamentos, las ordenanzas municipales y las demás fuentes no escritas del Derecho, incluyendo los principios generales que informan el ordenamiento jurídico”<sup>4</sup>.

---

2 Armando Rizo Oyanguren. *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria, UNAN. León, Nicaragua. 1992

3 Armando Rizo Oyanguren. Ob. cit.

4 Julio Icaza Gallard. *El Estado de Derecho*. Editorial Universitaria. UNAN-Managua, Nicaragua.

En nuestro sistema constitucional, el Principio de Legalidad está tutelado por los siguientes Artículos de la Constitución:

Artículo 32: “Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe”.

Artículo 33: “Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo a un procedimiento legal”.

Artículo 183: “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 República”.

Artículo 130: “Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que la que le confiere la Constitución y las leyes”.

Artículo 150: Numeral 1: “Son atribuciones del Presidente de la República las siguientes: 1) Cumplir la Constitución Política y las leyes, y hacer que los funcionarios bajo su dependencia también las cumplan”.

Otro de los principios que sirven de fundamento al Estado de Derecho es el de Responsabilidad del Estado mediante el cual, el propio Estado, como persona jurídica de derecho público, es responsable de sus actuaciones y no únicamente los funcionarios en virtud de los actos ilegales que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Armando Rizo Oyanguren, en la obra citada anteriormente, piensa que “Si bien es cierto que el concepto de soberanía es incompatible con la sumisión a una voluntad extraña o a limitaciones o restricciones que fueran impuestas por un poder exterior al Estado

mismo, no hay ningún inconveniente de principio que el propio Estado, auto limitándose, se imponga restricciones y obligaciones frente a los particulares y que se someta a las reglas de Derecho que él crea por su propia voluntad”.<sup>5</sup>

Julio Icaza Gallard, en el Ensayo ya mencionado, y refiriéndose a los alcances de nuestra Constitución, dice: “En conclusión, la responsabilidad del Estado en nuestro actual sistema jurídico está limitada a los actos de gestión del Estado, en el ámbito del Derecho Civil. En cuanto a los actos de imperio, de Derecho Público, la responsabilidad recae directamente en los funcionarios, excepto en los casos de expropiación, donde la ley exige previa indemnización”.<sup>6</sup>

Junto a estos principios está el Sistema de Recursos que hace efectiva la protección de los Derechos y Garantías Individuales, y el cual se considera necesario para la existencia del Estado de Derecho. Estos Recursos son Administrativo (Revisión y Apelación); Jurisdiccionales Ordinarios (Revisión, Reposición, Apelación); Jurisdiccionales Extraordinarios (Casación); Constitucionales Extraordinarios (Habeas Corpus, Amparo, Recurso de Inconstitucionalidad de la Ley, Contencioso-Administrativo).

En síntesis el Estado de Derecho significa la subordinación de la actividad del Estado y de los particulares a la ley. Como ya dijimos, la supeditación de todos, Gobernantes y Gobernados, al imperio de la ley.

Resulta claro de lo dicho, que el Estado de Derecho que surge de las Revoluciones Europeas, la democracia liberal y el Constitucionalismo moderno, tiene por objeto la limitación del poder público a la ley, como mecanismo de protección de los Derechos y Garantías Individuales.

---

5 Armando Rizo Oyanguren. Ob. cit.

6 Julio Icaza Gallard. Ob. cit.

Junto a la Supremacía de la Constitución, a la cual está sometido el Gobernante, debe destacarse como otro de los principios fundamentales, el de la Independencia de Poderes, establecido, precisamente para terminar con el poder omnimodo de las monarquías absolutas y evitar la autocracia como consecuencia de la concentración del poder. El Estado de Derecho, es pues fundamentalmente, el sistema jurídico protector del individuo frente al poder del Estado.

El Estado Social de Derecho es aquel que reconoce la titularidad jurídica de los grupos sociales, entendidos éstos como sujetos de Derecho, y la conveniencia sociológica de la participación de la sociedad civil en la construcción de la democracia política, económica y social. Tiene que ver directamente con el concepto y práctica de la democracia participativa. El Estado Social de Derecho es un concepto cuantitativo y cualitativamente más amplio que el concepto clásico de Estado de Derecho caracterizado, este último, entre otros, por dos rasgos principales: en primer lugar, la limitación al poder público y a la potestad del Estado por el Derecho, en beneficio de los Derechos y Garantías Individuales, y la tendencia a la juridificación de lo político. Es la formulación clásica de la democracia liberal.

Por ese primer rasgo, la protección jurídica a la persona frente al Estado, se opera, como ya dijimos, el control de las potestades estatales y el sometimiento del poder, cualquiera éste sea, a la ley. Es el imperio de la Ley.

En segundo lugar, lo que los tratadistas de Derecho Político han llamado la juridificación de lo político por el liberalismo. Es decir, la consideración del fenómeno político absorbido por el Derecho, o más preciso todavía, por el formalismo normativo del Derecho.

Pablo Lucas Verdú, en su *Curso de Derecho Político* dice: “La tradición liberal se encaminó, tanto en la línea del pensamiento (Locke, Montesquieu, Constant, Tocqueville, J.S. Mill), como en el Constitucionalismo escrito, a la configuración del poder político

dentro de unos cauces limitados que garantizaran la libertad, sea mediante instrumentos jurídico-formales (constitucionales escritos difícilmente reformables, separación de poderes). Sea subrayando la importancia de los grupos intermedios y de las minorías instruidas (Tocqueville, J.J. Mill), el liberalismo trazó la arquitectura de un Estado de Derecho dentro del cual los factores políticos sociales quedan casi volatilizados. En este sentido el objetivo de la juridificación de lo político, realizada por el liberalismo insiste, predominantemente, en las vertientes negativas, a saber: 1) limitar el poder monárquico; 2) despersonalizar y objetivar el Derecho; 3) asegurar un puesto director a las minorías cultas mediante el sistema representativo”.

“Como se ve, -continúa- la política se reconduce al cuadro del Estado de Derecho. Se configura y consolida el Derecho Constitucional liberal burgués en cuanto técnica protectora de la libertad y de la propiedad. Este Derecho intenta formalizar lo político, mediante los instrumentos racionalizados del Estado de Derecho, pero, como es sabido, el advenimiento de la sociedad de masas, la emocionalización de la vida política verificada por los partidos totalitarios y la agudización de la crisis económico-social, quebrantará las estructuras montadas por el liberalismo clásico”.<sup>7</sup>

Como testimonio de este fenómeno se mencionan las Constituciones de Querétaro, México, en 1917; Weimar, 1919; la Austriaca de 1920, la Española de 1931 y podría mencionarse la Constitución Política de Nicaragua de 1987 y su Reforma de 1995, en la que, a pesar del enunciado del Estado Social de Derecho, en el Artículo 130, coexisten principios del Clásico Estado de Derecho liberal, que es la parte predominante, al igual que están presentes principios del Estado Social de Derecho.

Elementos específicos de ese Estado Social de Derecho, los encontramos en el texto constitucional nicaragüense en el

---

<sup>7</sup> Pablo Lucas Verdú. *Curso de Derecho Político*. Volumen I. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España. 1992

Capítulo III que habla de los Derechos Sociales; en el Capítulo V, sobre los Derechos Laborales; en el Capítulo VI, sobre los Derechos de las Comunidades de la Costa Atlántica; el Título VI, Capítulo I, sobre la Economía Nacional; en el Capítulo II de ese mismo Título, sobre Reforma Agraria y en el Título VII, Educación y Cultura, Capítulo Único de manera particular en el Artículo 118 referente a la participación de la comunidad en la educación. En el Artículo 80 de la Constitución que establece que “El trabajo es un derecho y una responsabilidad social”, y en el Artículo 81 que expresa que “Los trabajadores tienen derecho de participar en la gestión de las empresas, por medio de sus organizaciones y de conformidad con la ley”.

J.A. González Casanova describe los componentes del Estado Social de Derecho, aplicados a la sociedad española.

En efecto al referirse al modelo de Estado que establece la Constitución española, expresa que ésta, “Consagra un modelo de Estado que, si bien en la presente fase histórica asume en parte el proyecto capitalista y su correlato de democracia limitada, no excluye, sino que implica imperativamente una progresiva democratización de la sociedad, una mayor participación de los ciudadanos en todos los aspectos de la vida colectiva y una transformación de las estructuras socioeconómicas. Todo ello mediante la utilización del ordenamiento jurídico al servicio y promoción de los derechos individuales y el respeto al principio de legalidad, clave del Estado de Derecho, y el de soberanía popular, ejercida a través del poder legislativo y de las cortes generales y de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas”.<sup>8</sup>

La Constitución de Nicaragua, a pesar de la definición categórica del Artículo 130 que adopta oficialmente el Estado Social de Derecho, como forma de Constitución de la Nación nicaragüense, no conforma ni en el texto constitucional, ni mucho menos en la realidad, una estructura institucional que corresponda a esa definición.

---

8 J.A. González Casanova. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Vicens-Vives. Barcelona, España. 1982. Pág. 461

Existen, ya lo hemos visto, elementos propios al Estado Social de Derecho, yuxtapuestos a las formas clásicas de la democracia liberal. Hay que reconocer la intención de los legisladores de dejarlo enunciado en el texto constitucional, pero la realidad es que el Estado nicaragüense, tanto en el contexto constitucional, como en la práctica, se acerca más, al modelo jurídico del Estado Liberal, que al del Estado Social de Derecho. No obstante, debe asumirse la definición del Artículo 130 constitucional, más que como un imperativo categórico que determina una realidad política y jurídica, como un objetivo a alcanzar, si la Teoría del Derecho y la voluntad política, se disponen a concretarlo en la realidad.

### III. Bibliografía

1. Alejandro Serrano Caldera. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, 2da. edición, editorial HISPAMER, Managua, Nicaragua, 2004.

----- *Razón, Derecho y Poder*, editorial HISPAMER, Managua, Nicaragua, 2004.

2. Armando Rizo Oyanguren. *Manual Elemental de Derecho Administrativo*, editorial Universitaria UNAN-León, Nicaragua, 1992.

3. *Constitución Política de la República de Nicaragua*, Centro de Derechos Constitucionales (CDC) Carlos Nuñez Téllez, Impresiones Helios, S.A. Managua, Nicaragua. 2007.

4. J.A. González Casanova. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, editorial Vicens-Vives, Barcelona, España, 1982.

5. Julio Icaza Gallard. *El Estado de Derecho*, editorial Universitaria, Managua, Nicaragua, 1993.

6. Pablo Lucas Verdú. *Curso de Derecho Político*, Volumen I, editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1992.



# LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA

SERGIO J. CUAREZMA TERÁN<sup>1</sup>  
FRANCISCO ENRÍQUEZ CABISTÁN<sup>2</sup>

*Agradecemos la oportunidad que se nos brinda para participar en esta obra en homenaje al Profesor Héctor Fix-Zamudio por sus 50 años de labor académica. El pensamiento del Profesor Fix-Zamudio ha influido en generaciones de juristas y estudiosos Latinoamericanos del área del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, en la búsqueda de un pensamiento tuitivo de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y su relación intrínseca con el Estado Social de Derecho y la aplicación justa y efectiva del Debido Proceso Legal.*

**SUMARIO:** I. Introducción II. Concepto y desarrollo de los Derechos Humanos. III. Derechos Humanos y Derechos

---

1 Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (<http://www.poderjudicial.gob.ni/magistradocuarezma>) y Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica ([www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)). Investigador Científico del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, España y del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Americana (UAM). E-mail: [cuarezma@hotmail.com](mailto:cuarezma@hotmail.com)

2 Profesor de Derecho Constitucional, e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Master en Acción Política y Participación Ciudadana en un Estado de Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, España. Investigador Científico de la *Due Process of Law Foundation* en Washington; y del *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA internacional), San José, Costa Rica. Abogado. Miembro de la *Academie Internationale de Droit Compare*.

Fundamentales. 1 Los derechos humanos. 1.1 Definición de Derechos Humanos. 1.2. Caracterización de los Derechos Humanos. 1.3. Clasificación de los Derechos Humanos. 2. Los derechos fundamentales. 2.1. Clasificación de los Derechos Fundamentales. 3. Ubicación sistemática de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales en el marco jurídico. 4. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales en nuestra Constitución Política. 5. El rol de los Derechos Humanos en el contexto de un Estado Social de Derecho y Democrático de Derecho. IV. Preguntas generales y Sistema de Protección de los Derechos Humanos. 1. ¿Dónde están los Derechos Humanos? ¿Qué posición tienen frente al Derecho Interno? 2. Sistema de Protección de los Derechos Humanos: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

## **I. Introducción**

El Estado para su existencia necesita reconocer la aplicación efectiva de un cuerpo normativo que garantice la aplicación de la ley, y el reconocimiento y tutela de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos van ligados muy estrechamente con el surgimiento del Derecho Constitucional contemporáneo y de que los Derechos Humanos nacen como consecuencia de la lucha del poder y su control (respeto a la ley), del respeto a las garantías del ser humano y un Estado que busque la satisfacción del bien común. El control de legalidad, pero también principios de oportunidad y razonabilidad hacen parte de lo que debe ser un Estado Social de Derecho. Este modelo de Estado se rodea de un pensamiento libertario de las revoluciones de Inglaterra de 1688, Estados Unidos de 1776 y de Francia de 1789. Todas ellas luchan por abolir regímenes autocráticos irrespetuosos de la dignidad humana. Se da lugar al nacimiento de dos ramas importantes en el Derecho Público: el Constitucional y el Administrativo.

El Derecho Constitucional viene a surgir como límite al poder y a sus gobernantes, a través del Estado de Derecho. La Constitución Política en este contexto se desarrolla como una carta de buenas intenciones respetada y seguida por los Estados y sus

ciudadanos, con una serie de garantías inherentes al individuo. El Estado (y sus funcionarios) se somete a la ley (Principio de Legalidad) como expresión soberana del pueblo, se reconoce la División de Poderes (como forma de frenos y contrapesos del poder absoluto), elecciones democráticas, reconocimiento de la dignidad humana, alternabilidad en el poder, soberanía y control ciudadano.

En cambio, el Derecho Administrativo regula más específicamente a la Administración Pública que nace mediante la tesis de la División de Poderes como un complejo orgánico dentro del seno del Poder Ejecutivo con actividades heterogéneas. Se logra estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus funcionarios (Caso Blanco de 1873), la noción del Servicio Público, el respeto a la propiedad privada y un Estado activo y participativo en las tomas de decisiones.

No obstante, el Estado de Derecho no cumplió su finalidad y ni la mayoría de postulados que ahí se plantearon, como lo son: el principio de igualdad, libertad, el respeto en base a la utilidad del derecho de propiedad y el cumplimiento del Estado de Derecho sin excepción alguna. Se replanteó así, la idea del modelo estatal abstencionista ahí establecido. La consecuencia fue una igualdad que se transformó en desigualdad, la libertad se transforma en vulneración a la misma, el derecho de propiedad era de pocos y se vuelve en un derecho sacrosanto, en palabras de Santi Romano, a tal punto que podían perderse los otros derechos menos el derecho de propiedad; y el Estado liberal se transforma en una expresión abstencionista de los burgueses<sup>3</sup>.

Frente a esto, se comienza a hablar de una crisis, conocida como la crisis del constitucionalismo clásico que tenía que solucionarse y que comienza a plantear la noción de que el Estado pase de

---

3 Cuarezma Terán Sergio J. y Enríquez Cabistán Francisco. *Aspectos Básicos sobre el Control Constitucional en Nicaragua*, en la obra colectiva: *Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional*, Centro de Estudio e Investigación Jurídica y Fundación Konrad Adenauer, Managua, 2006, p. 231.

ser no solamente de un ente que goza de legalidad (Estado de Derecho) sino que interviene, el Estado se transforma en un Estado Social de Derecho, invención política de Hermann Heller (1932) y económica de John Maynar Keynes (1929). Toda esta concepción intervencionista y preocupación social va hacer también retomada por la Iglesia Católica y sus encíclicas, como la *Rerum Novarum* (1890)<sup>4</sup>.

La crisis del constitucionalismo clásico, en donde, como hacemos mención, se establece el diseño del nuevo Estado, el Estado Social de Derecho, se pone al tapete además, la función social de la propiedad, que podía ser condicionada y limitada en base a la razón social o de utilidad pública (tesis del Derecho Condicionado creada por el jurista francés Leon Duguit); y el respeto al ordenamiento jurídico existente en base a una jerarquía de las normas, tesis que va a embanderar el jurista de Viena Hans Kelsen, una jerarquía de Normas Jurídicas en forma de pirámide y que tiene en la cúspide a la Constitución Política y como base, al principio de legalidad<sup>5</sup>. Esta premisa plantea la presencia indisoluble de los Derechos Humanos, dándole vida al sistema constitucional de los Estados, los que organizan su actividad alrededor de lineamientos del *ius naturalismo* que buscan el respeto a la dignidad humana y las leyes.

La esencia de los Estados democráticos y sociales de Derecho son los Derechos Humanos. El nexo genético entre el uno y el otro, exige el desarrollo real y efectivo de los Derechos Humanos y el cumplimiento del rol del Estado con una función pública garantista y respetuosa del bien común. El bien común debe ser entendido como el bien de todas las personas de una comunidad que logra ser satisfecho en gran medida por el Estado. Un Estado que busca que sus ciudadanos tengan dignidad, libertad de pensar y actuar en lo que éstos estimen conveniente.

---

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

## II. Concepto y desarrollo de los Derechos Humanos

Según el Profesor VÍCTOR RODRÍGUEZ<sup>6</sup>, la mayoría de las definiciones de “derechos humanos” hacen alguna referencia a un enfoque jurídico debido a que la propia denominación alude a la palabra “derecho”. Los derechos humanos atienden a un marco de protección de derechos pero también involucran situaciones o condiciones más allá de derechos que implican opciones reales para que *todas las personas, sin ningún tipo de discriminación*, tengan acceso a un *proyecto de vida digna*. Ese proyecto de vida digna supone el respeto y satisfacción de necesidades básicas como la salud, alimentación adecuada, acceso a todo tipo de servicios públicos y, de manera colectiva, a vivir con seguridad y libre de temores.

Los Derechos Humanos se han venido desarrollando con gran acierto en las legislaciones del mundo, sobre todo cuando se transforman en catálogo universal a seguir en 1948, fecha en que se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A partir de esta fecha, los Estados se han comprometido a cumplirlos sin objeción alguna. Pero los Derechos Humanos actuales no son los mismos que nacieron en 1948. Actualmente, ya no solo se hablan de los Derechos de Primera Generación (Individuales y políticos), sino que se han venido incluyendo otros derechos según los contextos políticos y económicos mundiales, tales como los Derechos de Segunda Generación (sociales, económicos y culturales) y de Tercera Generación (de medio ambiente de Constituciónología). Este desarrollo de los Derechos Humanos permite al Estado la tutela del ser humano. Este es el compromiso adquirido por la Constitución Política Nicaragüense. En los artículos 46 y 71 párrafo segundo de la Constitución Política (en adelante Cn) se refleja el compromiso internacional en materia de Derechos Humanos que Nicaragua ha suscrito desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y que se vuelve como un postulado programático que los Estados siguen y tratan de cumplir.

---

6 Ver Manual autoformativo sobre Derechos Humanos y acceso a la Justicia en Honduras, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008.

El Profesor ÁLVARO MOTTA NAVAS<sup>7</sup> es de la idea de que dichos “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”. Es decir, que dichas experiencias son propias de las democracias liberales que originan Constituciones Políticas comprometidas con el respeto a los derechos inherentes del ser humano. Esto refleja la madurez constitucional de nuestra Carta Magna de darle respeto a la Dignidad Humana, precepto que arranca y se desarrolla como compromiso adoptado por los Estados en materia de Tratados Internacionales.

El Estado tiene que dejar de ser un Estado espectador y ser participe social, económico y político de la vida del país, priorizando los derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas, de ahí la importancia de definir a los Derechos Humanos y distinguirlos de los Derechos Fundamentales, ya que tienden a confundirse en sus definiciones. En conclusión, en el caso concreto cualquier ciudadano a través del recurso de amparo puede detener la construcción de la rotonda para tutela de las necesidades fundamentales de la ciudadanía en base al servicio público de las instituciones. La Administración de Justicia en este sentido garantiza con la seguridad jurídica a los propios Derechos Humanos. La democracia así lo exige. El Estado tiene su fundamento en esta premisa constitucional que nos guía al cumplimiento del interés general de la nación basados en el bien común y en el propio ser humano.

### **III. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales**

Para el profesor VÍCTOR RODRÍGUEZ<sup>8</sup>, los derechos humanos, deben entenderse de una manera mucho más amplia e integral, porque además son un fenómeno en constante construcción y evolución.

7 Constitución Política y Derechos Humanos en la obra Colectiva: “A 21 años de Constitución Política: Vigencia y desafíos”, Instituto de Estudio en Investigación Jurídica (INEJ), 2008, página 89-93.

8 Ibidem.

No se pueden delimitar únicamente a un conjunto de derechos determinados, sino a una idea más comprensiva de fenómenos sociales y políticos, ya que su reconocimiento parte de verdaderas “conquistas” logradas por la persona humana frente al poder del Estado, cualquiera sea su forma de manifestación (Monarquías o Estados democráticos). Es por ello que una definición sobre derechos humanos siempre debe ir acompañada del conocimiento de los procesos históricos y filosóficos alrededor de la persona humana y su constante interrelación en la sociedad y con el poder. Igualmente, debe tener como base, valores indiscutibles como la dignidad, la libertad y la igualdad, aún cuando no fueren términos necesariamente incorporados en la parte conceptual.

La definición de los derechos humanos va a depender por ende, de la escuela filosófica y/o jurídica con que se observen y apliquen.

Para el ius naturalismo los derechos humanos son derechos inherentes al ser humano que nacen con él por el simple hecho de serlo, y para el positivismo los derechos humanos son aquellos derechos establecidos en la norma jurídica reconocida por el Estado como tal.

El ius naturalismo es una tesis muy garante de la dignidad humana. La desventaja del ius naturalismo es que para aplicarse depende en su mayoría de un derecho positivo. En cambio, el Derecho Positivo se enmarca solo en la ley. Si no está en la ley no es derecho y no se reconoce como tal.

Una posición eclíptica podría ser la más indicada, en donde el derecho natural se retroalimente con ciertas premisas que giran y reconocen al ser humano y su dignidad, pero con sumo apego a la ley y un Estado que reconozca y respete la dignidad humana.

## 1 Los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos se encuentran contenidos en las Partes Dogmáticas de las Constituciones Políticas y reflejan el estudio

del ser humano y su dignidad, ya que alude al respeto de los derechos y garantías constitucionales que posee la persona humana. Se nace del derecho natural Kantiano con premisas racionales donde existen ciertos criterios y derechos anteriores al Estado y que por tal razón deben ser respetados por el mismo. Este apartado racional y de la persona nace de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, y modernamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Para el presente estudio, será de vital importancia el movimiento humanista “que condujo a la igualdad civil y política de la mujer, con lo cual se amplió justamente la dimensión de estos derechos, que dejaron de estar restringidos al concepto, hasta cierto punto *machista*, de *Derechos del Hombre*, para asumir su acepción correcta de *Derechos Humanos*”<sup>9</sup>.

Como afirma CARLOS TUNNERMANN BERHEIM<sup>10</sup>, *las Naciones Unidas designó, en 1945, una “Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas” a la cual encomendó la tarea de elaborar una “Carta Internacional de Derechos Humanos”, que debería desarrollar los principios enunciados en su Carta y comprender tres aspectos: a) Una Declaración de Derechos Humanos, b) Un Convenio Internacional o Pacto de Derechos Humanos, es decir, un instrumento destinado a vincular jurídicamente al mayor número posible de Estados; y c) Medidas de aplicación, es decir, medidas cautelares destinadas a hacer efectivo el respeto a los Derechos Humanos.*

En este sentido, , es que en Diciembre de 1948 que nace la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyo eje primordial es la “dignidad intrínseca” e inalienable del ser humano, proclamando como ideal universal la coordinación armónica entre

9 Tunnermann Berheim Carlos. *Evolución Histórica de los Derechos Humanos*, página 12, en la obra Colectiva *Seguridad, Género, Derechos Humanos y Estado de Derecho*, Instituto Martín Luther King, 2003.

10 Ob.cit. páginas 12 y 13.

los individuos y sus gobernantes en los Estados, el respeto de las garantías y libertades fundamentales, consagrándose los derechos individuales y políticos.

El concepto de los Derechos Humanos, alcances y protección nacidos en 1948, como afirma CARLOS TUNNERMANN BERHEIM<sup>11</sup>, “*se han ido ampliando cada vez más, como resultado de esa aspiración universal que en diferentes épocas y latitudes ha conducido a todos los pueblos de la tierra a participar en la maravillosa aventura del espíritu de lograr su reconocimiento y respeto*”. Es así, que posterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, se van incluyendo con mayor certeza jurídica y política los derechos económicos, sociales y culturales, y colectivos de los pueblos.

Los Derechos Humanos se presentan como valores democráticos que representan las normas del buen vivir de las naciones, quienes los promueven, a través de sus Constituciones Políticas, como “paradigmas” a cumplir para lograr la paz social y la convivencia pacífica de la comunidad. Es decir, que la esencia de las Constituciones políticas actuales son los Derechos Humanos. Su lazo genético los une de por vida.

Los Derechos Humanos por ende, son un fenómeno en constante construcción y evolución. No se pueden delimitar únicamente a un conjunto de derechos determinados, sino a una idea más comprensiva de fenómenos sociales y políticos, ya que su reconocimiento parte de verdaderas “conquistas” logradas por la persona humana frente al poder del Estado, cualquiera sea su forma de manifestación, Monarquías o Estados democráticos<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> *La Cultura de Respeto a los Derechos Humanos en la Presente Coyuntura*, página 30, en la obra Colectiva Seguridad, Género, Derechos Humanos y Estado de Derecho, Instituto Martín Luther King, 2003.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Por tanto, adquieren validez las palabras de ALEJANDRO SERRANO CALDERA<sup>13</sup> de que “los Derechos Humanos son la base de la democracia y del Estado de Derecho. Las normas jurídicas internacionales que los establecen son hoy parte del derecho interno de casi todos los países del mundo”.

### 1.1 Definición de Derechos Humanos

Los Derechos Humanos son aquellos derechos que atienden a un marco de protección de derechos pero también involucran situaciones o condiciones más allá de derechos que implican opciones reales para que *todas las personas, sin ningún tipo de discriminación*, tengan acceso a un *proyecto de vida digna*. Ese proyecto de vida digna supone el respeto y satisfacción de necesidades básicas como la salud, alimentación adecuada, acceso a todo tipo de servicios públicos y, de manera colectiva, a vivir con seguridad y libre de temores<sup>14</sup>.

Según el profesor PEDRO NIKKEN<sup>15</sup>, “la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial”; es decir que los Derechos Humanos son derechos patrimonio universal que pertenecen a todo ser humano.

De lo anterior se concluye, que los Derechos Humanos son un conjunto de derechos inherentes e irrenunciables al ser humano, que se presentan en el plano concreto como un apartado de valores (objetivos y subjetivos) que dan realce a la persona humana y a su dignidad, limitando al poder estatal con mandatos normativos que permiten un mejor vivir a la comunidad.

---

13 *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, 2 do. Breviario Jurídico, editorial Hispamer, 2004, página 15.

14 Rodríguez Vítor, op.citp.

15 <http://www.iidh.ed.cr/Curso2006/Documentos/Concepto DDHH - PNikken.pdf>

## 1.2. Caracterización de los Derechos Humanos

### a. Aplicación General.

Los derechos humanos son creados para proteger y dar realce al ser humano. Los Estados tienen que aplicarlos sin ningún tipo de desigualdades, sin ninguna prescripción ni renuncia.

### b. Aplicación Concreta.

El Estado debe tomar a los derechos humanos como propios, debe buscar, en torno al marco constitucional y democrático, la forma de protección de estos derechos, ya que la dignidad humana depende de la protección de estos derechos, que se presentan en un orden horizontal, con igual importancia el uno que el otro.

Los Derechos Humanos son concebidos para su existencia como mecanismos inalienables, intrínsecos y legítimos del ser humanos y de las democracias contemporáneas y de los Estados de Derechos. Esto garantiza una Administración de Justicia que al momento de aplicar la ley establezca mecanismos de eficiencia, confianza, solidez y legitimidad social.

## 1.3. Clasificación de los Derechos Humanos.

Según el tratadista FLORES DAPKEVICIUS, citado por el Profesor Braulio Espinoza Mondragón<sup>16</sup>, los Derechos Humanos se pueden clasificar en:

### 1. Derechos de Primera Generación.

Son los derechos individuales; en ellos el Estado no interviene activamente, pero los garantiza.

---

<sup>16</sup> *El Habeas Data y la Autodeterminación Informativa*, página 51, en Cuadernos Universitarios "Segunda Generación", No 1, Noviembre de 2006.

## 2. Derechos de Segunda Generación.

Son los derechos económicos y sociales (derechos colectivos). Respecto de ellos el Estado interviene activamente a efectos de que los hombres puedan gozarlos.

## 3. Derechos de Tercera Generación.

Son, a la vez, individuales y colectivos, tales como el derecho a la paz, a un ambiente sano, a la autodeterminación informativa, al acceso a la información, a la rectificación de la información, etc. Estos derechos no son recientes, han existido siempre, pero han ido evolucionando de acuerdo con los profundos cambios de la tecnología y la sociedad. Por ello, para garantizarlos han surgido las garantías de la tercera generación

## 2. Los Derechos Fundamentales

En cambio los Derechos Fundamentales según el profesor ANTONIO PÉREZ LUÑO<sup>17</sup>, se presentan en la norma constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos y, al propio tiempo, como marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. Se plasman como valores que limitan la actuación del Estado.

Los Derechos Fundamentales son una concepción moderna que se caracterizan porque logran estructurar las atribuciones y derechos a cumplir por parte del Estado (parte objetiva), quien debe garantizarlos, el particular en ese sentido puede hacer cumplir el respeto a estos derechos (parte subjetiva).

### 2.1. Clasificación de los Derechos Fundamentales

El Profesor PÉREZ LUÑO<sup>18</sup> logra establecer la siguiente clasificación de los derechos fundamentales:

---

17 Los Derechos Fundamentales, editorial TECNOS, Madrid, 5ta edición, 1993, p. 20.

18 Opcit, p. 161.

- a. Teleológicos: En función de los fines perseguidos por los distintos derechos.
- b. Materiales: A tenor del objeto, contenido o modalidades de ejercicio de los mismos.
- c. Formales: Según los instrumentos de garantía dirigidos a su tutela.

Introducidas las diferencias entre derechos humanos y fundamentales, es necesario advertir que los primeros logran, en su forma objetiva, establecerse como un catálogo universal de derechos a seguir, en otra referencia los derechos fundamentales alcanzan su validez cuando son reconocidos por el propio Estado a través de normas jurídicas que así lo determina, son protegidas y gozan de un rango de valor subjetivo propias de la persona humana.

### 3. Ubicación sistemática de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales en el marco jurídico

Los Estados conciben a los derechos humanos en un plano constitucional e internacional. El primero los observa como derechos de los ciudadanos y responsabilidades de los Estados y de sus conciudadanos. Y el segundo, como medio de tratados, convenciones, declaraciones o cualquier mecanismo externo que conlleve derechos propios del ser humano. En ambos casos, se crean mecanismos de tutela y protección. Un ejemplo de ello, es que en Nicaragua se protege a la persona contra el hambre (artículo 63 Cn), donde se ordena al Estado a crear y estructurar normas que protejan nuestro derecho alimentario.

Según el Profesor VÍCTOR RODRÍGUEZ<sup>19</sup>, los derechos humanos se manifiestan de muchas maneras y por muchos medios de protección, tanto en el derecho nacional, como en el derecho internacional. Es por ello que a partir de la generalización

---

19 op.citp.

y reconocimiento internacional de los derechos humanos, se configuró una nueva rama del Derecho Internacional que se denomina “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. A pesar de su reciente reconocimiento, ha sido una de las ramas del Derecho con mayor avance doctrinal y jurisprudencial en los últimos sesenta años, especialmente por haberle dado reconocimiento a la persona humana como sujeto de Derecho con capacidad de demandar internacionalmente a Estados por violación a derechos humanos, aspecto que le estaba totalmente vedado en el Derecho Internacional clásico.

#### 4. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales en la Constitución Política nicaragüense.

El Profesor ÁLVARO MOTTA NAVAS<sup>20</sup> expresa que “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 constituyente nicaragüense manifiesta la intención de establecer un lazo genético entre sus ciudadanos y el Estado, a través de la promoción y tutela de los derechos humanos. Se eleva a categoría de supra norma el texto constitucional al proclamar con rango constitucional los diversos tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos. El artículo 46 Cn reza: “*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*

20 Constitución Política y Derechos Humanos en la obra colectiva: “A 21 años de Constitución Política: Vigencia y Desafíos, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2008, p.89-93.

*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”.*

El texto constitucional antes mencionado está dotado de un gran espíritu humanista y de respeto de la dignidad humana. El efecto del liberalismo clásico del respeto inalienable de la libertad, igualdad, fraternidad y del derecho de propiedad; se manifiesta en la Constitución nicaragüense en un derecho natural que reconoce a la persona humana sobre un Estado que le interesa el respeto del derecho positivo a través del apego de las normas jurídicas del Estado de Derecho.

El respeto al ser humano y a su dignidad se manifiesta en nuestro texto constitucional como el respeto a la vida como presupuesto indiscutible para el desarrollo de las demás derechos. El artículo 23 Cn expresa muy acertadamente que el derecho a la vida es un derecho inviolable e inherente a la persona humana.

El Profesor MOTTA NAVAS<sup>21</sup> afirma que la regla básica de la libertad en sentido negativo, se encuentra prevista en el artículo 25 Cn y que dispone como derechos de las personas, la libertad individual, la seguridad y el reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.

Lo anterior no se refiere a derechos absolutos sino relativos y que se condicionan al principio de legalidad (artículo 32 Cn) y al rol de un Estado que de manera activa participa en la solución de las necesidades de su comunidad.

La democracia exige no solo un Estado participativo sino que incentive y proteja los derechos ciudadanos, por ejemplo la laicidad del Estado (artículo 13 Cn), la igualdad (artículo 27 Cn), la libertad de conciencia y de expresión (artículos 29

---

21 Ibidem.

y 30 Cn), las garantías del debido proceso.-como el hábeas corpus (artículos 33 y 34 Cn), el respeto a la integridad física de las personas (artículo 35 Cn), el carácter reeducativo de las sanciones penales (artículo 39 Cn), la abolición de la confiscación (artículo 44 Cn), el reconocimiento de un bloque de constitucionalidad que respete los Derechos Humanos y garantice la supremacía de la Constitución Política a la Constitución misma (artículo 45 Cn), y de la aceptación constitucional de los tratados y convenios internacionales suscritos por Nicaragua (artículo 46 Cn).

En el apartado de los derechos políticos son notables el derecho a constituir organizaciones por los diferentes actores nacionales como trabajadores, mujeres, etcétera (artículo 49 Cn); el derecho de elegir y ser elegidos (artículo 51 Cn), el derecho de petición (artículo 52 Cn), el derecho de reunión pacífica (artículo 53 Cn), de concentración, manifestación, movilización y afiliación a partidos políticos (artículos 54 y 55 Cn).

Dentro del motor económico, social y cultural, la Constitución le asigna al Estado su rol participativo a través de una entidad que garantice a sus ciudadanos derechos como: el trabajo (artículo 57 Cn), a la educación y la cultura (artículo 58 Cn), la salud (artículo 59 Cn), a un ambiente saludable (artículo 60 Cn), a la seguridad social (artículo 61 Cn), de estar protegidos contra el hambre (artículo 63 Cn), a la vivienda digna (artículo 64 Cn), al deporte y a la educación físicamente y al libre esparcimiento (artículo 65 Cn), a la información veraz (artículo 66 Cn).

Los privilegios constitucionales incluyen derechos de la niñez (artículo 71 párrafo 2 Cn), personas de la tercera edad (artículo 77 Cn), discapacitados (artículos 56 y 62 Cn), de etnias, entre otros. Se incluye de igual manera los derechos laborales (artículo 80 y siguientes Cn).

Esta formulación de los derechos de segunda y tercera generación, como expresa el Profesor MOTTA NAVAS<sup>22</sup>, permite 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*. Esta afirmación es válida, no obstante entra en contraste con la realidad al no cumplirse y quedar en normas vacías y sin contenido.

#### 5. El rol de los Derechos Humanos en el contexto de un Estado Social de Derecho y Democrático de Derecho:

Los Derechos Humanos validan su existencia en el modelo de Estado de un país. El Estado es la entidad por antonomasia que vulnera los Derechos Humanos. De ahí la razón de ser de los derechos humanos en torno al Estado. Es importante poder establecer el rol del Estado y el de los derechos humanos junto a éste.

En ese sentido, en la reforma constitucional del 4 de julio del año de 1995, se incorpora en Nicaragua acertadamente y por primera vez en nuestro país, la noción del Estado Social de Derecho. Así el párrafo primero del artículo 130 Cn, establece que: “La nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho”. Lo anterior significa el sometimiento del Estado al Derecho, es decir que el Estado crea la norma jurídica y se somete a la norma que ella misma ha creado. Esto implica la total subordinación del Estado al Derecho. Y por Estado tenemos que entender no sólo un ente abstracto dotado de personalidad jurídica, sino más bien la estructura, la organización del mismo en los distintos Poderes que lo conforman y que buscan el respeto de los derechos humanos<sup>23</sup>.

---

22 Ibidem.

23 Ver a Cuarezma Terán Sergio J. y Enríquez Cabistán Francisco en Aspectos básicos del control constitucional en Nicaragua, p. 236-241; en la Obra Colectiva: Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional, Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ) y Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 227-263.

La parte orgánica de nuestra Cn establece la organización del Estado en los Poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, lo que incluye además a aquellos órganos de creación constitucional, es decir aquellos que deben su existencia a la constitución misma, tales como: la Procuraduría de Derechos Humanos, Contraloría General de la República, Ministerio Público, Procuraduría General de la República, Superintendencia de Pensiones, etcétera; además de incluir todos aquellos órganos que forman parte de la Administración Pública, sea esta centralizada, descentralizada o desconcentrada, incluyendo a los llamados órganos gubernativos.

En otras palabras se acepta plenamente en nuestro ordenamiento jurídico el principio del Estado de Derecho y más aún, de un verdadero Estado Social de Derecho con todas las implicancias, prerrogativas y trascendencia que significa para un país como el nuestro. Al afirmar que Nicaragua es un Estado Social de Derecho, significa la plena aceptación del principio de legalidad, como sometimiento total y absoluto del Poder a las normas jurídicas existentes, figurando en primer lugar la Constitución Política, lo que implica su supremacía constitucional y la prevalencia de los Derechos Fundamentales. Valga la pena, mencionar que el principio de la legalidad opera de distinta manera para los particulares que para el Estado. En efecto, mientras que para los particulares este opera según lo establecido por el artículo 32 Constitución, que establece: “Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe”. Para el Estado, en su totalidad, significa lo contrario, así el párrafo primero del artículo 130 Constitución establece: “Ningún cargo concede a quien lo ejerce, más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes”... Ese mismo criterio está reforzado en el artículo 183 de la Constitución que dice: “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”. La noción de Estado Social de Derecho puede entenderse a partir de

la elaboración científica realizada principalmente por los iuspublicistas alemanes, pero adquiere su fisonomía concreta con la Constitución de Apatzinga (1915) y de Querétaro en México (1917) y la Constitución de Weimar en Alemania (1919), cada una en un contexto distinto y con particularidades propias a su realidad.<sup>24</sup> En definitiva, el Estado Social de Derecho supone la utilización de conceptos de control sobre el manejo de fondos públicos y de sus funcionarios o servidores en búsqueda de satisfacer el bien común<sup>25</sup>.

Como hemos expresado<sup>26</sup>, los elementos característicos que supone el Estado Social de Derecho son:

a) La plena aceptación del principio de la separación de Poderes.

Esta noción que evidentemente ha sido tomada desde la experiencia constitucional inglesa y luego las obras de John Locke, Scipriano Mafei, Jean Jacques Rousseau, Montesquieu, basadas a su vez en la filosofía racionalista y en el mecanismo de la época; que entendía a la naturaleza como la obra de la razón, y que por ende, el Estado debía estructurarse de manera racional, es lo que más tarde los norteamericanos, siguiendo a los ingleses, van a llamar el sistema de pesos y contrapesos, es decir; “the check and balances”.

A partir de esa concepción el Poder estaría distribuido entre diversos detentadores sin estar concentrada en manos de una sola persona, como sucedía en la época del Estado absoluto o Estado Policía, sirviendo cada Poder de balance y moderador de la actividad de los otros Poderes del Estado, llegando inclusive alguno de ellos a controlar a los demás por la interpretación de la legalidad de las diversas actuaciones estatales.

---

24 Ibidem.

25 Cuarezma Terán Sergio J. y Enriquez Cabistán Francisco. *Aspectos Básicos sobre el Control Constitucional en Nicaragua*, en la obra colectiva: *Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional*, Centro de Estudio e Investigación Jurídica y Fundación Konrad Adenauer, Managua, 2006, p. 237.

26 op.citp. p. 237 a 241.

b) Consagración de derechos y garantías ciudadanas.

El advenimiento del Estado de Derecho o Estado Abstencionista, supuso la plena aceptación y reconocimiento de derechos innatos al hombre, al ser humano, por el ordenamiento jurídico. Esto se dio tanto en la declaración de independencia en los Estados Unidos en 1776, como en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en Francia en 1789.

Sin embargo, el antecedente más inmediato a ambas declaraciones se encuentra en el *Bill of Rights* en Inglaterra en 1689. A tal punto, que estos han venido a constituir una pieza indispensable del Estado de Derecho. Ahora bien, los derechos actúan como un escudo protector para la actividad ciudadana y como un límite y valladar para la actuación del Estado, que no sólo ha de respetarlos en un sentido negativo, un no hacer, sino que en los llamados derechos sociales y en los de la tercera generación, que implica una actividad positiva de actuación, de intervención estatal, es aquí donde se proyecta la noción de lo social en el Estado de Social de Derecho.

c) El control del Poder y el carácter Democrático.

El escritor alemán George Jellinek, estableció tres tipos de controles sobre la actividad del Estado: social, político y jurídico (aquí encontramos al Control Constitucional). Esta línea de pensamiento fue desarrollada posteriormente por el profesor de Derecho Público español Jordana de Pozas que hoy ha adquirido una carta de ciudadanía entre los controles sobre quienes ejercen el Poder.

Como control social se conoce el que ejerce la opinión pública a través de los medios de comunicación social que existen en el país, ya sean escritos, radiales o televisivos.

Los controles políticos son aquellos que han sido formulados inicialmente en las democracias parlamentarias y que se han

introduciendo en las llamadas democracias presidenciales, estos son: el informe, la comparecencia y la interpelación, formas de control que la reforma constitucional de Nicaragua (1995) recoge en el artículo 138 inciso 4 Cn.

Hay que mencionar, que nuestra Constitución Política establece “*que los funcionarios públicos de cualquier Poder del Estado, elegidos directa e indirectamente, los Ministros y Viceministros de Estado; los presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales; y los embajadores de Nicaragua en el exterior no pueden tener concesión alguna del Estado. Tampoco podrán actuar como apoderados o gestores de empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en contrataciones de éstas con el Estado*”.

La violación de esta disposición anula las concesiones o ventajas obtenidas y causa la pérdida de la representación y el cargo (artículo 130 párrafo 2 Cn). Por otro lado, el mismo texto constitucional establece “*que los funcionarios de los cuatro Poderes del Estado, elegidos directa e indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo*” (artículo 131 párrafo primero Cn).

Y dentro de los medios de control jurídico señalamos a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (Ombudsman), el recurso de amparo, el procedimiento administrativo, el contencioso administrativo, el recurso de inconstitucionalidad y en de alguna medida, el control constitucional técnico financiero que ejerce la Contraloría General de la República (artículos 154, 155 y 156 de la Constitución). En este último aspecto, se ha venido insistiendo en que la democracia no sólo ha de ser lo electoral o representativo, sino además, lo participativo, es decir, la presencia de la sociedad civil en las tomas de decisiones y en la fiscalización de los recursos que no sólo son del Estado, sino más bien de todos bajo esa concepción.

d) Responsabilidad Patrimonial del Estado.

La reforma constitucional de 1995 integró al texto constitucional la responsabilidad objetiva de la Administración Pública, la que antes era subjetiva o personal. Así el artículo 131 párrafo segundo Cn dice que *“El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión”*.

El Estado no solamente es responsable por los daños que cause a terceros sino, que los funcionarios y empleados públicos serán responsables ante el Estado mismo, y en ese sentido, el inciso tres del artículo 131 Cn nos dice que *“Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por la falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones. También son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo”*.

Actualmente no existe una ley de responsabilidad patrimonial ni Ley General de Administración Pública que desarrolle esta norma programática.

e) La rendición de cuentas.

Si bien esta figura aparece en otros períodos de la evolución humana, actualmente constituye uno de los elementos del Estado Social de Derecho, sobre todo desde la perspectiva de los recursos que los funcionarios públicos manejan y su obligada transparencia. Se trata entonces, de recursos públicos que constituyen parte del patrimonio del Estado y desde luego están sometidos (o debería estarlos) a normas rigurosas de control en aras de la transparencia de la gestión realizada.

## Tipos de Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho se podría clasificar en:

a. Estado Social de Derecho Moderado: El Estado tiene una función motora limitada a la actividad social que la ciudadanía realice entorno al cumplimiento de los derechos consignados en la Constitución política. El Estado galopa según la ciudadanía le indique.

b. Estado Social de Derecho Corporativo: El Estado cumple su función social de forma activa, pero en base a los intereses de un caudillo o un dictador, que en muchos de los casos restringe (materialmente) los derechos fundamentales de la ciudadanía, y que busca como utilizar todos los mecanismos institucionales, legales y democráticos existentes para satisfacer sus propios intereses.

c. Estado Social de Derecho Democrático: El Estado cumple a cabalidad los parámetros y derechos constitucionales de la ciudadanía, en especial los de carácter económicos, sociales y culturales. El Estado tiene una actividad motora agitada entorno a la efectividad de las garantías propias del ser humano.

## **IV. Preguntas generales y Sistema de Protección de los Derechos Humanos**

La pregunta más frecuente al momento de que se dan violaciones a los derechos humanos es: ¿quien los viola? ¿cuándo se violan? Y ¿en qué posición se encuentran frente al derecho interno, es decir su efectividad?

¿Quién los viola? El Estado como entidad abstracta que protege y garantiza la convivencia ciudadana y el bienestar material de sus ciudadanos. Se genera un rol activo al momento de estructurar poderes institucionales que garanticen los mandatos constitucionales y los derechos ahí establecidos. Cuando el Estado

inobserva esta situación, cae en irresponsabilidad internacional y nacional a través de los mecanismos legales<sup>27</sup>.

El Estado y sus funcionarios son responsables patrimonialmente por sus actuaciones y omisiones que vulneren derechos fundamentales (artículos 130 y 131 párrafo 2 Cn). La responsabilidad objetiva nos lleva a elegir a funcionarios idóneos para los cargos públicos, así como supervisar las actuaciones que hagan.

Como afirma el Profesor VÍCTOR RODRÍGUEZ<sup>28</sup>, de manera excepcional, un particular puede violar los derechos humanos y generarle responsabilidad al Estado. Eso se conoce como “funcionario de hecho” y ocurre cuando el Estado, por acción u omisión, permite la existencia de grupos o de actividades que son propias de su competencia y no toma las medidas adecuadas para desarticularlos. Por ejemplo, la existencia de grupos paramilitares o de grupos que realicen tareas de vigilancia y afecten la seguridad del país. Para el resto de los casos, cuando los particulares no tienen ninguna injerencia en la función pública y sus actos son privados y afectan o lesionan derechos de terceras personas, se consideran delitos o faltas penales y no propiamente violaciones a los derechos humanos. Estos particulares, deberán asumir su responsabilidad pero de carácter individual (civil o penal, según sea el caso).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a Nicaragua como un Estado violador de los derechos humanos, por ejemplo en el caso de YATAMA partido político de la Costa Caribe que se le niega participar en los comicios electorales en los comicios electorales del 5 de noviembre de 2000<sup>29</sup>, el caso de Jean Paúl Genie versus el Estado de Nicaragua<sup>30</sup>, entre otros. El Estado

---

27 Ver páginas 235 y siguientes del presente trabajo investigativo.

28 op.citp.

29 Ver Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso YATAMA versus Estado de Nicaragua, del 23 de junio de 2005. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3669.pdf>

30 Ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de enero de 1997 (Fondo, reparaciones y costas). [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie30\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie30_esp.pdf)

no puede alegar responsabilidad subjetiva de sus funcionarios, tiene que responder por la vulneración de cualquier derecho fundamental.

1. ¿Dónde están los Derechos Humanos? ¿Qué posición tienen frente al Derecho Interno?

Generalmente están consignadas en la parte dogmática de la Constitución política, que es el reflejo del respeto al ser humano y su dignidad, ya que en ella se 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.

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, estructura su parte dogmática en una serie 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.

De igual manera, los derechos humanos están contenidos en una serie de tratados y convenciones internacionales suscritas por Nicaragua en el artículo 46 y 71 párrafo 2 de la Constitución Política. Los incorpora como parte del texto constitucional, los hace suyos, y obliga al Estado a crear una especie de balanza que los convierte en normas inalienables y de inmunidad aplicativa frente a los diversos operadores de Justicia.

2. Sistema de Protección de los Derechos Humanos: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Nicaragua al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y darle rango constitucional en el artículo 46 Cn se

compromete a crear un mecanismo procesal que garantice el respeto de las normas más elementales del ser humanos.

Para la profesora AYLIN ORDÓÑEZ REYNA<sup>31</sup>, “con la entrada en vigor de la Convención Americana se modifica el propósito de la protección de los derechos humanos con la finalidad de reparar violaciones aisladas de derechos humanos cuando el sistema nacional ha fracasado y, por lo tanto, representa un enfoque más jurídico de los derechos humanos”.

El sistema abarcado por la Convención, y siguiendo la línea de pensamiento de la profesora ORDÓÑEZ REYNA<sup>32</sup>, “se desarrolla sobre la base de denuncias individuales ante la Comisión a partir de violaciones a aquélla; su correspondiente procedimiento es muy similar al establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos. No obstante, para hacer uso de este mecanismo se debe agotar las instancias y procedimientos internos”.

Las instancias de denuncia de Derechos Humanos establecidos en la Convención son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso de la Comisión de Derechos Humanos, ésta persigue en su procedimiento de protección de derechos humanos: la admisión o no de la denuncia, hacer una investigación de los hechos denunciados, negociación pacífica de la controversia y enviar, si el caso lo amerita, la denuncia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La competencia de la Comisión va a depender de la legitimidad procesal de la persona que interpone la denuncia (la afectada directamente o un grupo de personas u ONGs que lo represente) y la fundamentación del hecho denunciado<sup>33</sup>.

---

31 Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, p. 157-172, en la Obra Colectiva: Seminario sobre Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional, Fundación Konrad Adenauer.-Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe.-Organismo Judicial de Guatemala y Escuela de Estudios Judiciales.-Unidad de Capacitación Institucional.-, 2005.

32 *Ibidem*

33 El artículo 48 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice: 1. La Comisión,

Según el artículo 41 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.
- b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.
- c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.
- d) Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

---

al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso; b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente; c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes; d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias; e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados; f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención. 2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten.

f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención.

g) Y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte (artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Una vez que se ha declarado admisible la denuncia, a través de una declaración expresa, se da un petición al Estado denunciado para que rinda un informe para que posteriormente se de un análisis de parte de la Comisión de los alegatos del reclamante. Según la profesora ORDÓÑEZ REYNA<sup>34</sup>, “la Comisión fija un plazo de 2 meses para que los peticionarios presenten observaciones adicionales sobre el fondo del asunto. La partes pertinentes se transmiten al Estado para que presenten también sus observaciones en un plazo de 2 meses (artículo 38 del Reglamento Interno de la Comisión)”.

El artículo 47 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa que la Comisión puede declarar inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

---

34 op.citp.

- a) Falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46.
- b) No exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención.
- c) Resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d) Sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Si las partes quieren negociar y buscar una solución pacífica al conflicto, la Comisión brinda un plazo razonable para que las partes encuentren solución<sup>35</sup>. Si esto no funciona, la Comisión debe emitir un fallo en cual determinará si hay o no violación de los derechos humanos, emitiendo un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones pertinentes, si dentro de 3 meses el asunto no se soluciona y una vez aceptado la competencia de la

---

35 El artículo 49 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso l.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible. El artículo 50 de la Convención de Derechos Humanos Afirma: 1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso l.e. del artículo 48. 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

El artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma: 1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión emitirá un informe final en donde se establecerá su fundamentación y sus recomendaciones en referencia al caso, el cual será notificado a las partes en los términos que ahí se prevean.

Una vez que se ha estipulado la violación a los derechos humanos el caso se eleva al procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como entidad jurisdiccional autónoma, y que persigue aplicar y proteger adecuadamente los preceptos estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Siguiendo a la profesora ORDÓÑEZ REYNA<sup>36</sup>, “el procedimiento de la Corte es Contenciosa y de forma consultiva. En la contenciosa, se presentan demandas debidamente estructuradas; están facultados para instar ésta, solamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados, de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Convención, previo agotamiento del procedimiento ante la Comisión. Se inicia un proceso judicial con todas sus etapas, en el cual según las actuales reformas del Reglamento de la Corte, las presuntas víctimas poseen facultades de dirigir peticiones a ésta durante el curso del proceso, así como de solicitar medidas precautorias. Las sentencias que dicte son vinculantes tanto para el demandante como para el demandado en un proceso”.

El procedimiento a seguir es que la Corte analiza los requisitos establecidos en el artículo 33 de su Reglamento, luego emplaza en 2 meses al Estado para contestar lo que tenga a bien, se pueden oponer excepciones preliminares (de manera opcional por el Estado) sin suspender el proceso, se sigue el proceso oral con alegatos por las partes (replica y duplica), se abre un período de pruebas y se procede a emitir la sentencia, que es inapelable y sometida solo a interpretación o revisión por algunas de las partes.

---

<sup>36</sup> op.citp.

La sentencia es de ineludible cumplimiento y en ella se debe dejar claro lo referido a la reparación de daños y perjuicios ocasionados a la parte perjudicada, en caso de que exista.

En cambio el procedimiento consultivo, según el artículo 60 del Reglamento de la Corte, deberán formularse peticiones precisas, concretas, indicándose la normativa a analizar de parte de la Corte y así obtener la línea de pensamiento de ésta sobre el caso concreto.

Según el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

Dicho artículo manifiesta: “El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales y regionales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social.

El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, micro empresas, empresas cooperativas, asociativas y otras.

En el caso de Nicaragua, el Banco Central es el ente estatal regulador del sistema monetario. Los bancos estatales y otras instituciones financieras del Estado serán instrumentos financieros de fomento, inversión y desarrollo, y diversificarán sus créditos con énfasis en los pequeños y medianos productores. Le corresponde

al Estado garantizar su existencia y funcionamiento de manera irrenunciable.

El Estado garantiza la libertad de empresa y el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales que se regirán conforme las leyes de la materia. Las actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán reguladas por la ley. Este arto expresa literalmente: “Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso...”.

Además, los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes y la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos). El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención (artículo 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

También surge otra interrogante al momento de la sentencia: ¿Puede obligar o reformar normativas o resoluciones a nivel interno? La respuesta a esta interrogante navega en la jurisprudencia nacional y la tutela de los derechos humanos en los casos concretos que esta vaya aplicando.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. Abendroth W., Forsthof E. y Doehring K. *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

2. Aragón Manuel. *Constitución y Control del Poder*, Buenos Aires, Argentina, 1995.

3. Brewer-Carías Allan Randolph. *Justicia Constitucional*, Tomo VI, en *Instituciones Políticas y Constitucionales*, editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Tachira, Caracas-San Cristóbal, 1996.

4. Burgoa Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, 8va edición, editorial Porrúa, México, 1991.

5. Cuarezma Terán Sergio y Enríquez Cabistán Francisco. *Aspectos básicos del control constitucional en Nicaragua*, página 227 a 263; en la Obra Colectiva: *Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional*, Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ) y Fundación Konrad Adenauer, 2006.

----- Cuarezma Terán Sergio y Enríquez Cabistán Francisco. *Informe Nacional sobre la corrupción judicial en Nicaragua*, página 339 a 373, en la obra colectiva: *Controles y desconroles de la corrupción judicial, Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, 2007.

----- Cuarezma Terán Sergio y Enríquez Cabistán Francisco. *Reforma Electoral en América latina: el caso de Nicaragua*, página 705 a 742; en la obra Colectiva: *Reformas Políticas en América Latina*, IDEA Internacional y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2008.

6. Champion, E.: *Jean-Jacques Rousseau et la propriété, Révolution Française*, t. XVI, 1909.

7. De Otto Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, editorial Ariel, 7ma edición, Barcelona, 1999.

8. Duguít Leon. *Las transformaciones del Derecho Público*, trad. de Alfonso Posada y Ramón Jaén, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.

9. Enríquez Cabistán Francisco. *Principios rectores y diseño estructural de la Constitución Política de Nicaragua*, página 49 a 59; en la obra colectiva: *A 21 años de Constitución Política: Vigencia y Desafíos*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2008.

----- *Hacia una integración de los países latinoamericanos*, Instituto Centroamericano de Estudios Políticos (INCEP), Fundación Konrad Adenauer y Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), Guatemala, 2006.

----- *Principios Constitucionales que fundamentan el Derecho penal Nicaragüense en el contexto de un Estado Social y democrático de Derecho*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009.

----- *Estructura Normativa de la Constitución Política de Nicaragua*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009.

----- *La Libertad de Expresión y el Derecho a Informar en la Constitución política nicaragüense, material de la conferencia sobre: Entendiendo el marco legal de la libertad de expresión y acceso a la información*, impartida en el Programa del seminario: “*Investigación Periodística: Nuevas Tendencias*”, página 33 y siguientes, Universidad Centroamericana (UCA), Managua, 2008.

10. Escobar Fornos Iván. *Manual de Derecho Constitucional*, editorial Hispamer, Managua, 1998.

11. Espinoza Mondragón Braulio. *El Habeas Data y la Autodeterminación Informativa*, Cuadernos Universitarios “Segunda Generación”, No 1, Noviembre de 2006.

12. García de Enterría, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, editorial Civitas, Madrid, 1994.
13. García Pelayo Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza editorial, Madrid, 1991.
14. Garrido Falla, Fernando y otros. *Comentarios a la Constitución Política Española*, Madrid, 1985; Jouvenel, Bertrand. "El poder", E.N., Madrid, 1974 (trad. Esp.).
15. Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*, UNAM, México, 1958.
16. López Guerra Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*, editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
17. Peces Barba Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales I*, Teoría General, editorial Eudema, Madrid, 1991.
18. Pérez Luño Antonio. *Los Derechos Fundamentales*, editorial TECNOS, Madrid, 5ta edición, 1993.
19. Rodríguez Víctor. *Manual autoformativo sobre Derechos Humanos y acceso a la Justicia en Honduras*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008.
20. Romano Santi. *Principii di Diritto Costituzionale generale*, Milán, Guiffirè, 1946.
21. Weber, Albrecht. *La jurisdicción Constitucional en Europa Occidental: una comparación*, en Redc, no 17, mayo-agosto, 1986.



# RESUMEN SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

IVÁN ESCOBAR FORNOS<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Ideas Preliminares: A. Ámbito del Derecho Constitucional. B. Relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. C. Planteamiento. II. Antecedentes de la *Drittwirkung*. III. Resistencia de la *Drittwirkung*. IV. La *Drittwirkung* directa: 1. Apretado resumen. 2. La *Drittwirkung* directa explica ciertos problemas y otorga mayor efectividad: A. Garantiza la seguridad jurídica. B. No es necesaria la imputación de la violación al juez. C. Mayor efectividad de la *Drittwirkung* directa: a) Razones. b) La mediación del legislador y del juez. 3. Relaciones entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad, según la teoría de la *Drittwirkung* directa: A. Limitaciones consentidas: a) Autonomía real. b) Dignidad humana. B. Limitaciones no consentidas: a) El poder privado dominante. b) La dignidad humana. V. La *Drittwirkung* indirecta: A. Introducción: B. La *Drittwirkung* indirecta y la autonomía de la voluntad. C. Mediación del legislador. D. Mediación del juez. VI. La *Drittwirkung* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. B. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. VII. La *Drittwirkung* en el ordenamiento jurídico nicaragüense: 1. Introducción. 2. Algunos casos regulados o no por la ley y de aplicación directa: a) Contratación. b) Investigación de la paternidad. c) Alimentos. d) Sucesiones intestadas. e) Apelación. f) Consumidores. g) Ambiente. h) Asociaciones y sociedades. i) Condiciones generales de la contratación. j) La prueba.

---

<sup>1</sup> Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Nicaragua. Ha sido Presidente de la Asamblea Nacional. Catedrático Universitario.

## **I. Ideas Preliminares**

### **A. Ámbito del Derecho Constitucional**

El constitucionalismo moderno incorpora a la Constitución una gran cantidad de materias de variada índole, casos y situaciones, principios y valores, para cubrirlos con su superioridad: laborales (materia sustantiva y procesal), civiles, mercantiles, en general el Derecho Privado, procesales (penales, civiles, constitucionales, etc.), económicas, ambientales, penales, familiares, culturales, agrarios, libertad de expresión y de información, estableciendo principios o valores o bases fundamentales de estas cuestiones. De tal maneja que actualmente se habla de Derecho Civil Constitucional, Derecho Económico Constitucional, Derecho Laboral Constitucional, Derecho Penal Constitucional, Derecho Penal Constitucional, de Derecho Constitucional Procesal (garantía de los procesos) y de Derecho Procesal Constitucional, cuya finalidad es la defensa de la Constitución. Esta situación se ha denominado dictadura constitucional porque representa un atraso al avance del Derecho y su adecuación a la época, perdiendo la ley ordinaria su carácter de instrumento de cambio político. Pero en realidad no es así porque, como ya dijimos, sólo se recogen ciertas particularidades de las ramas del Derecho y quedan espacios en blanco que los pueden llenar los otros poderes.

Las ramas del Derecho si bien tienen que ser interpretadas y aplicados de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Constitución y de su contexto, cada una de ellos tiene sus propios principios, valores y fuentes que la alimentan y amplitud para regular su materia.

Este ámbito del Derecho Constitucional invita a los civilistas, mercantilistas, penalistas, procesalistas, etc., a incursionar en su seno y a los constitucionalistas aumentar sus conocimientos en las ramas del Derecho que la Constitución establece principios

o bases de ellas. Existe un interés entre constitucionalistas y especialistas de las otras ramas del Derecho de conocer los vínculos que los unen, dándole al Derecho una dimensión más amplia, panorámica, al jurista.

La Revista de Derecho Privado y Constitucional de España, tiene por objeto estudiar “el Derecho Privado desde la Constitución y de la Constitución desde el Derecho Privado”, como expresa en su primer número Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano.

## **B. Relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado**

Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Privado han progresado y en ese progreso la relación entre ellos se fortalece, dentro de un equilibrio y complementariedad. Los dos se enriquecen mutuamente y tienen importancia fundamental entre ellos. Se ensancha el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y se logra la actualización del Derecho Privado de acuerdo a los valores que inspiran a la Constitución, lo que por la estructura abierta de sus normas y los conceptos indeterminados, se actualiza más rápido a los nuevos tiempos que el Derecho Privado. Al principio el Derecho Constitucional no tenía rango constitucional, la generalidad de sus normas era programática y faltaba una jurisdicción constitucional. Pero en la actualidad, las constituciones han experimentado una transformación importante, que Konrad Hesse, citando a un autor alemán, expresa que son similares a la Biblia y tienen una autoridad suprema. Estas constituciones han adquirido aplicación inmediata, sus disposiciones sirven de parámetros para las decisiones judiciales y tienen una gran importancia para la vida de la comunidad y para el Derecho Privado.

Pero también el Derecho Privado ha sufrido profundas transformaciones. Las grandes mayorías de personas económicamente dependientes y no autónomas, han cambiado

los ideales de la época de la sociedad burguesa incorporados al Código Civil, la socialización del Derecho es una fuerza determinante del ordenamiento jurídico, todo lo que ha provocado la separación del Derecho Civil del Derecho del Trabajo y de otras ramas del ordenamiento jurídico, conduciendo a la desintegración de la unidad del viejo sistema del Derecho Privado y el debilitamiento de sus clásicos conceptos fundamentales. El Derecho Civil desarrolla una ética social de solidaridad en la que no es responsable sólo el poder público, sino también la sociedad que responde por cada uno de sus miembros. De esta manera la defensa de los débiles también le corresponde al Derecho Privado, atiende a la justicia social, pasa a tener un carácter tutelar, delimitador, contrario a los abusos.

La influencia del Derecho Constitucional en el Derecho Privado no significa que toda Constitución no deje espacios en blanco,<sup>2</sup> que fundamente y regule todo el Derecho y, como consecuencia, también el ordenamiento jurídico privado. La Constitución es un orden jurídico fundamental de la sociedad, pero no regula todo, sino sólo aspectos particularmente importantes para la vida de la sociedad y del Estado, dejando el resto de la normatividad a los poderes del Estado, en especial al Poder Legislativo.

2 El neoconstitucionalista Riccardo Guastini, siguiendo a Louis Favores, entiende por constitucionalización del ordenamiento jurídico como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Si se cumplen todas las condiciones de la lista que se presenta más adelante este ordenamiento jurídico queda totalmente impregnado por las normas constitucionales. El ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasora, intrusiva (perversiva, invadente), capaz de constitucionalizar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. Pero agrega que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el ordenamiento correspondiente: una Constitución rígida; un sistema de garantía jurisdiccional de la defensa de la Constitución; sistema difuso, sistema concentrado o mixto; la fuerza vinculante de la Constitución; una interpretación amplia o sobreinterpretación de la Constitución; aplicación directa de las normas constitucionales y la interpretación conforme de las leyes; e influencia de la Constitución (Riccardo Guastini. "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El Caso Italiano". Neoconstitucionalismo. Obra Colectiva Coordinador Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid 2003, pág. 49 y sigs).

El Derecho Constitucional interviene en el Derecho Privado garantizando, orientando e impulsando de la manera siguiente: a) La Constitución establece las condiciones para ser efectivos los institutos jurídicos-privados y los protege de una supresión o de una anulación o desnaturalización del Derecho Privado mediante leyes ordinarias. b) La Constitución garantiza la dignidad humana como fundamento de todo el Derecho y, como consecuencia, el Derecho Privado. c) Protege a la persona y su libertad no sólo frente al Estado, sino también de las lesiones que proceden de los particulares. d) La Constitución sirve de guía al Derecho Privado, ofrece directrices que son importantes para el avance del Derecho Privado, por eso se le ha calificado al Derecho Constitucional como motor de cambio de la legislación jurídico-privado.

Es muy importante la trascendencia del Derecho Privado en el Derecho Constitucional al permitir el desarrollo de muchas libertades y derechos fundamentales que sin la reglamentación del Derecho Privado estos no podrían realizarse como el matrimonio, la herencia, la familia, etc., igual con otras libertades como, por ejemplo, la libertad contractual y la libertad de asociación.

### **C. Planteamiento**

La primera proyección de los derechos fundamentales es sobre los poderes del Estado. Son los destinatarios y obligados a respetarlos.

La segunda proyección se produce sobre las relaciones privadas, entre sujetos titulares de derechos constitucionales que discuten cuál derecho debe prevalecer en su disputa.

La Constitución penetra, irradia, permea, condiciona todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el privado, así los derechos fundamentales ensanchan su aplicación y contenido. Salta la pregunta: ¿Cuáles y cómo se aplican los derechos fundamentales en las relaciones privadas?

Para abordar el tema surgen dos teorías: la *DrittwirKung* directa que sostiene la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y la *DrittwirKung* indirecta que sostiene la aplicación indirecta a través de la ley y en su defecto del juez.

En un principio las posiciones de ambas teorías eran extremas, pero con el tiempo han coincidido en varios puntos: no aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales; la posición de predominio de una de las partes; aplicación directa subsidiaria; mediación del legislador como la mejor solución; la dignidad y autonomía real. La confrontación sigue y de ella resultan nuevos aportes y soluciones.

## **II. Antecedentes de la *DrittwirKung***

En los Estados Unidos de América, la Ley de Derechos Civiles de 1875 (*Civil Rights Act*), prohibía la discriminación en lugares públicos de diversión (teatros, algunos albergues). Se penaba con multa y se concedía indemnización.

Declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia (S.C.J.) en 1883, al expresar que la negativa de una persona o institución a permitir a un negro el uso de un medio de transporte o de un lugar de recreo no tiene nada que ver con la esclavitud, para lo cual estaban previstas las enmiendas XIII y XIV Cn.

S.C.J. en 1917 (*Buchanan vs Warley*), declaró inconstitucional una ordenanza local que prohibía a personas de determinada raza (negro o blanco) ocupar locales o viviendas en edificios o en zonas mayoritariamente habitadas por otra raza. Agrega que el poder público podía limitar el derecho del vendedor a disponer de su propiedad, pero no por motivos raciales, pero fue revocada en 1920. En 1948 en *Shelly vs Kraemen* se revoca esta sentencia al prohibir S. C. J. la ejecución de convenios discriminatorios.

Posteriormente el S.C.J. avanza considerablemente contra la discriminación racial. Se realiza el sueño americano con Barack Obama como Presidente.

En Alemania surge de la práctica. Era objeto de debate si el art. 3.2 de la Constitución, que establece que el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos, daba lugar a una igualdad salarial entre hombres y mujeres que desempeñaban el mismo trabajo.

Nipperdey sostiene la aplicación directa de los derechos fundamentales y, como consecuencia, la igualdad salarial. Sus argumentos fueron acogidos por el Tribunal Federal del Trabajo (S.18 de enero de 1955).

Posteriormente el 15 de enero de 1958 el Tribunal Constitucional falla el juicio Lüht, entre este judío y Horlan, nazi, por el boicot de una película (**La amada inmortal**) y se pronuncia por la tesis indirecta. Esta tesis posteriormente fue mantenida por el Tribunal Constitucional. La acepta la jurisprudencia española.

### **III. Resistencia a la Drittwirkung**

Son varios los argumentos que se esgrimen:

1. Solamente es aplicable si lo dice expresamente la Cn.
2. Se opone a la historia y al concepto de derechos fundamentales.
3. No estuvo en la mente del constituyente.
4. Destruye la autonomía privada y hasta podría destruir el Derecho Privado al aplicar la Constitución directamente, prescindiendo de las regulaciones legales y sustituyendo al legislativo, de lo cual podría surgir un Estado Judicial.

## IV. La *Drittwirkung* directa

### 1. Apretado resumen

Nipperdey inicia esta teoría con la aplicación directa del art. 3.2 de la Constitución que establece la igualdad entre hombres y mujeres, para deducir la igualdad salarial entre ellos en igualdad de condiciones de trabajo.<sup>3</sup>

Trataremos de hacer un resumen de esta teoría:

A. Las disposiciones constitucionales no tienen una eficacia absoluta, incluyendo los derechos fundamentales, porque tienen contenidos diversos entre sí, por lo que el modo y grado de acción han de verificarse en el caso particular.

B. En lo general los derechos fundamentales son derechos públicos, subjetivos, auténticos y clásicos, de los sujetos frente a los poderes del Estado, los que quedan vinculados y no están destinados al tráfico jurídico privado. Pone como ejemplo de estos derechos: **la libertad de reunión**, consagrado en el art. 53 de nuestra Constitución; **la libertad de circulación**, consagrado en el art. 31 de nuestra Constitución; **la libertad del domicilio**, consagrado en el art. 26.2 de nuestra Constitución; **la propiedad privada**, consagrado en el art. 44 de nuestra Constitución; **el derecho a la nacionalidad**, consagrado en el art. 20 de nuestra Constitución; **y el derecho de petición**, consagrado en el art. 52 de nuestra Constitución.

C. Pero reconoce que existen otros derechos fundamentales que sí se proyectan en la esfera jurídica privada sobre el **status socialitis**, en virtud de la irradiación que despliegan sobre el ordenamiento jurídico, lo que permite una violación directa

---

<sup>3</sup> El art. 82.inc.2 de nuestra Constitución regula la aplicación concreta de igualdad salarial de los trabajadores en idénticas condiciones y en el principio XI del Código del Trabajo se consagra la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y el trato de conformidad con lo establecido en la Constitución. Confirmado en el principio XIII y en los arts. 134, 138 y 176.

de los particulares a los derechos fundamentales. Cita los ejemplos siguientes: **la protección de la dignidad humana**, consagrada en el art. 5 de nuestra Constitución; **la prohibición de la discriminación**, consagrada en el art. 27 de nuestra Constitución; **la libertad de expresión**, consagrada en el art. 30 de nuestra Constitución.

D. Sostiene que su teoría es compatible con la autonomía privada y de la voluntad y no las pone en peligro. Esgrime las razones siguientes:

a) La aplicación directa se hace respetando el desarrollo de la personalidad consagrada en el art. 2.1 de la Constitución, lo que supone la constitucionalización de la autonomía privada.

b) La aplicación selectiva de los derechos fundamentales y no en cualquier caso, circunstancia y en todas las relaciones privadas. c) El concepto restrictivo actual de la autonomía de la voluntad, favorece su tesis. d) Su tesis funciona frente a los poderes sociales y las posiciones de poder fáctica de los particulares.

E. Ante la injusticia de la ética liberal formal, surge la ética material social. Se produce la materialización del Derecho. En su manifestación surge la distinción entre la libertad formal y la libertad fáctica o material. Si una de las partes impugna de nulo un contrato porque el otro contratante se valió de la presión de la superioridad de su poder, el contrato es válido si se aplica la autonomía formal; por el contrario, es nulo, si aplica la libertad contractual material.

## **2. La Drittwirkung directa explica ciertos problemas y otorga mayor efectividad**

Los partidarios sostienen que garantiza la seguridad jurídica, **corrige el error de la imputación de la violación al juez y le otorga máxima efectividad a los derechos fundamentales.**

## **A. Garantiza la seguridad jurídica**

La seguridad jurídica es un valor fundamental del Derecho, especialmente el constitucional y su garantía es prioridad para el normal y justo funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Ambas teorías sostienen que garantizan mejor la seguridad jurídica. No obstante, la tesis mediata sostiene que se debe rechazar la inmediata y aceptar su tesis, porque ella limita el riesgo de un excesivo margen discrecional del juez (que puede llegar hasta la arbitrariedad) al ponderarse los derechos en conflicto en la tesis inmediata. Detectan en la inmediata un activismo judicial. Por tal razón, estiman que deben invocarse normas jurídicas privadas para evitar una excesiva libertad de interpretación.

Sin embargo, la teoría mediata da pie a la amplitud de la actuación e interpretación del juez con relación a la concreción de los conceptos indeterminados y las normas generales en los casos en litigio. Por ejemplo, al especificar el significado de **las buenas costumbres, la buena fe y el orden público, el juez goza de amplitud.**

Ambas teorías permiten la amplitud del juez, por lo que no se puede descartar a la inmediata por el activismo del juez.

## **B. No es necesaria la imputación de la violación al juez**

La *Drittwirkung* indirecta parte de la idea de que la violación proviene de la ley por su error u omisión, y del juez que posteriormente no corrige al decidir el conflicto, a quien se le atribuye la violación. No es primero la violación de los derechos fundamentales de las partes en sus relaciones privadas y después su corrección ante el juez, sino que la violación surge después con la decisión del juez.

No explica, pues, cómo es posible que el juez sea el violador de los derechos fundamentales, cuando esta violación se realizó antes del conflicto judicial en la relación entre los particulares.

De la expresada solución, guardan distancia aquellas legislaciones como la de Costa Rica, Argentina y otros países, en que el amparo se puede dirigir contra los particulares que ocupan una posición superior en la sociedad.

### **C. Mayor efectividad de la Drittwirkung directa**

#### **a) Razones**

Los partidarios de esta tesis sostienen mayor efectividad de los derechos fundamentales porque:

- i) Solucionan los conflictos en que existe una desigualdad.
- ii) No subordina la aplicación de los derechos fundamentales a la mediación del legislador y el juez.
- iii) Los derechos fundamentales no son normas de interpretación que orienten la aplicación del Derecho Civil, sino normas directamente aplicables en ese ámbito, ya que en el Derecho Privado se pueden vulnerar los derechos fundamentales por los sujetos que ostentan un poder social.
- iv) Los derechos fundamentales son superiores en el ordenamiento, por lo que es admisible que se exija su aplicación directa en las relaciones privadas.
- v) Controla el poder privado cuando la libertad individual y la autonomía de la voluntad se encuentran sometidas a un poder superior.

#### **b) La mediación del legislador y del juez**

La Drittwirkung directa no condiciona su eficacia inmediata a la legislación previa y en su defecto al juez; pero se ha llegado a aceptar que cuando existe una norma aplicable el conflicto debe resolverse de acuerdo con la ley. Se considera a la ley como la

mejor solución para las relaciones privadas. En esto coinciden ambas teorías.

### **3. Relaciones entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad, según la teoría de la *Drittwirkung* directa**

Al articular la aplicación inmediata y la autonomía de la voluntad podemos distinguir dos limitaciones de los derechos fundamentales: **las consentidas por las partes y las restricciones impuestas por una de las partes, pero no consentida por la otra.**

#### **A. Limitaciones consentidas**

¿Hasta dónde, en los convenios y contratos, pueden las partes limitarse o renunciar válidamente a la protección de los derechos fundamentales?, En principio las partes son libres de adquirir derechos y contraer obligaciones, siempre que el contrato se celebre con libertad.

No puede existir una aplicación general y sistemática de los derechos fundamentales para excluir cualquier pacto que limite algunos de los derechos de las partes, y, por tal razón, la aplicación no puede ser automática, sino articulada con el principio de autonomía privada estudiando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta dos criterios fundamentales de valoraciones: **la autonomía real y el respeto a la dignidad humana.**

#### **a) Autonomía real**

Si una de las partes se encuentra en una posición de superioridad frente a la otra que su posición es de inferioridad, no existe autonomía de la voluntad y el contrato que celebró es nulo, por lo que la renuncia de su derecho fundamental no es válida. La renuncia de un derecho fundamental sólo es admisible cuando exista igualdad entre las partes de hecho y derecho.

## **b) Dignidad humana**

Es la base de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Esta dignidad es invocable y vinculante frente a los poderes del Estado y los particulares. Es un derecho subjetivo absoluto, irrenunciable, el que se puede ejercer frente al Estado y los particulares. Es un derecho subjetivo absoluto que debe protegerse en el tráfico jurídico privado. No es válida la renuncia contractual que vulnere la dignidad humana.

Podemos decir que la dignidad humana tiene como núcleo duro la libre elección del individuo, de sus ideas, del desenvolvimiento de su vida, la selección de sus valores y del derecho a que se respeten.

### **B. Limitaciones no consentidas**

La autonomía privada se manifiesta en el derecho de contratar, abstenerse de contratos, seleccionar con quién se quiere contratar y excluir de lo convenido a toda las demás personas dentro del límite normativo.

En la relación entre la libertad de contratación y el principio de igualdad, saltan dos preguntas a la vista: ¿En qué medida las personas excluidas del contrato se les vulnera su derecho a no ser discriminado? ¿Los sujetos pasivos de la misma relación o bien de relaciones independientes tienen el derecho a ser tratados igualmente?.

La colisión entre la libre contratación y el principio de igualdad puede conducir a la destrucción de la autonomía privada, por lo que debe actuarse con mucho cuidado mediante soluciones moderadas.

La doctrina distingue dos aspectos del principio de igualdad: el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación por determinadas causas, ambos aspectos consagrados en el art. 27

de nuestra Constitución, aunque no contempla todos los motivos que pueden dar lugar a una discriminación.

El principio de igualdad se dirige exclusivamente al Estado como norma de tratamiento igual, pero no es extensiva a los particulares por la alta relevancia del principio de la autonomía en el ámbito privado. Por ejemplo, **no se puede obligar a un acreedor que condona la deuda a un deudor, a condonar la deuda a otro de sus deudores; que por haber liberado los intereses a un deudor libere de los intereses a otros de sus deudores; que el acreedor al no ser exigente con un deudor lo sea también con los otros. De no ser así, la autonomía privada quedaría sin efecto.**

Los sujetos privados no tienen derecho a exigir de otro particular un tratamiento igual al que se le otorga a otro. Por ejemplo: un comerciante no está obligado a comprar su mercadería a todos los proveedores de la ciudad; no estoy obligado a reparar mi vehículo en todos los talleres de mecánica de la ciudad para cumplir con la igualdad de trato.

Los partidarios de la teoría directa admiten como salvedad el caso del sujeto privado que tiene **un monopolio o presta un servicio público (salud, educación, telefonía, agua, correo, transporte)**, excepción que confirma la regla, por lo que los particulares pueden exigir un tratado igual.

La prohibición de discriminación puede vincular a los particulares, criterio compartido por la tesis directa e indirecta.

Ejemplo de limitaciones no consentidas: los monopolios deben conceder un trato igual a sus contratantes; los bancos deben dar crédito sin discriminar, por ejemplo, por razón de la religión (a un musulmán) o cualquier otro motivo de discriminación. La discoteca El Chamán, le negó la entrada a un grupo de raza negra y se presentó denuncia en la Fiscalía. La discriminación es delictiva en Nicaragua. La discoteca estaba obligada a aceptarlo.

Para establecer si existe discriminación contraria al orden público constitucional nos valemos de dos elementos: **el poder privado dominante y la dignidad humana.**

#### a) El poder privado dominante

En las limitaciones no consentidas debe tenerse en cuenta el poder dominante de una de las partes para determinar la discriminación. La autonomía privada no puede, de acuerdo con el art. 27 de nuestra Constitución, dar lugar a discriminaciones contrarias a las consagradas: el nacimiento, nacionalidad, credo político, etc.

#### b) La dignidad humana

La tesis directa o indirecta estiman a la dignidad humana como fundamental para determinar la eficacia del principio de igualdad en las relaciones privadas. Es ilícita y, por tal razón, inadmisibles, nula, la negativa a contratar contraria a la dignidad del discriminado que fue rechazado a contratar.

Nipperdey expresa que la aplicación del art. 3 de la Constitución que consagra el principio de igualdad y no discriminación, no debe conducir a una limitación indebida de la libertad contractual jurídico-privada, garantizado por el art. 2.1 de la misma.

## V. La Drittwirkung indirecta

### A. Introducción

La Drittwirkung indirecta la comienza G. Dürig, su principal defensor. **La aplicación** de los derechos fundamentales en las relaciones privadas encuentra un serio obstáculo en la autonomía de la libertad, **pedra angular del Derecho Privado.**

Nuestro Código Civil de 1904, estableció la tesis clásica de la autonomía de la libertad contractual en el art. 2437.

De acuerdo a la libre contratación, las partes pueden celebrar todo tipo de negocios jurídicos, regulados o no regulados por la ley, establecer sus efectos, contenido y duración; por lo que las leyes que los rigen son supletorias, aplicándose en el silencio de las partes. Aun en la teoría clásica a que me he referido, la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones establecidas en el mismo art. 2437: **las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público.**

Nuestra Constitución no establece expresamente el principio de la autonomía privada, pero puede deducirse de la garantía de la libre empresa,<sup>4</sup> de la consagración de las libertades individuales,<sup>5</sup> de la propiedad privada<sup>6</sup> y de la dignidad.<sup>7</sup>

En la mitad del siglo XIX toma auge la tesis clásica de la autonomía de la libertad, recogida en el Código Civil francés de 1804, de estirpe liberal. A partir de la segunda mitad del siglo XX es objeto de revisión, bajo el influjo de ideas sociales, pero sin destruirlo y sigue siendo el mejor instrumento de intercambio de bienes y servicios y regulación de los intereses de los contratantes en el marco legal.

El Código Civil del Brasil del 2002 establece la función social del contrato; **la lesión contractual, cuando la persona bajo apremiante** necesidad o por inexperiencia se **obliga a una prestación manifiestamente desproporcionado** al valor de la prestación de la otra, sancionándola con nulidad; la **resolución de los contratos** de ejecución continuada o diferida, **la cual se produce cuando la prestación de una de** las partes se torna excesivamente gravosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios o impredecibles, pudiendo pedirse la revisión del contrato por el demandado ofreciendo las modificaciones equitativas; debe prevalecer en la celebración,

---

4 Art. 23 y sigts.

5 Art. 103 y 104.

6 Art. 5, 44 y 107.

7 Art. 5.

interpretación y la ejecución de los contratos, la buena fe. En el Código Civil Italiano de 1942, con excepción de la función social del contrato, similares disposiciones se establecen.

### **B. La Drittwirkung indirecta y la autonomía de la voluntad**

Parten de la idea de que los derechos fundamentales obligan a los particulares en las relaciones privadas, a través de las leyes y en su defecto por el juez. No se aplican directamente, tienen que pasar por el filtro del derecho privado.

Consideran que son las normas las que están vinculadas por los derechos fundamentales y sólo en esa medida rigen en las relaciones entre los particulares; por tal razón cuando se realiza la violación de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte, sino al poder público: al legislador (por no prever el caso o lo hacen en forma inadecuada) o al juez por no interpretar en forma aceptable los derechos fundamentales, al aplicar las normas jurídicas privada que rigen los actos de los particulares.

### **C. Mediación del legislador**

Según la tesis mediata es al legislador a quien le corresponde prácticamente señalar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Tiene la competencia para hacerlo dentro de un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales y el principio de la autonomía.

Se considera al legislador como el que puede proteger la autonomía de la voluntad en su articulación con los derechos fundamentales.

Es al legislador a quien le corresponde determinar las consecuencias que para las relaciones entre particulares tienen los derechos humanos, como por ejemplo, la libertad de expresión,<sup>8</sup> **el derecho**

---

<sup>8</sup> Art. 30 de la Constitución.

**a la intimidad,<sup>9</sup> el derecho a la defensa,<sup>10</sup> la presunción de inocencia,<sup>11</sup> el principio de igualdad.<sup>12</sup>**

Pero no podemos renunciar a la aplicación directa para corregir la inconstitucionalidad del legislador al regular la articulación entre los derechos fundamentales y las relaciones privadas.

#### **D. Mediación del juez**

Si el legislador no regulara el conflicto entre la autonomía privada y el derecho fundamental, corresponde al juez hacerlo mediante la ponderación de los derechos en conflicto, tomando en cuenta, entre otros elementos, los bienes jurídicos en oposición, la amenaza o intensidad que recae sobre cada uno de ellos, la gravedad del daño y los intereses de las partes.

El juez está directamente obligado por la Constitución por lo que al resolver el conflicto entre los particulares debe interpretar y aplicar la norma privada a la luz de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva.

Es significativa la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso del aval (octubre de 1993). En ella se trata de dilucidar si los tribunales civiles están constitucionalmente obligados a controlar el contenido de los contratos de aval bancario cuando la suscriben personas que, por su situación económica, al obligarse están asumiendo un riesgo muy alto. Señala el Tribunal que éste es un caso frecuente y que se había manifestado que en virtud de la libertad contractual, todo aquél que tenga capacidad negocial dispone de la facultad jurídica de asumir determinadas obligaciones.

La inexperiencia negocial no es suficiente razón para introducir una serie de deberes que obliguen al representante del banco a

---

9 Art. 26 inc. 2 de la Constitución.

10 Art. 33, 34 y 165 de la Constitución.

11 Art. 34 inc. 1 de la Constitución.

12 Art. 27 de la Constitución.

aclarar el contenido del contrato de aval o a aconsejar sobre el mismo. Cualquier persona mayor sabe que este tipo de contrato implica una serie de riesgos y la entidad bancaria puede presumir que el avalista es consciente de ello.

Esta sentencia pone de manifiesto la relevancia de la ponderación como mecanismo para determinar que el contratante ha renunciado al ejercicio del derecho fundamental por ejercer su autonomía. En todo caso la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas no se realiza directamente, sino mediante la norma jurídico-privada, y concretamente a través de las cláusulas generales.

Las cláusulas o normas generales se presentan, pues, como la principal herramienta de la que dispone el juez para articular adecuadamente derechos fundamentales y autonomía privada. Normas como las contenidas en los arts. 6.2, y 7.2 y 1255 del Código Civil de España, de orientación similar a los arts. 2437, 2478 y 2552 de nuestro Código Civil, establecen los límites a la autonomía privada, tras pasados los cuales el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares.

Esta articulación, objeto de nuestro estudio, se realiza con las normas generales, los principios generales del Derecho,<sup>13</sup> los del Derecho Civil y Mercantil y **los conceptos indeterminados, el orden público, las buenas costumbres, la moral, la buena fe y las leyes prohibitivas. Por otra parte, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común y por otros conceptos indeterminados.**

13 Existen principios generales del Derecho, del Derecho Laboral, del Derecho Procesal, etc., en su número no coinciden los autores y algunos de ellos se repiten en varias ramas del Derecho, incluso se discute la convención de su señalamiento. Su enumeración sería útil, pero se corre el riesgo de limitarlos, ya que pueden existir otros que no fueron señalados. Los principios generales del Derecho que enumeramos nosotros son los siguiente: la buena fe, la apariencia, el enriquecimiento sin causa, el abuso del Derecho, el contrato es ley para las partes, la seguridad, a los que se agregan, para facilitar nuestro estudio, los valores de la vida, la justicia, la libertad, el bien común, la igualdad real y la dignidad humana.

Es ilícita la causa del negocio jurídico cuando se opone a ley imperativa o prohibitiva (y no a las dispositivas), a las buenas costumbres y al orden público, lo que provoca nulidad de dichos negocios, en los cuales se violen estas limitaciones. Ejemplos:

a) Es nulo el contrato que se celebra entre el arrendador y el arrendatario para abrir una cantina, la cual resulta estar cerca de un colegio privado o público. El arrendatario puede negarse a cumplir el contrato porque la autoridad la puede cerrar, por violar la ley y el orden público, prevaleciendo el derecho fundamental a la educación sobre la libertad de contratación.

b) Es también contrario al orden público y, por lo tanto, nulo el contrato en virtud del cual una mujer le alquila el vientre a un matrimonio para que, por un precio determinado, se le implante un óvulo fecundado *in vitro* de otras personas, se lleve a cabo la gestación y les entregue al bebé. En este caso creo que la mujer que alquiló su vientre, puede negarse a entregar el bebé, porque prevalece el orden público y las buenas costumbres. Es un caso no regulado expresamente por la ley, tampoco lo cubre el derecho a la reproducción consagrado en el art. 74 de la Constitución que, según creo, sólo comprende los supuestos de procreación asistida cuando por lo menos se realiza con el óvulo o espermatozoide del matrimonio o pareja de hecho estable. En otros supuestos, como el presente, podría existir una especie de adopción de futuro, *sui generis*, pero falta aceptación legal. Por tal razón, no se entrega al bebe ni se devuelve el dinero recibido, aplicando el inc. 2 del art. 2079 del Código Civil que dispone que si el objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado.

c) Será nulo un contrato que sujeta a un individuo a desplazarse únicamente en el interior o patio de su casa o en el barrio, por lo que no está obligado a cumplir con esa obligación de no hacer, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad de movilización sobre la libertad de contratación.

d) Sería nulo el contrato en que se obligue a una persona a cambiar o no cambiar de religión. El obligado podía negarse a cumplir el contrato prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad religiosa sobre la libertad de contratación.

e) Es nulo el contrato que prohíbe casarse en general o con determinada persona o en determinado lugar. En este supuesto el individuo puede casarse, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad matrimonial sobre la libertad de contratación.

f) Es nulo el contrato en virtud del cual una mujer se obliga a ejercer la prostitución por un determinado precio. Si ella desea retirarse de ese oficio, puede hacerlo sin ninguna responsabilidad para con el otro contratante porque prevalece su dignidad, su derecho fundamental a la libertad, su inferioridad contractual, sobre la libertad contractual.

g) Es nula la cláusula de un contrato de tarjeta de crédito en virtud de la cual el tomador renuncia a su domicilio. En este supuesto, si el tomador es demandado en otro domicilio, puede alegar la nulidad de la cláusula y oponer la excepción en incompetencia, prevaleciendo el derecho fundamental de la defensa sobre la libertad de contratación.

Aunque es difícil la definición de la buena fe por las formas en que aparece en los diferentes casos y ramas del Derecho, **podemos decir que es un estado de desconocimiento, de confianza o lealtad sobre determinados hechos, actos o situaciones, la cual es necesaria para la protección de determinadas posiciones o derechos.** Su presencia *permea* muchas ramas del Derecho: el Derecho Laboral, el Derecho Administrativo, el Derecho Internacional, ampliamente el Derecho Privado y aparece en muchas disposiciones del Código Civil y de Comercio.

En la contratación se exige la buena fe en los tratos previos, en el momento de contratar (ausencia de dolo), en la interpretación

y ejecución del contrato. El Código Civil italiano regula esta amplitud de la presencia de la buena fe en la contratación.<sup>14</sup>

## **VI. La Drittwirkung en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

### **A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas adquiere tanta importancia que se aplica no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, concretando nuestro breve estudio a los sistemas americano y europeo.

Si se analiza con detenimiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos encontrar jurisprudencia que admiten la aplicación de la Drittwirkung de los derechos humanos en las relaciones privadas en una forma evolutiva hasta llegar a su clara aceptación.

En la primera etapa, la Corte Interamericana fundamenta la aplicación de los Derechos Humanos, en el deber de respeto y vigilancia del Estado, concepción similar al *state action* de los Estados Unidos. Éste es un deber de vigilancia de parte del Estado previsto en el art. 1.1 de la Convención. Se cita como ejemplo de esta etapa los casos Velásquez vs. Honduras (1987), Godínez vs. Honduras (1987), Paniagua vs. Guatemala (1998), entre otros. Esta debida vigilancia es para prevenir la violación o para tratarla en los términos de la Convención.

En el caso Velásquez expresó que un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por el

---

<sup>14</sup> Art. 1337, 1366 y 1375.

hecho en sí mismo, sino por la falta de la **debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.**

En el caso *Bleke vs. Guatemala*,<sup>15</sup> Cancado Trindade sienta las bases para los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Así lo expresa en el voto razonado<sup>16</sup>

Esta tesis del magistrado brasileño fue adoptado por unanimidad en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia. La Corte opinó que la obligación general del respeto de los derechos fundamentales previsto en el art. 1.1. de la Convención, para ser eficaz, se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupo clandestino, paramilitares, u otros grupos de particulares). Acepta la importancia de la *Drittwirkung*.<sup>17</sup>

Es a partir del 2003 que la Corte conoce de los casos en que se presenta una lesión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En los casos de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia,<sup>18</sup> Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia,<sup>19</sup> Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador,<sup>20</sup> la Corte Interamericana desarrolla la doctrina de que los Estados Parte se encuentran conminados a atender al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección, ... caracterizadas por el *jus cogens*, del cual emanan como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

15 Sentencia de fondo del 24 de enero de 1998.

16 En sus votos razonados reiteradamente se refiere a la *Drittwirkung*. *Colombia vs. Comunidad de Paz de San José de Apartadó* 18 de junio del 2002; *Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia* del 15 de marzo del 2005; *Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia* del 6 de marzo del 2003; *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* del 15 de marzo del 2005; caso *Pueblo Indígena de Nankuanmo* del 5 de julio del 2004; casos de personas haitianas y de República Dominicana del 7 de agosto del 2000.

17 Sentencia sobre medidas provisionales del 18 de junio de 2002.

18 Sentencia sobre medidas provisionales del 15 de marzo de 2005.

19 Sentencias sobre medidas provisionales del 5 de julio del 2004.

20 Sentencia sobre medidas provisionales del 6 de julio de 2004.

La última etapa se encuentra en la Opinión Consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos en la que se acepta la imputación a los particulares de la violación de los derechos humanos, considerado como un caso líder.

En el mes de mayo de 2002, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board, decidió que un trabajador indocumentado que había sido despedido ilegalmente por contribuir a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, no tenía derecho al pago de los salarios caídos o de tramitación, los cuales por los tres años de trabajo perdido ascendían a 67.000 dólares. La decisión fue por mayoría de 5 a 4 votos.

El juez Breyer en su voto disidente expresó que si los trabajadores indocumentados no pueden recibir el pago de los salarios, cuando son despedidos ilegalmente, los empleadores los despiden cuando intentan sindicalizarse, porque no existe sanción alguna para los empleadores.

Esta situación despertó una fuerte alarma en México, lo que también repercutía en todos los países Latinoamericanos que reciben remesas de Norteamérica, lo que provocó que en el juicio se pronunciaron dichos países y varias instituciones en su carácter de *amicus curiae*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos evacúa la consulta, con los siguientes fundamentos que interesan a nuestra materia: a) Que el principio de igualdad y no discriminación puede considerarse como imperativos del Derecho Internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado independiente de ser parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos respecto de terceros, **inclusive a particulares**. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede

actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. Como norma *jus cogens* los Estados no la pueden derogar, la cual es recogida en el art. 53 de la Convención de Viena. b) En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del Derecho Internacional general. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

## **B. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta la tesis de que los derechos humanos también rigen en las relaciones privadas. Para ejemplos cinco sentencias: En sentencia de 1998 contra el Reino Unido estimó que el padrastro que golpeó al hijo con una caña, causándole lesiones físicas, violó su derecho a no sufrir tratos degradantes y que el Estado, al absolverlo penalmente fundándose en la causa justificativa de emplear su potestad paternal para castigarlo razonablemente, vulneró el derecho del hijo.

En sentencia de 1981 en la que un grupo de trabajadores alega violación de la cláusula de exclusión mediante la cual todos los trabajadores deben afiliarse al sindicato contratante, pactado entre el sindicato y la empresa.

Sentencia 16/1983/110 en la que el padre denuncia que la hija menor internada en una clínica particular para personas con retraso mental, había sido violada por el hijo mayor de edad, de la responsable de la clínica. Las autoridades se negaron a iniciar el procedimiento penal alegando que la víctima carecía de facultades mentales para hacer una acusación. Resolvió: “La Corte ratifica que, no obstante que el propósito del artículo 8 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) es esencialmente la protección de los individuos contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, eso no significa que el Estado sólo se abstenga de actuar en esa forma; además de su obligación negativa, también hay obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de las personas y de las familias. Esa obligación incluye la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada incluso en la esfera de relaciones entre particulares”.

Sentencia 5/1987/128/179 contra Austria, en la que una asociación de médicos antiabortivos organizaron manifestaciones en 1980 y 1982, en las que ellos sufrieron ataques por personas particulares partidarios del aborto ante contingentes policiales. Resolvió: “Una manifestación puede afectar u ofender a personas con ideas opuestas a las sustentadas por los manifestantes. Los participantes, sin embargo, deben contar con la seguridad de poderse manifestar sin el temor de ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes, porque ese temor inhibiría a las organizaciones de expresar libremente sus opiniones sobre cuestiones altamente controvertidas que afecten a la comunidad. En una democracia el derecho a las contra-manifestaciones no puede permitirse hasta el extremo de inhibir el derecho de los manifestantes originales. La genuina y efectiva libertad de manifestación no se reduce al deber del Estado de no interferir; una concepción estrictamente negativa no es compatible con los propósitos del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos). Igual que el artículo 8, el 11 requiere en ocasiones de medidas positivas, incluso en la esfera de las relaciones entre particulares”.

Sentencia 18/1995/524/610 en la que discutía el conflicto entre el propietario de un restaurante y una organización de restauranteros

que al no estar afiliado, pretendió boicotearlo para que ingresara al grupo. Resolvió apartándose del criterio de la responsabilidad de particulares. Pero existe un voto disidente del juez P. Jambrek que dice: “Mi posición difiere en cuanto a la interpretación y a la aplicación del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos), a la luz de la doctrina de la *Drittwirkung*. Desde mi punto de vista, la acción de los industriales que dio lugar a la queja del demandante debe estar sujeta a las mismas restricciones que se aplican al Estado. El Estado responsable (Holanda) estaba en la obligación positiva de tomar medida que aseguraran el disfrute de la libertad de asociación”.

## **VII. La *Drittwirkung* en el ordenamiento jurídico nicaragüense**

### **1. Introducción**

Aunque no lo dice expresamente la Constitución, ésta obliga tanto a los poderes del Estado como a los particulares. Así se desprende del articulado de la misma.<sup>21</sup>

Dentro de la jurisdicción ordinaria, la violación de los derechos humanos entre particulares puede derivarse de los arts. 160 y 165 de la Constitución que dicen:

“Art. 160: La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege la tutela de los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia”.

“Art. 165: Los Magistrados y Jueces en su actividad judicial, son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución 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”.

---

<sup>21</sup> Art. 24, 160, 165 y 182, entre otros.

Por otra parte, el art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: “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”.

Además, de acuerdo con los arts. 182 de la Constitución, 4 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 194 del Código de Procedimiento Civil, los jueces y tribunales deben de aplicar de preferencia la Constitución y para controlar la violación que se haga de éstos, el art. 2057 inc. 1 de éste Código establece una causal de casación en el fondo.

En la jurisdicción ordinaria se presentan con frecuencia problemas relacionados con la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero los jueces y tribunales no aplican esta penetración constitucional en el Derecho Privado.

Con relación al amparo, la Constitución en el art. 188 restringe su procedencia únicamente contra las disposiciones, actos o resoluciones y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Sólo cabe, pues, contra actos de autoridad, pero a este concepto se le ha dado una interpretación más amplia, autorizando el amparo contra particulares que prestan servicios públicos, entes autónomos y descentralizados. Por ejemplo en Nicaragua ha procedido contra la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua,<sup>22</sup> el Instituto Nicaragüense de Energía,<sup>23</sup> el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social,<sup>24</sup> el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Ingeniería<sup>25</sup> y el Consejo Nacional de Universidades (CNU).<sup>26</sup>

---

22 S. 11:40 a. m. del 13 de marzo de 1968, B. J. , pág. 31.

23 S. C. No. 134, 10:00 a. m. del 21 de septiembre del 2006.

24 S. C. No. 133, 11:30 a. m. del 21 de septiembre del 2006, 10:05 a. m. del 15 de marzo del 2005.

25 S. C. No. 63, 8:30 a. m. del 2 de abril del 2003.

26 S. C. No. 35, 8:30 a.m. del 8 de marzo del 2005.

Esta amplitud nos podría permitir conocer en amparo determinados supuestos de aplicación de los derechos fundamentales.

Es conveniente advertir que el amparo no cabe contra las resoluciones judiciales, aunque se han dictado algunas sentencias en que se ha aceptado en situaciones excepcionales. El amparo contra las relaciones judiciales han permitido a los Tribunales Constitucionales de otros países conocer con amplitud sobre la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

## **2. Algunos casos regulados o no por la ley y de aplicación directa**

### **a) Contratación**

En materia de contratación existe libertad de acuerdo con lo expresado anteriormente. No obstante, para mantener el equilibrio contractual entre poderes y deberes, la autonomía de la voluntad ha recibido limitación en materia laboral, contempladas en la Constitución y en las leyes laborales; en materia de inquilinato; en la contratación dentro del Derecho de Familia; declarando sin validez los contratos en aquellos casos en que la ley los declara nulos por ser contrarios a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Tanto en materia civil como en materia laboral son numerosas las aplicaciones de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

### **b) Investigación de la paternidad**

Con relación a la investigación de la paternidad y maternidad la Constitución sienta el principio de permitirla,<sup>27</sup> por el contrario el Código Civil<sup>28</sup> parte de la idea de no permitir la investigación de la paternidad, salvo casos excepcionales, por lo que, como sostenía

---

27 Art. 78.

28 Art. 225 y otros.

antes de la reforma del 2007, debería aplicarse directamente la Constitución y abrir la posibilidad de probarse de acuerdo con los medios de prueba aceptados incluyendo el ADN.

Sirva lo anterior de ejemplo para la aplicación directa en casos no contemplados en la ley ordinaria.

En la Gaceta, Diario Oficial No. 120 del 26 de junio de 2007, se publicó la Ley No. 120 de Responsabilidad Paterna y Materna, reglamentada, por el Decreto No. 102 del 2007 y publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 223 del 20 de noviembre de 2007.

De acuerdo a esta ley cuando el padre no haya reconocido al niño o la niña, la madre podrá declarar ante el Registrador del Estado Civil de las Personas quién es el presunto padre y señalar su identidad y ubicarlo. En este momento se le informa que debe realizarse la prueba del ADN al presunto padre, la madre y el hijo o hija.<sup>29</sup>

Con esta declaración se inicia el trámite administrativo de reconocimiento y el Registrador procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y madre. Dicho funcionario citará al presunto padre para que dentro del término de 15 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la inscripción provisional de paternidad, bajo el apercibimiento que al no hacerlo se reconfirmará con el apellido de ambos. Esta inscripción provisional no causará estado hasta que se compruebe la paternidad de acuerdo a esta ley.<sup>30</sup>

El notificado que se le aplicó el reconocimiento administrativo por no comparecer al Registro Civil, tendrá un plazo de un mes para presentar ante el Juzgado de Familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente, sin que se suspenda

---

29 Art. 6.

30 Art. 7.

la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y madre.<sup>31</sup> Se obliga al presunto padre a ser demandante con las cargas propias de esta posición procesal.

Si el padre niega la paternidad ante el Registrador y acepta practicarse la prueba del ADN se procederá a realizarla. Si el resultado es positivo se inscribirá con el apellido del padre y la madre y si es negativo se inscribirá con el apellido de la madre.<sup>32</sup>

Si el presunto padre al ser citado niega la paternidad y rechaza practicarse la prueba de ADN, el Registrador procederá a aplicar la presunción de paternidad y reconfirmará al hijo o hija con el apellido de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa, otorgando las obligaciones legales propias de la paternidad.<sup>33</sup>

Si el citado no se presentare a realizar la prueba del ADN o si habiéndose presentado se negare a ello, el laboratorio dará constancia de tal negativa, lo que constituye una prueba a favor de la persona solicitante, pero creo que se puede discutir la paternidad en juicio.<sup>34</sup>

Si el padre niega la paternidad, pero acepta la prueba del ADN y si el resultado es positivo, se confirmará la inscripción y si es negativa se inscribe al hijo o hija sólo con el apellido de la madre.<sup>35</sup> El índice de prueba del ADN debe ser de 99.99%.

También se regula la investigación de la maternidad administrativa<sup>36</sup> y el derecho del padre a la investigación de la paternidad administrativa de su hijo o hija.<sup>37</sup>

---

31 Art. 8.

32 Art-9.

33 Art. 10.

34 Art. 10.

35 Art. 9.

36 Art. 15.

37 Art. 14.

### **c) Alimentos**

En materia de igualdad de hijos naturales con los legítimos la Constitución establece que tienen iguales derechos.<sup>38</sup> Pero el Código Civil los discriminaba en materia de alimentos, sin embargo por ley especial del 18 de febrero de 1992 los coloca en igualdad de condiciones.

### **d) Sucesiones intestadas**

En materia de sucesión intestadas en el Código Civil<sup>39</sup> se le concede un trato discriminatorio a los hijos naturales en contra del principio de igualdad de los hijos legítimos y naturales consagrado en el art. 75, por lo que ahora los jueces en forma directa están aplicando de preferencia la disposición constitucional y se espera una reforma del Código Civil para ajustarlo a la Constitución.

Este es un caso de aplicación directa del art. 75 de la Constitución.

### **e) La apelación**

De acuerdo con el art. 458 del Código de Procedimiento Civil no se permite la apelación cuando ambas partes acuerdan no apelar. La Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que esta disposición tiene por objeto evitar la renuncia del más débil, por lo que se exige que la renuncia sea de mutua y no sólo de una.<sup>40</sup>

### **f) Consumidores**

También existe protección a los consumidores regulados en la ley del 1 de noviembre de 1954 y su reglamento del 14 de junio de 1999.

---

38 Art. 75.

39 Art. 998 y sigts.

40 S. 10:30 a.m. del 25 de febrero de 1996, B. J., p. 32.

A los consumidores al adquirir bienes y servicios se les garantiza calidad y cantidad, la seguridad, la salud, la información veraz, los daños y perjuicios que sufra, la celebración de una contratación justa, prohibiendo seis tipos de cláusulas que se declaran nulas si se estipulan, la irrenunciabilidad de sus derechos, la celebración de contratos de adhesión en forma clara, con letras visibles, escritos en idioma español e interpretados a su favor.

El consumidor también tiene derechos a un medio ambiente adecuado que garantice la conservación y desarrollo de los recursos naturales.

Se protege la vida y sus bienes, cuando haga uso de los servicios de transporte, acuático y aéreo. El proveedor pagará los daños y perjuicios si no toma las medidas necesarias para evitar el riesgo.

La preocupación por proteger a los consumidores nace en 1962 en el mensaje de Kennedy al Congreso de los Estados Unidos, al compartir la idea de “que todos somos consumidores”. El consumidor goza de una serie de derechos y garantías y además de las leyes a favor de los consumidores.

### **g) Ambiente**

Se protege el ambiente en el art. 60 de la Constitución desarrollado en la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del 27 de marzo de 1996 y su reglamento del 14 de julio de 1999.

La sobreexplotación de los recursos naturales, la contaminación de ríos, lagos, mares, aire y ciudades, la destrucción de la fauna y flora, la desertificación, la destrucción de las bellezas naturales, el calentamiento global, los rigurosos cambios climáticos, han deteriorado el planeta, desmejorando la calidad de vida y dañado la salud física y mental de las personas.

Esta ley concede acción popular para iniciar acciones administrativas, civiles y penales.

## **h) Asociaciones y sociedades**

Existen dos tipos de asociaciones: unas asociaciones sin fines de lucro, de carácter social, gremiales, religiosas, culturales, deportivas, políticas y de cualquier otra índole, contempladas en el art. 49 de la Constitución; y otras de carácter económico con fines de lucro (sociedades comerciales, civiles, etc.) que surgen de la libertad de empresa contemplada en el art. 99 párrafo 2 de la Constitución.

De acuerdo con el citado artículo 49 de la Constitución se concede el derecho de formar organizaciones a los trabajadores de la ciudad y el campo, a las mujeres, a los jóvenes, a los profesionales, a los técnicos, a los intelectuales, a los artistas, a los religiosos, a las comunidades de la Costa Atlántica y a los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin social de lograr la realización de sus aspiraciones de acuerdo a sus intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Las asociaciones tendrán una función social.

A nadie se le puede negar la admisión en las mencionadas organizaciones ni decretar su expulsión por razones de raza, religiones, sexo, opinión, idioma, posición social o económica y otras causas groseramente discriminatorias. Por supuesto, que no se puede admitir a quien no es abogado en el colegio de abogados y se puede expulsar si se comprueba posteriormente que no lo es; en una asociación católica se le puede negar acceso a un musulmán y se puede expulsar al católico que se convierte en musulmán; pero en una asociación de abogados, de médicos, de agricultores, etc., no se les puede negar el acceso o expulsarlos porque sean musulmanes, liberales, negros, blancos, etc., de acuerdo con el art. 27 de la Constitución que prohíbe la discriminación.

## **i) Condiciones generales de la contratación**

En esta época de contratación masiva han surgido las condiciones de la contratación para facilitar la contratación y proteger al

adquirente de bienes y servicios. Son condiciones generales de la contratación un conjunto de cláusulas uniformes, impuesta por una de las partes, que se incorporan a los contratos que se van a realizar en masa.

Se encuentran tales condiciones en los contratos de servicio de teléfono, luz, agua, electricidad, gas, etc.; en los servicios bancarios como préstamos, depósitos, cuenta corriente, tarjetas de crédito, etc. y en otros tipos de contratos.

Las condiciones generales de la contratación aparecen insertadas en las pólizas de seguro y se rigen por la Ley General de Instituciones de Seguros (Ley No. 1727), publicada en La Gaceta No. 77 del 26 de noviembre de 1970 y sus reformas.

Los modelos de póliza requieren la previa autorización de la Superintendencia de Bancos, no obstante, antes de ser utilizados deben ponerse a disposiciones de dicho organismo.

Las pólizas deben registrarse por las disposiciones del Código de Comercio, de la Ley de Títulos Valores, del Código Civil y demás disposiciones legales de carácter imperativo, bajo pena de ineficacia de la estipulación respectiva; deben redactarse en idioma español en forma que sean fácilmente comprensibles para el asegurado, en letras que sea fácilmente legible. Las empresas aseguradoras no podrán modificar o enmendar los modelos de pólizas, endosos o cláusulas especiales que les fueren aprobadas por la Superintendencia.

Las tarjetas de créditos están reguladas por la Ley de Promoción y Ordenamiento del Uso de la Tarjeta de Créditos del 1 de noviembre de 1994 y por las normas sobre la promoción y ordenamiento del uso de las tarjetas de créditos aprobadas por la resolución del 26 de septiembre del 2006. Esta ley tiene por objeto proteger al usuario de las tarjetas de crédito con relación a las condiciones generales impuestas por el emisor de la tarjeta y los intereses que se cobran.

Los modelos de contrato de apertura en cuenta corriente y uso de tarjeta de crédito deben ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos. Este contrato es considerado por la ley como de adhesión.

En el art. 10 se establecen las condiciones que debe tener el contrato de emisión de tarjetas de crédito.

En el art. 11 de la ley se establece la nulidad de ciertas cláusulas. Por ejemplo: las que renuncien a los derechos y garantías de la ley, las modificaciones unilaterales que haga el emisor de las condiciones del contrato; las cláusulas adicionales no autorizadas por el órgano regulador; las que impongan al usuario de las tarjetas un domicilio diferente al propio.

En los países europeos es muy común la regulación legal de las relaciones generales de la contratación. En España existe una regulación general en la Ley No. 7 del 13 de abril de 1998.

Para esta ley las condiciones generales de contratación son cláusulas de contenido contractual establecidas por una de las partes, pero impuestos a la otra. Son aquellas cláusulas que se conocen como la letra pequeña de los contratos y que en ciertas ocasiones se remiten a documentos o condiciones que no aparecen en el contrato.

Las condiciones generales son partes integrantes del contrato cuando ha sido aceptados por el adherente y el contrato es firmado. No se consideran aceptadas cuando el que impone las condiciones no ha informado al otro contratante o adherente de dichas condiciones ni le ha entregado un ejemplar de las mismas.

Cuando los contratos no necesiten celebrarse por escrito es suficiente que el que imponga las condiciones las hagan visibles dentro del lugar donde se les celebra el contrato.

No quedan incorporadas al contrato y, como consecuencia, no obligan al adherente, las condiciones siguientes: las que no hayan

podido ser conocidas por el adherente al tiempo de firmarse el contrato o cuando no hayan sido firmadas si la ley impone ese requisito, las ilegibles, ambiguas, oscuras, incomprensibles.

Son nulas las condiciones generales cuando contradigan lo establecido en la ley en perjuicio del adherente o sean abusivas para el consumidor. En general se consideran cláusulas abusivas aquellas no negociadas individualmente que al contrariar la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio del contrato.

La ley establece cinco tipos de acciones contra las condiciones generales ilegales: la acción de nulidad; la acción de no incorporación; la acción de cesación; la acción de retractación; y la declarativa. Las dos primeras son individuales y las tres últimas colectivas.

La de nulidad tienen por objeto declarar la nulidad de una condición general del contrato por ser abusivas en contra del consumidor o porque contradigan lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

La acción de no incorporación tienen por objeto declarar que una condición general no quede incorporado en el contrato y, en consecuencia, no obliga a los contratantes porque el adherente no ha tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato las condiciones generales o cuando sean ilegibles, ambiguas u oscuras.

La acción de cesación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que obligue al demandado a eliminar las condiciones generales que se consideren nulas y abstenerse de utilizarlas en el futuro y que al mismo tiempo determinar o aclarar qué parte o qué cláusula del contrato se consideran válidas y eficaces.

La acción de retractación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que imponga al demandado la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar condiciones generales nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

La acción declarativa tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción cuando ésta sea obligatoria.

Para las acciones colectivas se conceden legitimaciones a ciertas organizaciones relacionadas con estos problemas.

La acción de cesación y la de retractación prescriben a los dos años a partir de la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. La declarativa no prescribe.

Los notarios y registradores de la propiedad tienen la obligación de informar a los consumidores sobre la aplicación de la ley y su alcance.

Existe un registro donde se inscriben las condiciones generales de la contratación a fin de que las personas puedan conocer de la existencia de ella. Se denomina Registro de las Condiciones Generales de la Contrativa. También se anotan las acciones judiciales, lo mismo que las minúsculas resoluciones judiciales.

La inscripción de las condiciones generales es voluntaria, pero se podrán imponer en determinados sectores específicos de la contratación. Es necesaria la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias de la cesación o retractación.

Se establecen dos reglas importantes de interpretación: cuando exista contradicción entre las condiciones particulares específicamente previstas y las generales, prevalecen éstas; las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

Creo que algunas disposiciones de la Constitución pueden ser aplicados directamente. El art. 75 que regula la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos. El art. 82 que se refiere a los derechos de los trabajadores en sus incisos 1, 2, el art. 5 que establece

la dignidad humana, el art. 27 que establece la igualdad y las prohibiciones discriminatorias; el art. 25 inc. 3 que establece el derecho a la personalidad y capacidad jurídica; entre otros.

De los arts. 160 y 165 anteriormente transcritos se puede deducir que la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se puede hacer a través de la ley (art. 160), lo que significa que como norma general será la *Drittwirkung* mediata la aplicable, salvo excepcionalmente la inmediata.

Esto significa que el principal elemento del juez será la ley, y en defecto de la ley, el juez debe aplicar las normas y conceptos indeterminados del Derecho Privado, como lo hemos explicado y si el caso lo amerita la aplicación directa de la norma constitucional.

La aplicación directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones privadas depende del contenido y naturaleza de cada derecho, pues no todos son aplicables en el Derecho Privado porque podría resultar gravemente afectado o aniquilado.

## **j) La prueba**

Con relación a la prueba existen límites a la libre contratación en virtud del orden público.

En mi Introducción al Proceso<sup>41</sup> expresé: “En materia probatoria, la libre contratación encuentra serios límites. No son válidos los convenios o cláusulas siguientes: a) El convenio o cláusula que le otorga al medio de prueba un mérito que la ley no le reconoce (superior o diferente), o bien le niega o disminuye el que la ley le otorga, si se sigue el sistema de la tarifa legal de la prueba. Cuando se sigue el sistema de la sana crítica, tampoco obligan al juez estos convenios o cláusulas, pues si la ley no somete a éste a una valoración preestablecida, con mayor razón no lo pueden hacer las partes.

---

41 Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua 1998, pág. 255 y 256.

b) El convenio en que se invierte la carga de la prueba, pues las reglas que se establecen con relación a ella son de orden público. Un convenio de esta naturaleza adolecería de nulidad absoluta, por la ilicitud del objeto. La Corte Suprema de Justicia se adhiere a esta opinión.<sup>42</sup> No obstante, debe advertirse que ciertos autores aceptan la validez del convenio de inversión de la carga de la prueba (Lessona, Rosenberg, Planiol y Rippert).

Por otra parte, algunos autores admiten el convenio en virtud del cual se impone a una de las partes la carga de la prueba sobre un hecho determinado, siempre que la ley no disponga nada sobre dicho hecho.

c) El convenio que le concede mérito ejecutivo a un documento que no lo tiene o le niega al que lo tiene.

d) El convenio que crea presunciones de hecho. Ejemplo: se presume que el daño o la enfermedad existía con anterioridad al contrato, si resulta dentro de tres días posteriores a su celebración. El ejemplo es de Rosenberg, para quien, por contrario, es válido este convenio”.

---

<sup>42</sup> Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua 1998, pág. 255 y 256.

# REFLEXIONES ACERCA DEL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

JESÚS SORIANO FLORES<sup>1</sup>

*Para el Dr. Héctor Fix-Zamudio, con profunda admiración.*

**SUMARIO:** I. Nota Introductoria - II. Apuntes en torno a la Pluriculturalidad del Estado Mexicano - III. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Hoy - 3.1. Tres enfoques Necesarios - 3.1.1. Primer Enfoque: Derecho Consuetudinario Indígena - 3.1.2. Segundo Enfoque: Derecho Internacional de los Derechos Humanos - 3.1.3. Tercer Enfoque: Los Derechos Indígenas en la Constitución (Derecho Estatal) - IV. Los Derechos Humanos colectivos y los Pueblos Indígenas - 4.1. El Reconocimiento de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución, a partir de los Derechos Colectivos - V. Reflexiones Finales.

*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución."*

*Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.*

*Francia, 1789.*

## I. Nota Introductoria

Una manera saludable e indispensable de recordar la aparición de la Constitución que nos rige, es reflexionando en torno a

---

<sup>1</sup> Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato, México. Profesor de la Universidad de Guanajuato y Miembro Fundador y Secretario de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos.

ella, y es aún mejor poner énfasis parte relativa a los Derechos Humanos. Nuestra Carta Fundamental es en buena medida, lo que fuimos, lo que quisimos ser, lo que somos, pero también lo que no hemos sido, estas líneas tienen más que ver con ésta última visión.

La problemática que me permitiré abordar, no es privativa del caso mexicano, en términos generales podemos decir que en la orbe completa, que cuenta con aproximadamente trescientos millones de indígenas<sup>2</sup>, encontramos elementos semejantes que los caracterizan. No obstante este paréntesis, en el desarrollo del texto referiré particularmente ideas relativas a nuestro país, y específicamente a nuestra Constitución.

A manera de introducción en el tema, es importante destacar que la búsqueda de significados a los problemas que padecen los pueblos indígenas de México, necesariamente nos remite al año de 1492, tiempo en el que los europeos al haber creído que encontraban las indias, denominaron precisamente “indios”, a las personas nativas del espacio que habitamos, denominación que desde esa época, integró múltiples elementos que consideraban al indígena como una persona inferior a esos europeos, denominación, que lamentablemente conserva en la actualidad algunos de esos elementos. Como lo señala el que por fortuna fue mi profesor en mis estudios de maestría, el Dr. Jorge González Galván, “en los casi cinco siglos recientes, los pueblos indios de México han coexistido en una sociedad que los excluye; los procesos colonial y nacional no reflejaron en sus naciones ni en la realidad, el respeto a las diferencias culturales”<sup>3</sup>.

Son muchos los intentos que algunos han emprendido con la finalidad de eliminar a los pueblos indígenas, sin embargo, estos pueblos existen, y sobreviven en las condiciones socioeconómicas

---

2 Según datos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

3 González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-hill, 1997, p. 32.

más precarias, podemos decir que el mapa indígena, encaja perfectamente en el mapa de la pobreza extrema de nuestro territorio.

Además la indiferencia y la insensibilidad, cuando hablamos de los pueblos indígenas, se hacen presentes en nuestra sociedad de manera espontánea, y es que la marginación de los mismos se manifiesta como algo normal, o peor aún, lo que algunos piensan: como algo que ellos quieren, que ellos mismos decidieron. La discriminación, es pues en el caso mexicano, alarmante y evidente, tal y como lo documentó la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México publicada en el año 2005<sup>4</sup>.

No omitimos manifestar, que los problemas de estos pueblos no solamente tendrán solución cuando estos adquieran mejores condiciones económicas, sino que únicamente, esta sería una de las manifestaciones si la justicia social tuviera eficacia para estas comunidades. El problema esencial, creemos, está salpicado primordialmente de factores culturales (entre los que se encuentra el jurídico y que es el que trataremos en este texto), y no precisamente económicos.

Como lo veremos, es indispensable que más allá de la pluriculturalidad que establece nuestra Carta Magna en su artículo 2º, tengamos perfectamente claro que nuestra nación constituye una comunidad política, pero de ninguna manera una comunidad cultural. Todas y todos debemos decir esto muy fuerte, y más aun, defenderlo. Este es un problema nacional, es tiempo ya, de que los problemas de las personas que compartimos el territorio mexicano, sean una preocupación

---

4 Realizada por el CONAPRED y SEDESOL en Mayo de 2005, en la que entre otras cosas, algunas personas no indígenas expresaron lo siguiente:

- 43% opina que los indígenas tendrán siempre una limitación social por sus características raciales.
- Uno de cada tres opina que lo único que tienen que hacer los indígenas para salir de la pobreza es no comportarse como indígenas.
- 40% de los mexicanos está dispuesto a organizarse con otras personas para solicitar que no permitan a un grupo de indígenas establecerse cerca de su comunidad.

general, sobretodo, por que se extiende a más de cinco siglos manifestándose como la acción discriminatoria más grande de nuestros tiempos.

El comienzo del siglo pasado con una Revolución, fue sin duda uno de los momentos más importantes en los que los pueblos indios creyeron que por fin encontrarían la solución paulatina a sus problemas, fundamentalmente al respetarse su forma de ser y de actuar, sin embargo, este respeto no se hizo presente. Los regímenes que surgieron de la Revolución de 1910, consideraron que no se podía concebir un desarrollo integral del país, con una variedad cultural, por lo que debía propiciarse el establecimiento de una sola lengua, una sola religión, un solo derecho, en resumen, una unidad cultural, violentando de esta manera los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Pero, ¿a cuáles derechos humanos nos estamos refiriendo?, aunque esto lo veremos más detalladamente en el desarrollo del texto, la respuesta es a *los derechos humanos colectivos*, que son derechos de colectividades humanas, y que constituyen prerrogativas que por ejemplo en la Revolución Francesa (uno de nuestros antecedentes ideológicos) no tuvieron cabida, lo cual tiene repercusiones hasta nuestros días, en virtud de que algunos aún consideran que los derechos humanos solamente son los individuales.

Este breve estudio, pues, enfatiza la necesidad de replantearnos la necesidad de revisar nuestra Constitución, a través de la mirada profunda de los Derechos Humanos.

## **II. Apuntes en torno a la Pluriculturalidad del Estado Mexicano**

El artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.P.E.U.M.), señala que “la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”, lo que significa entre otras cosas que existen diversas formas y concepciones de vida y de organización. Reconocer la

diversidad cultural, implica reconocer el derecho a ser diferente. Pero esta consideración constitucional es sumamente reciente, escribamos un poco de ello.

El proyecto de nación basado en la igualdad de todas las personas aunado a la libre concurrencia y competencia económicas, sirvió de fundamento a la desigualdad y asimetría que desde entonces han caracterizado las relaciones sociales, económicas y políticas de las sociedades latinoamericanas y han configurado la situación de marginalidad característica del proyecto de desarrollo dominante; que en el caso de los pueblos indios, asumió *dimensiones etnocidas*<sup>5</sup>.

Así como se diseñó un *Estado Federal*, que era *Central*, también se consideró que la nación mexicana se encontraba constituida por *una sola cultura*, atropellando los derechos humanos de los pueblos indios mediante la creación de una ficción que aún subsiste, y que en gran medida es responsable de la marginación en la que viven aproximadamente el 11% de la población.

Como adelantábamos al iniciar este apartado, el reconocimiento en el nivel constitucional de la pluriculturalidad del Estado Mexicano es muy reciente, “no fue sino hasta la década de los 80’s cuando se reconoce en el discurso político, la pluralidad cultural y lingüística de la sociedad nacional y la necesidad de replantear el modelo de desarrollo de la nación mexicana”<sup>6</sup>, y así por su parte “el movimiento indígena poco a poco se fue replegando hacia una lucha cada vez más local y comunitaria, instrumentando al mismo tiempo, proyectos alternativos en la búsqueda de opciones propias de desarrollo;”<sup>7</sup> y hasta 1992 se introdujo al artículo 4º constitucional, la *Pluriculturalidad del Estado Mexicano*, con lo cual, tras un periodo de 500 años, se reconoció a la nación mexicana como *pluriétnica y pluricultural*.

5 Valencia Enrique, “Etnocidio y Perspectivas étnicas”, *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., México, UNAM, p.11-12.

6 Hernández Natalio, “Los pueblos Indígenas hacia el nuevo milenio”, en *Etnicidad y derecho: Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., México, UNAM, 1996, p. 247.

7 *Ibid.*

En este orden conceptual, como bien lo documentó Araceli Burguete, fue “hasta el último día de sesiones de la LIV Legislatura del Congreso de la Unión – unos minutos antes de que ésa cerrara- en que finalmente se logró que la iniciativa para reformar el artículo 4º constitucional fuera aprobado”<sup>8</sup>, aunque como sabemos sin reconocer, como hubiera sido deseable, a los pueblos indios como sujetos de derecho.

Por lo tanto, aunque es cierto que existe un avance en la tan esperada reforma de 1992, en términos generales estamos en presencia de una mera declaración. Impresionantemente casi al concluir el siglo (que comenzó con la luz revolucionaria que vislumbraban las y los indígenas mexicanos) la Constitución es reformada en materia de derechos indígenas, con un contenido precario.

El reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural de la Nación, además implica entre otras cosas como lo ha descrito López y Rivas, superar la visión decimonómica, desgraciadamente todavía en boga entre importantes sectores de la clase política mexicana, que considera que el principio de igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley es contradictoria y excluyente de una política de trato preferente y compensatorio que asuma el respeto a la diversidad lingüística y cultural de entidades étnico-nacionales que optan por mantenerse como pueblos y demandan ser reconocidos como tales dentro de los marcos del Estado Nacional<sup>9</sup>. Y superar esta visión, significa que “los pueblos indios además de ser sujetos de las leyes y disposiciones constitucionales que como ciudadanos les corresponden, complementariamente deben ser sujetos de una estipulación constitucional a partir de la cual se establezcan formas específicas de autonomía y de representación nacional, estatal y municipal, más allá de lo que estipulaba ese artículo 4º de la Constitución.”<sup>10</sup>

8 Burguete Cal y Mayor, Araceli, “Derechos territoriales de los pueblos indígenas”, *Memoria*, México, CEMOS, núm. 98, abril de 1997, p.23.

9 López y Rivas, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2ª. ed., México, UIA, 1996, p.94.

10 *Ibid.*

Con el afán de establecer un enunciado que exprese una primera conclusión, podemos decir que México entonces, es una *comunidad política*, pero *no una comunidad cultural*; por lo tanto, *mexicanos*, significa *identidad política*, *no identidad cultural*. En este sentido, los Derechos Humanos, deben partir de esta concepción de la realidad política, social y jurídica que conforma nuestra Nación.

### **III. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Hoy**

#### **3.1. Tres enfoques Necesarios**

A pesar de que el presente estudio se centra en un análisis constitucional (derecho estatal mexicano), sabemos que para obtener un panorama integral acerca de los derechos indígenas, tenemos que indagar necesariamente en otros dos rubros<sup>11</sup>: derecho consuetudinario y derecho internacional. A continuación y de manera muy breve hablaremos un poco de estos dos rubros, para después concentrarnos en el análisis constitucional en comento.

##### **3.1.1. Derecho Consuetudinario Indígena como primer enfoque**

El Derecho Consuetudinario, constituye una serie de reglas que son aceptadas por los miembros indígenas de un Pueblo o Comunidad, las cuáles se han transmitido de generación en generación y son generalmente orales.

Nos encontramos en una etapa en la que la concepción positivista del derecho hegemónica, es fuertemente cuestionada, “el Estado y su sistema jurídico, no pueden ser considerados por más tiempo como el mejor, ni el único garante del orden social, contrariamente a una opinión largamente difundida en los medios jurídicos y hasta

---

<sup>11</sup> Se recomienda consultar el Folleto Derechos Humanos de los Pueblos y Personas Indígenas: 10 Preguntas Básicas, producido por la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato en Marzo de 2007, editado por Manuel Vidaurri Aréchiga, Fátima Rostro Hernández y Jesús Soriano Flores.

cierto punto en el campo de la antropología jurídica<sup>12</sup>, además de que “la costumbre como base y fundamento del orden social, precede en mucho al Estado de Derecho moderno, y persiste como tal ahí, donde éste no ha conseguido aún eliminarla.”<sup>13</sup>. El tratamiento jurídico, debe ser ante todo, tolerante y respetuoso de los derechos humanos colectivos.

En relación con este enfoque, el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT<sup>14</sup>, señala que:

*“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”, y “quedichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.*

### **3.1.2. Segundo Enfoque: Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

De acuerdo con Carlos Villán Durán, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se define como el sistema de

---

12 Nicolau Augustí, y Bachon Robert, “Etnicidad y Derecho”, en *Etnicidad y Derecho: Un diálogo postergado entre los científicos sociales...*, Op. cit., p.281.

13 *Ibid.*

14 Contiene el reconocimiento más importante de los derechos de los pueblos indios que se ha plasmado en un documento de naturaleza jurídico-vinculante acorde con nuestro sistema de leyes. Se recomienda consultar el siguiente título, que contiene además del Convenio de referencia, una amplia compilación de Documentos relativos al tema: Vidaurri Aréchiga, Manuel, Pérez Guerra, José Manuel, (Compiladores), *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas: Documentos Básicos*, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México, 2004, 200 pp.

principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, las cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.

En el caso de nuestro país, el Derecho Internacional forma parte de nuestro Sistema Jurídico, de conformidad del artículo 133 Constitucional, que como suelo decir reiteradamente a mis alumnas y alumnos (espero sin fastidiarlos), debe ser aprendido cabalmente, en virtud de la importancia que representa para el tema de los Derechos Humanos, ya que entre otras cosas, incorpora a los Tratados Internacionales como parte de la denominada “ley suprema de la unión”. Y mencionamos esto porque además recordemos que en materia de derechos humanos, en términos generales, los criterios más progresistas se encuentran detallados en los documentos internacionales, ya sea Tratados o Declaraciones, lo que se evidencia claramente en el tema que abordamos específicamente con dos instrumentos: El Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, esta última que apareció en el año 2007 después de un largo y sinuoso camino de casi 20 años, y que sin duda, debe ser el referente obligado de las próximas normas jurídicas que tendrán que aparecer en la materia.

### **3.1.3. Tercer Enfoque: Los Derechos Indígenas en la Constitución (Derecho Estatal)**

El tercer enfoque, al que necesariamente nos debemos referir lo constituye el del Derecho Estatal, que en nuestro estudio se concentrará en la Constitución.

Como apunte introductorio a este apartado, tenemos que tener en cuenta que como ya lo veíamos en párrafos precedentes, el Estado Nacional Mexicano es producto de una ideología determinada que trató de unificar culturalmente al país, considerando jurídicamente a la sociedad homogénea, “su ideal procesado, era el de una asociación libre de ciudadanos, que se ligan voluntariamente por contrato; incluía la libertad y la igualdad de derechos de todos los contratantes, cuya mejor expresión se dio en las declaraciones de derechos humanos de las revoluciones norteamericana y francesa”<sup>15</sup>. Así, el Estado era visto “como el resultado de la voluntad concertada de individuos autónomos que suponía, por lo tanto, la uniformación de una sociedad múltiple y heterogénea y la subordinación de las diversas agrupaciones y comunidades, detentadoras, antes de diferentes derechos y privilegios, al mismo poder central y al mismo orden jurídico”<sup>16</sup>.

Como magistralmente lo señala Luis Villoro, “es frecuente que un Estado abarque varias comunidades culturales con orígenes históricos diferentes, como en España, Italia y la antigua Unión Soviética y a la inversa un pueblo con una unidad de cultura a menudo está dividido entre varios Estados, como es el caso de Irlanda, de América del Kurdistán”<sup>17</sup>. Y concluye el autor diciendo que “los Estados del “tercer mundo” llevan, por su parte la huella de una violencia histórica: la denominación colonial”<sup>18</sup>. Entonces podemos afirmar que el Estado, surge con un vicio de origen que intenta imponer la unidad cultural que nunca ha existido, sin reconocer la heterogeneidad de la población mexicana, a la que ya hicimos referencia en el capítulo anterior.

En la Constitución de 1824, “la división política no tomó en cuenta los territorios de las etnias indias y de origen africano,

15 Villoro, Luis, “Los pueblos indios y el derecho de autonomía”, *Etnicidad y derecho: Un diálogo Postergado entre los científicos sociales...*, Op. Cit., p. 125.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, p.126

18 *Ibid.*

ni *el pluralismo jurídico humano* el derecho consuetudinario de éstas<sup>19</sup>. Los legisladores del 57', también se olvidaron de los pueblos indígenas, y en la Constitución de 1917, los pueblos indígenas tampoco fueron tomados en cuenta. Así “en los casi cinco siglos recientes, los pueblos indios de México han coexistido en una sociedad que los excluye; los procesos “colonial” y “nacional” no reflejaron en sus naciones ni en la realidad, el respeto a las diferencias culturales tampoco apoyaron el desarrollo socioeconómico de los pueblos indios<sup>20</sup>.”

La Constitución de 1917 entonces “no reconoció la pluralidad cultural del país y por tanto, se definió la nacionalidad mexicana a partir de una sola lengua, un territorio, una historia, y una cultura común<sup>21</sup>”; constituyendo éste, un acto imperdonable del constituyente del 17', que continúa con el desconocimiento constitucional del indígena<sup>22</sup>.

Así tenemos, que la Constitución Política de 1917, que abrogó a la de 1857, violentando derechos humanos de los pueblos indígenas, impone un tratamiento jurídico igual a los desiguales, olvidando por completo la idea aristotélica de igualdad que tanto trabajo nos ha costado entender<sup>23</sup>.

Como ya decíamos, fue hasta 1994, cuando nuestra Constitución reconoció el carácter pluricultural de la nación mexicana, “no obstante, la concepción del desarrollo nacional sigue negando en los hechos la posibilidad de un proyecto indígena

19 López Bárcenas, Francisco, *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.- Su validez y problemas de aplicación en nuestro país*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1996, p. 59.

20 González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Indígena...*, *Op. cit.*, p.32.

21 *Ibid.*, p. 34.

22 No omitimos manifestar que aunque en la Constitución de 1917 no hubo mención expresa de los pueblos indígenas, el legislador les llamó en el artículo 27 comunidades, aunque como lo apunta Durand Alcántara en la lógica del lenguaje y de la juridicidad, encontramos que, en la medida en que el Estado reconoce la existencia de comunidades [...], está solamente advirtiendo el supuesto de la existencia de entidades cuya presencia no va más allá del pequeño espacio agrario en que se ubican, sin tomar en cuenta la historia, cultura, idioma, etcétera, de cada una de estas minorías nacionales.

23 “Tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales”

de autodesarrollo; lo que ha sido ilustrado por los dramáticos acontecimientos recientes de Chiapas. Admitir y aceptar el derecho a las diferencias, creo que es una convicción general de la sociedad mexicana actual, incluidas las instituciones estatales. Es sobre todo una convicción arraigada de la sociedad civil, como también lo demuestran los acontecimientos de Chiapas. Sin embargo sigue siendo cuestionable la traducción de esa convicción en políticas concretas que posibiliten, estimulen y apoyen el desarrollo a partir de las diferencias etnoculturales. La demanda de una política de democratización de la sociedad mexicana, que el EZLN ha planteado como el marco esencial en que define sus demandas, está estratégicamente relacionada con la reivindicación de la autonomía y las posibilidades reales de autogestión, para diseñar y llevar a cabo un proyecto de desarrollo propio, fundado en el control de los recursos culturales étnicos y de las posibilidades para disponer de ellos autónomamente<sup>24</sup>.

Es pues, lamentable y además penoso históricamente, que los actores políticos de la década pasada, tuvieran que haber esperado el levantamiento de un grupo armado, para anotar en sus agendas los reclamos fundamentales de los pueblos indígenas. Y es muy importante referirnos a este momento histórico, en virtud de que los documentos de carácter normativo, que más trascendencia han tenido en las discusiones legislativas de los últimos 10 años, surgieron de dicho momento. Nos referimos por supuesto a los Acuerdos de San Andrés Larráinzar<sup>25</sup> y al Proyecto de Reformas Constitucionales de la COCOPA<sup>26</sup>, que son los antecedentes

24 Valencia, Enrique, "Etnocidio y Perspectivas étnicas", en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado...*, *Op. Cit.*, p.13.

25 Acuerdos firmados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (representando a los indígenas) y la representación del Poder Ejecutivo Federal el 16 de febrero de 1996, y su contenido toma como base fundamental el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, como sujeto de derecho colectivo.

26 Constituyó una Comisión mediadora, propuesta por el entonces presidente de la República, Ernesto Zedillo, con motivo del levantamiento del EZLN en Diciembre de 1994. Dicha Comisión se compuso por legisladores del PRI, PRD, PAN y PT, y la propuesta de Reforma Constitucional se concluyó en Noviembre de 1996.

inmediatos de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena del año 2001.

En síntesis, la Constitución del 17, a pesar de tener muchas virtudes que fueron y son reconocidas internacionalmente, en el ámbito garantista de los derechos indígenas fue deficiente, y tanto las reformas de 1992 y la de 2001, creemos, siguen siendo insuficientes para garantizar los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas, entre otras cosas, y refiriéndonos específicamente a la reforma de 2001, porque no contemplan mecanismos constitucionales de validación, y además porque no parten del reconocimiento de estos pueblos como sujetos de derecho. Este breve estudio no concentra su atención en el análisis de la reforma de 2001 (artículo 2), pero sí tratará de establecer algunos elementos mínimos que deben ser nuevamente replanteados en las discusiones legislativas sobre el tema.

#### **IV. Los derechos humanos colectivos y los pueblos indígenas**

*“Es muy probable que los factores económicos sean los responsables más directos de las aceleraciones históricas, pues el hambre no puede esperar la cristalización de las ideas”.*

JUAN ANTONIO TRAVIESO

De manera muy sencilla, podemos decir reiterando las ideas plasmadas, que las personas indígenas, tienen derechos humanos individuales como personas, y derechos humanos colectivos como pueblos.

Los derechos individuales son los que tenemos todos los seres humanos y están consagrados en la legislación nacional, así como en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país. Algunos de estas prerrogativas son el derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad

de la persona, etc. Y los derechos específicos de los pueblos indígenas “como pueblos”, son los derechos colectivos, entre los que se encuentran el derecho a la cultura, el derecho a la libre determinación, y el derecho a las tierras y territorios.

No obstante, es importante tener en cuenta que esta concepción de “derechos colectivos” no tiene una aceptación unánime en la doctrina, pues algunos piensan que “en la medida en que los derechos humanos son individuales, de la persona, las colectividades no pueden ser sujetos de los derechos humanos... los derechos humanos, en sentido estricto, no son propios de los grupos sociales, cualesquiera que sean sus características”<sup>27</sup>. Sin embargo, como lo señala el maestro Rodolfo Stavenhagen, sin duda uno de los estudiosos más importantes en la cuestión indígena, esta afirmación aunque parece lógica e irrefutable, debe ser cuestionada, por lo que a continuación apuntaremos los razonamientos que sintetiza Ordóñez Mazariegos<sup>28</sup>; del autor precitado.

*En primer lugar*, es preciso reconocer que ciertos derechos humanos individuales, solamente pueden ser ejercidos plenamente en forma colectiva. Así los derechos políticos (el derecho a la libre asociación) y los económicos (el derecho a pertenecer a un sindicato), no pueden concebirse, más que como ejercicio colectivo.

*En segundo lugar*, siendo la naturaleza del ser humano eminentemente social, las principales actividades alrededor de las cuales se ha constituido el debate sobre los derechos humanos, se realizan en grupos y colectividades con personalidad propia. En consecuencia el ejercicio de numerosos derechos humanos, solamente puede realizarse en el marco de estas colectividades, que para ello deberán ser reconocidas y respetadas como tales por el Estado y la sociedad en su conjunto.

---

27 Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado ...*, Op. Cit., p. 215-216.

28 *Ibid.*

Por lo tanto, la conclusión provisional y normativa que emana de estos razonamientos de Stavenhagen es muy precisa: “*los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueva a su vez los derechos individuales de sus miembros.*”<sup>29</sup>

La discusión legislativa en nuestro país, en ocasiones toma rumbos erróneos, “es una falsa disyuntiva polarizar unos derechos sobre de otros, así como la diferencia de planteamientos sobre la igualdad, la homogeneidad y la exclusividad de los derechos individuales para los pueblos indígenas, el reconocimiento a sus derechos colectivos es la mejor forma de garantizar el ejercicio de sus derechos individuales y sociales que han sido privados del goce de éstos.”<sup>30</sup>

En estos momentos es necesario recordar que los *derechos individuales* de los indígenas, en términos generales, *no están en discusión*, al menos en el aspecto estrictamente jurídico, que lo que se plantea es el reconocimiento de derechos colectivos, y al respecto ha existido dentro de los últimos años, a partir sobretudo del surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, una polémica que confunde la esencia del problema, así algunos autores afirman que “pedir reconocimiento de derechos diferentes es cuestionar el principio de universalidad, es crear inaceptables regímenes de excepción, derechos especiales, establecer discriminación positiva, y en ésta última instancia, vulnerar uno de los pilares del orden jurídico; sin embargo, todo sería válido si se plantean derechos para los indígenas en tanto a personas, a diferencia de la realidad social que permanece, porque los pueblos indígenas persisten, han practicado y practican formas de organización social y política, y cuentan con culturas diferentes que por lo demás están en nuestras raíces como nación,

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Campa Mendoza Victor, *Las insurrecciones de los pueblos indios en México: La rebelión Zapatista en Chiapas*, 2ª ed., México, Ediciones Fondo Internacional de becas para estudiantes indígenas, 2001, p. 347.

que ninguna de las garantías individuales permite la adaptación a estos derechos colectivos, a esos derechos de pueblo, a este nuevo sujeto jurídico.

Estimamos que el derecho es finalmente (*y en principio*) un producto cultural, como ya también lo referimos, y en nuestro país, “la diversidad cultural, no se puede negar; existe, es una realidad. Lo que no existe hasta hoy, es un marco propicio para que las diferentes culturas puedan acceder al desarrollo integral, individual y colectivo. Para esto es necesario que el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas y de otros pueblos originarios, marginados, discriminados y oprimidos, derechos negados hasta hoy, trasciendan al discurso y a las declaraciones de buena intención;”<sup>31</sup> de otra manera seguiremos encaminando las acciones, tanto de la sociedad civil, como gubernamentales, hacia *el etnocidio*<sup>32</sup>, que en la declaración de San José Costa Rica de 1978, significó, que a un grupo étnico, se le niegue su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua, lo que implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, y particularmente del derecho a los grupos étnicos al respeto de su identidad cultural, tal como lo establecen las numerosas declaraciones, convenios, y pactos de las naciones unidas y sus organismos especializados.

#### **4.1. El Reconocimiento de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución, a partir de los Derechos Colectivos**

A pesar del limitado reconocimiento de derechos colectivos en la Reforma Constitucional de 2001, es importante seguir

31 Menchú Tum, Rigoberta, “Mensaje a las VIII Jornadas Lascasianas”, *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica...*, *Op. Cit.*, p. 17.

32 Dicha declaración, “consideró el etnocidio (genocidio cultural) como un delito de derecho internacional, al igual que el genocidio, basado en el derecho a las diferencias, a los principios de autonomía requeridos por los grupos étnicos, a las formas propias de organización interna en todas sus manifestaciones; se hizo patente en su decimoprimer y doceavo puntos, que el desconocimiento de los principios aludidos, constituye una violación flagrante del derecho de todos los individuos y los pueblos a ser diferentes, y a considerarse y a ser considerados como tales (derecho reconocido en la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios raciales adoptada por la Conferencia General de la UNESCO 1978).

insistiendo en la necesidad de construir una nueva normativa garantista que parta de la idea de derechos humanos colectivos, las siguientes líneas con las que nos acercamos al final del artículo, tratan de ello.

Una de las características esenciales de las normas jurídicas, es su constante cambio, como bien lo apunta Héctor Cuadra “el derecho, que es un bien social superior, se concreta en un sistema de principios de justicia positiva y de orden social que constituyen un canon de civilización, al menos en aquellos pueblos que por su desarrollo cultural han conseguido, con el decurso de los siglos a alcanzar un alto nivel moral”; es por ello que todo ordenamiento jurídico positivo puede y debe ser examinado para comprobar hasta qué punto esos principios presiden la normativa legal y la práctica jurídica, pues todo lo que sea contribuir a perfeccionar el bien entendido sentido del derecho, es contribuir al proceso civilizador.

La tesis planteada, propone que en nuestra Carta Magna se asigne a los pueblos indígenas, la categoría de *sujetos de derecho*, y como consecuencia de ello, de derechos humanos colectivos, la Constitución es la que debe contener estos derechos, ya que, constituye la ley suprema de la nación que contiene las normas jurídicas fundamentales, derivándose de ella la demás legislación. Además, como lo mencionan entre otros, el Doctor Jorge Carpizo, los principios esenciales de la Constitución, son además de la idea de soberanía, la división de poderes, el sistema federal, el sistema representativo, la supremacía del estado sobre las iglesias y la existencia del juicio de amparo como medio fundamental de control de la constitucionalidad, **la existencia de los Derechos Humanos**. En este tenor, nuestra Constitución, y hablando de derechos humanos, debe garantizar los mismos en las dos dimensiones de los seres humanos: la individual y la colectiva.

En esta ocasión, no abundaremos en cada uno de los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas, sólo nos limitaremos a decir que entre ellos se encuentran el derecho a la cultura, el derecho

a la libre determinación, y el derecho a las tierras y territorios<sup>33</sup>, todos ellos derechos humanos, que aun siguen pendientes.

## V. Reflexiones Finales

Hoy es un buen día para recordar un aniversario más de la Constitución, entendido su nacimiento como una de las consecuencias más significativas de la Revolución con la que comenzó el Siglo. El texto discutido y promulgado en el Teatro de la República de la Ciudad de Querétaro, es el punto de partida para constituirnos en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Ahora bien, si concentramos nuestra mirada en el ideario que construye los derechos humanos dentro de nuestra Carta Magna, advertimos que el catálogo de éstos, aunque no con esta denominación, es amplio y comprende derechos: *civiles* como en el caso del primero de sus artículos; *políticos*, en el numeral 35 por ejemplo; y *económicos, sociales y culturales*, en los dispositivos 3, 27 y 123. Nuestra Constitución ha sido motivo de orgullo nacional por la claridad de su visión y la nitidez de sus definiciones, sin embargo, a casi un siglo de su creación, admite y más aun, necesita la mirada crítica de los que contemplamos este tiempo de vida, tanto en su propio texto, como en las consecuencias del mismo.

En este orden de ideas, podemos situarnos en un momento para la reflexión que se bifurca de la siguiente manera. Primeramente, es

33 El DERECHO A LA CULTURA, entendida como el conjunto de rasgos distintivos espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social, acepción que incluye los modos de vida y la producción de bienes económicos y simbólicos, los sistemas de valores, las creencias y las opiniones.

El DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN, que consiste en establecer libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural; y al ejercer esta prerrogativa, tienen DERECHO A LA AUTONOMÍA o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas.

El DERECHO A LAS TIERRAS Y TERRITORIOS que poseen en razón de la propiedad tradicional, así como a los que hayan adquirido de otra forma.

importante tener en cuenta que una serie de fragmentos de nuestra ley fundamental que están o faltan ahí, viven el desencuentro con su tiempo, y en su ejemplo más sensible y latente, encontramos el restringido reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en donde ha brillado sin cesar por su ausencia, la conciencia colectiva de nuestros legisladores federales, y en el caso de algunas entidades federativas, como la nuestra, la falta de una ley que a partir de la multicitada reforma de 2001, los legisladores estaban obligados a desarrollar la legislación en la materia<sup>34</sup>.

Por otra parte, nuestro texto constitucional, sigue teniendo un carácter mitológico en algunas de sus partes, como en su artículo 123, cuando menciona que “los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”, mención absolutamente alejada de la realidad, que inclusive ha recibido observaciones y recomendaciones por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que ha manifestando su preocupación por la disminución del poder adquisitivo en México durante los últimos años.

Por lo tanto, sin dejar de reconocer sus aciertos, *por una parte*, nos encontramos ante la limitada vigencia del texto constitucional, y *por otra*, ante los frustrados mecanismos que los gobiernos postrevolucionarios han adoptado para la plena efectividad de algunos de los derechos fundamentales que contiene.

El notable jurista mexicano Diego Valadés ha dicho que “el imperativo de la Política en el periodo revolucionario era el cambio radical, y en las etapas sucesivas ha sido el cambio paulatino”, yo diría que ahora el poder político debe nuevamente pugnar por otro cambio radical, no como el del 17’, pero si

---

34 Dicha afirmación, en reiteradas ocasiones fue expresada puntualmente por el Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga, ex Ombudsman Guanajuatense, como puede apreciarse en Informes Anuales de Actividades de su gestión.

uno que se ocupe de encauzar las acciones legislativas y ejecutivas fundamentalmente, hacia la justiciabilidad en el caso que nos ocupa, de los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas.

Estamos convencidos que la solución a los problemas que enfrentan los pueblos indígenas, no se encuentra únicamente en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos de estos grupos, sin embargo, este reconocimiento si constituye uno de los puntos de partida para que las cosas se encaucen por caminos justos. Estamos de acuerdo con el artículo 7° de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, que establece que “junto a las medidas políticas, económicas y sociales, el derecho constituye uno de los principales medios de conseguir la igualdad, en dignidad y en derechos, entre los individuos, y de reprimir toda propaganda, toda organización y toda práctica que se inspiren en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de grupos raciales o étnicos o que pretendan justificar o estimular cualquier forma de odio y de discriminación raciales...”.

Después del levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en la década pasada, y que propició los Acuerdos de San Andrés Larráinzar y la propuesta de Reforma Constitucional elaborada por la COCOPA, los indígenas mexicanos, al igual que al comenzar el siglo pasado, sin duda esperaban una reforma constitucional que reconociera plenamente sus derechos, situación que al día de hoy sigue sin concretarse.

Nuestra sociedad, como lo comentamos en nuestra introducción, es profundamente discriminatoria<sup>35</sup>, así lo expresó Don Gilberto

---

35 Es común llamar despectivamente indio, a aquél que no sabe comportarse, que no tiene la aptitud de relacionarse satisfactoriamente con el resto de la sociedad, o incluso al que está sucio, al ignorante. Dice Veronique Flanet, en su libro: “Viviré si Dios quiere”, que “el mestizo, como en todos lados se considera superior al indígena, los inditos, los indios, la gente indígena se oye decir. Muchos van más lejos en sus calificativos: los indios son brutos, incultos, ignorantes, incapaces, etc.; algunos mestizos atribuyen la ignorancia del indígena a la falta de información y cultura. Pero son pocos los que piensan así: atribuir la torpeza del indio a la falta de información, sería en cierto modo, plantear una autocrítica y correlativamente la conciencia de la necesidad de un cambio.”

Rincón Gallardo, indicando que esta clase de sociedades son fragmentadas, desiguales, proclives a la violencia y con escasos vínculos de solidaridad, y que en cambio, las sociedades donde se lucha contra la discriminación son más prósperas, más coherentes, más libres y más solidarias. Aquí se dibuja claramente uno de los retos que tenemos, y que de manera particular tiene el Derecho, haciendo uso entre otras cosas de acciones afirmativas.

Los individuos pertenecemos como parte esencial de nuestra naturaleza a colectividades, así, en el marco de esos grupos humanos se vive la vida personal y la vida colectiva, que integran la identidad del ser humano. Si dicha identidad no se respeta como en el caso de los pueblos indígenas, se vulneran derechos humanos.

Sabemos que el proceso que se emprenda para la reposición de la estructura del Estado Mexicano, en la que incluya a los pueblos y comunidades indígenas con todos sus derechos humanos, es arduo, sin embargo debe comenzar ya. Nuestra Constitución, entonces en el tema desarrollado, merece, de manera impostergable una revisión profunda, que tiene que ver con criterios elementales de justicia acordes con la dignidad humana que hoy, por fortuna, han sido sistematizados por la hermosa teoría de los Derechos Humanos.



# LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA

KARLOS NAVARRO<sup>1</sup>

MIGUEL ÁNGEL SENDIN GARCÍA<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La evolución del constitucionalismo en Nicaragua y su evolución en la regulación constitucional del Derecho administrativo y la Administración pública. III. La Constitución de Nicaragua de 1987 y sus sucesivas reformas: un nuevo marco constitucional para la Administración pública nicaragüense. 3.1. La sujeción de la Administración pública al Derecho. 3.2. La falta de una nítida separación entre Gobierno y Administración pública. 3.3. La Constitución económica y la Administración pública. 3.4. La regulación constitucional del empleo público.

## I. Introducción.

Si hay un gran olvidado en la Constitución nicaragüense de 1987 es, sin duda, la Administración pública. Sabemos que es ésta una forma un tanto descorazonadora de empezar un estudio sobre las bases constitucionales del Derecho administrativo de Nicaragua, pero no deja de ser una realidad incuestionable que

---

1 Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Americana. Director del Centro Nicaragüense de Administración Pública. Profesor visitante de la Universidades Europea, Miguel de Cervantes, Valladolid, España y de la Universidad de Castilla la Mancha.

2 Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de la Universidad Europea Miguel de Cervantes, España.

difícilmente se puede sortear y que es, por ello, mejor asumir desde el principio.

Ciertamente, en los poco más de doscientos artículos que integran esta Norma Fundamental, pocas o nulas referencias expresas se pueden encontrar a la Administración Pública. Fenómeno que parece cuando menos un tanto extraño, dada la fecha de su redacción.

La explicación es, sin embargo, bien sencilla: en este país ha existido desde siempre una muy difusa, y en muchos casos inexistente, separación entre Gobierno y Administración pública, o lo que es lo mismo, entre la política y la administración pública. Situación que, en gran medida, desgraciadamente, persiste en la actualidad. Si bien en los últimos tiempos esta confusión empieza a remitir.

Esta situación es al mismo tiempo fruto y causa de la inestabilidad política y social que ha acusado el Estado nicaragüense a lo largo de su historia. Por lo que se refiere a lo primero, la rápida y traumática sucesión de regímenes políticos contradictorios ha dado al traste con toda posible tentativa de formar un aparato administrativo estable y neutral.

Dice un conocido aforismo jurídico que el Derecho Constitucional pasa y que el Derecho administrativo permanece, quien pretenda sostener la veracidad de dicha afirmación sin duda que no conoce Nicaragua, porque en este lugar el débil entramado administrativo existente en cada momento se ha ido esfumando al hacerlo el régimen político que lo sustentaba.

Este fracaso en la construcción de un substrato burocrático no politizado ha sido, por otro lado, una pesada losa a la hora de buscar soluciones a la delicada coyuntura político-social de este país. La utilización de los puestos públicos como una vía de recompensa para los acólitos en el poder, en la más pura tradición del *spoils system*, a la que ha dado lugar el clientelismo vigente durante décadas, ha

contribuido a radicalizar una vida política ya de por sí agitada en grado extremo, y ha dificultado notablemente que los cambios en el poder político discurriesen de forma serena y calmada.

Sabido es que una Administración pública sólida y estable minimiza notablemente los problemas políticos, en cuanto otorga una protección mínima a los ciudadanos, aunque sea a nivel administrativo, y permite un funcionamiento continuado de los servicios públicos, que, como cuestión eminentemente técnica, no se ve afectada, al menos en parte importante, por las disputas ideológicas y partidistas.

De ninguna de estas ventajas ha disfrutado, por desgracia, una Nicaragua que se ha visto envuelta en un trágico círculo vicioso, en la que los vaivenes políticos han destrozado todos los intentos por conseguir una mínima estabilidad social y económica.

En los últimos tiempos estamos asistiendo a nivel de Derecho ordinario a una esperanzadora introducción de un régimen administrativo avanzado<sup>3</sup>, equiparable en sus aspectos esenciales al que rige en las naciones más desarrolladas del planeta. Aunque su instauración práctica va a encontrar, y está de hecho encontrando, grandes y múltiples dificultades (falta de capacitación del personal administrativo, ausencia de una doctrina y tradición administrativa, falta de medios materiales, excesiva politización de las instancias administrativas, etc.), constituye un paso de gigante para la normalización política y social de este país.

Este desarrollo administrativo a nivel ordinario no cuenta, como ya sabemos, con un claro engarce constitucional, pues no pueden encontrarse referencias expresas en la Norma Fundamental de Nicaragua a dicha problemática. No existe, sin embargo, contradicción alguna con dicha Norma Máxima, que por más que

---

3 Como señala J. FLAVIO ESCORCIA, en "Nicaragua, el Derecho Administrativo de fines de siglo, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, se encuentra experimentando una enorme ascendencia y constante evolución". *Derecho Administrativo*. León, Nicaragua, 2002. Pág. 31.

no contenga una regulación perceptible de la Administración, no entraña prohibición ni hostilidad alguna respecto al Derecho administrativo.

Como vamos a poder constatar a lo largo de este estudio, el marco constitucional deja perfectamente sitio para el establecimiento de un sistema de régimen administrativo como el que se está configurando en la actualidad, enraizado en la tradición europea del *régime administratif*, o para la consolidación de una administración pública sujeta en esencia al Derecho común, como enseña la tradición anglosajona.

Lo cierto es que en el momento presente, como ya adelantamos, se ha tomado partido por la primera opción. Si bien, que quede claro, no es ésta una opción tomada a nivel constitucional, sino infraconstitucional. La razón de esta elección se debe buscar quizás en la proximidad cultural con el Estado español, cuyas legislación positiva y doctrina jurídica han ejercido y siguen ejerciendo una notable influencia en la plasmación de este régimen.

A nosotros no nos interesa, sin embargo, analizar esa legislación, que queda fuera del ámbito de nuestro estudio, sino el débil y escaso marco constitucional que le sirve de soporte. Tarea difícil, que implica un notable esfuerzo, dada la enorme carencia de referencias expresas, que obligan a realizar un examen detallado y minucioso de la totalidad del régimen constitucional, en busca de las mismas. Desde un análisis de este tipo se pueden llegar, sin embargo, a algunas conclusiones importantes, que nos permiten descubrir un cierto régimen constitucional para la Administración pública.

Ciertamente hay una serie de elementos que ofrecen aportaciones inestimables para la configuración del régimen de la Administración, que se pueden agrupar, a nuestro juicio, en cuatro grandes bloques.

El primero de ellos viene constituido por los principios y valores generales que informan el régimen constitucional nicaragüense. Algunos de ellos, particularmente la consideración del Estado de Nicaragua como un Estado de Derecho y como un Estado Social, condicionan notablemente el régimen jurídico de la Administración.

Un segundo elemento decisivo para configurar constitucionalmente la Administración, es la regulación del Poder Ejecutivo. En cuanto aquélla no es más que una parte de éste, las reglas y principios básicas que la Constitución establece para el mismo serán plenamente aplicables a la Administración.

El tercer elemento a tener en cuenta es la regulación constitucional de la actividad económica. Materia extensamente regulada en la Constitución de Nicaragua, y de la que se derivan importantes consecuencias para la regulación de la Administración pública.

Por último, en cuarto lugar, un tema también examinado con detalle en la Norma Máxima es el empleo público. Dicha regulación es extremadamente importante a los efectos de nuestro estudio, no sólo porque afecta a este importante sector del Derecho administrativo, sino también porque permite derivar importantes conclusiones respecto al régimen general de la Administración pública.

Vamos, pues, a tratar de extraer de estas referencias unas conclusiones básicas que den fundamento al incipiente, pero ya importante, Derecho administrativo nicaragüense, que está pugnando por hacerse un sitio en la tradición jurídica de este país. Si bien, previamente, debemos hacer una breve reseña de las circunstancias históricas en que se desarrolla el constitucionalismo nicaragüense. Sin el cual difícilmente se podrá entender la delicada coyuntura y escasa solidez constitucional en la que está llamado a desarrollarse el Derecho administrativo de este país.

## **II. La evolución del constitucionalismo en Nicaragua y su evolución en la regulación constitucional del Derecho Administrativo y la Administración Pública.**

Sin duda alguna, el rasgo más definitorio de los fundamentos constitucionales del Derecho administrativo de Nicaragua es su prácticamente nula adhesión a cualquier sistema típico de regulación de las relaciones jurídico-administrativas. Dicha cuestión, que trataremos con mayor detalle en apartados posteriores, no tiene, en absoluto, nada de casual, pues constituye una consecuencia lógica de más de dos siglos de inestabilidad política y social, que ha traído consigo una permanente indefinición del modelo de Estado.

El lento y complejo proceso que ha llevado a la configuración de Nicaragua como nación, se ha desarrollado en un perpetuo marco de lucha, en el que una multiplicidad de iniciativas de signo diferente, y muchas veces contradictorias, han tratado de prevalecer, si éxito, sobre las demás. Esto impide descubrir en esta evolución un modelo o sistema de Estado específicamente nicaragüense, sino como una casual confluencia de influencias foráneas que no llegaban a encontrar verdadera plasmación, pues eran sustituidas, al caer el poder político que las sustentaba, por otras influenciadas por principios de índole diversa.

Este devenir se ha transmitido miméticamente a la formación y el desarrollo del Derecho Administrativo de Nicaragua, para cuya construcción se ha tenido que recorrer un camino difícil y tortuoso. Así lo ha marcado de forma inexorable la historia de Nicaragua, que después del proceso de independencia, ha experimentado un complejo proceso de definiciones y redefiniciones, de luchas, levantamientos y disputas entre las distintas fuerzas políticas, incapaces de ponerse de acuerdo acerca del proyecto que debería seguirse para levantar este país.

La primera mitad del siglo XIX, momento en que Nicaragua se define como nación, reúne a independentista y realistas, promonárquicos y republicanos, civiles y militares, caudillos y

funcionarios, liberales y conservadores. Un complejo escenario, más si se tiene en cuenta la imposible fusión entre la modernidad que encerraban los proyectos políticos y las nuevas leyes e instituciones; con el acentuado tradicionalismo social y cultural.

Esta difícil situación, con la que tendrá que lidiar la Asamblea Nacional Constituyente de 1823, no va a impedir, sin embargo, que el 22 de noviembre de 1824 se apruebe la Constitución de la República Federal de Centroamérica; que imitó en su organización constitucional, el modelo de la primera república del continente americano: los Estados Unidos.

Aunque muchos de los defectos que se le atribuyen no son más que la consecuencia natural de la filosofía política y de la doctrina que la inspiraba, si es cierto que esta Constitución no se ajustaba a la realidad de Centroamérica, y que los Constituyentes actuaron con un lirismo doctrinario que produjo graves y negativas consecuencias<sup>4</sup>.

Esta crítica puede ser aceptada sólo con matices, pues es un rasgo común a la casi totalidad del constitucionalismo latinoamericano del momento, encontrando su razón de ser no sólo en la ideología política entonces imperante, sino también en la mentalidad urbana de los constituyentes de la época. En realidad, no era posible, entonces, la creación de modelos sobre la base de textos derivados de la propia experiencia histórica y política. Factor que hacía ineludible la adopción de fórmulas jurídicas importadas, que habían sido adoptadas por las “élites” nacionales, que las veían coronadas del prestigio intelectual, ideológico o político de los Estados “modernos”<sup>5</sup>.

---

4 El examen más exhaustivo sobre los posibles defectos de la Constitución lo realiza Pedro Joaquín Chamorro Zelaya. *Historia de la federación de la América Central (1823-1840)* Madrid, ediciones, Cultura hispánica. 1951.

5 Tuvieron así los textos constitucionales “una función programática”, utópica y ritual de que carecen en sus lugares de origen y que se enlaza “bárbaramente” con la seguridad nacional, las instituciones vernáculos y políticas realistas”. PALACIOS, M. (Compilador): *La Unidad nacional en América Latina. Del regionalismo a la nacionalidad*. Colegio de México. México. 1983.

Con este punto de vista se comprende y se valora de forma más adecuada la Constitución Federal de 1824, que cumplió la única función que quizás podía pretenderse en ese momento: convertirse en un símbolo, querido y respetado, que fuera, lentamente, acostumbrando al país a vivir sometido a una organización constitucional, acompañando y encauzando así un proceso de madurez política y de progreso económico y social.

Sin embargo, unas repúblicas recientemente constituidas, con escasa población, en conflicto permanente, no podían aspirar a la tranquilidad derivada del funcionamiento normal de las instituciones por el sólo hecho de que se sancionara una Constitución. Por ello, durante años, mientras la República realizó su duro aprendizaje cívico, la Constitución fue sólo una superestructura, por debajo de la cual el caudillismo, la fuerza y la violencia eran los verdaderos poderes del gobierno<sup>6</sup>.

A pesar de ello, la Constitución Federal creó un orden jurídico, fundado en algunos principios en los que aún hoy se asienta el sistema nicaragüense, y sus normas básicas –contempladas casi siempre como un ideal y un objetivo necesario- ejercieron una constante docencia cívica, influyendo el proceso, lento y difícil, de perfeccionamiento cívico y político de la República.

Por lo demás, en la Constitución Federal de 1824 convivían principios puramente liberales, como el principio de división de poderes, que constituía una de las ideas básicas de esta Norma Fundamental; con elementos claramente centroamericanas, como la situación de los criollos en las postrimerías de la Colonia y el papel preponderante de la iglesia católica, que no solamente determinaron en buena medida el curso de los acontecimientos, sino que impusieron un cierto “estilo” mental que no puede desconocerse.

---

6 Edelberto Torres Rivas.: Interpretación del desarrollo social centroamericano. EDUCA. San José Costa Rica. quinta edición. 1977. Especialmente ver: La Anarquía, Pág. 37-46.

Importa resaltar, en cualquier caso, que el resultado final de este proceso constitucional fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado (principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto a la propiedad; y el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía) y el ámbito privado, del mercado incipiente centroamericano.

Al período conocido como la “Anarquía”, una vez fracasado el proyecto de la Federación Centroamérica, le siguió el llamado período conservador, que aspiraba a crear un gobierno fuerte y centralizado<sup>7</sup>. Con ello, los conservadores nicaragüenses no pretendían ni una vuelta del orden colonial, ni del dominio español. Estaban contra la colonia, pero también contra el dominio institucional que los liberales trataron de imponer por la fuerza. La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente esta realidad. Asimismo, fue clara expresión del sistema conservador, manteniendo un orden basado en la costumbre y en el *status quo*, en donde el concepto de ciudadano estaba determinado por una alta concentración de capital y de propiedades<sup>8</sup>.

7 LEVY apunta que “el sistema de administración es de una simplicidad bíblica...la mayor parte de los funcionarios mal retribuidos y muchas veces pagados con irregularidad. No hay ninguna clase de corte ni gastos de representación...”. “Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua”. En: Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano. Número. 59-63. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965. Pág.157. VELAZQUEZ PEREIRA, considera que en “general, el aparato del Estado se presentó atrofiado, débil poco desarrollado, con una burocracia escasa y un sistema administrativo reducido al mínimo”. Los órganos que constituían el Estado eran los Supremo Poderes, Relaciones Exteriores, Departamento de Gobernación, de Guerra y de Hacienda. Asimismo, considera que “el Estado desempeñaba funciones básicas en la organización de la economía agroexportadora y de consumo local, por medio de las siguientes actividades: 1. Construyendo el andamiaje jurídico e institucional necesario para efectuar, en primer lugar la expropiación de las tierras comunales y la apropiación de las nacionales; en segundo lugar, promulgando y administrando la legislación requerida para crear un mercado de trabajo mediante la aplicación legal de coacciones extraeconómica diversas. Todas estas medidas estaban encaminadas de por sí a generar el contingente apropiado de fuerza de trabajo. 2. Garantizando el contenido concreto del Pacto en lo referente a la repartición de los ingresos de aduanas, la suspensión del monopolio comercial y los subsidios a la producción. En general, podemos decir que el Estado creaba, a nivel local, las condiciones básicas e indispensables para la reproducción y consolidación de la clase dominante, y de la oligarquía de los plantadores en especial. *La formación del Estado*. Pág. 77.,78 y 79. También véase: OSCAR ISIDRO DELGADILLO CHAVEZ.: Historia económica de Nicaragua. 1850-1859. Pág. 41- 54

8 El artículo 8 de la Constitución de 1858 establecía: “Son ciudadanos: Los nicaragüenses mayores de veintinueve años o de dieciocho que tengan algún grado científico o sean padres

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General ZELAYA. Aunque las reformas liberales implementadas por éste tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que, si por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado<sup>9</sup> y el país, por otro, no lograron establecer ni un orden político estable, ni un progreso económico duradero<sup>10</sup>, ni una administración pública independiente del poder Ejecutivo.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la “Libérrima” en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas. Entre otros cambios sustanciales, la nueva Constitución prohibió una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho de servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a los extranjeros el derecho de permanecer en el país después de hacer “reclamaciones” injustas. Abolió la pena de muerte, estableció la libertad de trabajo y de imprenta, de profesiones y de impuestos, suprimió los monopolios, estableció el control de las rentas

---

de familia, siendo de buena conducta y teniendo una propiedad que no baje de cien pesos o una industria o profesión que al año produzca lo equivalente”. LEVY, apunta que en 1871 sólo participaba en el proceso político 640 personas (electores) sobre una población de 230, 000 habitantes. “Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua”, en *Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano*. Número. 59-63. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965. Pág. 148.

- 9 VELAZQUEZ PEREIRA indica que las nuevas tareas asignadas al Estado implicaron una alta dosis de intervención en la economía. De ese modo el Estado se convirtió en un importante protagonista del desarrollo, y en un centro de las decisiones económicas. El llamado Estado liberal en Nicaragua surge en respuesta a las necesidades de expansión y dinamización de la agricultura cafetalera. Por lo tanto, la acción reguladora del Estado en ese período va a corresponder al desarrollo y a las necesidades del nuevo sector de la economía. Se observa entonces que por medio de esta intervención en la esfera económica, el nuevo Estado organizó los intereses de la burguesía cafetalera dando a su acción los contenidos siguientes: a) La creación de la infraestructura económica necesaria a la salida de la producción hacia los centros de ultramar. b) La organización del Sistema Monetario Nacional. c) La creación del Sistema Financiero Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.
- 10 E. TORRES RIVAS, señala que “podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agroexportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico”. *Interpretación del desarrollo social en Centroamérica*. San José, Costa Rica. 1972. Pág. 63.

públicas, introdujo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, jurado para juicios civiles, la separación del Estado de la Iglesia, el registro civil de las personas y eliminó la prisión por deudas<sup>11</sup>. En el año de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. Pero pesar de esta reformas importantes, tampoco en la etapa de ZELAYA se separó el Gobierno de la Administración Pública.

Con el tiempo ZELAYA se convirtió en una seria causa de intranquilidad en Centroamérica, determinando su enfrentamiento con los Estados Unidos por el canal su caída del poder en 1909. Con ello comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

Por medio del protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, “no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos”<sup>12</sup>. Esta intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

El Estado Nicaragüense veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el

11 ALVAREZ LEJARZA apunta en su *Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua*, que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio.

En el año de 1896, Zelaya realizó Reformas a la Constitución: suprimió el artículo 152, que establecía: “...el Presidente y los Secretarios de Estado podrán ser acusados por delitos oficiales, hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones”. También eliminó algunas leyes constitutivas: la de imprenta, la marcial, la de amparo y la electoral.

En el año de 1905 promulgó otra Constitución. Lo más interesante de esta nueva Constitución fue el hecho de que el período presidencial sería de seis años y el presidente sería elegido por voto popular. No se mencionaba nada sobre la reelección, lo que denota que la reelección era posible, ya que la ley no lo prohibía.

12 WALTER KNUT.: *El somocismo: Del protectorado a la revolución*, en *Encuentros con la historia*. Primera edición, Universidad Centroamericana, 1995. Pág. 331.

servicio público. A pesar de haber transcurrido varias décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes en la primera mitad del siglo XX, en Nicaragua aún no se logra del todo descomponer las estructuras sociales preexistentes al momento de la independencia; que se caracterizan por un orden semi-feudal.

Con este sistema de relaciones productivas se consolida el fenómeno del clientelismo, que a pesar de tener su origen en las haciendas y de ser un sello distintivo de las prácticas sociales y políticas de la oligarquía, se convertirá en una característica esencial de la cultura política que, como tal, atravesará toda la historia de Nicaragua a partir de expresiones más elaboradas como el caudillismo, y de los liderazgos populistas dados durante todo el siglo XX.

La expresión máxima de este sistema lo encontramos en el período de la dictadura de la familia Somoza. En lo político-administrativo esta época está marcada por un impulso centralizador que lleva ya en 1936, primer año de gobierno de Somoza García, a la supresión de la autonomía municipal y a la institución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo. En 1937, ya por Ley, el ejecutivo asume el gobierno de las Juntas Locales y más adelante, en 1939, la Constitución Política ratifica la conversión, hecha diez años antes, de Managua en Ministerio de Estado, se abolió la autonomía municipal y se deja la administración de las entidades locales a cargo de municipalidades nombradas por el Poder Ejecutivo<sup>13</sup>.

En la Constitución de 1939, en el Capítulo II, “De los deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo”, en su artículo 214, se establece que a “El presidente de la República están confiados el gobierno y la administración del Estado y el mando supremo de todas las fuerzas armadas de la nación”. Asimismo, de acuerdo al artículo 219, le corresponde al presidente de la República como suprema

---

13 Sobre este aspecto, véase: BUITRAGO, E.: El municipio en Nicaragua. Managua, Nicaragua, 1987;

autoridad administrativa, “nombrar y separar libremente a los secretario y subsecretario de Estado y a los demás empleados del Ejecutivo” (inc. 4); “Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales, cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución y las leyes” (inc. 4); “dirigir relaciones exteriores, nombrar agentes diplomáticos y cónsules de la República” (inc. 6). En el artículo 312 de esta Constitución se declara la intención de “crear el servicio civil organizado con los funcionarios que no tengan carácter político”. Sin embargo, esta intención nunca se cumplió. Idénticos términos encontramos en la Constitución de 1948<sup>14</sup>; en la de 1950<sup>15</sup>; y en la de 1974.

En esta última norma, se puede percibir una importante novedad: la posibilidad de establecer una Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con base en los artículos 303 y 304, que contemplaban la estructuración de un “Tribunal de lo Contencioso Administrativo”<sup>16</sup>, adscrito al Poder Judicial.

El derrocamiento de ANASTASIO SOMOZA el 19 de julio de 1979 fue recibido con entusiasmo. En esa fecha se instala la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, quien ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo, a la vez, entre los años de 1979 y 1984.

El 20 de julio la Junta promulga el Estatuto fundamental de la República de Nicaragua<sup>16</sup>, por el cuál se deroga la Constitución Política de 1974 y las leyes constitutivas (Art. 3). Asimismo, el 21 de agosto de ese mismo año se promulga el Estatuto sobre derechos y garantías de los nicaragüenses, los cuales se clasificaban en:

---

14 Artículos 177, 182 incisos 4 y 5.

15 Artículos 190, 195 incisos 4 y 5.

16 La Gaceta. 22 de Agosto de 1979. Los artículos 9, 10, 18 y 28 del Estatutos fueron reformados el 21 de febrero de 1984. A través de esta reforma se designan los nuevos Poderes del Estado: Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Supremo Electoral. El Consejo de Estado tenía la función de un Poder Legislativo, pero era compartida esta función con la Junta de Gobierno (Poder Ejecutivo).

Derechos del pueblo, Derechos individuales, civiles y políticos, Derechos individuales, económicos, sociales y culturales. Estos Estatutos constituían el fundamento teórico sobre el que se irá desarrollando el nuevo régimen político<sup>17</sup>.

La nota más característica de este período es que, ante la carencia de la más elemental infraestructura administrativa, y ante la falta de un plan de reforma administrativa, se generó una identificación política y administrativa del partido y del Estado, que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales<sup>18</sup>.

De esta forma, el Estado y la Administración pública fue creciendo de una manera desordenada, no planificada, y a veces en direcciones contradictorias, lo que acentuó la competitividad, el feudalismo institucional, la duplicidades e incluso las contradicciones legales entre los organismos estatales.

Como puede verse, Nicaragua ofrece una evolución histórica complicada y un cierto caótica, en la que falta la más mínima estabilidad política, y son frecuentes los cambios de orientación, que no sólo introducen una nueva forma de pensar y hacer las cosas, sino que, lo que es aún más grave, destruyen lo realizado en etapas precedentes. Todo ello determina que la Administración pública se presente en la Historia de Nicaragua

17 ESGUEVA, A.: *Conflicto y paz en Nicaragua*. Taller No. 7. Editorial UCA. 1998. Pág. 95-96. Véase también, *En Busca de la democracia*. BCN. Managua. Nicaragua. 1994. Págs. 447-448.

18 M. BERNALDES señala que “solamente fueron destruidos los máximos directivos o colaboradores del antiguo régimen en distintos niveles de la organización estatal sobreviviente; la mayoría del personal, por ejemplo en la banca, el aparato fiscal, la seguridad social, la educación y la salud, eran empleados del régimen anterior”. *La Revolución de Nicaragua*. 1985. También CORAGGIO, al respecto indica, “un aspecto de la herencia somocista es el haber dejado como un punto de partida para la construcción del Estado revolucionario los restos de un estado atrasado, corrupto, con un escaso desarrollo de las instituciones y de los instrumentos que usualmente sustentan una política económica...las reformas que se hicieron al organigrama estatal no pudieron superar una característica crucial: su división en esferas de decisión no corresponde a los subsistemas de relaciones concretas que constituyen el funcionamiento de orgánicos de la economía. Las unidades ministeriales, base de ese organigrama, responden a prácticas estatales inspiradas en una tradición latinoamericana basada a su vez, en teorías política económica poco aptas para un proceso revolucionario. “Economía y política en la Transición”, en *La transición difícil*. Editorial Vanguardia. Managua, Nicaragua, 1987.

como un sujeto multiforme, carente de una estructura y unos principios unitarios, que impiden hablar de una identidad o modelo propio, en sentido estricto.

### **III. La Constitución de Nicaragua de 1987 y sus sucesivas reformas: un nuevo marco constitucional para la Administración Pública Nicaragüense.**

El 9 de Enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República. Dicho texto ha sido ya objeto, pese a su juventud, de varias reformas constitucionales importantes. No obstante, nosotros nos centraremos, salvo cuando resulte imprescindible, en el texto actualmente vigente.

#### **3. 1. La sujeción de la Administración pública al Derecho.**

No hay en la Norma Máxima una referencia expresa que ordene el sometimiento de la Administración pública al Derecho, pero éste es fácilmente deducible, a pesar de ello, del conjunto del texto de ésta. Por un lado, porque es una consecuencia necesaria de dos principios básicos consagrados por la Constitución: la calificación del Estado nicaragüense como un “Estado (...) de Derecho” (art. 130); y el principio de legalidad que consagra el art. 160, que indica que la “administración de la justicia garantiza el principio de legalidad”.

Por otro lado, y de forma aún más clara, en cuanto se encomienda a la Corte Suprema de Justicia conocer “y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, y entre éstos y los particulares” (art. 164. 10). No cabe duda posible de que la sustanciación y resolución de estos conflictos se llevará a cabo conforme a criterios jurídicos.

La cuestión está, entonces, en determinar en que términos se lleva a cabo esa sujeción al Derecho. Es sabido que existen dos

grandes modelos o sistemas de subordinar la Administración al Derecho<sup>19</sup>. Cabe que ésta quede sometida a las mismas normas que rigen la actividad de los sujetos privados (sistema de *common law*, tradicional de los países anglosajones), o que se rija por un Derecho distinto, específicamente diseñado para ordenar las relaciones jurídico-administrativas (sistema de régimen administrativo, característico de Europa continental)<sup>20</sup>.

No existe, sin embargo, en nuestra opinión, criterio alguno que permita afirmar a nivel constitucional la opción por uno u otro modelo. Nicaragua ha optado claramente en el Derecho ordinario por someter su Administración a un régimen de Derecho administrativo. Pero ello no es una consecuencia que se pueda derivar de criterio constitucional alguno, sino una simple opción adoptada por el legislador ordinario, que podría haber decidido perfectamente sujetarla a las mismas normas que rigen para los sujetos privados, tal y como enseña la tradición del *common law*.

No resulta esto ni mucho menos superfluo, pues de aquí se derivan importantes consecuencias prácticas respecto a un tema, especialmente sensible en los tiempos actuales, como lo es el de la huída del Derecho administrativo.

Dicho fenómeno tiene su origen en la tendencia, especialmente marcada en los tiempos actuales, a que la Administración se desligue de su sujeción al régimen, presuntamente más rígido, que ofrece el Derecho administrativo, para regirse por un Derecho

19 DE LAUBADÈRE, A.; VENEZIA, J. C.; GAUDAMET, Y.: *Traité de Droit administratif. Tome I*. LGDJ. Decimotercera Edición. París, 1994. Pág. 21. CAETANO, M.: *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*. Traducción de L. López Rodó. Santiago de Compostela, 1956. Págs. 35-36.

20 LENZ, B.: "The Public Service in Article 48(4) EEC with Special Reference to the Law in England and in the Federal Republic of Germany", en *Legal issues of European Integration 1989-2*. Pág. 89. CHAPUS, R.: *Droit administratif général. Tome I*. Quinta edición. Montchrestien, 1990. Pág. 2. BÉNOIT, F. P.: *Le Droit administratif français*. Dalloz. París, 1968. Págs. 70-71. Si bien esa diferenciación no se da de forma pura, por lo que ha sido matizada tanto en Europa como en los países anglosajones. Así, puede consultarse en la doctrina Europea FLOGAÏTIS, S.: *Administrative Law et Droit Administratif*. LGDJ. París, 1986. Pág. 49-57. Entre los juristas anglosajones, CRAIG, P. P.: *Public law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*. Clarendon Press. Oxford, 1990. Pág. 50-51.

más flexible, el Derecho privado. En principio, esa actuación no tiene porque comportar reproche alguno, pues es simplemente necesario en algunos casos, para adaptarse a la multiplicidad de funciones que desarrolla la Administración pública actual (difícilmente podría la Administración desarrollar actividades puramente económicas, en competencia con la iniciativa privada, sujeta al Derecho administrativo). Sin embargo, cuando el recurso al Derecho común se articula con el único propósito de escapar de los controles públicos, adquiere un cierto carácter fraudulento.

Para evitar esta fuga del Derecho público, desde algunos sectores doctrinales se ha hablado de una reserva constitucional de Administración pública. Tesis en virtud de la que se defiende que la Constitución, al someter a la Administración al Derecho, no estaría sujetando a ésta a un Derecho cualquiera, sino al Derecho administrativo. Por lo que el legislador no podría disponer de esta decisión, tomada por un poder normativo superior (el legislador constituyente, que le vincula)<sup>21</sup>.

Dicha tesis, muy discutida<sup>22</sup>, no puede encontrar acomodo en ningún caso, en nuestra opinión, en el Derecho constitucional nicaragüense, pues no es posible encontrar en éste disposición alguna que ordene que las relaciones jurídicas de la Administración se rijan por el Derecho administrativo. Quedando limitadas las garantías, en tal sentido, a las que ofrece el Derecho ordinario.

El tema de la subordinación de la Administración al Derecho tiene, igualmente, un aspecto procesal, pues se pueden distinguir también en este ámbito dos grandes modelos. Por un lado, algunos Estados encomiendan dicha función a una jurisdicción especializada (que no especial), encargada específicamente de los asuntos administrativos (la jurisdicción contencioso-

---

21 DEL SAZ CORDERO, S.: "Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX", en *La Administración Pública española*. Director: J. Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid, 2002. Pág. 65.

22 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "La vuelta al Derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)", en *Revista de Derecho* 7 (2005). Págs. 93-94.

administrativa); mientras que otros atribuyen dicha tarea a los tribunales ordinarios.

El reciente Derecho constitucional nicaragüense ha seguido en este aspecto una evolución bastante dubitativa. La pretensión de someter a la Administración a una jurisdicción especializada había tenido ya algunas tentativas históricas (recuérdese que, como vimos, la Constitución de 1974 había previsto ya tal posibilidad, con el refrendo de la mejor doctrina, que acogió muy favorablemente dicha decisión<sup>23</sup>), pero en su redacción originaria no fue seguida dicha dirección por la vigente Constitución de 1987, que omitió toda referencia a lo contencioso-administrativo.

Las reformas constitucionales de 1995 vinieron a trastocar dicha decisión, pues modificaron el contenido del art. 163, que paso a establecer que la “Corte Suprema de Justicia estará integrada por doce Magistrados electos por la Asamblea Nacional”. “La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas por un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso-Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados”.

Este reconocimiento constitucional del contencioso-administrativo no perduró demasiado, pues la reforma constitucional del 2000 eliminó esta telegráfica, pero crucial referencia, dejando de nuevo a este orden jurisdiccional especializado desnudo de todo fundamento constitucional<sup>24</sup>.

23 En tal sentido, señaló C. M. LÓPEZ que en “la nueva Constitución Política de 1974 se ha producido (...) un hecho nuevo: la posibilidad de creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En efecto, en los arts. 303 y 304 Cn. se contempla la estructuración de un “Tribunal Contencioso Administrativo” adscrito al Poder Judicial. La mera declaración constitucional en sí supone un paso adelante y un verdadero avance en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo como muchas de las declaraciones programáticas que encierran las constituciones políticas, éstas no son efectivas y reales sino hasta que son desarrolladas por una Ley ordinaria que las concretiza y las hace efectivas. Lo deseable es que una ley de esa naturaleza se dictara lo más pronto posible”. “Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo”.

24 Véase sobre esta evolución ARRÍEN SOMARRIBA, J. B.: “El contencioso-administrativo en Nicaragua”, en *Cuadernos de Investigación de la UCA n° 7. Colección Jurisprudencia*. Págs. 8-11.

Se podría defender una consagración implícita de lo contencioso-administrativo, y por extensión del Derecho administrativo como régimen jurídico especializado, con base en este reconocimiento temporal. Sin embargo, dicha interpretación no parece concordar con el rigor mínimo que debe tener la interpretación de una Norma Máxima, pues difícilmente se puede extraer de una breve referencia, que no figura ni en la redacción actual ni constaba en la originaria, en un país en el que falta además la más mínima tradición en la materia (aún hoy sigue careciendo de una ley reguladora del procedimiento administrativo), un reconocimiento constitucional de una institución.

Hoy, afortunadamente en nuestra opinión, Nicaragua goza de una Ley Reguladora de lo Contencioso-Administrativo, pero una vez más hemos de concluir que se trata de una decisión tomada a nivel de Derecho ordinario, que no viene determinada por una regulación constitucional que, simplemente, no se pronuncia sobre dicho aspecto, por lo que ni impide ni impone dicha decisión.

### **3. 2. La falta de una nítida separación entre Gobierno y Administración pública.**

El punto más criticable del régimen constitucional de la Administración pública de Nicaragua es, en nuestra opinión, la existencia de una notable confusión entre Gobierno y Administración. La simple lectura de la Constitución evidencia con toda claridad esta orientación, pues al regular esta materia en el Capítulo III del Título VIII se refiere de forma conjunta al “Poder Ejecutivo”, sin hacer diferencia alguna entre Gobierno y Administración. Sólo son objeto de una mención diferenciada las entidades a través de las que se hace efectiva la descentralización territorial del Estado, esto es, los municipios (regulados en el Capítulo I del Título IX) y las Comunidades de la Costa Atlántica (reguladas en el Capítulo II también del Título IX).

Una solución sumamente deficiente, a nuestro juicio, pues uno de los elementos básicos para la estabilidad de un país es la relativa

neutralización política de la Administración. Ésta se configura como un ente que actúa siempre bajo la dirección del Gobierno (se entiende del Gobierno que asuma en cada momento el poder). Pero fuera de ese sometimiento a la dirección de éste, constituye una instancia esencialmente técnica y especializada, un conjunto de profesionales que tienen encomendadas unas funciones concretas y determinadas, siempre bajo la guía y orientación política que confiera el Gobierno.

Esta separación no supone ningún obstáculo para que el Gobierno actuante desarrolle su programa político, conforme a sus propias concepciones ideológicas, pues los más altos cargos de ese aparato administrativo pueden ser nombrados por éste, que los utilizara para dar su propia orientación política a la acción pública y dirigir la Administración.

De este modo, la Administración aparece configurada como una plantilla de profesionales, que el Gobierno, que es, a la vez que tal, Máxima Autoridad de la Administración, a través de su labor directora, y de los altos cargos de la Administración, por el nombrados, orienta y dirige.

Esta configuración facilita la transición pacífica y sin discordancias en los momentos en que se produce el cambio político, pues permite que la casi totalidad del aparato administrativo permanezca, y no se vea afectado por el cambio. Pues sólo las instancias superiores de la misma van a ser copadas por cargos nombrados por el Gobierno.

Con ello se logra una mayor estabilidad y continuidad en el desarrollo de las tareas públicas, permitiendo que los empleados públicos adquieran una mejor preparación y experiencia, que redunde en una mejor gestión pública. Y facilita además notablemente la labor del Gobierno entrante en cada momento, que sabe que va a poder contar con la asistencia de un conjunto de profesionales expertos y capacitados para el desarrollo de sus funciones.

Aparte de ello, facilita el correcto desenvolvimiento del proceso político, pues las distintas fuerzas políticas dejan de ver a la Administración en bloque como un elemento favorable a una u otra tendencia política. Ya que se sabe seguro que, en el momento que cada una de ellas tome el poder político, va a poder contar también con el apoyo y la asistencia fiel de esa Administración.

Todo ello ha sido expresado de forma magistral por GARRIDO FALLA, en palabras que, por su especial valor, conviene reproducir aquí, aunque la cita sea quizás excesivamente larga. Señala nuestro autor al hablar de la subordinación de la Administración al Gobierno, que “esta subordinación tiene sus límites y que, en cierto sentido, la Administración se independiza del Gobierno y de la política. Lo que caracteriza a la Administración Pública de los países desarrollados está cabalmente en que asume como propios los fines que realiza y actúa para alcanzarlos movida por una fuerza propia, rutinaria si se quiere, pero independiente del Gobierno. Es esa fuerza propia la que hace posible el sorprendente fenómeno, tantas veces observado, de que en un país en un periodo de crisis gubernamental los servicios públicos sigan funcionando”.

Por ello, añade un poco más tarde, la separación entre Gobierno y Administración “debe resolverse asegurando, de una parte la supremacía del Gobierno sobre la Administración y, de otra, precisamente como paradójica contrapartida, la no ingerencia política en zonas administrativas. Cabría decir que lo que debe conseguirse simultáneamente es un sistema de *neutralidad política de la Administración* y asimismo, de *neutralidad administrativa del Gobierno*<sup>25</sup>.

En los últimos tiempos, se está avanzando en Nicaragua hacia una mayor separación entre Gobierno y Administración, que es claramente perceptible en alguna normativa ordinaria<sup>26</sup>, si

---

25 GARRIDO FALLA, F.: “Constitución y Administración”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 20, enero-marzo de 1979. Págs. 7-8.

26 Así, la *Ley n° 70, Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa* establece que ella misma se aplicará al personal de:

bien persisten también normas en que la confusión entre ambas instancias es notable<sup>27</sup>. Todo ello es consecuencia una vez más de que el Derecho administrativo nicaragüense se esté desarrollando a nivel de Derecho ordinario, sin una sólida base constitucional que lo sustente. Sería, por ello, sumamente adecuado, que el régimen constitucional diese una cierta solidez a esta distinción, dando a la Administración pública un lugar específico entre sus normas.

### 3. 3. La Constitución económica y la Administración pública.

A diferencia de lo que ocurría con las cuestiones anteriores, apenas si esbozadas en la Norma Fundamental y, por tanto, construidas

- 
- 1) De la Administración Central del Estado.
  - 2) De la Administración Institucional.
  - 3) De la Administración Local.
  - 4) De los Poderes Judicial, Legislativo y Electoral.
  - 5) De los Organismos Autónomos.
  - 6) De los cuerpos civiles al servicio de las Fuerzas de Defensa y Seguridad.
  - 7) Del Magisterio Nacional y de todos los niveles del Sistema Educativo Nacional.
  - 8) Del Sistema Nacional de Salud.
  - 9) Administrativo de las Empresas Estatales.
  - 10) Cualquier otro que se determina por mandato legal y que presta servicio a instituciones estatales en las condiciones establecidas en el Artículo 4<sup>o</sup>.
- 27 Se puede citar, al respecto, el art. 2 de la *Ley n° 323, de Contrataciones del Estado* (tomada de la Gaceta n° 1-2 del 3 y 4 de Enero de 2000, que al fijar “el Sector Público comprende:
1. El Poder Ejecutivo.
    - Presidencia de la República.
    - Vicepresidencia de la República, Ministerios de Estados
    - Entes Descentralizado y Desconcentrado.
    - Bancos e Instituciones Financieras del Estado.
    - Empresas Estatales.
  2. El Poder Legislativo.
  3. El Poder Judicial.
  4. El Poder Electoral.
  5. La Contraloría General de la República.
  6. La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.
  7. Los Municipios.
  8. Las Universidades que reciben fondos del Estado.
  9. Consejo y Gobiernos Regionales Autónomos.
  10. Todas aquellas Instituciones o Empresas que reciben fondos provenientes del Sector Público o en la que el Estado tenga participación accionaria”.
- En la misma línea se puede citar también la Ley de Organización, Competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo, en el que se regulan de nuevo como una unidad Gobierno y Administración Central. Concibiendo como algo distinto al Poder Ejecutivo los entes territoriales autónomos. Así lo muestra el art. 6 de la citada Ley, que establece que el “Poder Ejecutivo como parte integrante del Estado, actuará armónicamente coordinado con los demás Poderes del Estado, con los Gobiernos Regionales de las Regiones Autónomas y los Gobiernos Municipales, todo de acuerdo a la Constitución Política y las leyes”.

sobre la base de indicios insuficientes, que apenas si sirven para llegar a algunas conclusiones mínimas, en el tema que ahora nos ocupa ofrece la Constitución de Nicaragua una regulación bastante detallada, que permite perfilar de forma bastante precisa el papel que corresponde a la Administración pública en dicho ámbito.

Debe comenzarse, en tal sentido, destacando que en su redacción actual se acoge en la normativa constitucional un sistema económico de carácter mixto, en el que se trata de salvaguardar un papel importante tanto a la iniciativa pública como a la privada.

El papel principal que corresponde al Poder Público como garante de un correcto desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales, se puede deducir de la declaración del art. 130, en la que se afirma que la “nación nicaragüense se constituye en un Estado Social”. Lo que indica, por sí sólo, que no sólo se admite, sino que incluso se obliga, a una intervención activa por parte del Estado, a fin de garantizar una igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos, promoviendo las condiciones que permitan un correcto nivel de vida de todos los nicaragüenses, y de los grupos en los que éstos se integran. Así lo ratifica el art. 48, según el cual 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”.

Es en el campo de los derechos sociales donde esta orientación se hace más claramente perceptible. Así, el Capítulo III del Título IV comprende una amplia enumeración de derechos sociales, de los que se responsabiliza al Estado. Sin ánimo de agotar ese largo listado, se puede citar a título ejemplificativo el art. 59, que establece que los “nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación”; el art. 61, que establece que el “Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo en la forma y condiciones que determine la ley”; o el art. 63, que afirma que es

“derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos”.

En la misma línea incide el art. 98, que establece que la “función principal del Estado en la economía es desarrollar materialmente el país, suprimir el atraso y la dependencia heredados; mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza”.

Especial referencia requiere la consagración de la muy administrativa institución del servicio público, que cuenta con un reconocimiento expreso en la Norma Máxima. Concretamente en el art. 105, que establece que es *“obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley en cada caso.*

*Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenados bajo ninguna modalidad.*

*Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantil. Los servicios estatales de salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.*

*Es deber del Estado garantizar el control de calidad de bienes y servicios y evitar la especulación y el acaparamiento de los bienes básicos de consumo”.*

Debe destacarse de este reconocimiento dos aspectos. En primer lugar, se debe destacar como en la actual redacción de este precepto, la noción de servicio público se hace más desde la idea de garantía de una correcta prestación y control por parte de los poderes públicos, y derecho al acceso por parte de los sujetos privados, que desde la idea de monopolio<sup>28</sup>. De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público plante problemas de adaptación algunos a la nueva forma de entender el servicio público, tras los procesos de liberalización y desregulación, en el que se presta éste en un entorno competitivo y no monopolístico.

Por otra parte, sorprende que el legislador constituyente, sin embargo, sigue reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolio; y eluda dicho término para referirse a los servicios de carácter social. Las viejas formas de pensar parecen haber sido aquí decisivas, llevando a situar este tipo de servicios, tradicionalmente designados como servicios compartidos, como una realidad próxima pero diferente al servicios público. Huelga decir que dicha redacción no debe impedir la consideración de ambas realidades como dos especies (servicios públicos económicos y servicios públicos sociales) de un mismo genero (el servicio público).

Este reconocimiento de lo público viene acompañado, por otro lado, de un papel prominente para la iniciativa privada. Así, la Constitución realiza un claro reconocimiento de la propiedad privada, si bien limitada por su función social, como señala el art. 44, que establece que en *“virtud de la función social de la propiedad, este derecho está sujeto, por causa de utilidad pública o de interés social, a las limitaciones y obligaciones que en cuanto a su ejercicio le impongan las leyes. Los bienes*

---

28 Como señala M. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, servicio “público y monopolio ya no son los compañeros inseparables que algunos afirmaron que eran, sino figuras autónomas cuyos caminos pueden cruzarse o no según el caso”. “Prologo”, al libro Sendin García, M. A.: *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*. Comares. Granada, 2003. Pág. XXI.

*inmuebles mencionados en el párrafo primero pueden ser objeto de expropiación de acuerdo a la ley, previo pago en efectivo de justa indemnización”.*

También de la libertad de empresa, a la que el art. 99 encomienda el protagonismo en el desarrollo de las actividades económicas, limitando de esta manera el papel del Estado en este ámbito. Así se infiere claramente de la dicción de dicho precepto, según el cual el *“Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta para garantizar la democracia económica y social.*

*El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras”.*

Como puede verse, la configuración que se da a la Administración pública en el ámbito económico se encuentra totalmente en línea con las tendencias actuales, tendentes a limitar su actuación más bien al control y a la regulación que a la intervención directa en la economía. Reservando esta última tan sólo para aquellos servicios sociales y de autoridad, que sólo la Administración puede desarrollar.

### **3. 4. La regulación constitucional del empleo público.**

Constituye la regulación del empleo público uno de los grandes retos a los que Nicaragua debe enfrentarse en los próximos años. La necesidad de generar una plantilla de servidores públicos neutrales, profesionales y capacitados, es

requisito imprescindible para la estabilidad de las reformas administrativas y su adecuado desarrollo<sup>29</sup>.

Tradicionalmente, en Nicaragua los empleados públicos se regían por las mismas normas a las que se sujetaban el resto de los trabajadores. La vigente Constitución de 1987 ha puesto fin a esta situación, obligando a la ley a regular un régimen de Servicio Civil (art. 131).

La pregunta que se plantea, entonces, es hasta donde llega esta vinculación. Un primer interrogante que surge, al respecto, es si la Constitución impone a los empleados públicos un régimen estatutario o si pueden estar vinculados a la Administración por un régimen laboral.

Aunque el término funcionario es de difícil precisión, se suele entender por tal, en su sentido más estricto, un tipo particular de empleado público regido por un vínculo público de carácter estatutario. Lo que se traduce, en esencia, en dos grandes rasgos. Por un lado, el funcionario accede a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante

---

29 Como señala M. J. JARQUÍN RAMOS, “un sistema de Servicio Civil sobre la base de mérito y comprometido con la equidad, es muy importante no sólo porque asegura la estabilidad de los empleados públicos, sino porque es a través de éste que se logra el ingreso de las personas más idóneas, la profesionalización, retribución justa y equitativa, capacitación y desarrollo de carrera, gestión del desempeño en igualdad de oportunidades y condiciones; sobre todo el desarrollo de las competencias y comportamientos que, sobre la base de los principios es que se sustenta el sistema, contribuyen a ir forjando servidores públicos que no sólo son capaces sino también responsables, íntegros, honestos y comprometidos con las demandas y necesidades de la población”. “El sistema de Servicio Civil es un elemento fundamental para contribuir al desarrollo de Nicaragua pues garantiza la neutralidad e imparcialidad de la actuación de la Administración Pública, lo que tiene incidencia tanto en la formulación como en la aplicación de las políticas públicas. Por otro lado constituye un instrumento poderoso para combatir la corrupción y otros vicios como el clientelismo, el nepotismo, causas importantes de la pobreza de nuestros pueblos”. “Reforma institucional en Nicaragua: un reto permanente”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* 8 (2003, octubre 28-31; Panamá), CLAD. En la misma línea, señalan M. E. LÓPEZ ÁLVAREZ y I. REYES DE BORGE que la “existencia de un Servicio Civil en Nicaragua es una necesidad imperante, no sólo porque a nivel de la Región es el único país que carece del mismo, sino porque no es posible desarrollar un proceso de Modernización de las Instituciones Públicas sin que exista un real proceso de Modernización de la gestión de sus Recursos Humanos”. “Avances de la reforma del servicio civil en Nicaragua”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración pública* 8 (2003, octubre 28-31; Panamá), CLAD.

un contrato. Por otro, porque sus condiciones de empleo no vienen fijadas por un contrato o convenio colectivo, sino que se determinan a través de normas objetivas, bien sean leyes o reglamentos, que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente. De lo que se deriva que, durante toda su vida profesional en la función pública, el funcionario queda encuadrado en el marco de un estatuto público que fija en cada momento sus derechos y obligaciones<sup>30</sup>.

Podrían darse hasta cuatro respuestas diferentes a esta cuestión: a) la Constitución obliga a que los empleados públicos estén sujetos a un régimen estatutario; b) obliga a que el empleo público esté integrado mayoritariamente por funcionarios sujetos a un régimen estatutario; c) es indiferente a efectos constitucionales la naturaleza del vínculo que une a la Administración con el empleado; d) niega la posibilidad de que existan empleados públicos sujetos a un régimen estatutario.

Las dos primeras posturas parecen claramente rechazables, mediante una simple lectura de la Norma Fundamental, que habla en el art. 131 de funcionarios y empleados públicos, con lo que admite la posible existencia de servidores públicos tanto estatutarios como no estatutarios. Más difícil resulta tomar postura por alguna de las otras dos, pues no se toma un criterio claro en la Norma Máxima, lo que nos lleva a pensar que el legislador no constriñe la opción de vincular al funcionario público a través de una relación estatutaria o laboral, dejando dicha decisión al legislador ordinario.

En nuestra opinión, la opción constitucional en este campo no es a favor de un régimen estatutario o no estatutario, sino a favor de un empleado público profesional, en el sentido de no designado por motivos de confianza o afinidad política, sino por sus cualidades profesionales, en base a criterios de mérito y capacidad. En tal

30 SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*. Tercera edición. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 61. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces. Primera reimpresión de la tercera edición de 2000. Madrid, 2001. Pág. 682.

sentido debe entenderse, a nuestro juicio, el mandato del art. 131 de que el legislador regule el “servicio civil y la carrera administrativa”.

Esta última estipulación nos lleva también a plantearnos otra cuestión. Sabido es que existían tradicionalmente dos grandes modelos de empleo público (sistemas de empleo y de carrera). Los primeros, más propios de los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona, se caracterizan por tener como eje la idea de puesto de trabajo, de tal forma que el empleado público entra para desarrollar un puesto concreto en el sector público, quedando en principio su relación con la Administración ligada a las vicisitudes de dicho puesto, si éste desaparece lo hace también el vínculo con la Administración y se carece de derecho alguno a desarrollar otros puestos.

Frente a ello, en un sistema de carrera, el empleado público entra en la Administración sin vinculación a un concreto puesto de trabajo, sino unido a un Cuerpo o Escala en el que se integra, pudiendo desarrollar a lo largo de su vinculación con la Administración, que se entiende en principio que se prolongará durante toda su vida profesional, los distintos puestos que pueden desarrollar los miembros de ese cuerpo o escala. El servidor público en este sistema tendría reconocido un derecho a hacer carrera, esto es, a la progresión profesional en la Administración según los criterios establecidos en la normativa que le sea aplicable, entre los que la antigüedad suele jugar un papel fundamental<sup>31</sup>.

La Constitución nicaragüense toma partido claramente por la existencia de una carrera para los empleados públicos. Ahora bien, no debe olvidarse que en la actualidad un modelo de carrera

---

31 Puede verse una descripción de ambos tipos de sistemas en ALBADALEJO CAMPOY, M. A.: “Pasado, presente y futuro de la función pública española. Una propuesta de reforma”, en *Cuadernos Económicos del ICE 13* (1980). Págs. 24 y sigs. PARADA VÁZQUEZ, R.: “La degeneración del modelo de función pública”, en *La Administración pública española*. Director: J. Rodríguez-Arana Muñoz. INAP. Madrid, 2002. Págs. 838 y sigs. Uno de nosotros se ha referido a tal cuestión en SENDÍN GARCÍA, M. A.: *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*. Ratio Legis. Salamanca, 2005. Pág. 196 y sigs.

en sentido estricto es imposible de encontrar en ordenamiento jurídico alguno, de tal forma que lo normal es encontrar en cualquier modelo de empleo público la fusión propia de elementos de ambos sistemas teóricos.

Esto hace que se deba interpretar, a nuestro juicio, que es necesario una cierta proximidad a los sistemas de carrera, en cuanto la ley deberá regular una carrera administrativa para los empleados públicos. Pero esto no obliga a establecer un modelo de este tipo en los demás aspectos, que podrán aproximarse en mayor o menor medida a un modelo de empleo.

Debe tenerse presente, además, que la necesaria regulación de la carrera administrativa deja un amplio margen al legislador para configurar ésta, pues puede ésta entenderse al modelo más tradicional como un sistema que permita el acceso paulatino en base a la antigüedad; o, como se suele entender actualmente, como una simple posibilidad, esto es, como un abanico de oportunidades profesionales de las que el servidor público podrá hacer uso o no dependiendo de su valía y dedicación<sup>32</sup>.

---

32 Como señala J. M. RAMÍREZ CARDUS, la "carrera es una posibilidad pero no algo que ha de cumplirse indefectiblemente; requerirá del funcionario la voluntad de querer hacer carrera y comportará para él, la necesidad de hacer un esfuerzo para alcanzarla. Corresponderá a la Organización el facilitar los medios para que tal cosa sea posible. Es lo que algunos vienen a decir bajo la expresión de *carrera administrativa sí, pero desfile administrativo no*". "La Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad", en *Jornadas de Estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico*. Oñati, 1986. Pág. 77.

# INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y DE ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN NICARAGUA

ORIEL SOTO CUADRA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Algunos Antecedentes de la Inmunidad en las Constituciones de Nicaragua del Siglo XX y en la Ley de Inmunidad de 1980. 1. Constitución de 1905. 2. La Constitución de 1911. 3. Constitución de 1939. 4. Constitución de 1948. 5. La Constitución de 1950. 6. La Constitución de 1974. 7. La Ley de Inmunidad de 1980. III. El Régimen de Inmunidad, sus Alcances conforme la Constitución Política de 1987 y sus Reformas, la Ley de Inmunidad, El Tratado Constitutivo del Parlacen y El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. 1. El Régimen de la Inmunidad, Fuentes según el Ordenamiento Jurídico Nicaragüense. 2. La Ley de Inmunidad de 1990. 3. La Constitución Política con sus reformas de 1995, del año 2000 y del 2005. 4. El Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas. 5. El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. IV. 1. Algunos Casos de Desaforación de Miembros del Congreso y Funcionarios Inmunes. 2. En la década de los 90 y primera década del Siglo XXI. V. Conclusiones y Perspectivas. Bibliografía y Fuentes de Consulta.

## I.- Introducción.

Este estudio comprende una reseña de antecedentes históricos sobre la inmunidad en las Constituciones de Nicaragua en el

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, UCA, Nicaragua, 1970. Estudios de Postgrado en Derecho. Internacional y Derecho Público en la UCR de Costa Rica. Profesor de Derecho Civil y Derecho Constitucional, UCA. Juez Civil de 1970-1979. Asesor Junta de Gobierno, Entidades Gubernamentales y Empresas, 1979-1985. Procurador de la Propiedad y Director de Asuntos Legales de la Presidencia de la República, 1991-1996. Asesor del Presidente del Parlamento Nicaragua, 1997-2001. Es Socio de la Firma Grupo Legis y Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Nicaragua. Publicaciones: Propuesta de Declaración de Zona de Paz y Cooperación en Centroamérica y el Caribe, Coautor, edición Universidad para la Paz y Universidad Nacional, Heredia. Escuela de Derecho, Costa Rica, 1989. Manual de Derecho Parlamentario, Coautor, Edición Cooperación Técnica Alemana GTZ. Managua, Nicaragua, 1997. La Funcionalidad del Poder Legislativo, Coautor, Edición Cooperación Técnica Alemana GTZ. 2000.

siglo XX, el régimen de inmunidad conforme las normas de la Constitución Política promulgada en 1987 y sus reformas, las del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia y la Ley de Inmunidad de 1990 reformada, para finalizar con algunas consideraciones y conclusiones. Este fuero especial se incorpora al Derecho Positivo Nicaragüense desde la Constitución Federal de Centroamérica, la cual ya señalaba en 1824, cuando el Estado de Nicaragua era parte de la Federación, que en ningún tiempo ni con motivo alguno los representantes podían ser responsables por proposición, discurso o debate en el Congreso o fuera de él sobre asuntos relativos a su cargo, ni podían ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas durante las sesiones y un mes después.

La inmunidad según el ordenamiento jurídico nicaragüense constituye una prerrogativa de naturaleza constitucional que tienen miembros de los Poderes del Estado y otros altos funcionarios de no ser llevados a juicio ni ser procesados, sin que primeramente no se autorice por la Asamblea Nacional su desaforación.

Señala el Profesor Héctor Fix Zamudio, en el prólogo a la obra del constitucionalista Dr. Iván Escobar Fornos, “Inmunidad, Inviolabilidad, Destitución e Impunidad” (La responsabilidad de los Altos Funcionarios y Parlamentarios), que se han establecido a lo largo de la evolución histórica una serie de instrumentos con el doble propósito de proteger por una parte a los titulares de los poderes públicos contra las acciones de otros órganos de gobierno o inclusive de algunos particulares, las que pudieran entorpecer su actividad y por la otra evitar que debido a su situación de privilegio pudieran actuar con impunidad.<sup>2</sup>

La inmunidad es una garantía del equilibrio entre los Poderes del Estado, pues históricamente los diputados han gozado de ella y

---

2 Escobar Fornos Iván. Inmunidad, Inviolabilidad, Destitución e Impunidad. (La responsabilidad de los altos Funcionarios y Parlamentarios). Editorial Hispamer, Nicaragua. 2002, pág. 5

están exentos de responsabilidad por sus opiniones y votos en el Parlamento.

## **II.- Algunos Antecedentes de la Inmunidad en las Constituciones de Nicaragua del Siglo XX y en la Ley de Inmunidad de 1980.**

### ***1. Constitución de 1905***

Una nueva Constitución Política fue promulgada el 30 de Mayo de 1905, durante el gobierno del general José Santos Zelaya. Según dicha Carta el Parlamento se organizó en un sistema unicameral.

#### *A. Alcances de la Inmunidad*

Esta Constitución de 1905 otorgó a los diputados las prerrogativas de:

- 1.- Inmunidad personal para no ser juzgados por los tribunales, si la Asamblea no los declara previamente con lugar a formación de causa.*
- 2.- No ser demandados civilmente desde treinta días hasta quince días después de las sesiones de la Asamblea.*
- 3.- No ser llamados al servicio militar sin su consentimiento.*
- 4.- No ser extraditados de la República, confinados ni privados de su libertad por ningún motivo”<sup>3</sup>.*

Su normativa establecía que los miembros de los Supremos Poderes, Magistrados de la Corte de Apelaciones, Secretarios de Estado, Ministros y Diplomáticos, por delitos que se les imputasen respondían ante la Asamblea Legislativa.

---

3 Arto. 59 Cn. de 1905

Únicamente los diputados gozaban de la inmunidad en su más amplio sentido, pues también los eximía de demandas civiles, prerrogativa que no tenían los miembros de otros Poderes del Estado.

### *B. Privación de la Inmunidad*

La Asamblea era competente para declarar con lugar a formación de causa en procesos contra el Presidente de la República, Secretarios de Estado, Diputados, Diplomáticos, y Magistrados de las Cortes de Justicia.<sup>4</sup> En caso de desaforación le correspondía a la Corte Suprema de Justicia conocer de los delitos oficiales de los altos funcionarios.<sup>5</sup>

## **2. La Constitución de 1911**

En 1910 fue convocada la Constituyente que aprobó una nueva Constitución en 1911, conocida como la “Non Nata”, pues no tuvo vigencia alguna.

Por un Decreto Ejecutivo fue disuelta la Constituyente el 5 de Abril de 1911 que había aprobado el “voto de censura” para los ministros y la obligación de su retiro<sup>6</sup>. El Decreto convocaba a la elección de una nueva constituyente. Instalada esta Asamblea, el 10 de Noviembre de 1911 aprobó una Carta Fundamental similar a la Non Nata, pero que no establecía el voto de censura a los Ministros.

Con esta Constitución el Parlamento vuelve a ser bicameral y sus miembros estaban protegidos por la inmunidad.

### *A. Alcances de la Inmunidad*

Los representantes al Congreso en ambas Cámaras tenían las mismas prerrogativas e inmunidad establecidas en la anterior Constitución<sup>7</sup>.

---

4 Arto. 62 numeral 2 Cn.

5 Arto. 92 numeral 2 Cn.

6 Arto. 125 Cn.

7 Arto. 79 Cn.

Esta Carta como la de 1905, señala que los funcionarios públicos son responsables de sus actos y que el Presidente, los Senadores, Diputados, Magistrados de las Cortes de Justicia, Secretarios y Subsecretarios de Estado y los Ministros y Agentes Diplomáticos respondían ante el Congreso por delitos comunes y los oficiales.

Los Magistrados de las Cortes de Justicia, gozaban de las mismas inmunidades y prerrogativas que los Representantes al Congreso, salvo la de no ser demandados civilmente.<sup>8</sup>

#### *B. Privación de la Inmunidad*

Correspondía al Congreso en Cámaras Unidas declarar por 2/3 de votos cuando había lugar a formación de causa contra un funcionario inmune.<sup>9</sup> Con la declaratoria de formación de causa el Tribunal Supremo de Justicia conocía privativamente de los delitos oficiales y comunes de los altos funcionarios.<sup>10</sup> Si el funcionario era absuelto volvía al desempeño de su cargo, pero en caso de sentencia de responsabilidad por delitos oficiales no podía concederse al reo la gracia del indulto.<sup>11</sup>

#### **4. Constitución de 1939**

El 22 de Marzo de 1939 fue aprobada por la Asamblea Constituyente una Carta Constitucional que retomó los principios de la Constitución Libérrima de 1893.

El Poder Legislativo continuó organizado en un sistema bicameral y participaban en la Cámara del Senado los Expresidentes de la República que habían ejercido la presidencia por elección popular directa.

---

8 Art. 130 Cn.

9 Art. 84 numeral 6 Cn.

10 Art. 123 numeral 2 Cn.

11 Artos. 154 y 159 Cn.

### *A. Alcances de la Inmunidad*

Los miembros del Congreso gozaban de iguales prerrogativas de inmunidad y se agregó la de Inviolabilidad por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo<sup>12</sup>.

El Presidente, los Secretarios de Estado, el Procurador General de la República y el Presidente del Tribunal de Cuentas, respondían de sus actos ante el Congreso.<sup>13</sup> Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia gozaban de las mismas inmunidades y prerrogativas de los representantes al Congreso, con las salvedades de la inmunidad en asuntos civiles y de la inviolabilidad por los votos y opiniones en el ejercicio del cargo.

### *B. Privación de la Inmunidad*

Correspondía en forma privativa a la Cámara de Diputados examinar las acusaciones presentadas por sus miembros, el Procurador General o particulares contra un funcionario inmune y si prestaban merito fundar la correspondiente acusación ante la Cámara del Senado. Las acusaciones referentes a la conducta oficial de dichos funcionarios podían proponerse ante la Cámara durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después. Para que la Cámara de Diputados resolviera acusar al Presidente de la República requeriría del voto afirmativo de 2/3 de sus miembros.<sup>14</sup>

Si la acusación se refería a delitos cometidos en el ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, y la Cámara de Senado la acogía, imponía la pena de destitución del funcionario, sin perjuicio de poderse seguir juicio criminal contra el reo ante la Corte Suprema de Justicia, por otros delitos.

---

12 Arto. 154 Cn.

13 Artos. 221 primer párrafo, 225, 234, 235 y 294.

14 Arto. 172 Cn.

Si la acusación se refería a delitos comunes, la Cámara del Senado podía declarar con lugar el seguimiento de causa y pasar el caso a la Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup>, a quien correspondía el conocimiento de la causa por los delitos oficiales y comunes de esos altos funcionarios.<sup>16</sup>

### **5. Constitución de 1948**

El 22 de Enero de 1948 fue promulgada una nueva Carta Fundamental muy similar a la de 1939, pero que tenía por objeto legitimar un cambio de Gobierno. Dicho cambio se produjo por la destitución del Presidente de la República Dr. Leonardo Argüello, que había sido acordada por el Congreso en Mayo de 1947.

La Constituyente se convirtió en Congreso Ordinario para ejercer el Poder Legislativo hasta el año 1952, dividida en dos Cámaras.

En virtud del Convenio Político del 26 de Febrero de 1948, conocido como Pacto Cuadra Pasos – Somoza, se acordó que 7 Diputados y 4 Senadores mencionados en las disposiciones transitorias de la Constitución pertenecieran al partido conservador, para lo cual el partido liberal se abstendría de concurrir a su elección, con lo que se venía afianzando el principio de la representación minoritaria en los órganos de gobierno.

#### *A. Alcances de la Inmunidad*

A los miembros del Congreso el texto fundamental les otorgó inmunidad y prerrogativas similares a las establecidas en las anteriores Constituciones. También señalaba la inembargabilidad de su asignación mensual.<sup>17</sup>

---

15 Arto. 174 Cn.

16 Arto. 257 numeral 10 Cn.

17 Arto. 126 Cn.

Se le otorgó al Presidente de la República inmunidades en materia penal y de no ser llamado al servicio militar sin su consentimiento.<sup>18</sup> Así mismo le asignó las prerrogativas de la inmunidad a los Magistrados de la Corte de Justicia y al Juez Superior del Trabajo, excepto la de no ser demandados en juicios civiles y la exención de responsabilidad por sus opiniones o decisiones en el ejercicio de sus cargos.<sup>19</sup>

También se le otorgó inmunidad al Presidente del Tribunal de Cuentas, similar a la de los Ministros de Estado, o sea en materia penal<sup>20</sup> y a los miembros del Consejo Nacional de Elecciones, en forma similar a las inmunidades y prerrogativas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o sea inmunidad en materia penal y no ser llamados al servicio militar.<sup>21</sup> Esta Constitución extendió la inmunidad a nuevos funcionarios de Gobierno.

### *B. Privación de la Inmunidad*

El Congreso, mantiene la competencia para proceder al desafuero de altos funcionarios, asignando al igual que en la Constitución de 1939, facultades a la Cámara de Diputados para examinar las denuncias o acusaciones por delito que se presentaran. El texto constitucional dispuso que las responsabilidades de dichos funcionarios cesaran un año después de concluidas sus funciones y durante ese tiempo la denuncias o acusaciones tenían que ser examinadas privativamente por la Cámara de Diputados<sup>22</sup>.

En tales casos le correspondía a la Cámara del Senado fallar como jurado las acusaciones por delitos de los altos funcionarios, imponiendo la pena de inhabilitación y quedaba abierto que se siguiera juicio penal contra el reo ante la Corte Suprema de Justicia por otros delitos. Por acusaciones de delitos comunes, la misma

---

18 Art. 174 Cn.

19 Art. 209 Cn.

20 Art. 244 Cn.

21 Art. 263 Cn.

22 Art. 140 Cn.

Cámara tenía la competencia de declarar si había lugar a formación de causa para el juzgamiento por la Corte Suprema y ésta debía fallar como jurado aplicando la pena en caso de condenatoria. Si el fallo era absolutorio se debía restituir al funcionario en su cargo.

## **6. La Constitución de 1950**

Producto del acuerdo político del 3 de Abril de 1950, denominado “El Pacto de los Generales” por haber sido suscrito entre el general Anastasio Somoza García (Liberal) y el general Emiliano Chamorro (Conservador), una Constituyente aprobó el 1 de Noviembre de ese año una nueva Constitución, que vino a consolidar el principio de representación minoritaria en la organización de los Poderes del Estado e incorporó el principio de las minorías congeladas en el Congreso Nicaragüense, que era bicameral.

En 1955 se modificó la integración de las Cámaras al aprobar el 25 de Abril de ese año una reforma a la Constitución relacionada con “las minorías congeladas”, quedaba determinada a priori la conformación del Congreso independientemente del resultado electoral: Dos tercios de representantes para el partido de la mayoría y al menos un tercio para el partido o partidos de la minoría.

En 1962 fue aprobada otra reforma a la Constitución incorporando la figura de tres Vicepresidentes y un nuevo Poder del Estado, el Tribunal Supremo Electoral.

### *A. Alcances de la Inmunidad*

Durante la vigencia de la Constitución de 1950 y hasta el año de 1974 los miembros del Congreso, tuvieron las mismas prerrogativas e inmunidades a que se refería la Constitución anterior de 1948, tanto en juicios civiles como del orden penal.<sup>23</sup>

---

23 Art. 140 Cn.

Igualmente el Presidente, los tres Vicepresidentes, Magistrados, el Presidente del Tribunal Superior del Trabajo, Ministros y Viceministros, Presidente y Jueces del Tribunal Supremo Electoral, así como el Presidente del Tribunal de Cuentas y los Agentes Diplomáticos, gozaban de las mismas inmunidades en materia penal y las otras prerrogativas de no ser llamados al servicio militar, ni ser confinados o privados de libertad.<sup>24</sup>

### *B. Privación de la Inmunidad*

Esta Constitución dispuso un procedimiento similar al de la de 1948 para el desafuero de los funcionarios que gozaban de inmunidad y así poder ser juzgados por delitos oficiales o comunes. Le correspondía a la Cámara de Diputados examinar las acusaciones o denuncias que se presentaran por sus propios miembros o particulares contra los altos funcionarios que tenían la cobertura de la inmunidad y otras prerrogativas.

Para que la Cámara de Diputados pudiera fundar una acusación ante la Cámara del Senado requería del voto afirmativo de 2/3 de sus miembros y las acusaciones tanto por delitos oficiales como por delitos comunes cometidos durante el ejercicio del cargo, debían presentarse ante la Cámara de Diputados, aunque el funcionario ya hubiere cesado en el ejercicio de sus funciones. Prescribía en todo caso la acción penal por delitos oficiales al año de haber cesado el funcionario en el ejercicio de sus funciones.<sup>25</sup>

La Cámara del Senado tenía la competencia exclusiva de conocer las acusaciones que presentara contra dichos funcionarios la Cámara de Diputados, dándole audiencia previa al acusado y si éste no comparecía era juzgado en rebeldía.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Artos. 182, 225, 268 y 305 Cn.

<sup>25</sup> Arto. 153 Cn.

<sup>26</sup> Arto. 156 Cn.

Las anteriores disposiciones sobre inmunidades de funcionarios públicos rigieron desde el año 1950 hasta el año 1974, por un período de 14 años.

### ***7. La Constitución de 1974***

Una convención política suscrita el 28 de Mayo de 1971 entre los partidos Liberal Nacionalista y Conservador de Nicaragua, dió lugar a la convocatoria de una Asamblea Constituyente por el Congreso, el cual se disolvió a la instalación de la Constituyente el 15 de Abril de 1972.

En 1974 fue promulgada, una nueva constitución por la Junta de Gobierno, instaurada en 1971, dicha Carta rigió hasta el año 1979.

El Congreso estaba integrado en las respectivas cámaras por 70 Diputados con sus suplentes y 30 Senadores propietarios y sus suplentes, correspondiendo a los partidos minoritarios el 40% de participación en ambas Cámaras.<sup>27</sup> Formaban parte del Senado con carácter vitalicio los Ex presidentes de la República y el candidato presidencial del partido que hubieren obtenido el segundo lugar en la elección anterior.

#### *A. Alcances de la Inmunidad*

La Constitución otorgó inmunidades y prerrogativas a Diputados y Senadores propietarios o suplentes con una cobertura similar a la señalada por la del 50 y dispuso la inembargabilidad e irretenibilidad de las asignaciones mensuales de los miembros del Congreso.<sup>28</sup>

Al Presidente de la República se le otorgaban las mismas inmunidades y prerrogativas de los Diputados y Senadores

---

27 Art. 127 Cn.

28 Art. 141 Cn.

incluyendo la de no ser demandado civilmente, asimismo debía responder de sus actos ante el Congreso.<sup>29</sup>

Los Magistrados de las Cortes de Justicia, del Tribunal Superior del Trabajo, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal Supremo Electoral, gozaban de las mismas inmunidades y prerrogativas para los Diputados y Senadores, con la excepción de las referidas al servicio militar<sup>30</sup>. Asimismo se les amplió la inmunidad ante demandas de carácter civil.<sup>31</sup>

### *B. Privación de la Inmunidad*

El trámite de desafuero de los funcionarios inmunes, se estableció en forma similar al contemplado en la Constitución del 50, con la competencia de la Cámara de Diputados para conocer y examinar las demandas o acusaciones en casos de delitos comunes o peculiares del ejercicio de sus cargos. La Cámara del Senado debía juzgar a los funcionarios acusados por la de Diputados y declarar en el caso de delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas la destitución del cargo y la inhabilitación para cargos públicos, sin perjuicio del seguimiento de juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia por otros delitos.

En el caso de delitos comunes el Senado se limitaba a declarar con lugar la formación de causa y pasar el caso a la Corte Suprema para que ésta conociera como jurado.<sup>32</sup>

Este régimen de inmunidades estuvo en vigencia hasta la derogación de la Constitución de 1974 por el Estatuto Fundamental, dictado por una Junta de Gobierno que asumió las funciones Ejecutivas y Legislativas a raíz de la insurrección de Julio de 1979.

---

29 Arto. 181 Cn.

30 Arto. 140 Cn., numerales 3 y 6.

31 Artos. 288 y 317Cn.

32 Artos. 153, 156, 157 y 293 numeral 3 Cn.

## ***8. La Ley de Inmunidad de 1980***

Ni el Estatuto Fundamental emitido por la Junta de Gobierno el 20 de Julio de 1979, el cual abrogó la Constitución de 1974, ni el posterior Estatuto del Consejo de Estado, de Mayo de 1980, establecieron un régimen de inmunidades de altos funcionarios públicos y sería hasta el 20 de Junio del mismo año que la Junta mandó publicar una Ley de Inmunidad aprobada por el Consejo de Estado.

### *A. Alcances de la Inmunidad*

Esta Ley otorgó la inmunidad a los Miembros de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional; Representantes al Consejo de Estado; Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; Ministros, Viceministros y Directores de Entes Autónomos.

Dichos funcionarios no podían ser objeto de ninguna acción judicial o prejudicial, fuera ésta de carácter civil o penal ante los Tribunales de Justicia, mientras se encontraran en ejercicio de su cargo.

### *B. Privación de la Inmunidad*

El procedimiento para desaforar a funcionarios inmunes, con la salvedad de los miembros de la Junta de Gobierno (para los cuales no se consideró procedimiento alguno), era recurrir de queja ante dicha Junta, por parte de las personas, que se considerasen afectadas por las actuaciones de índole particular o de carácter público de los funcionarios.

La Junta de Gobierno en caso de hallar mérito debía remitir al Consejo de Estado lo actuado sobre la queja para que éste decidiera, de encontrar mérito suficiente, el procesamiento del funcionario y su juzgamiento por lo tribunales ordinarios. Se incorporó la figura de la renuncia voluntaria, cuando se presentara el caso.

Dicha Ley estuvo vigente hasta marzo de 1990, en que fue publicada una nueva Ley de Inmunidad.

### **III.- El Régimen de Inmunidad, sus alcances conforme la Constitución Política de 1987 y sus Reformas, la Ley de Inmunidad, el Tratado Constitutivo del Parlacen y el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.**

#### ***1. El Régimen de la Inmunidad, Fuentes según el Ordenamiento Jurídico Nicaragüense.***

El actual régimen de inmunidad de los diputados y altos funcionarios públicos en Nicaragua proviene de cuatro fuentes que se han conjugado en el tiempo: La Ley de Inmunidad, dictada a inicios de la década de los 90<sup>33</sup>; La Constitución Política de 1987, con sus reformas parciales en 1995, en el 2000 y en el 2005; El Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, en vigor desde mayo de 1990 y El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, suscrito en Panamá y ratificado por El Salvador, Honduras y Nicaragua desde el año 1994.

#### ***2. La Ley de Inmunidad de 1990.***

Esta ley fue dictada en Marzo de 1990, antes que asumiera la Presidencia la Sra. Violeta Barrios de Chamorro y se instalara la nueva Asamblea.

##### ***A. Alcances de la Inmunidad***

La ley estableció el régimen de la inmunidad, para el Presidente y Vicepresidente de la República, Representantes propietarios y suplentes en la Asamblea Nacional, Magistrados propietarios y suplentes del Consejo Supremo Electoral; Magistrados de los Tribunales de Apelaciones, Contralor General de la República,

---

33 Ley No. 83 publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 61 del 27 de Marzo de 1990.

Ministros y Viceministros, Comandante en Jefe del Ejército y el Jefe del Estado Mayor General y Presidentes y Directores de Entes Autónomos Gubernamentales. También se le otorgó al Ex Presidente y Ex Vicepresidente del período anterior.

Estos funcionarios gozaban de inmunidad y no podían ser objeto de acciones judiciales o extrajudiciales, tanto de carácter civil o de naturaleza penal mientras se encontraban en el ejercicio del cargo.

Por una reforma a dicha ley<sup>34</sup> se suprimió la inmunidad a los Magistrados de la Corte de Apelaciones, a los altos Jefes Militares del Ejército y al Ex presidente y Ex Vicepresidente de la República que ejercieron el cargo en el período de 1984 a 1990.

#### *B. Privación de la Inmunidad*

El procedimiento para la desaforación de funcionarios inmunes se estableció de forma similar al de la Ley de Inmunidad de 1980. Hasta el año 1995 le correspondía al Presidente de la República conocer de previo las quejas de particulares ante las actuaciones de índole particular o de carácter público de los Ministros, Viceministros, Presidentes y Directores de Entes Autónomos y Gubernamentales para el traslado de la solicitud a la Asamblea y le competía directamente a ésta conocer las quejas contra otros funcionarios inmunes.

Otra reforma a la Ley de Inmunidad<sup>35</sup> estableció un plazo de 8 días para que el Presidente tramitara la queja contra funcionarios del Poder Ejecutivo y la trasladara a la Asamblea Nacional. Este trámite fue derogado por la reforma constitucional de 1995.

La ley autoriza la renuncia a la inmunidad por parte del funcionario cuando se presentare la queja: El trámite de desaforación está

---

34 Ley No. 110 publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 191 del 5 de Octubre de 1990.

35 Ley No. 140 publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 113 del 15 de Junio de 1992.

señalado en dicha ley y en la Ley Orgánica del Poder Legislativo<sup>36</sup>. Cuando llega una solicitud de desaforación a la Asamblea se inicia el siguiente procedimiento:

a) La Junta Directiva nombra una Comisión Ad-Hoc para que estudie y dictamine la queja presentada, debiéndosele notificar al funcionario sobre los términos de la denuncia dentro de las 24 horas de haberse integrado la Comisión.

b) La Comisión le debe dar audiencia e intervención al funcionario investigado en un término de 6 días después de notificado para que exprese sus argumentos de defensa. El funcionario puede defenderse por si o designar un defensor tanto ante la Comisión como en el Plenario.

c) Se abre un trámite probatorio por 20 días. Dicho término puede ser prorrogado por 10 días más a solicitud de la Comisión o del interesado ante la Junta Directiva y vencido este término la Comisión debe emitir su Informe de la investigación y Dictamen dentro de los siguientes 10 días, recomendando la procedencia de la queja o rechazándola.

d) La Junta Directiva incluye el Dictamen en la Agenda Legislativa y presentado al Plenario, éste con intervención del funcionario investigado, debe aceptar o rechazar el Dictamen por mayoría absoluta de votos de la totalidad de los Diputados. Por la reforma constitucional del 2000 se requiere de dos tercios de los votos de los diputados para levantar la inmunidad del Presidente de la República.

### ***3 La Constitución Política con sus reformas de 1995, del año 2000 y del 2005.***

La Constitución de 1987 mantiene el sistema unicameral en el Parlamento, el Poder Legislativo es ejercido por la Asamblea

---

<sup>36</sup> Ley No. 606, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 26 del 6 de Febrero del 2007.

Nacional y ésta se integra por 90 “Representantes” (ahora Diputados) con sus respectivos suplentes. También eran representantes propietarios y suplentes los candidatos a Presidente y Vice-Presidente que hubieran alcanzado en la elección anterior un número de votos igual o superior al promedio de los cocientes regionales electorales<sup>37</sup>.

La reforma del 2000 determinó que forman parte del Parlamento como Diputados propietario y suplente el Ex Presidente y el Ex Vicepresidente electos por voto popular en el período inmediato anterior y como Diputados propietario y suplente a los candidatos a Presidente y Vicepresidente que hubieran obtenido el segundo lugar en la elección nacional correspondiente<sup>38</sup>.

La Constitución de 1987 en materia de inmunidad únicamente señalaba la competencia de la Asamblea para conocer y resolver sobre las quejas presentadas contra los funcionarios que gozan de inmunidad<sup>39</sup>. No establecía cuales funcionarios eran inmunes, lo que se dejó a la Ley de Inmunidad.

Con la reforma parcial a la Constitución de 1995, se establece a nivel constitucional que funcionarios gozan de inmunidad y además se determina su alcance: No ser detenidos ni juzgados sin previa desaforación, con la salvedad de las causas de Derecho de Familia y Laborales. La reforma parcial del 2000 amplió la inmunidad a los titulares de las instituciones creadas en ese año y luego con la última reforma parcial a la Constitución en el 2005 se incluyeron otros funcionarios.

#### *A. Alcances de la Inmunidad*

La Constitución reformada otorga inmunidad al Presidente de la República, al Vicepresidente, Diputados, Ministros y

37 Arto. 133 Cn.

38 Ley No. 330 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 13 del 19 de Enero del 2000.

39 Arto. 138 numeral 24 Cn.

Viceministros, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Consejo Supremo Electoral, Fiscal General de la República y Fiscal General Adjunto, Miembros del Consejo Superior de la Contraloría, Procurador y Sub Procurador de los Derechos Humanos, Superintendente General de Bancos y Vice Superintendente.

Las normas que establecen la inmunidad a dichos funcionarios están consignadas en varias disposiciones del Título VIII, de la Organización del Estado<sup>40</sup>.

El alcance de la inmunidad estaba contemplado en la Ley de Inmunidad de 1990 en forma amplia, pues protegía al funcionario de cualquier acción judicial o prejudicial. Por la reforma constitucional del 95, ya la inmunidad ante procesos judiciales no abarca acciones legales por asuntos del Derecho de Familia y Laborales<sup>41</sup>, no es necesaria la desaforación previa del funcionario para que se someta a juicio en asuntos tales como reconocimiento de paternidad, reclamos por alimentos o laborales.

La Constitución también establece la exención de responsabilidad de los diputados por sus votos y opiniones emitidas en la Asamblea Nacional.<sup>42</sup> Esta es una garantía del equilibrio entre los Poderes del Estado.

### *B. Privación de la Inmunidad*

Le corresponde al Parlamento recibir las acusaciones o quejas contra funcionarios que gozan de inmunidad, al igual que para conocer y resolver sobre su desaforación.<sup>43</sup>

Por la reforma constitucional del 2000 se necesita de 2/3 de votos de los diputados para declarar la privación de la inmunidad del

---

40 Artos. 138 inco. 9, 148, 151, 154, 162 y 172 Cn.

41 Arto. 130 Cn, párrafo cuarto reformado.

42 Arto. 139 Cn.

43 Arto. 138 Cn inco 24

Presidente de la República y respecto a otros funcionarios el voto favorable de la mayoría de los diputados<sup>44</sup>. En los casos de privación de la inmunidad por causas penales contra el Presidente y el Vicepresidente de la República, una vez desaforados, es competente para procesarlos la Corte Suprema de Justicia en pleno.

El Código Procesal Penal vigente desde Diciembre del 2002 exceptúa de la jurisdicción a funcionarios que gocen de inmunidad, y remite a la Ley de Inmunidad en caso de acusación de dichos funcionarios<sup>45</sup>, para su desaforación previa.

Este Código señala de modo expreso el antejuicio cuando se requiera la privación de inmunidad de un funcionario y el Ministerio Público no puede realizar actos que impliquen una persecución penal y debe seguir investigaciones únicamente para asegurar elementos de prueba indispensables para fundamentar la petición del antejuicio, presentar la acusación ante Juez competente y pedir a este que solicite la desaforación del funcionario ante la Asamblea Nacional<sup>46</sup>.

#### ***4. El Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas.***

Este Convenio Regional suscrito en 1987 fue ratificado por Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua y Panamá se adhirió a él en 1994.

El Tratado Constitutivo del Parlacen, establece que está integrado por: a) 20 Diputados titulares por cada Estado Miembro, con sus respectivos suplentes, electos para un período de 5 años; b) Los Presidentes de cada una de las Repúblicas Centroamericanas al concluir su mandato y c) Los Vicepresidentes o designados a la Presidencia de la República de cada uno de los Estados Centroamericanos al concluir su mandato.

---

44 Arto. 130 Cn.

45 Arto. 52 CPP.

46 Arto. 251 Cn.

### *A. Alcances de la Inmunidad*

Se expresa en dicho Convenio que los integrantes del Parlacen tendrán la calidad de Diputados Centroamericanos que gozarán de inmunidades y privilegios y no tendrán responsabilidad alguna por las opiniones y votos que emitan en relación a asuntos vinculados con el ejercicio de sus cargos. Las inmunidades y privilegios consisten en las siguientes: En el Estado donde fueron electos, de las mismas inmunidades y privilegios que gozan los diputados ante los Congresos, Asambleas Legislativas, o Asambleas Nacionales; En los demás países centroamericanos de las mismas inmunidades y privilegios que para los agentes diplomáticos se establecen en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y en el país sede, además de los privilegios que se establezcan en el Tratado sede<sup>47</sup>.

Sin embargo a los diputados ante el Parlacen de algunos Estados miembros no se les reconoce inmunidad, como es el caso de Guatemala que declaró la inconstitucionalidad parcial de las disposiciones relativas a la inmunidad exclusivamente para los diputados guatemaltecos<sup>48</sup> y de Honduras en que los diputados al Congreso hondureño y los diputados al Parlacen no tienen inmunidad.

### *B. Privación de la Inmunidad*

Sobre el levantamiento de las inmunidades de los diputados del Parlacen han surgido diferentes interpretaciones en cuanto al órgano o instancia al que le corresponde la competencia para ello, en particular de la inmunidad del diputado del Parlacen en el país de donde proviene. Los casos de desaforación del Expresidente Nicaragüense Dr. Arnoldo Alemán Lacayo, que fue diputado nacional y diputado ante el Parlacen, por el Parlamento

---

47 Arto. 27 Cn.

48 Schwank Durán John. Inmunidades y Prerrogativas en Latinoamérica. Fundación Interamericana de Abogados. 1ra. Edición; Lima, Perú 2007, pág. 122.

nicaragüense, y del diputado suplente Lic. Víctor Elías Francisco Bendeck por demanda que interpuso contra el Estado de Honduras, así lo demuestran como se verá más adelante.

### ***5. El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia***

El Estatuto de la Corte Centroamericana, suscrito en la Cumbre de Presidentes celebrada en Panamá, en Diciembre de 1992, fue ratificado por El Salvador, Honduras y Nicaragua y está en vigencia para los tres Estados desde el 2 de Febrero de 1994.

La Corte de Managua, así conocida por tener su sede en Nicaragua, está integrada por 2 magistrados titulares y sus suplentes por cada uno de los países antes referidos. De acuerdo con su Estatuto es el órgano principal del Sistema de la Integración Centroamericana, cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados.

#### ***A. Alcances de la Inmunidad***

El Estatuto establece que la Corte y sus magistrados gozarán en todos los Estados parte de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y correspondencia y todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales<sup>49</sup>.

Los magistrados tienen categoría equivalente al rango de Embajadores y están exentos de toda responsabilidad por los actos ejecutados y opiniones emitidas en el cumplimiento de sus funciones.

Estas prerrogativas e inmunidades tienen sus efectos en los seis Estados que suscribieron el Estatuto, aunque la Corte regional funciona desde 1994 con magistrados designados por las Cortes

---

49 Artos. 27, 28 y 29 del Estatuto de la Corte Centroamericana.

de Justicia de los tres Estados que han ratificado su Estatuto. El Reglamento General de la Corte<sup>50</sup> y el Acuerdo de Sede con el Estado de Nicaragua ratifican dichos privilegios, inmunidades y exenciones<sup>51</sup>.

### *B. Privación de la Inmunidad*

La Corte a solicitud de cualquiera de los Estados Miembros puede levantar la inmunidad de un magistrado en caso de faltas graves con el voto afirmativo de los dos tercios de los otros magistrados en funciones y con audiencia del magistrado dictará su resolución. Si la inmunidad se levanta y el magistrado es sometido a juicio, éste se desarrollará ante la jurisdicción competente para juzgar a los más altos magistrados del Estado miembro donde se tramite la causa.<sup>52</sup>

## **IV.- Algunos Casos de Desaforación de Miembros del Congreso y Funcionarios Inmunes**

### *1. Entre 1950 y 1974*

En el período de vigencia de las Constituciones que han precedido a la actual, únicamente entre 1950 y 1978 se dieron algunos casos de desaforación de funcionarios inmunes, para que enfrentaran procesos judiciales. Entre ellos los de un Diputado, un Viceministro de Economía y un Juez Superior del Trabajo, acusados de delitos de orden común, específicamente por homicidio en los años 50, 60 y 70 respectivamente, y el de los senadores general Emiliano Chamorro (caudillo conservador) Abel Gallardo y del Diputado Raúl Arana Montalbán, en 1954 quienes fueron acusados por una conspiración contra el entonces Presidente de la República, general Somoza García, conocida como los sucesos del 4 de Abril.

50 Arto. 23 del Reglamento emitido el 12 de Octubre de 1995.

51 Arto. 6 del Acuerdo de Sede publicado en La Gaceta No. 231 del 9 de Diciembre de 1994.

52 Arto. 5 del Reglamento.

El Senado resolvió el 15 de Octubre de 1954 dar lugar al seguimiento de causa por el delito de rebelión contra los tres imputados y los puso a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento.

La Corte confirmó su culpabilidad y les impuso la pena de confinamiento en Bluefields, una ciudad en la costa del Caribe nicaragüense, aunque posteriormente fueron trasladados a la ciudad de Granada.<sup>53</sup>

## ***2. En la década de los 90 y primera década del Siglo XXI***

En la década de los 90, hubo algunos intentos de desaforación de diputados, entre ellos dos trámites iniciados para privar de la inmunidad al entonces diputado y actual Presidente Daniel Ortega, los que no prosperaron. Luego a finales del año 2002, en el mes de Diciembre, la Asamblea Nacional conoció y aprobó un dictamen de una Comisión Especial debido a la presentación de dos solicitudes judiciales, de fecha 4 de Abril y 13 de Agosto de ese año, a causa de dos acusaciones penales en los casos conocidos como CANAL SEIS y LA HUACA promovidos por la Procuraduría de Justicia, en contra del diputado y Ex Presidente Dr. Arnoldo Alemán Lacayo. La Asamblea aprobó con el voto de 47 de los 90 diputados la privación de inmunidad para el seguimiento de dichos casos en los tribunales penales ordinarios.

La desaforación fue impugnada ante los jueces de la causa y ante la Corte Centroamericana de Justicia por demanda del Ex Presidente Alemán en su carácter de diputado nacional y del Parlamen, por ser Ex Presidente de la República, la que fundamentó en que las inmunidades y privilegios como diputado del Parlamen solo pueden levantarse por decisión del mismo Parlamento, conforme su Reglamento, el Derecho Comunitario y el criterio de la Corte

---

53 Ignacio Briones Torres, Carlos Flores Cuadra, Luis Alberto Bendaña, Historia del Poder Legislativo en Nicaragua 1823 – 1998 Asamblea Nacional, Talleres Gráficos de Documentación Parlamentaria 1ra. Edición, Managua Nicaragua, páginas 409 y 410.

Centroamericana expresada en Sentencia de las 9:00 AM del 31 de Octubre de 2002, referida a una opinión consultiva sobre el tema planteado por el Presidente del Parlacen.

La Corte Centroamericana en Sentencia de las 4pm del 12 de Agosto del 2003 declaró sin lugar la demanda interpuesta en contra del Estado de Nicaragua y expresó en la parte considerativa del fallo lo siguiente:

*“Considerando IX: En los literales b) y c) del artículo 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas, queda claro que las inmunidades de los Diputados del Parlamento Centroamericano, cuando se encuentren en los otros países que no sea el país donde fueron electos, se rigen por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y si es en Guatemala, país de la sede, por la misma Convención mas lo que se establezca en el Convenio de Sede, correspondiendo al Parlamento Centroamericano el levantamiento de dichas inmunidades, tal como lo dejó establecido esta Corte en consulta evacuada a las nueve de la mañana del treinta y uno de Octubre del dos mil dos en la que su considerando V señaló “que el procedimiento para la renuncia y levantamiento de la inmunidad y de los privilegios de las personas que integran un órgano ,organismo u Institución Comunitaria que le fueran otorgadas, de acuerdo con los principios del Derecho de Integración y Comunitario, debe ser establecido por ellos mismos, teniendo en consideración lo dispuesto en sus tratados de creación y en las facultades implícitas que de los mismos se desprendan”. Y en el VIII, de manera clara se dijo “Que por lo expuesto, el procedimiento de renuncia y levantamiento de inmunidad y privilegios, debe corresponder al Parlacen, mediante la emisión de la normativa parlamentaria pertinente; y en tanto la misma no se emita, la Asamblea Plenaria de Diputados debe pronunciarse sobre ella...”*

En el Considerando X afirmó: *“En cuanto al literal a) del mencionado artículo la cosa es distinta, puesto que dicha disposición establece que: “gozan del siguiente régimen de inmunidades y privilegios: a) En el Estado donde fueron electos de las mismas inmunidades y privilegios que gozan los diputados ante los Congresos, Asambleas Legislativas o Asambleas Nacionales, es decir, que si en determinado país sus diputados no gozan de inmunidades y privilegios tampoco las gozan los diputados del Parlamento Centroamericano, nacionales de ese país..”*

La Corte Centroamericana reiteró esta jurisprudencia en su sentencia de las 11 y 30 am del 22 de noviembre del 2004, que desestimó una demanda del Lic. Víctor Elías Francisco Bendeck, presentada en su calidad de diputado suplente del Parlacen en contra del Estado de Honduras, en la que además declaró que no se había violado ninguna norma comunitaria o la doctrina de la Corte por el Estado de Honduras, pues no gozaba el demandante de la inmunidad invocada.

En el año 2005 se conformaron dos Comisiones de Investigación en el Parlamento Nicaragüense una para examinar el desafuero de seis funcionarios que gozaban de inmunidad, Ministros y Viceministros de Estado y otra para estudiar el desafuero del entonces Presidente Ing. Enrique Bolaños.

Dichas comisiones en el mes de agosto de ese año, emitieron dictámenes favorables al desafuero. Los casos llegaron a la Asamblea Nacional luego de que un Juez abriera causa para investigar delitos electorales relacionados a la supuesta utilización de fondos no reportados al órgano electoral y por solicitud de la Fiscalía de la República a través de la Corte Suprema de Justicia.

En el mes de octubre de 2005 a raíz de un Acuerdo político entre la Asamblea y el Presidente de la República, que dió lugar a la postergación de la implementación de las reformas a la Constitución a través de una Ley Marco<sup>54</sup> se cerraron los trámites de desaforación antes mencionados.

Con posterioridad en Enero de 2009 los procesos penales seguidos contra el Ex Presidente Alemán, fueron resueltos con sobreseimiento definitivo por sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Ley No. 558 Ley Marco para la Estabilidad y Gobernabilidad del País, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 203 del 20 de Octubre de 2005.

<sup>55</sup> Sentencia de las 9:30am del 15 de Enero del 2009 (Caso La Huaca) y Sentencia de las 9:45am del 15 de Enero del 2009 (Caso Canal Seis) .

## V. Conclusiones y Perspectivas

De acuerdo a los instrumentos jurídicos vigentes en Nicaragua, el régimen de las inmunidades de los altos funcionarios públicos está sustentado no solo en las normas constitucionales y en la Ley de Inmunidad, sino también en el Derecho Comunitario Centroamericano, expresado en los Convenios regionales de Constitución del Sistema de Integración Centroamericano y de sus Órganos principales, cuyas disposiciones son de obligatoria aplicación en el país.

En un estudio sobre “La Funcionalidad del Poder Legislativo en Nicaragua” se señalaba que por el balance entre los Poderes, el Poder Legislativo debe tener diputados que gocen de inmunidad para garantizar su libre opinión parlamentaria y que la inmunidad les evite posibles juicios que atrasen su actuar legislativo. Sin embargo esta inmunidad debe tener límites para que no se convierta en impunidad, en la perspectiva que sea una garantía funcional del ejercicio parlamentario y no se convierta en un obstáculo a acciones a civiles o penales por hechos o conductas ajenas al ejercicio del cargo<sup>56</sup>.

Si bien en algunos países se han adoptado soluciones radicales como la de suprimir la inmunidad de los diputados, tal es el caso de Honduras, se observa la tendencia de impulsar propuestas que limiten las inmunidades de los altos funcionarios miembros de los Poderes del Estado o titulares de instituciones públicas únicamente para actuaciones en el ejercicio de sus cargos, o bien ampliar las excepciones al régimen de la inmunidad, ya consignadas en la legislación nacional, que no eximen a los funcionarios ante reclamos sobre asuntos de Derechos de Familia o Laborales, ampliación de excepciones que en el caso de Nicaragua requeriría de una reforma constitucional.

---

56 Ignacio Castillo, René Ruiz, Oriol Soto. La Funcionalidad del Poder Legislativo. Proyecto MIFIC- GTZ. 1ra. Edición 2000, Managua, Nicaragua. Pág. 70.

## **Bibliografía**

1. Bendaña Luis Alberto, Briones Torres Ignacio, Flores Cuadra Carlos, *Historia del Poder Legislativo 1823 -1998*, Asamblea Nacional, Editorial Parlamento, 1998, Managua, Nicaragua.
2. Castillo Ignacio, Ruiz René, Soto Oriel. *Funcionalidad del Poder Legislativo en Nicaragua*, Proyecto MIFIC- GTZ. 1ra. Edición 2000, Managua, Nicaragua.
3. *Constitución Política de Nicaragua de 1987 y sus reformas.*
4. Corte Centroamericana de Justicia. *La Corte de Managua, Defensa de su Institucionalidad*, 1ra. Edición 1997, Managua, Nicaragua.
5. Corte Centroamericana de Justicia. *Sentencia de las 9:00 AM del 31 de Octubre de 2002*. Solicitud de Opinión Consultiva del Parlacen.
6. *Sentencia de las 4:00 PM del 12 de Agosto de 2003*. Caso Dr. Arnoldo Alemán Lacayo Vs. Estado de Nicaragua.
7. *Sentencia de las 11:30 AM del 22 de Noviembre del 2004*. Caso Lic. Victor Francisco Elias Bendeck Vs Estado de Honduras.
8. Esgueva Gómez Antonio. *Las Constituciones Políticas y sus reformas en la Historia de Nicaragua*, editorial Instituto de Historia de Nicaragua y Centroamérica. INHNCA - UCA 2000, Managua, Nicaragua.
9. Fundación Interamericana de Abogados. *Inmunidades y Prerrogativas en Latinoamérica*, 1ra. Edición 2007. Lima, Perú.
10. *Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.*

11. *Ley de Inmunidad, Decreto No. 441*, publicado el 20 de Junio de 1980.

12. *Ley de Inmunidad, Ley No. 83*, publicada el 27 de Marzo de 1990 y sus reformas.

13. *Protocolo de Tegucigalpa del Sistema de la Integración Centroamericana*.

14. *Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas y sus Protocolos*.

# LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO COMO LÍMITE AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

SILVIO ANTONIO GRIJALVA SILVA<sup>1</sup>

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

## I. Introducción

El artículo 7 de la Constitución Política establece que Nicaragua es una república democrática, participativa y representativa. Y el artículo 130 de la misma Constitución 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 y las leyes. La 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

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Penal e Investigador del Programa de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del INEJ. Master en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Centroamericana (UCA), Managua. Especialista en Derecho Penal impartido por el CAJ/FIUSAID y la Universidad Jaime I de Castelló, España. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Americana (UAM). Co-autor del Proyecto de Código Penal de Nicaragua. Co-autor de la Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de Pena; Co-autor del Proyecto de ley de Código Procesal Penal Militar. Ex-Subdirector del Sistema Penitenciario de Nicaragua. Ex-juez local de lo Penal y Ex Secretario de la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de la ciudad de Managua.

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 inercia, 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 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 este al alcance de todos, para asegurar la vigencia del Estado de Derecho y de la Constitución 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 auténtico 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 solo 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. Todo lo anterior significa que el enjuiciamiento de una persona se hará respetando cierto límite más allá de los cuales el proceso no será válido, límites que coinciden con los de sus derechos fundamentales. Por tal motivo la Constitución Política de Nicaragua se configura a partir de dos valores fundamentales que sirven para orientar cualquier proceso jurisdiccional o administrativo: el primero se expresa en la consideración de la persona como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado en una democracia sustancial, en consecuencia es deber del Estado proteger las libertades de la persona sometida a proceso. El segundo valor, está referido a la limitación del poder público en la investigación, persecución y juzgamiento de una persona.

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, 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 sus artículos 33 y 34; en el plano internacional, Nicaragua es signataria de Tratados y Convenios que protegen y tutela de los derechos y garantías fundamentales del ser humano, reconociéndolos expresamente en el artículo 46 Cn. En este orden

de ideas la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia No 317 dictada el 17 de Julio del año dos mil nueve, determinó cuáles son las garantías que integran el debido proceso, entre las que destacó: al principio de legalidad, al derecho de Audiencia, derecho a la presunción de inocencia, a no ser obligado a declarar contra si mismo no contra su cónyuge o compañero en unión estable o sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable, derecho a la dignidad humana, derecho a la defensa (material y técnica), a disponer de tiempo y de las condiciones precisas para preparar su defensa, a que los actos de las autoridades se lleven a cabo de forma racional y dentro de los límites de la más estricta racionalidad (Principio de Proporcionalidad), derecho a la única persecución ( non bis in idem), cosa juzgada (eficacia formal de la sentencia), culpabilidad, fundamentación o motivación de las resoluciones o sentencia, eficacia material de la sentencia, igualdad, imparcialidad, in dubio pro reo, irretroactividad, iuria novit curia, justicia pronta y cumplida (celeridad procesal), ley más favorable, nulla poena sine iudicio, prejudicialidad, pro homini, pro libertatis, pro sentencia, libertad probatoria, licitud de la prueba, no reforma en perjuicio, reserva de la ley, seguridad jurídica, derecho a impugnar las resoluciones que le causen agravios ( derecho al recurso o doble instancias), que el proceso se realice sobre la base de la acusación (en el proceso administrativo a partir de la notificación inicial), en forma oral (queda prohibido cualquier proceso o procedimiento jurisdiccional o administrativo escrito), publicidad del proceso (salvo en aquellos caso en que la ley restrinja), principio de contradicción y concentración, principio de inmediación de la prueba, principio de identidad física del juzgador, principio de congruencia( correlación entre acusación y sentencia), la intervención de un juez independiente e imparcial, instrucción del imputado en el menor tiempo posible de los motivos de la acusación, interrogar y hacer interrogar ante el juez a los testigos de cargo y comparecencia y declaración de los descargo.” Estas garantías del debido proceso por su carácter general y sus fines, deben ser considerados *numerus apertus*, es decir que no solo deben considerarse como garantías del debido

proceso las que de manera expresa señala la constitución y los instrumentos internacionales, si no que le corresponde a los Tribunales de Justicia la tarea de dotar de contenido y determinar sus alcance en cada caso concreto a la luz de los principios de la nación nicaragüense como son la libertad, la justicia y el respeto a la dignidad humana, principios que se encuentran consagrados en arto. 5 de la Constitución política. Esta línea de pensamiento es acorde a lo expresado por la Sala Constitucional, en la ya citada la Sentencia 317 cuando dice: “Estas garantías, principios procesales y derechos son *numerus apertus* (son dinámicos no estáticos), teniendo como parámetros a efecto de valoración jurídica la justicia y la dignidad humana, es decir, al ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado Social de Derecho basado en una democracia sustancial como presupuesto para el desarrollo y eficacia del mismo.” Así pues al consagrarse de manera expresa estas garantías procesales a nivel constitucional, su aplicación debe ser directa y obligatoria de parte de todos los Tribunales de Justicia, derivándose de su aplicación las siguientes consecuencias practicas: a) La personas sometidas a proceso jurisdiccional o administrativo, tienen que ser enjuiciadas conforme a los derechos y garantías consagradas en la Constitución político, a las disposiciones del código procesal y a los tratados, convenios, y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua. 2) En cualquier proceso jurisdiccional o administrativo, la persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con resguardo de los derechos que de ella se derivan y en condiciones de igualdad.

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. El sistema de justicia penal no puede contentarse con solo obtener

justicia formal, si no que debe tener por finalidad indispensable la búsqueda de la justicia material, es decir el respeto a las garantías del debido proceso, pues dichas garantías o principios buscan el respeto al principio general de justicia material. El abandono de estas garantías por el respeto a las formas procesales, usualmente trae como consecuencias el hallazgo de verdades formales, es decir la aplicación de la justicia formal o el imperio de la legalidad sin justicia material.

Por lo anterior se afirma que la tensión más grande que se puede encontrar en el proceso penal es la existente entre el respeto al rito o formas procesales, o el respeto a 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, correspondiéndole en todo caso al Poder Judicial proteger y tutelar estos derechos fundamentales.

## **II. Alcance de la garantía 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. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional en Sentencia 317 dictada 16 de junio del año dos mil nueve, a las doce y cuarenta y cinco minutos de la mañana, afirmando lo siguiente:” Así el debido proceso puede ser concebido como un sistema o medio, para garantizar la justicia, la equidad. Estos principios han llevado a esta Sala a mantener en sus sentencias que el principio del debido proceso rige tanto para los procedimientos jurisdiccionales como para los administrativos.”

Lo anterior implica 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, por lo que desde este punto de vista,

toda violación al debido proceso debe entenderse conminada con nulidad absoluta por implicar violación constitucional. No obstante, debe tenerse presente que no es suficiente que se haya quebrantado la garantía del debido proceso para que proceda a declararse la nulidad del juicio y la sentencia, si no que es necesario que el vicio haya tenido un carácter decisivo en la resolución dictada.

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

Las garantías del debido proceso deben desplegar su ámbito de protección de los derechos fundamentales en las etapas previas a la intervención judicial, llámase fase de investigación, la que se encuentra primordialmente a cargo de la Policía Nacional, quien tiene como función realizar las investigaciones necesarias en coordinación con el Ministerio Público, para el descubrimiento y comprobación de hechos presuntamente delictivo. Es este orden, el derogado Código de instrucción criminal dividía el proceso penal en dos fases: investigación y enjuiciamiento. Tradicionalmente la fase investigativa era excluida del concepto de proceso, y por eso se justificaba o admitía que en ella se dejaran de aplicar tales garantías. Para este modelo procesal de carácter inquisitivo, bastaba que las garantías procesales se reconocieran en la segunda fase, es decir en la del enjuiciamiento para dar por satisfechas las exigencias de obtener una verdad de calidad. El resultado de lo anterior fue que el juicio se convirtió en una mera formalidad, pues una vez recogidas todas las pruebas se le concedía audiencia a las partes para que, si lo tenían a bien pronunciaran sus conclusiones, sin embargo estas conclusiones no eran indispensable para que el juez resolviera, pues este resolvía aunque tales conclusiones no se presentaran. Es decir el juicio era una mera confirmación de los resultados de la investigación, con la agravante que en esta fase no se permitía subsanar retroactivamente la falta de aplicación de las garantías en la fase de investigación. Actualmente en Nicaragua a pesar que el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal esta sometido al principio acusatorio ( para el Supremo Federal norteamericano, caso *In re Marchison*, expreso: “que la

exigencia básica de un proceso debido es un juicio limpio ante un Tribunal limpio y que para que ese juego limpio se dé se requiere objetivamente las siguientes condiciones: Efectividad de las garantías procesales en todas las fases del proceso, igualdad entre las partes y juez imparcial), la situación sigue siendo similar, pues algunos sectores conservadores a la reforma procesal penal, siguen discutiendo cual es el inicio del proceso, pues tradicionalmente se ha considerado que a partir de ese momento deben reconocerse las garantías del debido proceso. Al estar vigente el tema y la discusión sobre cuando se inicia el proceso, también continúa la práctica institucional de realizarse la fase de investigación del nuevo modelo acusatorio en forma inquisitiva, (no la consideran parte del proceso) es decir, sin el pleno respeto y absoluto de las garantías procesales y fundamentalmente la de defensa, circunstancia que es fácilmente comprobable, al verificarse que el investigador oficial (Policía o Ministerio Público) tiene una posición preeminente sobre las demás partes, al preparar la acusación de manera unilateral (sin intervención de defensa) de la que el acusado sólo tendrá conocimiento y posibilidad de defenderse una vez presentada ante el juez competente. De lo expuesto, se desprende que no se ha abandonado la mentalidad inquisitiva, de considerar que el objeto de la investigación es un sujeto sin derechos, lo que significa que el sujeto queda absolutamente sometido al interés estatal público y por ende sus derechos carecen de relevancia frente a las necesidades de la investigación, razón por la cual la investigación muchas veces se sigue practicando a espaldas del imputado, el derecho de defensa en esta fase no tiene importancia, pues se sigue pensando que la intervención de la defensa obstaculizaría el éxito de la investigación, lo cual no es cierto, por el contrario, tanto la autoridad policial como la fiscalía deben ser las más interesadas en la participación del defensor en la etapa investigativa, a fin de que velen por la legalidad de la actuación policial durante la etapa de investigación, pues así se contribuiría a la legitimidad de la misma, cuando esta puede ser cuestionada por la falta de intervención de la defensa técnica. En este orden de ideas la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha realizado un aporte significativo a esta discusión y ha dejado claro de una vez por toda, que cuando la

Constitución Política dispone en su Arto. 34.4 que el procesado tiene derecho a intervenir en el proceso desde su inicio, debe entenderse, que el concepto de proceso no debe interpretarse en “sentido restringido como actividad Jurisdiccional, si no como sinónimo de procedimiento o de persecución penal, por lo que el precepto rige también para la investigación preliminar o previa al proceso en sentido estricto. (Ver sentencia No. 20, dictada a las nueve y treinta minutos de la mañana del día cuatro de Febrero del años dos mil nueve).

En definitiva, la Sala Penal por unanimidad de todos sus miembros ha determinado que existe proceso desde la primera y provisional imputación formulada por la Policía Nacional o Ministerio Público, cuando proceda a detenerse a una persona como posible autor de un hecho delictivo, o simplemente cuando se le señale como tal. Así las cosas, cabe advertir, que el reconocimiento de las garantías del imputado en fase de investigación, parte del valor constitucional del respeto a la dignidad humana de la persona, valor que debe orientar a las finalidades del proceso penal, siendo una de sus finalidades la protección de las personas investigadas o acusadas. En este mismo sentido el profesor Manuel Jaén Vallejos, afirma que: “siendo el proceso un instrumento del Estado Social de derecho en la que la base es la presunción de inocencia, como corresponde al modelo del debido Proceso, la función del proceso penal, aparte naturalmente de que tenga por objeto la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del sujeto, es la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme.” Así pues, la protección del imputado o acusado debe desarrollarse en dos ámbitos esenciales: En primer lugar el imputado debe proteger sus libertades frente a intervenciones investigativas y medidas coercitivas durante el proceso. En segundo lugar la libertad del imputado debe protegerse frente a una condena injusta, es decir contra decisiones arbitrarias que afectan las libertades a través de la pena, esto implica que el imputado tiene el derecho de defender sus libertades desde el primer acto de persecución en su contra, es decir desde la etapa de investigación. Así pues tanto a

los miembros de la Policía Nacional como a los funcionarios de Ministerio Público, que intervengan en los actos de investigación deberán respetar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, los tratados internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por Nicaragua y los establecidos en el Código Procesal Penal. (artos. 88 y 112. Código Procesal Penal de Nicaragua.) Como consecuencia de lo anterior es deber de las autoridades antes señaladas (arto. 233 Código Procesal Penal.) darle a conocer al imputados de forma inmediata y comprensible cuales son sus derechos como imputado y especialmente los siguientes: conocer las causas de su detención, derecho a no ser obligado a declarar contra si mismos, ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable..... ser asesorado por un defensor de su elección etc. Esta obligatoriedad impuesta a la Policía Nacional y al Ministerio Público, viene a ser complementada por el Arto. 95 del Código Procesal Penal donde se le reconocen al imputado una serie de garantías que obligatoriamente deben garantizarle y ser puesto en conocimiento de su titular, desde el primer momento en que adquiere la condición de imputado, es decir, desde que sea señalado como presunto autor o participe de un hecho delictivo. Así mismo el arto. 101 del Código Procesal Penal al prescribir que la defensa desde el momento de su designación, tiene el derecho de intervenir en todas las diligencias en que se procure la prueba, esta legitimado para intervenir activamente en todas las fases del proceso, incluyendo la fase de investigación, pues en ella se producirán elementos probatorios definitivos e irreproducibles, que influirán de manera decisiva en las otras fases del proceso. En defensa de la garantía de defensa el arto 160 del Código Procesal Penal, en combinación con el arto. 163 de la misma normativa ( Defectos absolutos), prevé que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de derechos y garantías que causan indefensión, así como la falta de intervención, asistencia y representación del acusado en los casos y forma que la ley establece. La consecuencia de la infracción que posibilita la participación del imputado o acusado en todas las fases del proceso, sería, entonces, la inutilización de todo el acto producido con violación a estas garantías.

En la misma línea de pensamiento que hemos desarrollado en los párrafos precedentes, es importante reconocer el aporte significativo que han producido tanto la Sala de lo Constitucional (sentencia No. 317) como la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia No. 20) y la Sala de lo Contencioso Administrativo (ver sentencia No 1 dictada a las diez de la mañana del veintiocho de Agosto del dos mil nueve) en estas tres sentencias se definen los alcances de los derechos y garantías del imputado o acusado dentro de un proceso, sea este jurisdiccional o administrativo, confirmando una serie de facultades a favor de la persona sometida a persecución penal o administrativa que vienen a establecer un equilibrio jurídico entre el imputado y el Estado en su labor de investigar delitos, razón por la cual se determina con claridad meridiana que las garantías procesales configuradas a favor del imputado o acusado tienen efectiva vigencia desde el primer acto de persecución que se dirige en contra de una persona y que dichas garantías rigen para cualquier tipo de proceso.. Estos importante precedente nos permite apreciar una relevante contribución en la lucha por que prevalezcan en un Estado de derecho, los derechos y garantías de las personas frente al poder punitivo del Estado. Así mismo con estas resoluciones debe superarse la concepción inquisitiva de negar las garantías del debido proceso en procedimientos administrativos y en la fase de investigación en los procesos penales. Por las razones antes señaladas y por lo importancia de tales resoluciones para nuestra comunidad jurídica, transcribiré las partes más importante del considerando II de la Sentencia No. 20, dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que desarrolla de manera magistral los puntos tratados anteriormente: **“Al respecto esta Sala considera oportuno y necesario pronunciarse sobre si en la fase de investigación tiene efectiva vigencia las garantías procesales configuradas a favor del imputado o acusado. Formalmente de conformidad al artículo 254 el proceso pena inicia con reo detenido en audiencia preliminar y sin reo detenido en la audiencia inicial. La Sala considera que aunque el artículo en mención de manera expresa señalada que el proceso penal inicia con la primera audiencia que se realiza, es preciso que la**

vigencia de las garantías procesales y particularmente el derecho de la defensa están reconocidos en la norma procesal desde la etapa de investigación, en ese sentido tenemos los siguientes Preceptos del CPP: Artículo 4 “Todo imputado o acusado tiene derecho a la defensa material o técnica”. Artículo 95 el “imputado o acusado tendrá derecho a inciso 1: Presentarse espontáneamente en cualquier momento ante la Policía Nacional, el Ministerio Público o el Juez, acompañado de su defensor para que lo escuche sobre los hechos que se le imputan. 3: Comunicarse con un familiar o abogado de su elección o asociación de asesoría jurídica, para informar sobre su detención dentro de las tres primeras horas. Inciso 10: ser asesorado por un defensor, que designe él o sus parientes, o silo quiere, por un defensor público o de oficio, según corresponda conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial y el presente código. Artículo 103 A partir del momento de su detención toda persona tiene derecho a que se le brinden todas las facilidades para la comunicación libre y privada, personal o por cualquier otro medio, con su abogado defensor... Los defensores tendrán desde el momento de su designación, el derecho de intervenir en todas las diligencias en la que se procure la prueba. De estas normas procesales citadas se desprende que las garantías procesales entren en vigencia a favor de las personas cuando este adquiere la condición de imputado, la cual se obtiene cuando se realiza el primer acto de persecución en su contra. Por otro lado, el concepto de proceso no debe interpretarse en sentido restringido como actividad jurisdiccional, sino como un sinónimo de procedimiento o de persecución penal, por lo que el precepto rige también para la investigación preliminar o previa al proceso en sentido estricto. En consecuencia a lo anteriormente señalado los actos de investigación no pueden quedar fuera del concepto de proceso, pues los mismos son parte material de este. La investigación está constituida por una serie de de actos que formalmente no forman parte del proceso, pero que materialmente sirven para determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de elementos de prueba que

permiten fundar el ejercicio de la acción penal y la defensa del acusado, siendo esto el cierre formal de la fase preliminar del proceso. Por esta razón es que los actos de investigación ya no son simples actos administrativos, si no que por su naturaleza son considerados verdaderos actos procesales, por cuanto la procesalidad de un acto no depende tanto de que se produzca en el proceso ni por quien sea realizado si no por la finalidad o incidencia que el acto tendrá en el proceso. En el mismo sentido se pronuncia uno de los coautores del CPP. , Juan Luis Gómez Colomer en el libro Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense página 438 en la que señala: "Se trata de una subfase totalmente necesaria en la que se investiga el hecho criminal y a su posible autor, además de practicar una serie de actos procesales que tienden a conformar el buen fin que el ciudadano espera, de su proceso penal, y que si bien cae fuera del proceso penal formalmente considerado, se le atrae a él por servir de fundamento a la acusación, o al contrario para el sobreseimiento:"En síntesis los actos de investigación son parte material del proceso penal aunque este formalmente no exista todavía, pues aunque el Ministerio Público y la Policía Nacional no sean órganos jurisdiccionales realizan una actividad típicamente procesal con el fin de dar un sustento a la actividad requirente que se plantea frente al órgano jurisdiccional, además que estos órganos en su actividad de persecución penal afecta derechos fundamentales de las personas, lo cual permite la intervención del juez de garantías a efectos de autorización o convalidar actos en la investigación en esta fase. Esta intervención del juez precisamente se debe particularmente para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los imputados y a una labor de control y vigilancia de la legalidad y objetividad sobre la actividad de la policía y el fiscal durante la investigación, con el fin de minimizar o eliminar el abuso o la arbitrariedad. En este orden de ideas, la Sala estima que debe abandonarse de una vez la idea que la fase de investigación queda fuera del concepto de proceso penal a fin de seguir justificando o admitiendo que en esta etapa se minimizan la garantías procesales del imputado, así

mismo no se debe seguir teniendo una visión limitada e inquisitiva de la reforma procesal penal al seguir creyendo que lo más novedoso y trascendental de la reforma es la fase del juicio oral y público como la etapa central del nuevo sistema procesal penal y que las garantías procesales alcanzan su mayor preponderancia en esta etapa. Este paradigma está lejos de constituir el único cambio estructural importante de la reforma procesal penal, pues el diseño y la lógica de la nueva fase de investigación representa también un cambio radical a la lógica inquisitiva con que estaba diseñada anteriormente, la que se caracterizaba por ser una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada que atentaba contra la eficacia de la investigación, donde se buscaba la prueba de la condena más que los elementos necesarios para decidir el si el asunto se llevaba a juicio. Las modificaciones realizadas a esta etapa fundamentalmente buscan darle una mayor racionalidad en términos de favorecer métodos más eficientes en la investigación de los delitos y a la vez se busca de garantizar de la mejor forma de los derechos garantías procesales del imputado, pues el procedimiento inquisitivo en todas sus etapas era ineficaz para proteger mínimamente los derechos de los imputados. Esta Sala estima que si las garantías del imputado tienen algún sentido estas deben cubrir todo el curso de las actuaciones en las que sus derechos pueden verse afectados. Y con mayor motivo durante la investigación en que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan con mayor intensidad y menos transparencia en esta etapa. Sobre esta misma línea de pensamientos se pronuncia el tratadista Argentino Alberto M. Binder en el libro de Introducción al Derecho Procesal Penal, Pág. 152 al afirmar: “las garantías procesales y particularmente la de la defensa están relacionadas con la existencia de una imputación (en sentido técnico es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor o participe de una acción delictiva). Y no con el grado de formalización de la imputación. Al contrario, cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de defensa, por lo tanto el

**derecho de la defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que ésta sea. Esto incluye en la etapa de investigación policial, vedar durante esta etapa el ejercicio del derecho de la defensa es claramente inconstitucional". Cabe señalar que lo antes expuesto por esta Sala y por el profesor Binder, es coincidente y armónico con los necesarios principios y garantías básicas del debido proceso. Sostener lo contrario, implicaría una flexibilización de las garantías procesales, en pro del eficientismo estatal en la investigación policial, lo que sería contrario al sistema democrático de derecho, en el que se enmarca la reforma procesal penal. Pues efectivamente en un Estado Social de Derecho como el que reconoce nuestra norma primaria (Arto. 130 Cn.), el proceso es un instrumento del Estado que sirve de protección jurídica para las personas objetos de persecución penal, por tal motivo el cumplimiento de las garantías procesales se constituyen en verdaderos presupuestos legitimadores del proceso penal y en control del ejercicio del poder punitivo del Estado.**

En otro orden de ideas, también la Sala Penal ha definido en la Sentencia No. 20 del cuatro de febrero del año dos mil nueve, que el proceso se inicia con el primer acto de investigación que se dirige contra una persona y finaliza con la extinción de la responsabilidad penal de la persona, lo que significa que la ejecución penal debe ser considerada como fase del proceso, pues antes de la reforma procesal penal, dicha fase no era tomada como parte del proceso, ya que dicha fase se consideraba como una actividad administrativa a cargo del Sistema Penitenciario Nacional (institución perteneciente al Poder Ejecutivo), por lo que se daba una ruptura total con las etapas anteriores del proceso, de tal forma que el juez dictaba sentencia, olvidándose de las consecuencias prácticas de las mismas. La reforma procesal penal, ha corregido esta situación, al judicializar la fase de ejecución penal, creando los Juzgados de Ejecución y Vigilancia penitenciaria del Poder Judicial, órgano que por imperativo Constitucional tiene la facultad de juzgar y

ejecutar lo juzgado (Arto. 159. Cn) en consecuencia los jueces de ejecución y vigilancia penitenciaria tienen funciones de vigilancia y control en la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. No obstante lo anterior a como lo afirma Alberto Binder **“judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la pena sino también permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe contando con asistencia técnica, de modo que pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria.** Con lo afirmado por el profesor Binder, está claro que la fase de ejecución no solo está judicializada, en el sentido del control que deben ejercer los órganos jurisdiccionales, sino que además deben hacerse 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, los derechos fundamentales están a la cabeza de nuestro sistema jurídico, y que dejaron de ser meros postulados dirigidos al legislador 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 y real en juicio.

Por eso creemos 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.

Nuestro gran desafío se encuentra determinado por la necesidad imperiosa de crear y promover una nueva cultura de respeto a las garantías fundamentales de debido proceso, pues aunque estas garantías y derechos estén reconocidos en la Constitución Política y leyes procesales, no tienen la virtud, por sí solas, de cambiar la mentalidad actualmente existente, por tal motivo debe impulsarse todo 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 a principios democrático y sus derivados, razón por la cual 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.



# EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A NO PADECER INDEFENSIÓN

RAFAEL SOLÍS CERDA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El contenido del derecho a la Tutela Judicial Efectiva. III. Acceso a la Justicia e Inseguridad Jurídica.

## I. Introducción

El rol de los operadores judiciales en estos tiempos frente a una sociedad que exige respuestas urgentes, es dar pronta seguridad jurídica, amparo frente al desamparo, tutela frente a la indefensión, abriendo las compuertas de la jurisdicción y garantizando las libertades fundamentales a todos los habitantes.

Tal garantía pasa indefectiblemente por El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que es probablemente entre los consagrados en la Constitución Política el que menos duda suscita acerca de sus titulares, hallándose a disposición de la totalidad de los sujetos de derecho que ostentan capacidad jurídica: nacionales o extranjeros, persona naturales o jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

Por lo que hace a la Indefensión es aquella situación en la que se pone al justiciable en cualquiera de las fases del proceso, privándole de medios de defensa, que le produce un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses, sin que dicha situación le

---

<sup>1</sup> Magistrado Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

sea imputable a él. De acuerdo con dicha definición la indefensión es causa de nulidad del proceso y debe comprender, sin pretender ser *númerus clausus*: a) La infracción de una norma procesal; b) privación o limitación de medios de defensa; y c) imputabilidad al órgano jurisdiccional.

La Tutela Judicial Efectiva tiene un contenido complejo que incluye la libertad de acceso de las personas a los jueces y tribunales; el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, favorable o desfavorable, toda vez que se cumplan los requisitos formales; el derecho de presentar recursos que las leyes prevean; y que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado. Además de tales postulados, la Tutela Judicial Efectiva comprende una interpretación *antiformalista* de las normas procesales, toda vez que no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, aún y cuando sean productos de un formalismo pero que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia, sin que ello suponga eximir el cumplimiento de los requisitos procesales previstos en la ley, que en ningún caso deben quedar al arbitrio de las partes. En consecuencia, y sobre la base del aludido carácter complejo del Principio de Tutela Judicial Efectiva, ésta comprende: **1.- El Derecho de Acceso a la Jurisdicción; 2.- Derecho a obtener una resolución fundada en derecho; 3.- Derecho a los recursos establecidos en la Ley; y 4.- Derecho al cumplimiento y Ejecución de la misma**

Por lo que hace al tema que hoy nos ocupa: **EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA O JURISDICCIÓN Y A NO PADECER INDEFENSIÓN tenemos los siguiente:**

El primer elemento que integra el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva es el Libre Acceso a los Tribunales para poder reivindicar ante éstos la protección de intereses legítimos. Derecho que hoy en día nuevamente se encuentra en el centro del debate, por efecto de su reconocimiento como un derecho humano de tercera generación. Este derecho tiende a aliviar una de las expresiones más dramáticas de la pobreza, la «pobreza legal» producto de la

“ignorantia iuris” de amplios sectores de la ciudadanía, que les impide hacer uso material de la ley y de sus instituciones. Este derecho exige, en su concreción, que no sólo se proporcione una asistencia judicial que garantice un Debido Proceso por la vía de la Igualdad de las partes en el ejercicio de sus derechos, sino que además se entregue un servicio formativo e informativo que permita al justiciable adquirir el conocimiento jurídico necesario para comprender el alcance de sus derechos. Siendo así, la calidad de los servicios del profesional jurídico se medirá no sólo por sus destrezas de gestión, sino también de acuerdo a su desempeño como formador de una conciencia jurídica tal que, frente a una problemática legal, cada ciudadano sea capaz de adoptar decisiones informadas y responsables en aquellos temas que le afecten.

La Sala de lo Constitucional como instancia superior de Control Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de algunas circunstancias que pueden llevar a cercenar esta Garantía Constitucional, en particular por ritualismos excesivos y a veces inexistentes y, así lo ha expresado:

*“Si bien es cierto el Recurso de Amparo por su naturaleza de extraordinario, para promoverlo y en el transcurso del mismo deben atenderse ciertos requisitos, también es cierto que por la salvaguarda de las garantías constitucionales, esas formalidades pasan a un segundo plano, cuando hay evidencia de violación de aquellas... Es inaceptable sacrificar las garantías constitucionales o derechos fundamentales en aras de un formalismo inexistente,... Impedir conocer si se han violado los derechos fundamentales, por meros formalismos, resulta inconcebible e inhumanos, como bien lo señala Felipe Tena Ramírez “formulismos inhumanos y anacrónicos, victimario de la justicia” (Ignacio Burgoa, El Juicio de Amparo, Ed. Porrúa, México 1999, pág. 297).; por cuanto de acuerdo a la casuística, pobreza y geografía de nuestro país se pueden lesionar aún más los derechos de los ciudadanos...” (Sentencias No. 157-2003; 162-2003; 8-2004; y 31-2005).*

Efectivamente, no se puede atender el Derecho de Acceso a la Justicia y el Derecho a no Padecer Indefensión, sin reparar en la idiosincrasia, realidad social de nuestro país, diversidad cultural, ideológica y religiosa, esto lo que se llama la ponderación plena del Principio de Igualdad, contenido en los artículos 27, 48, 50, 91 y 104 Cn.

El Derecho de Acceso a la Justicia y a no padecer Indefensión implica el cumplimiento de una serie de Garantías Constitucionales como: El Derecho de Petición (artículos 52 y 131 Cn.); el Derecho a ser informado en el idioma o lengua que comprendan el Tribunal (Art. 33 numeral 2.1 Cn); Derecho a un Juez Natural (Art. 34 numeral 2 Cn); el Derecho a la Defensa (Art. 34 numerales 4 y 11 in fine Cn); y como garantía mínima el Derecho de Acceso a la Justicia se expresa claramente en un efectivo derecho a que se le nombre **Defensor de Oficio al procesado o demandado** (Art. 34 numeral 5 Cn); y a ser asistido gratuitamente por intérprete, cuando no comprende o no habla el idioma empleado por el Tribunal (Art. 34 numeral 6 Cn).

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), reconocida en el artículo 46 Cn., de una manera integral en su artículo 8 recoge el Derecho de Acceso a la Justicia, el Principio de Audiencia, el Principio de Exclusividad, la Presunción de Inocencia entre otras garantías así: “**1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la**

*acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) **Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley;...***”.

## **II. El contenido del derecho a la Tutela Judicial Efectiva.**

Siguiendo un orden lógico y cronológico el contenido del derecho a la Tutela Judicial Efectiva comprende en primer término, el Derecho de Acceso a la Jurisdicción, es decir a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional. Se trata de la instancia inicial del ejercicio del derecho en el que la protección debe ser fuerte ya que de él dependen las instancias posteriores.

Una de las manifestaciones concretas de este primer momento está dado por el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes al juicio, sin restricciones irrazonables, y de interpretar con amplitud las leyes procesales en cuanto a la legitimación, pues el rechazo de la acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista importa una vulneración al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

En tal cometido es un principio básico de interpretación constitucional que la libertad es la regla y la limitación es, en cambio, la excepción, la que debe interpretarse restrictivamente. Resulta indiscutible que en caso de duda habrá que optar en virtud de la regla “pro homine”, a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos.

De ello devienen una serie de principios que se aplican en los distintos ámbitos del derecho de fondo y el derecho procesal, tales como: in dubio pro reo, in dubio pro operario, in dubio pro

administrado, in dubio pro consumidos, in dubio pro legitimación, in dubio pro vida del proceso, in dubio pro prueba etc.

Enseña la doctrina que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, genuina expresión al Derecho a la Jurisdicción contiene dos elementos: a) un formal, consistente en un proceso constitucional que tutele determinados derechos y garantías; y b) otro sustancial, que procura que la cobertura jurisdiccional tenga la suficiente celeridad, para que la pretensión esgrimida, no se torne ilusoria o de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión.

### **III. Acceso a la Justicia e Inseguridad Jurídica**

A través de la función jurisdiccional el Estado da certeza a los conflictos o situaciones de incertidumbre o inseguridad que se producen en la sociedad. La certeza no significa necesariamente dar la razón a quien recurre al servicio, pero sí a recibir una respuesta razonable y oportuna. Y a que una vez definida la cuestión por el Poder Judicial, todo el aparato coactivo del Estado se ponga al servicio de su ejecución.

El único modo que tiene el Estado para exigir el cumplimiento de las normas y proscribir la justicia privada es a través de una administración de justicia organizada en forma eficiente.

Cuando la administración de justicia fracasa, la seguridad jurídica es reemplazada por la irracionalidad y por la imprevisibilidad desapareciendo la confianza y colocando a los miembros de una sociedad, y a veces hasta al propio gobierno, en estado de indefensión.

Si este engranaje se resiente en cualquiera de sus fases, se pone en peligro la seguridad jurídica, el estado de derecho y el estado de justicia. Por eso debe comprenderse que el ACCESO A LA JURISDICCIÓN (La Tutela Judicial Efectiva), DEBE EXTENDERSE, SIN LAGUNAS NI FISURAS, A TODAS LAS PERSONAS, A TODO EL TERRITORIO Y A TODAS LAS MATERIAS.

En aras de un mayor acceso a la justicia la Sala de lo Constitucional ha modificado su jurisprudencia:

- Pasando de un domicilio limitado del recurrente a un domicilio concurrente (Sentencias No. 157-2003, 162-2003 y 31-2005).
- Deserción sólo a petición de parte (Sentencia 5-2003).
- Personamiento de los recurrentes en caliente.
- Interdicción de la figura del “Solve et repete”: pague primero y después apele. (Sentencia No. 177-2003).
- Reconocimiento de las excepciones al Principio de “Definitivita” (Sentencia 150-2003).

No obstante dicho proceso debe ir acompañado de un cambio en nuestra legislación, como la recién reforma a la Ley No. 38, Ley de Divorcio Unilateral, que desconcentró la jurisdicción de las cabeceras departamentales a los municipios del país; los procesos de modernización y acceso a la justicia auspiciado por el BID, a través de los Centros de Atención, Mediación, Información y Orientación (Camino’s) que llevan la justicia a las comunidades rurales de la Costa Atlántica (Norte y Sur), y el Programa de Atención a las Víctimas que da asistencia directa a las víctimas de delitos contra la integridad física y psíquica, violencia doméstica y delitos de orden sexual. Asimismo cabe mencionar la implementación de las Oficinas de Notificaciones y la Defensoría Pública en todo el país, en especial la experiencia en esta área en los Departamentos de Masaya y Matagalpa donde con la cooperación Catalana se pretende que el ACCESO A LA JUSTICIA llegue a los sectores más vulnerables en áreas tan sensibles como: Derechos de familia, laboral, civil y penal.

El Acceso a la Justicia no sólo pasa por la creación de nuevas infraestructuras, y la aprobación de nuevas leyes, sino que

sobre todo pasa por el necesario cambio de aptitud de TODOS LOS OPERADORES JURÍDICOS, entiéndanse estos Abogado, Jueces, Secretarios, Fiscales, Procuradores, Defensores Públicos y Académicos. Es responsabilidad de todo hacerlo posible y realizable.

# EL LEGISLADOR PENAL Y SU POTESTAD TIPIFICADORA

MANUEL VIDAURRI ARECHIGA<sup>1</sup>

*Al doctor Héctor Fix Zamudio, en testimonio  
de reconocimiento por su magna obra jurídica.*

**SUMARIO:** 1.- El fundamento *funcional* y *político* del Derecho penal. 1.1. Fundamento funcional. 1.2. Fundamento político. 2.- Sobre el concepto de bien jurídico. 3.- Funciones del *ius puniendi*. 4.- Sobre la racionalidad de las leyes penales. 5.- Potestad tipificadora del legislador: cuatro reflexiones elementales. 6.- Sobre los límites al *ius puniendi*. 7.- El Principio de legalidad. 8.- El Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 9.- El principio de intervención mínima o de *última ratio* y carácter fragmentario. 10.- El principio de efectividad, eficacia o idoneidad. 11.- El principio de proporcionalidad. 12.- El principio de culpabilidad. 13.- El principio de humanidad de las penas y dignidad de la persona.

## **1.- El Fundamento *Funcional* y *Político* del Derecho Penal.**

1.1.- **Fundamento funcional.** Indudablemente, el fundamento del Derecho penal radica en la función de protección de la sociedad a través de la que realiza de los bienes jurídicos. Lo anterior significa que el fundamento del *ius puniendi* guarda

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1. Director de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México.

directa correspondencia con el de la función que cumple<sup>2</sup>, siendo esta, como ya se adelantó, la de proteger a la sociedad y sus bienes jurídicos mediante la prevención (general y especial) de delitos, tarea propia de la pena y de las medidas de seguridad. Una convivencia social mínimamente soportable requiere, a nuestro pesar, del Derecho penal, pero no de cualquier Derecho penal sino de aquél que, en todo caso, no prescindiera de controles y garantías formales propias de un Estado de Derecho.

El recurso al Derecho penal se justifica aun más cuando aceptamos que, difícilmente, podemos siquiera imaginar una sociedad integrada por individuos respetuosos de las normas sociales y jurídicas, dispuestos a respetarlas en todo momento, pues no existen sociedades ajenas al delito. Como bien apunta Muñoz Conde<sup>3</sup>, es totalmente cierto que las personas no pueden vivir aisladamente, ya que para alcanzar determinados fines y colmar ciertas necesidades requieren de la interacción con otras personas; luego entonces -sostiene el autor invocado, la existencia humana supone la convivencia, la que, por cierto, más que idílica es francamente conflictiva, razón por la cual surge la necesidad de establecer normas vinculantes que reclaman ser respetadas por todos los miembros de la comunidad como condición indispensable para la convivencia. Esas normas, que son de índole jurídico-penal, se refieren a aquellas conductas humanas que podrían lesionar o poner en peligro la convivencia humana. De realizarse injustificadamente tales conductas (prohibidas ahora por la norma jurídico-penal) darían lugar a la aplicación de una pena o de una medida de seguridad. Así pues, corresponderá al Derecho penal, en tanto conjunto de normas vinculantes, la protección de los más importantes bienes jurídicos de una comunidad respecto de indeseables ataques a los mismos.

---

2 Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., pág. 98, para quien el fundamento del Derecho penal puede ser revisado desde su aspecto "funcional" y también desde la perspectiva política.

3 Son especialmente interesantes las explicaciones que nos ofrece Muñoz Conde, Francisco en su libro *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pág. 21 y ss.

Reconozcamos, por otra parte, que esta tensión de fuerzas entre Derecho penal por un lado y ataques indeseables a bienes jurídicos importantes por el otro, tiene lugar en un marco de violencia. “Hablar de Derecho penal –sostiene Muñoz Conde<sup>4</sup>- es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)”, el mismo autor citado afirma más adelante que “la violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos: por los que delinquen y por los que definen y sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, por los pobres y por los ricos... la violencia es, desde luego, un problema social, pero también un problema semántico, porque solo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o definida. No hay, pues, un concepto de violencia estático o a histórico, que pueda darse al margen del contexto social en que surge”<sup>5</sup>, y concluye: “el Derecho penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es, pues, violencia; pero no toda la violencia es Derecho penal”<sup>6</sup>. Esta percepción del Derecho penal como expresión de violencia institucionalizada que se opone a la violencia social resulta insalvable. Por desgracia, la violencia es consustancial a todos los sistemas de control social. No obstante, cabe destacar que del Derecho penal, en tanto cuanto expresión del control social, podemos pregonar su alto grado de formalización con lo que se le libera de la “espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social”<sup>7</sup>.

4 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, Derecho penal. Parte general, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 25 y ss.

5 Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, pág. 26

6 Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, pág. 26

7 Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, pág. 27. En un sentido similar, véase García Rivas, Nicolás, El poder punitivo en el Estado democrático, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pág. 16; también Vidaurri Aréchiga, Manuel, “Concepto, contenido y función del Derecho penal”, en Revista Michoacana de Derecho Penal, números 37-38, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 1999, pág. 175; y García- Pablos de Molina, Antonio, Derecho penal. Introducción, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pág. 1 y ss.

Resumiendo, podemos decir que el fundamento *funcional* del Derecho penal radica en la protección de la sociedad y sus bienes jurídicos. Esta protección se logra acudiendo al más enérgico – violento- instrumental que una sociedad políticamente organizada tiene a su disposición: el Derecho penal, que se vale de la pena y/o las medidas de seguridad, para cumplir funciones prevención general y especial de delitos.

1.2.- **Fundamento político.**- En este apartado la pregunta central es ¿por qué puede el Estado ejercer el Derecho penal?

Retrocediendo en el tiempo, podemos encontrar una primigenia respuesta en la obra clásica de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, de quien Mir Puig sugiere conocer el siguiente extracto:

*“Las Leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y e soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes... Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia... El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho”<sup>8</sup>.*

8 Citado por Mir Puig, op. cit., pág. 103-104. de la obra de Beccaria existe una edición facsimilar editada por Porrúa, México, 1999, aquí cotejamos la novena edición.

Beccaria planteó, claramente, una fundamentación del Derecho penal basada en el contrato social, pensada más como defensa del delincuente que como medio de contención de delitos. Más adelante, se aprecia en la evolución histórica del Estado y sus instituciones, que a finales del Siglo XIX se dio el tránsito del llamado Estado liberal clásico al Estado Social de Derecho, de forma tal que –según explica Mir Puig– “de una filosofía del Estado como mero *guardián* del orden jurídico, no legitimado para invadir activamente la configuración positiva de la sociedad, que se considera exclusiva competencia de los particulares, se ha pasado a una concepción *intervencionista* del Estado, el cuál no sólo se considera facultado, sino incluso obligado a incidir en la organización de lo social... Desde la nueva perspectiva el fundamento de la facultad punitiva del Estado permite –y obliga– a éste a ejercerla no sólo en defensa de las garantías del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de bienes jurídicos: como medio al servicio de la “política criminal”. Este fue el planteamiento que inspiró la “moderna escuela” alemana encabezada por Von Liszt”<sup>9</sup>.

Otra respuesta a la pregunta inicial, habrá de considerar, sin duda, el hecho de que el *ius puniendi* depende, en buena medida, del modelo de Estado asumido<sup>10</sup>. De tal suerte que, si el modelo que se

9 Mir Puig, *op. cit.*, pág., 104-105.

10 Luzón Peña, Diego-Manuel, Curso de Derecho penal. Parte general I, Editorial Universitaria, Madrid, 196, pág. 80, en síntesis nos recuerda: “Así la **concepción del Estado liberal de Derecho** pone más énfasis en la protección de derechos individuales, en el mínimo de intervención estatal para ello y que en cualquier caso se rodee de garantías jurídicas frente al Estado; por otra parte, la orientación de las sanciones no será *intervencionista*, sino de retribución del mal causado o también de intimidación general frente a los potenciales delincuentes. La del **Estado social, intervencionista**, tiende a garantizar los intereses colectivos y estatales y en las sanciones propende a la intervención activa del Estado mediante la orientación preventivo-especial y de tratamiento del delincuente, no sólo en las medidas de seguridad, sino también en las penas. Finalmente, **la concepción del Estado democrático de Derecho**, como síntesis de las anteriores, legitima el Derecho penal en tanto sea –estrictamente– necesario para la protección de los intereses esenciales de los ciudadanos en la vida social, pero aquí hay tanto intereses individuales como colectivos. Ello supone una democratización del Derecho penal y, en su caso, acentuación de la participación ciudadana en su configuración: democratización de la selección de tipos penales protectores de bienes jurídicos, por ejemplo, creación de nuevos tipos protectores de intereses, nuevos o permanentes, de grandes capas de la población, desincriminación de conductas no perturbadoras de bienes jurídicos; de la aplicación judicial de los mismos y

defiende es el del Estado no democrático o absolutista, el Derecho penal no requiere legitimarse en la necesidad de protección social, y, por el contrario, es factible su utilización como instrumento de control y dominación política, social, religiosa, étnica, etc.<sup>11</sup> En gran medida, al Estado absolutista le era indiferente, y tal vez hasta innecesario, interrogarse sobre el porqué podía ejercer el Derecho penal. Está de más señalar que un Estado absolutista o totalitario, negador de los más elementales derechos y libertades, se manifiesta en un Derecho penal puramente represivo<sup>12</sup>. Por el contrario, la consideración liberal, al replantearse la legitimidad y los límites del poder político frente al pueblo, concedió una importancia altamente significativa a la legitimación estatal para poder privar al individuo, mediante la imposición de una pena, de sus derechos más elementales<sup>13</sup>. En el Estado democrático, el Derecho penal se presenta más respetuoso de los derechos y libertades fundamentales, así como de la dignidad, igualdad y libertad, valores más que elementales de toda democracia<sup>14</sup>.

Con Mir Puig<sup>15</sup> admitimos que el Derecho penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, y con base en eso mismo un Derecho penal actual “debería incorporar los postulados del planteamiento *social*, porque la justificación del Derecho penal subjetivo se halla condicionada a su capacidad de satisfacer del modo más eficaz posible la necesidad de protección de la sociedad”, todo ello bajo el entendido de

---

de las sanciones, en concordancia de la interpretación de intereses y concepciones sociales mayoritarios...” “y con la eventual participación de la ciudadanía en la justicia penal a través del jurado; y de la ejecución de las sanciones penales atendiendo a las necesidades sociales y a las de los condenados y con participación de éstos y de las instituciones representativas del interés social (jueces, y fiscales de vigilancia) en el tratamiento. Pero también deben respetarse los derechos de las minorías y cumplirse escrupulosamente las garantías jurídico-constitucionales de los derechos y libertades fundamentales de los individuos (inculpados y penados). Y en cuanto a las sanciones, esta orientación puede compatibilizar la concepción preventivo-general y la preventivo-especial (y si se admite, también la retributiva) de las mismas, aún dejando abierta la interpretación sobre la prioridad que respectivamente se les conceda”.

11 Así Luzón Peña, Diego Manuel, Curso de Derecho penal. Parte general I, op. cit., pág. 79.

12 Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal Parte general, op. cit., pág. 64.

13 Introducción a las bases del Derecho Penal, op. cit., pág. 103 y ss.

14 Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal. Parte general, op. cit., pág. 64.

15 Introducción a las bases del Derecho penal, op. cit., pág. 107. En el mismo sentido, Luzón Peña, op. cit., pág. 79.

que el Derecho penal *social* “no debe sustituir sino completar la unilateralidad del Derecho penal liberal. La síntesis – afirma Mir Puig- habrá de alcanzarse en un Derecho penal *democrático*, que impondrá a su vez límites propios a la facultad punitiva del Estado”. De algunos de esos límites nos ocuparemos a continuación.

## 2.- Sobre el concepto de Bien Jurídico.

Queda dicho ya, pues, que una de las funciones básicas del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos<sup>16</sup>. Tanto la doctrina como la jurisprudencia encuentran en esta afirmación la base sobre la cual se construye el Derecho penal de nuestro tiempo. Lo anterior no quiere decir que la discusión sobre qué debe entenderse por bien jurídico pueda darse en estas páginas por concluida ya que la misma sigue siendo tema de interés para los especialistas<sup>17</sup>. Luego pues, considerando los propósitos, meramente esquemáticos de estas líneas, estimamos que una explicación más detallada en torno a la evolución teórica y del estado del debate respecto del concepto de bien jurídico habrá de dejarse para mejor ocasión<sup>18</sup>. El deslinde no impide que, por el contrario, se asuma un concepto de bien jurídico que nos sirva como punto de apoyo para las posteriores consideraciones que haremos a propósito del poder del legislador de tipificar determinadas conductas o presupuestos de hecho a los que asocia, luego de considerar determinadas cuestiones, una respuesta punitiva (pena o medida de seguridad).

16 Así, por ejemplo, Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pág. 52.

17 Entre otros, véase Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de Manuel Abanto, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007; Hefendehl, Roland (Ed.) *La teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007; González-Salas Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*, México, Pereznieto editores, 1995; Berdugo Gomez de la Torre, Ignacio, “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, en *Ensayos Penales*, Sinaloa, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1994, pág. 91 y ss.; Hormazabal Malaree, Hernán, *Bien Jurídico y Estado de Derecho*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991; Álvarez García, Francisco Javier, “Bien Jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 43, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, pág. 5 y ss.

18 El puro abordaje del tema nos obligaría a realizar una investigación diversa a la que ahora nos proponemos, sobre todo teniendo en cuenta lo señalado por Roxin, *op. cit.*, pág. 57, respecto de la mutabilidad del concepto de bien jurídico.

Un concepto amplio de bien jurídico es el que lo define como: “todo bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, susceptible y necesitado de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal, que corresponde imponer al comportamiento lesivo del bien jurídico, de conformidad con la concreta descripción típica”<sup>19</sup>. Ahora bien, es necesario tener presente que esta noción dogmática de bien jurídico posee los siguientes aspectos delimitadores<sup>20</sup>:

a) De carácter **Objetivo o Sustancial**: lo que quiere decir que el legislador penal no crea bienes jurídicos nuevos, sino que su función se concreta o limita al reconocimiento, valoración o protección de categorías sociales preexistentes, esto es, “categorías ontológicas, pertenecientes al ser, que requieren de una protección jurídico- penal por *mor* de los ataques que sufren o puedan sufrir”<sup>21</sup>.

b) De carácter **Normativo o Jurídico**: como sucede con muchos conceptos penales, el de bien jurídico presenta un carácter que podemos calificar de empírico-valorativo. Se entiende que toda consideración que se haga del ordenamiento jurídico y del objeto del mismo requiere de una referencia de índole axiológica. Así decimos que “la esencia normativa del concepto de bien jurídico estriba, no tanto en la parte del ser, cuanto en la del deber ser: no tanto en la necesaria aceptación de un objeto de valor cuanto en la concreta valoración de un objeto”<sup>22</sup>.

c) De carácter **Relativo o Dinámico**: que alude a la indiscutible condición de mutabilidad, de cambio o variación de los bienes jurídicos, es decir, su oposición a lo estático, pues es fácil comprobar que no hay un solo hecho que siempre haya sido

19 Voz Bien Jurídico, en Enciclopedia Penal Básica, Granada, Editorial Comares, 2002, pág. 187 y ss.

20 Seguimos en este apartado la explicación proporcionada en la Enciclopedia Penal Básica, *op. cit.* pág. 187 y siguientes.

21 *Op. cit.*, pág. 188.

22 *Ibid.*

castigado en el mismo lugar o de la misma manera, de ahí que se sostenga que en el ámbito de la protección de bienes jurídicos, a lo largo del tiempo y del espacio, reina la mutabilidad<sup>23</sup>.

d) De carácter **Supramaterial o Espiritual**: que se explica señalando que: “todo bien jurídico representa un valor respecto del particular y de la colectividad, en tanto portadores directos o mediatos del mismo. No se circunscribe ni a una categoría materialista del bien jurídico ni excluyente de los valores extraindividuales. No tiene nada que ver con el Derecho penal del espíritu, de autor o de voluntad”<sup>24</sup>.

e) De carácter **Transpersonalista o Supraindividual**: aspecto que tiene que ver con la noción de sujeto pasivo del delito o, dicho con otras palabras, titular del bien jurídico protegido. Es obvio que la noción de sujeto pasivo, al abarcar tanto a personas físicas como personas jurídicas y a personas individuales como colectivas, resulta de mayor amplitud que el concepto de sujeto activo, de todo lo cuál desprendemos para el concepto de bien jurídico un carácter transpersonalista o supraindividual pues engloba indistintamente bienes del individuo y de la colectividad<sup>25</sup>.

Los anteriores criterios pueden, y de hecho así sucede, funcionar en el plano teórico. Pero de cara a la actividad legislativa, esa que realizan individuos de carne y hueso (portadores de una concreta ideología, específicos intereses y reales proyectos políticos), cabe interrogarse si estos criterios resultan, aparte de válidos, útiles para delimitar, circunscribir o acotar la potestad tipificadora penal del legislador, interrogante a la que, al menos en principio, podemos contestar afirmativamente. Claro está que estos criterios resultaran funcionales en la medida que ese hipotético legislador los asuma a plenitud, tanto por estimarlos teóricamente válidos, como por apreciarlos racionalmente útiles. Ahora bien, al establecerse un

---

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

concepto de bien jurídico ya estamos fijando límites al poder del Estado de definir conductas criminales<sup>26</sup>. Los propios contornos y elementos de la definición servirán, eso creemos, para marcarle fronteras al legislador a la hora de ejercer su poder de tipificación, de lo que se sigue claramente una primaria obligación del poder legiferante y sus representantes consistente en darse un concepto de bien jurídico, mismo que, en efecto, habrá de ser consecuente con lo establecido en la Constitución y, con ello, hará referencia al modelo de Estado por ésta establecido, pues es indiscutible que la noción de bien jurídico carece de sentido si no se la relaciona con un marco constitucional concreto del cuál deriva, por cierto, una forma de Estado en particular<sup>27</sup>.

Por otra parte, si la relación entre bien jurídico y Constitución constituye un binomio indisoluble, lo mismo podemos decir de la que se establece entre bien jurídico y norma penal. Tenemos claro, desde el punto de vista doctrinal, que un bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal, y de esta manera podemos concluir que bienes jurídicos son, por citar algunos ejemplos, la libertad, la vida, la propiedad privada, la seguridad jurídica, el medio ambiente, etc. Por ende, es posible afirmar que el objeto protegido por la norma penal es un bien jurídico. Y una norma penal tiene su origen —o debe tenerlo— en la base social ya que ésta es, claramente, el producto de los “procesos interactivos que tienen lugar en su seno”<sup>28</sup>, procesos que, por supuesto, suele ser más bien el resultado de una convivencia social más conflictiva que idílica. La norma jurídica, según Muñoz Conde<sup>29</sup>, tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de “posibilitar la

26 Así Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazabal Malaree, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pág. 58.

27 Sobre este aspecto, véase por todos, Hormazabal Malaree, Hernán, *Bien Jurídico y Estado democrático de Derecho*, op. cit.

28 Como sostiene Bustos Ramírez y Hormazabal en su *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit. Pág. 58.

29 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, España, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pág. 21; más adelante, pág. 25, leemos: “La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista. La realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración”.

convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad<sup>29</sup>. Sobre este punto, coincidiendo con las convincentes explicaciones de Bustos y Hormazabal, concluimos que los objetos de protección, esto es, los bienes jurídicos, al surgir precisamente de la base social quedan sujetos a su rediscusión democrática, lo que bien puede reflejar un carácter dinámico propio de los bienes jurídicos. Finalmente, es pues a través de la norma que el Derecho quiere regular comportamientos que puedan lesionar bienes jurídicos y quiere, en suma, evitar una eventual lesión de los mismos<sup>30</sup>.

### 3.- Funciones del *Ius Puniendi*.

A parte de lo expuesto en el apartado anterior, ¿qué más debe tener en cuenta el legislador a la hora de tipificar penalmente una conducta humana? Probablemente deba saber —o tener en cuenta— cuales son las funciones que la teoría del Derecho penal le reconoce al concepto de bien jurídico, siendo éstas las siguientes: axiológica, sistemática, exegética y dogmática<sup>31</sup>, aunque hay quienes acertadamente adicionan tres funciones más, siendo tales: función limitadora del **ius puniendi**, función garantizadora y función de legitimación material de la norma penal<sup>32</sup>. Funciones que serán comentadas, por separado, a continuación.

3.1. **Axiológica.** Esta función es posible derivarla del reconocimiento del Derecho penal como una ciencia esencialmente valorativa<sup>33</sup>, que tiene por encargo ponderar y proteger bienes y valores fundamentales necesarios para la convivencia humana y el pleno desarrollo de la vida de las personas en sociedad. No sobra recordar aquí que el bien jurídico constituye el núcleo de las normas penales, en la medida que la esencia de la norma penal radica, precisamente, en la protección y tutela de determinados bienes y valores. Esta función puede presentarse, de manera

30 Bustos y Hormazabal, *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit. pág. 58.

31 Enciclopedia Penal Básica, op. cit. pág. 188-189.

32 Así Hormazabal Malaree, Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho, op. cit. Pág. 9 y ss.

33 Entre otros, ver Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 61 y ss.

preponderante, entre otros supuestos, a la hora de precisar los objetos estimados como merecedores de protección jurídica, o cuando deba determinarse el fin que se desea alcanzar con el establecimiento de normas penales, o bien la conveniencia de exclusión de la antijuridicidad para ciertos tipos delictivos.

**3.2.- Sistemática.** Seamos conscientes de que el concepto de bien jurídico representa una pieza clave en la configuración del Derecho penal de acto y de culpabilidad, por cierto frente a indeseables expresiones como las del Derecho penal de autor y de culpabilidad por la conducción de la vida<sup>34</sup>. Es posible afirmar que la evolución histórica del concepto de bien jurídico incide –de hecho ha incidido– notoriamente en la historia del propio Derecho penal. La extrapolación de un interesante ejemplo, surgido en la práctica penal española, puede sernos de utilidad en este punto. El caso nos lo comenta Juan Bustos<sup>35</sup> de esta manera:

*“La identificación de lo realmente protegido por una norma penal permite el cuestionamiento de la norma. Piénsese en el antiguo delito de adulterio en el Código penal español. El precepto castigaba a “la mujer que yaciera con varón que no fuera su marido”. La realidad de la represión de la mujer adúltera se enmascaraba justificando el castigo diciendo que esa norma protegía “la identidad de la familia”. La lucha por el reconocimiento de los derechos de la mujer ha permitido desvelar que esa norma lo que protegía era simplemente una intolerable discriminación a favor del hombre”.*

Como es comprensible, una revisión democrática del sistema penal, y con ella la de los bienes jurídicos presuntamente protegidos, permite la necesaria adecuación de propósitos perseguidos por el Derecho penal, lo que nos lleva a concluir que el bien jurídico-o

34 Me he ocupado brevemente del tema en “¿Culpabilidad por el Hecho o Culpabilidad de autor?, en Investigaciones Jurídicas, revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guanajuato, número 49, Enero-Marzo, 1993.

35 En sus Lecciones de Derecho Penal, *op. cit.*, pág. 57.

la forma y criterios con los que este se selecciona- condiciona el sistema jurídico penal.

De otro lado, el concepto de bien jurídico, en el cumplimiento de esta función sistemática, se hace especialmente notorio en su influencia a la hora de clasificar los tipos de delito en la Parte Especial de los códigos penales<sup>36</sup>. El que esta tarea taxonómica de los tipos de delito sea compleja no hace más que fortalecer la necesidad del desarrollo de esta función, misma que, si bien es cierto, parte de la variedad y amplitud de comportamientos punibles y de la pluralidad de criterios operantes a la hora de clasificarlos, también es verdad que el criterio de bien jurídico alcanza una posición de mayor relevancia que los anteriores, aunque no sea el único válido, resultando por tanto aconsejable su armonización con los señalados criterios.

**3.3.- Exegética.** El bien jurídico sirve para delimitar y caracterizar aquellas conductas o actuaciones humanas indeseables y que por eso mismo han sido conminadas con una sanción. En esta acotación del alcance y sentido del actuar penalmente sancionado concreta el bien jurídico su función exegética, pero tal función no se agota ahí, ya que la relevancia exegética del bien jurídico trasciende la mera interpretación de las normas penales hasta alcanzar el ámbito propio de la política criminal. Interesa en este punto dejar claro que no solo se trata de interpretar o desentrañar el contenido, sentido y necesidad del bien jurídico recogido en la norma, sino que, al mismo tiempo también se trata de conocer las exigencias que desde la política criminal se tomaron en cuenta para decidir su tutela o protección, de lo que se sigue la evidente conexión entre las nociones “bien jurídico” y “fin de la norma”, pues un

36 Hormazabal Malaree, en su libro *Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pág. 9-10, reconoce como función del bien jurídico aquella de carácter teleológico “en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico”,...y más adelante sostiene: “de esta función del bien jurídico emana el criterio sistemático de agrupar los delitos en la parte especial según el bien jurídico protegido y la jerarquización de los diferentes grupos según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y dentro de cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque”.

fin perseguido por las normas penales es, claro está, la protección de bienes jurídicos. Hormazabal deriva de esta función el criterio sistemático de agrupar los delitos en la parte especial según el bien jurídico protegido y la jerarquización de los diferentes grupos según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y dentro de cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque<sup>37</sup>

**3.4.- Dogmática.** Es particularmente apreciable la utilidad de esta función al referirla a la teoría del delito, pues “en este ámbito, el bien jurídico es un factor de conexión de los distintos caracteres integrantes del delito. En todos ellos ofrece relevancia el bien jurídico, desde su sede central fundamentadora del contenido material de la antijuridicidad. El bien jurídico es un momento que sustenta e impulsa el sentido estructural unitario de la concepción jurídica del delito. Toda incidencia típica sobre el bien jurídico se realiza a través de una conducta humana (acción u omisión) que lo lesiona o pone en peligro: sin acción típica no puede vulnerarse ningún bien jurídico. El bien jurídico es –en cierto sentido– un concepto jurídico positivo, por cuanto es reconocido y valorado por el legislador penal, y se presenta como la razón esencial de la existencia de los singulares tipos de delito<sup>38</sup>”. En tal sentido, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico traducen el contenido material de la antijuridicidad, pues ésta se fundamenta, como es sabido, en la ofensa a un bien jurídico concreto<sup>39</sup>. Resumiendo, y tomando las palabras de Rudolphi, el bien jurídico constituye “uno de los puntos de vista para concebir el núcleo material de los injustos, común a todo comportamiento antijurídico<sup>40</sup>”.

**3.5.- Limitadora del ius puniendi.** En este punto surge la perspectiva político criminal que se traduce, en otras palabras,

37 Hormazabal Malaree, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., pág. 9-10

38 Así en Enciclopedia Penal Básica, ob. cit. pág. 189.

39 En este sentido, entre otros, Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 277.

40 Citado por Hormazabal Malaree, *Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, op. cit. pág. 10.

en una orientación dirigida al legislador para que al ocuparse de producir normas penales tenga presente que ésta deben proteger exclusivamente bienes jurídicos, y no de otra naturaleza (morales, etc.)

3.6.- **Garantizadora.** Esta función nos la explica el profesor Hormazabal Malaree, en los siguientes términos: “una función garantizadora sólo se puede hacer efectiva en la medida que la teoría del bien jurídico sea capaz de indicar **qué** y **por qué** se protege. Al revelarse el qué y el por qué de la punición, se abre, al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal en un doble proceso de desincriminación de ciertas conductas cuyo tratamiento penal ha perdido vigencia social e, por otra parte, la incriminación de otras conductas que dentro de la dinámica del proceso social aparecen como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal. De esta forma el bien jurídico cumple una importante función político-criminal de carácter crítico al permitir de **lege data** la revisión del ordenamiento jurídico penal y de **lege ferenda** al establecer una limitación de carácter material al *ius puniendi* estatal<sup>41</sup>”. El profesor que citamos estima –adecuadamente creemos– que la teoría del bien jurídico, además de lo anterior, debe estar en condiciones de fundamentar suficientemente la tipificación de nuevas formas de criminalidad, propias de las sociedades postindustriales<sup>42</sup>, todo lo cual habrá de sustentarse en criterios complementarios que determinen el merecimiento de pena, tales como el de satisfacción de necesidades o el de lesión o daño social.

41 Ibid.

42 Sobre esta interesante problemática, consultar: de Silva Sánchez, Jesús María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999; de Zúñiga Rodríguez, Laura, *Política Criminal*, Madrid, Editorial Colex, 2001, especialmente su capítulo V, Concepciones actuales: la Política criminal frente a la criminalidad moderna; de Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal y globalización*, México, Editorial Porrúa, 2001; VV.AA., Zúñiga Rodríguez, Laura y otras (coord.), *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid, Editorial Colex, 2002; y de VV.AA. Moreno Hernandez, Moisés, (coordinador), *Globalización e internacionalización del Derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmática*, México, Editorial Ius Poenale, 2003.

3.7.- **Legitimación material de la norma penal.** Para comprender esta función del bien jurídico es indispensable recordar que el monopolio de la coerción estatal se le ha conferido al Estado, al que le corresponde, por mediación de la agencia específica, en este caso la legislativa, designar los objetos merecedores de protección, así como la forma y la intensidad de la misma. Y si, como es el caso, el bien jurídico expresa sintéticamente el objeto protegido por la norma penal y éstas solo pueden ser formuladas por el Estado, es obvio entonces que se trata de una decisión política y por eso mismo carente de neutralidad, de ahí que, como crudamente escribe Hormazabal, los bienes que habrá de proteger el Estado “serán naturalmente **sus** bienes jurídicos”<sup>43</sup>. Luego entonces, la función legitimadora de la norma penal se hace imprescindible en la medida que las normas penales exigen, en el modelo de Estado democrático, una justificación racional.

#### **4.- Sobre la racionalidad de las Leyes Penales.**

Que el legislador tenga el poder de crear normas no significa, necesariamente, que las normas creadas carezcan de racionalidad. Para comprender mejor la noción de racionalidad legislativa, se hace imperiosa la lectura de la brillante y reciente monografía escrita por el profesor José Luis Díez Ripollés<sup>44</sup> quien destaca la problemática propia de la creación o modificación del Derecho, en particular del Derecho penal. El estudio detenido de este interesante libro nos pone de manifiesto la intrincada ruta que sigue una norma penal en el camino de su formulación legislativa. En este sentido, el autor referido nos detalla con magnífica claridad aspectos relativos a la denominada fase prelegislativa<sup>45</sup> (la que suele ser menospreciada en la enseñanza del llamado proceso

---

43 Hormazabal Malaree, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pág. 11. Subrayado en el texto.

44 Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

45 Díez Ripollés, siguiendo a Schneider, entiende que esta fase “constituye un proceso sociológico complejo constituido por cinco etapas”, ob. cit., pág. 20. En todo este apartado seguimos las explicaciones de Díez Ripollés.

legislativo<sup>46</sup>), misma que reconoce entre otros momentos o etapas sucesivas las siguientes: a) Una acreditada disfunción social; b) Un malestar social. La preocupación y el miedo al delito; c) Una opinión pública. Los medios de comunicación; d) Un programa de acción (con otras subdivisiones) y e) Los programas de acción técnicos. Nosotros compartimos la idea de que un legislador penal no puede ignorar la antedicha fase **prelegislativa**, y es posible que con los comentarios que a continuación se exponen esta afirmación demuestre su pertinencia.

Este apartado resume las explicaciones de Díez Ripollés, incluso siguiendo el orden en el que nos las presenta en el texto suyo ya mencionado. El legislador, según pensamos, puede ser más o menos consciente de estos momentos, pero no puede suponer que no existen o que nadie, aparte de él o el grupo político al que pertenece (y aún más sus eventuales aliados –políticos o de otro tipo-) puede advertirlos e incluso cuestionarlos. Veamos, pues, en qué consisten estas etapas.

**a) Una acreditada disfunción social.** En este apartado, José Luis Díez Ripollés, Catedrático de la Universidad de Málaga, explica que el proceso sociológico que da lugar a una decisión legislativa se inicia con la exitosa acción de un agente social por cuanto hace “*creíble* la existencia de una disfunción social necesitada de algún tipo de intervención penal”<sup>47</sup>, entendiendo por disfunción social “aquella falta de relación entre una determinada situación social o económica y la respuesta o falta de respuesta que a ella da el subsistema jurídico, en este caso el derecho penal”<sup>48</sup>. Con vistas a “colocar” en el debate la disfunción social elegida, este agente social deberá aportar datos, reales o ficticios, que permitan generar

46 Usualmente, al menos en nuestro medio, la enseñanza del Derecho se ocupa del análisis de los momentos o etapas del proceso legislativo en sí, a saber: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de vigencia, todo lo cual, sin dejar de tener importancia capital, no permite identificar aspectos previos (etapas prelegislativas) que inciden, en ocasiones, con mayor intensidad, en la arquitectura de la norma, de la ley penal. Una revisión de las etapas prelegislativas amplía la visión del problema legislativo penal.

47 Díez Ripollés, *ob. Cit.*, pág. 20.

48 *Ibidem*.

una discusión al respecto y que tal discusión sea relevante, desde la perspectiva comunicacional, para la sociedad. Para que la disfunción social propuesta adquiera el nivel de problema social<sup>49</sup> será necesario que, aparte de la delimitación conceptual respectiva, la ciudadanía se involucre emocionalmente. Por lo que hace a los procesos que pueden poner en marcha los agentes sociales, estos pueden ser muy variados: “pueden ser fuerzas políticas, sociales o económicas institucionalizadas, como el gobierno, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, corporativas o profesionales, confesiones religiosas oficiales o semioficiales... también grupos sociales organizados pero no institucionalizados, como asociaciones medio-ambientales, feministas, pacifistas, religiosas, culturales, científicas, de opinión, de víctimas o de impulso de cualesquiera intereses<sup>50</sup>... O personas aisladas como ensayistas, científicos, víctimas prominentes... Y desde luego los propios medios de comunicación. El único requisito exigido es que sean capaces de aportar credibilidad a sus apreciaciones en el sentido antes indicado”<sup>51</sup>. Respecto de los presupuestos fácticos de la disfunción social, estos pueden ser reales o aparentes, y es a propósito de estos últimos que el agente social activador del proceso puede no ser consciente, o bien serlo o, como dice el autor citado, justamente estar movido por la “intención de hacer pasar por real una disfunción aparente”<sup>52</sup>, lo que en si mismo puede significar –según pensamos nosotros- un ataque a la

49 Una definición de “problema social” puede obtenerse de lo que, entre otros autores, han dicho Oucharchyn-Dewwitt cuando sostienen que un determinado hecho o fenómeno social puede ser definido como problema social “solo si concurren en él las siguientes circunstancias: que tenga una incidencia masiva en la población; que dicha incidencia sea dolorosa, aflictiva; persistencia espaciotemporal; falta de un inequívoco consenso respecto a su etiología y eficaces técnicas de intervención en el mismo y conciencia social generalizada respecto a su negatividad”, citado por García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1992, pág. 32.

50 Diez Ripollés, *ob. Cit.* pág. 21. Un ejemplo reciente que puede referirse a la realidad nacional mexicana lo constituyen grupos tales como Mexico Unido Contra la Violencia y otros similares que impulsaron la marcha contra la inseguridad, misma que fue imitada en otros Estados del país.

51 *Op. cit.* pág. 21.

52 *Ibidem*, en donde agrega: “La frecuencia con que en el ámbito politicocriminal se trabaja con disfunciones sociales aparentes, esto es, con representaciones de la realidad social desacreditadas por los datos empírico-sociales, no debería subestimarse”, ver pág. 21 y las referencias bibliográficas ahí utilizadas.

más elemental ética política y social. Como, es lógico suponer, la credibilidad social es imprescindible para “posicionar” la disfunción social en el debate público, lo cual se logra no solo por las habilidades del agente social impulsor, sino que también juegan un papel importante ciertas características o cualidades propias de la disfunción, de las que obviamente se aprovecha el agente promotor.

Así, en un primer momento es posible identificar, como lo hace nuestro autor, ciertas cualidades de los asuntos sociales que originan efectos diversos, por ejemplo: i) los asuntos remotos, irresolubles o incomprensibles terminan produciendo desinterés; ii) los asuntos que contienen componentes dramáticos despiertan y mantienen fácilmente la atención: el dramatismo –sostiene Díez Ripollés- se concreta en la puesta en juego inmediata de intereses considerados vitales; este factor explica en gran medida la continua presencia en el debate social de disfunciones sociales afectantes a la criminalidad, o al menos a cierto tipo de ella. iii) los asuntos sociales vinculados con la experiencia directa de la mayoría de los ciudadanos poseen un grado de atención inmenso y persistente, consistencia que puede perderse si se empiezan a vislumbrar como irresolubles; en tal caso, se experimenta una suerte de “desplazamiento de la atención hacia asuntos de los que no se posee experiencia directa y de los que, precisamente por ello, puede ofrecerse una descripción convincente de sus causas y remedios no accesible a la falsación empírica por el conjunto de la sociedad”<sup>53</sup>.

Un segundo momento que resulta aprovechado por el agente social promotor de la disfunción estriba básicamente, en que amplios o significativos sectores de la sociedad deben considerar de *utilidad* el planteamiento de esa disfunción. Aquí de lo que se trata es que la sociedad perciba la utilidad del planteamiento de cara a la resolución de los efectos negativos que causa o puede causar la disfunción. Sin embargo, esta utilidad, imprescindible para obtener la credibilidad

---

53 Díez Ripollés, *op. cit.*, pág. 22.

social, “puede diferir notablemente de los intereses que persigan los agentes sociales impulsores del proceso”<sup>54</sup>. En conclusión, esta fase termina al acreditar una disfunción social, lo que determina su inclusión en la agenda temática social y, con ello, abriéndose la posibilidad de que el subsistema jurídico-penal tenga que modificarse para adaptarse a la nueva realidad socioeconómica<sup>55</sup>.

### **b) Un malestar social. La preocupación y el miedo al delito.**

Resultan paradigmáticas las palabras con las que Díez Ripollés explica este apartado, sobre todo cuando señala: “tras su inclusión en la agenda temática social, es preciso que el conocimiento de esa disfunción social se disemine de manera generalizada en la sociedad, acompañado de dos características. La primera es su *estabilización* cognitiva, es decir, una cierta resistencia a desaparecer de la agenda social. La segunda es su capacidad de *involucramiento emocional* de la población<sup>56</sup>”. Ambas categorías pueden ser reconducidas al concepto criminológico de “miedo al delito”, definido como un sentimiento complejo que puede desarrollarse en diferentes situaciones, afectando de diversas maneras a la relación entre el individuo y su mundo<sup>57</sup>. Este concepto de “miedo al delito” resulta, a todas luces, confuso siendo posible encontrarle varias nociones de distinta importancia entre sí, como por ejemplo las señaladas por Díez Ripollés: la estimación del *riesgo* de sufrir un delito; el *miedo* de sufrir un delito; la *preocupación* sobre los niveles de delincuencia, y, *las modificaciones conductuales* adoptadas para no sufrir un delito<sup>58</sup>. Reconociendo que todas estas categorías merecen un tratamiento pormenorizado, por ahora solo atendemos

54 *Ibidem*, pág. 22-23.

55 *Ibidem*, pág. 23.

56 *Ibidem*.

57 Siguiendo la explicación de Garrido Genovés y Ana M. Gómez Piñana, *Diccionario de Criminología*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998, voz: miedo al delito, pág. 240 y 241.

58 Díez Ripollés, *op. cit.* pág. 23, cursivas en el original. Otras distinciones son posibles respecto del concepto “miedo al delito”, tales como las que se recogen en el Diccionario de Criminología de Garrido Genovés y otra, *op. cit.* pág., 240, donde leemos: “Keane (1992) distingue entre el miedo “concreto” y el “genérico” o “sin forma”. El primero refleja la reacción emocional negativa que surge ante la posibilidad de ser víctima de un acto delictivo específico, como una agresión o un robo. El segundo incluye un sentimiento generalizado de “ser vulnerable”, de vivir en un medio “inseguro” (sensación difusa del miedo).

la propuesta del autor tantas veces citado para ocuparnos solamente de aquella noción que habla de la *preocupación* por el delito o la delincuencia, sobre todo si tenemos en cuenta que tal noción está estrechamente vinculada con los puntos de vista de los miembros de la sociedad respecto del contorno y grado de intervención penal que se estiman convenientes o necesarios en un momento y ante un problema concreto (actitudes punitivas). Esta preocupación llega a convertirse en un auténtico parámetro de las opiniones político-criminales de una sociedad, configurando juicios de valor que, aunque apoyados en componentes cognitivos, no carecen de aspectos meramente emocionales. No deben olvidarse las características perfectamente identificables de la idea de *preocupación* por delincuencia las cuales son: su poca estabilidad, volatilidad e influenciabilidad, lo que resulta altamente significativo cuando se le pone en relación con la etapa prelegislativa de que venimos hablando. Adicionalmente, indica el profesor malagueño, debe tenerse en consideración que esta idea se desenvuelve de acuerdo a ciertas variables sociodemográficas: “tiene una directa relación con el género femenino, el incremento de edad y la tendencia política conservadora. Tiene una relación inversa con el grado de formación. El nivel de ingresos de la persona presenta una relación poco relevante, salvo la notable acentuación de tal relación que se produce si el nivel de ingresos va acompañado de un escaso grado de formación”<sup>59</sup>. También son variables importantes las que tienen que ver con la victimización previa o el tratamiento sensacionalista que algunos medios de comunicación otorgan a la delincuencia. En el primer supuesto se aprecia una relación ambivalente, explicada con estas palabras por Díez Ripollés: “si un análisis global impide establecer relaciones firmes entre la preocupación social por la delincuencia y el hecho de haber sido victimizado, parece que existe una relación directa si se ha sido víctima de un delito patrimonial que implique acometimiento personal, mientras que la relación es nula o incluso inversa si se ha sido víctima de un delito patrimonial sin acometimiento personal

---

59 Díez Ripollés, *op. cit.*, pág. 24.

efectivo o posible<sup>60</sup>. En el segundo supuesto, es posible que efectivamente surja una relación directa entre actitudes punitivas elevadas y el contacto con medios de comunicación que prestan especial atención a la delincuencia, en especial si realizan un trato sensacionalista de ella y sugieren e inducen a actuar con dureza frente al crimen<sup>61</sup>. En otro orden de ideas, está claro que el miedo al delito propiamente dicho, entendido como una emoción ligada al riesgo de ser objeto uno mismo u otros de un delito, contribuye decididamente en el incremento de actitudes punitivas, “en especial mediante el rechazo de políticas penales liberales”, pues además “fomenta el desarrollo de tendencias deslegitimadoras<sup>62</sup> del sistema de justicia penal, e incrementa de hecho la criminalidad al favorecer el abandono de los lugares públicos<sup>63</sup>. Es la vulnerabilidad<sup>64</sup>, como variable que determina el miedo al delito, la que figura en primer plano y suele vincularse con tres variables sociodemográficas: el género femenino, el incremento de edad, y las condiciones socioeconómicas como los bajos ingresos, la escasa formación y la pertenencia a minorías<sup>65</sup>. En segundo plano, la victimización previa constituye otro factor importante a tener en cuenta, ya que la victimización directa (la que sufre uno mismo) origina, en efecto, modificaciones conductuales pero no necesariamente más miedo; en todo caso, es la victimización secundaria (la que sufren otras personas) la que constituye un fuerte predictor del miedo. “Es sabido hace tiempo –afirma el multicitado Diez Ripollés<sup>66</sup>– que hay mucha más gente con miedo que personas victimizadas, y parece que el suceso padecido por otros tiende a excitar la imaginación sin que origine la necesidad de adoptar medidas realistas encaminadas a

60 Diez Ripollés, *op. cit.* pág. 25.

61 *Ibidem*.

62 Recientemente sobre este punto Martínez Bastida, Eduardo, *La deslegitimación del Derecho penal*, México, Angel Editor, 2004, se ocupa de analizar esta tendencia. Ver especialmente su capítulo IV “Respuestas ante la deslegitimación, crisis y desestructura del Derecho penal”, pág. 123 y ss.

63 Diez Ripollés, *op. cit.*, pág. 24.

64 Voz Vulnerabilidad: “Riesgo que corre una persona o colectivo de personas concretas en convertirse en víctima de ciertos delitos. Existen factores objetivos, tales como el estilo de vida o la pertenencia a un determinado subgrupo, que determina que ciertas personas sean especialmente vulnerables...” en Garrido Genovés y otra, *Diccionario de Criminología*, *op. cit.*, pág. 364.

65 Diez Ripollés, *op. cit.*, pág. 26.

66 *Ibidem*.

evitar el riesgo propio, que introducirían racionalidad en el análisis. De todos modos, en la activación de ese miedo juegan un factor importante ciertos aspectos: la correlación es fuerte si se conoce a la persona victimizada o ésta pertenece a la vecindad o barrio”.

Por lo que hace a la influencia de los medios de comunicación esta puede calificarse de ambivalente, pues quien no está en contacto con ellos muestra menos miedo que quien sí lo está, incluso cabe revisar el efecto causado en el supuesto de que el suceso delictivo aparezca en la sección de noticias locales, donde causa más miedo, que si se reseña en el apartado de nacionales e internacionales. Luego, junto al factor miedo al delito y victimización directa, se menciona el factor medioambiental, esto es: vivir en un barrio desorganizado, con poca integración social, marginal, etc., incrementa, incluso racionalmente, el miedo, especialmente si se percibe la falta de autoridad para impedir determinadas conductas. Esta etapa prelegislativa concluye, en palabras de Diez Ripollés, “cuando una apreciable insatisfacción social en relación a la ausencia, presencia, o modo de una intervención penal se estabiliza de manera generalizada. La insatisfacción se verá potenciada si está cargada emocionalmente, en particular si esa emoción toma forma de miedo al delito”<sup>67</sup>.

**c) Una opinión pública. Los medios de comunicación.** Indiscutiblemente, el papel que los medios están llamados a realizar es absolutamente relevante y, por supuesto, imprescindible. Su intervención servirá para reforzar la notoriedad o visibilidad social del desajuste social y del malestar que les es inherente, pero también le otorgará la sustantividad y autonomía necesaria para que se le considere un auténtico problema social. El protagonismo propio de los medios de comunicación abonará las condiciones para que el problema social se identifique plenamente. Es conocido el poder de influencia que los medios tienen a la hora de formar opinión pública, pues mediante sus técnicas es posible resaltar, oscurecer o priorizar determinados temas. Justamente, es en el

---

67 *Op. cit.*, pág. 27.

ámbito propio de los medios de comunicación donde el problema social a resolver alcanzará una identificación pública. En esta etapa los medios de comunicación juegan un papel protagónico innegable, incluso llegando a convertirse en verdaderos promotores de la iniciativa. Como escribe el autor en cita<sup>68</sup>, “los medios realizan diversas actividades para lograr el reconocimiento y la delimitación del problema. Ante todo, trazan los contornos de éste, lo que llevan a efecto tanto reiterando informaciones sobre hechos similares, actividad que con frecuencia ya vienen ejecutando desde la etapa anterior, como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso realizando concepciones nuevas de hechos criminales ya conocidos; todo ello puede originar, incidental o intencionalmente, una percepción social de que existe una determinada ola de criminalidad, lo que refuerza la relevancia del problema. En segundo lugar, destacan los efectos perjudiciales de la situación existente, dañosidad que pueden referir a ámbitos sociales muy distintos y desenvolver simultánea o alternativamente en planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativas”. Como es de suponerse, este proceso descrito origina el surgimiento de una opinión pública, que es aquella opinión de un grupo o colectivo cualificado de personas. Colectivo que, además, tiene el poder de determinar los contenidos de los medios creadores de opinión, contándose entre estos a: los editorialistas, los articulistas, redactores y comentaristas habituales, quienes, en efecto, tienen una gran capacidad no solamente para seleccionar los temas o materias a tratar sino el cómo estas deben ser tratadas. Damos por descontado que ciertos sectores como el privado o el político mantienen una estrecha relación con los medios y ello, sin lugar a dudas, influye determinantemente en los contenidos<sup>69</sup>. Siendo así, tenemos claro que no se trata de la opinión mayoritaria de la sociedad ni mucho menos del total espectro de opiniones existentes sobre el tema

---

68 Diez Ripollés, *op. cit.* pág. 28.

69 No son pocos los medios impresos que, en nuestro entorno, son propiedad de empresas privadas, cuyos intereses económicos (y en algunos casos políticos) determinan el tratamiento de determinados asuntos o problemas sociales. Un lector curioso e interesado en este tema podrá, sin mucha dificultad, comprobar lo antes dicho.

en cuestión. Díez Ripollés sostiene en este punto que “la opinión pública es, en definitiva, la opinión de unos *expertos*”<sup>70</sup>, y añade, “pero no de cualesquiera, sino de aquellos que pueden hipostasiar su opinión sobre la de la sociedad, dada su capacidad, reiteradamente acreditada, para conseguir que una amplia mayoría de ella comparta, aunque sea superficialmente, sus puntos de vista”<sup>71</sup>.

d) **Un programa de acción.** Es cierto que esto que puede denominarse *estado de opinión* (entendido como una determinada interpretación de cierta realidad social y un acuerdo sobre la necesidad y modo de influir en ella), no es, propiamente dicho, un *programa de acción* legislativa o de otro tipo, dada su elevado nivel de generalidad, el cual, una vez superado, tiende a transformarse en un programa de acción dirigido claramente a proponer soluciones al problema social. En este orden de ideas, habrá de profundizarse, ahora sí, en el conocimiento del problema, amén de identificar el o los objetivos a atender de cara a su resolución, así como la determinación de los medios o instrumentos que harán posible la obtención de los objetivos planteados. Esta teleología determina, por supuesto, la adopción o abstención de ciertas decisiones legislativas, lo cual no impide echar mano de otras decisiones sociales o institucionales complementarias o sustitutivas de aquéllas<sup>72</sup>, como nos lo explica nuestro autor. Un programa de acción debe poseer una suerte de *respetabilidad social*, cualidad que generalmente viene dada por la sencilla razón de que quien ha formulado tal programa han sido los denominados *grupos de presión expertos*, que para entonces ya se han apropiado del problema, que antes se encontraba exclusivamente en el ámbito de la opinión pública.

Pero, ¿qué se entiende por grupos de presión expertos?, según Díez Ripollés “se trata de grupos que defienden intereses muy diversos: pueden ser intereses ideológicos, entre los cuales merecen

70 *Op. cit.*, pág. 29, cursivas en el original.

71 *Ibidem*.

72 Díez Ripollés, *op. cit.*, pág. 30.

destacarse últimamente los grupos surgidos de la sociedad civil, como grupos de presión feministas, ecologistas, de consumidores, pacifistas..., o los que defienden intereses puramente científicos, reconducibles al seguimiento de un determinado paradigma científico social, como ciertas corrientes de la doctrina jurídica o criminológica, o incluso científico-natural. Pueden ser también intereses socioeconómicos, sean en función del papel que desempeñan tales grupos en el proceso de producción, como sindicatos y asociaciones empresariales, sea debido a la salvaguarda o ampliación de competencias profesionales que es tarea inherente a ciertos grupos corporativos...<sup>73</sup>; al mismo tiempo, cabe decir que su pericia se concreta en el general reconocimiento de que estos grupos poseen un conocimiento especializado en el problema social, amén de que están familiarizados con el mismo y tienen a su disposición medios materiales y personales para profundizar en su análisis y probables soluciones<sup>74</sup>. Imposible resulta, por otra parte, ignorar el papel que juegan los llamados *grupos de presión mediáticos*, los que, incluso, han llegado a sustituir a los grupos de presión expertos. “Es cierto –sostiene Diéz Ripollés<sup>75</sup>–, que la opinión pública es fruto de una tarea experta, y que ella es realizada por lo que se podría considerar un grupo de presión, el mediático, pero su nivel de análisis se ha estimado durante mucho tiempo que no alcanzaba la profundidad necesaria para satisfacer los requisitos de respetabilidad social inherentes a todo programa de acción. La modificación de este punto de vista supone uno de los mayores éxitos en el progresivo incremento de la función social de los medios de comunicación, que pasan a considerarse expertos a todos los efectos y con una polivalencia desconocida en los grupos de presión expertos propiamente dichos”. Los efectos negativos de lo anterior resulta, a todas luces, evidente, pues de ninguna manera puede admitirse como buena aquella visión simplista y superficial que se hace de la realidad social y sus intervenciones en ella, por carecer de un profundo análisis y meditación de las mejores

---

73 Diéz Ripollés, *op. cit.*, pág. 31.

74 Diéz Ripollés, *op. cit.*, pág. 30.

75 *Op. cit.*, pág. 34.

soluciones a propósito del problema social en cuestión, todo lo cual, por si fuera poco, ha llegado a determinar la intervención legislativa penal<sup>76</sup>.

Siguiendo las explicaciones del profesor Díez Ripollés, asumimos que estos otros dos aspectos deben tenerse en cuenta al hablarse de un programa de acción: de un lado el *protagonismo de la ciudadanía* o de la plebe, y por otro el *programa de acción técnico*.

Específicamente, la ciudadanía constituye un importante agente de activación de la fase legislativa penal. Para que esto efectivamente suceda es necesario comprender que si antes grandes capas de la ciudadanía expresaban su malestar de manera indefinida, aunque con una limitada capacidad de operación, con el surgimiento o transformación de ciertos sectores de ella, como las asociaciones de víctimas o afectados, la capacidad de proponer programas de acción aumenta considerablemente. Pero, hay que decirlo, estos grupos de víctimas no solo prescinden de los grupos de presión expertos, sino que también logran que la opinión pública en buena medida quede desconectada de las iniciativas presentadas. Ya no importa la adquisición de respetabilidad social, la que ahora, como afirma Díez Ripollés<sup>77</sup>, se encuentra adscrita “a una forma de razonar desligada de las auténticas necesidades de la gente corriente y condicionada por apriorismos ideológicos. Frente a ella, se hace gala de un conocimiento y visión superficiales de la realidad social, rechazándose cualquier aproximación elaborada a ella”. De todos modos, debe verse con especial preocupación la progresiva pérdida de influencia del pensamiento u opinión experta en la fase prelegislativa ya que esto se traduce en un claro retroceso de cara a incrementar la racionalidad de los procesos

76 Lo que en si mismo encierra una problemática digna de considerarse; al caso, una investigación más amplia sobre este punto llevaría al investigador a contestarse, entre otras, las siguientes preguntas: ¿debe legislarse por lo que dicen los medios? ¿legislar a pesar de los medios?, ¿en contra o a favor de estos?, ¿mejor es ignorarlos?... Por supuesto que, en esta etapa prelegislativa el impacto de la intervención mediática es inmenso, y no faltan ejemplos en donde la influencia de los medios ha sustituido a la de los grupos expertos, quienes cada vez menos suelen ser consultados, en este sentido Díez Ripollés, op. cit., pág. 34, especialmente el epígrafe 3.4.2. La desconsideración de la pericia.

77 *Op. cit.*, pág. 36.

de decisión legislativa, ello sin descontar la eventual parcialidad de los grupos de presión expertos, aunque como acertadamente reconoce Díez Ripollés –y nosotros con él– “tales grupos aceptan desenvolverse en el marco de los criterios de racionalidad socialmente vigentes, con las limitaciones en la defensa de sus intereses que ello conlleva y los controles externos a los que aquéllos dan pie”<sup>78</sup>. Ahora bien, cuando un desajuste social posee características particular o específicamente técnicas, la fase prelegislativa de que se viene hablando tiene lugar en el ámbito meramente experto, bien por qué el desajuste social no despierte el malestar social o bien porque sus características lo hacen imperceptible para la sociedad o, en todo caso, a ésta no le parece un asunto realmente importante para ocuparse del mismo. Casos de este tipo suelen presentarse con mayor frecuencia en unos sectores, como en el derecho mercantil o civil registral, pero menos en el constitucional, penal o laboral; pero es posible que dentro de materias como la penal, haya también aspectos que importan unos más que otros: por ejemplo, suscita mayor interés el debate sobre nuevos tipos penales, sobre todo cuando se trata de conductas violentas, o cuando se plantea la necesidad de imponer mayores penas, frente a una discusión que tiene que ver con la delimitación de conceptos dogmáticos como la comisión por omisión o el actuar en lugar de otro<sup>79</sup>. Díez Ripollés entiende que, sin embargo, es posible distinguir unas etapas prelegislativas por mucho y que estas se realicen en el ámbito experto. Así, tenemos que un determinado desajuste social podrá recibir por parte de los expertos una atención específica, pero luego de un tiempo alcanzará igualmente un interés por parte de los peritos en la materia (jueces, fiscales, abogados, etc.); la opinión pública podrá conocer luego de opiniones y alternativas de solución mediante la publicación de artículos periodísticos, diarios jurídicos, seminarios, talleres, congresos jurídicos, y, por supuesto, publicaciones monográficas y publicaciones diversas propias del ámbito experto.

---

78 *Op. cit.* pág. 39.

79 Díez Ripollés, *op. cit.*, pág. 42.

Con base en los planteamientos hechos por Díez Ripollés, la etapa prelegislativa concluye con el **proyecto o proposición de ley**. En efecto, un programa de acción puede llegar a la fase legislativa cuando adquiere la cualidad de proyecto o proposición de ley. El desenvolvimiento o desarrollo de esta parte corresponde a las que el autor en cita denomina como *las burocracias* gubernamentales o partidistas<sup>80</sup>, siendo estas nuevas agencias sociales quienes, aparte de apropiarse del programa de acción, habrán de ajustarlo a determinados formatos. El mismo autor que nos ha orientado en este tema identifica algunas características propias de las burocracias, siendo estas las siguientes: I.- **Protagonismo**, en esta etapa es mayor que la de cualquier otro agente social en la etapa previa, lo cual no debe resultarnos extraño ya que en la práctica su intervención es absolutamente imprescindible<sup>81</sup>; esta característica reconoce igualmente la gran libertad para reconfigurar el programa de acción; II.- **Sometimiento a intereses políticos**, pasando desde los propios del ejecutivo y sus diferentes órganos, hasta los del partido político; III.- Su condición de ser **agentes sociales institucionalizados**, lo que, de alguna manera, nos habla de cierto nivel de estabilidad y especialización de sus actividades. En la práctica, afirma el profesor malagueño, esta etapa prelegislativa burocrática constituye el momento determinante de la **decisión** legislativa, en detrimento de la **fase** legislativa, “ello es consecuencia, por un lado, de la primacía que han adquirido los partidos políticos en el funcionamiento de nuestras democracias: aunque los parlamentarios se rigen por un modelo de mandato representativo en virtud del cual no están sometidos a mandato imperativo alguno, de hecho funcionan bajo un régimen de pseudomandato imperativo de los partidos políticos que neutralizan de diversos modos la imposibilidad legal de los partidos de revocar los nombramientos de los parlamentarios. De esta forma los parlamentos no sólo se han convertido en asambleas

---

80 *Op. cit.*, pág. 43.

81 De más está decir que, básicamente, de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la potestad de iniciar leyes o decretos corresponde, según el artículo 71, al Presidente de la República, a los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados.

de sujetos colectivos en los que se reserva la mayor parte de las iniciativas a los grupos parlamentarios, que a su vez reflejan a los partidos políticos, sino que además se han transformado en buena medida en meros notarios de las decisiones políticas extraparlamentarias adoptadas con anterioridad. Por otro lado, las burocracias son precisamente el brazo ejecutor de las decisiones políticas tomadas por los partidos, y eso reza también para la burocracia gubernamental, ya que el gobierno se apoya en un determinado partido político, a quien ciertamente con no escasa frecuencia condiciona en sus actuaciones, pero es en cualquier caso a través de él como traslada sus decisiones al ámbito parlamentario”<sup>82</sup>.

La fase prelegislativa es compleja, pero al mismo tiempo es determinante en la configuración de una ley o disposición legal. Constituye un momento altamente significativo del proceso legislativo total, aunque, lamentablemente, no parece que se le haya dado en nuestro entorno legislativo la verdadera importancia que le es propia. La intervención de personas, grupos de presión de expertos y mediáticos, la presencia partidista y gubernamental, la influencia de la ideología de unos y otros, convierten a esta etapa en un momento clave cuando se proteger bienes jurídicos se trata, más si esta protección será por la vía de la intervención penal. Bajo un modelo de organización política basado en el respeto al Estado de Derecho, no parece aconsejable renunciar a escuchar las opiniones de todos los interesados en la buena y pacífica convivencia social, de ahí que nadie propone ignorar el parecer de nadie, y mucho menos escamotear el derecho a decirlo. Lo que, en cambio, sí parece adecuado es considerar la invitación que hace Díez Ripollés de regular la fase prelegislativa, particularmente la que corre a cargo de las burocracias gubernamental y partidista, buscando alcanzar con tal regulación al menos dos objetivos puntuales: “el primero, asegurarle un elevado nivel de racionalidad, imprescindible dada

---

82 Díez Ripollés, *op. cit.*, pág.- 44; el autor de la cita se refiere, obviamente, a la realidad jurídica y política de España, aunque puede pensarse en las similitudes evidentes con nuestra realidad nacional.

su estratégica localización en el proceder legislativo. El segundo, prevenir el cierre de esta etapa sobre sí misma, tanto de cara a la posterior fase legislativa, algo demasiado frecuente en la burocracia gubernamental, como frente a las precedentes etapas prelegislativas, cuya palmaria desconsideración se ha constatado en diversos análisis sociológicos<sup>83</sup>. Sumado a lo anterior, pensamos que es en esta etapa prelegislativa en donde pueden (deberían, en todo caso) realizarse los estudios y evaluaciones de índole criminológica que proporcionarían la información suficiente y veraz respecto del problema social que luego quiere regularse jurídicamente. Nos queda claro –dijimos en otra parte<sup>84</sup>– que los conocimientos que la Criminología obtiene de la realidad permiten que el trabajo legislativo penal ajuste sus finalidades a esa realidad; dicho con otras palabras, desde el punto de vista teórico, la vinculación entre Criminología y Política criminal es fundamental, pues si se quiere hacer frente al problema antes que nada debe conocersele. En la práctica, sin embargo, la realidad es otra bien distinta: a pesar de que la relación entre ambas disciplinas resulta insalvable, es común escuchar de los criminólogos quejas y reproches dirigidos a quienes tienen por obligación establecer la política criminal (entre otros los propios legisladores), en el sentido de que por mucho que investiguen y aporten, los resultados de su esfuerzo no son utilizados en la confección de programas de acción en política criminal<sup>85</sup>. Con miras a la toma de decisiones legislativas sobre un problema específico, pensamos que un estudio criminológico previo puede, con sobrada solvencia empírica, determinar la necesidad o conveniencia de su tipificación penal y, con base en ello, el legislador tendrá a su disposición elementos de racionalidad con que soportar el sentido de su opción. Lo acabado de exponer bien puede caber en esta sintética frase: investigar antes de legislar.

---

83 *Op. cit.*, pág. 45.

84 Vidaurri Aréchiga, Manuel, “Criminología, Política Criminal y Sistema de Justicia Penal”, en *Criminalia, Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LXIX, Número 1, México, Enero-Abril de 2003, pág. 226.

85 *Ibidem*, pág. 233. En el mismo sentido Barberet Havican, Rosemary, “La Investigación Criminológica y la Política Criminal”, en *Política Criminal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 59.

## **5.- La potestad tipificadora del Legislador: cuatro reflexiones elementales.**

El propósito de estas páginas busca plasmar los límites a la potestad tipificadora del legislador penal, pero no hemos desaprovechado la oportunidad de presentar algunas consideraciones en torno al bien jurídico, como objeto de protección de las normas penales, producto legislativo por excelencia. De la misma manera hemos querido resaltar la importancia de la fase prelegislativa y sus diversos momentos, sobre todo a partir del hecho, por demás incontrovertible, de su elevada significación dentro del proceso legislador total.

**Primera reflexión.** En nuestro perfil ideal de legislador penal, estos conocimientos fortalecen y equilibran la toma de decisiones, o dicho en otras palabras le permiten llenar de racionalidad su decisión normativa. Un legislador penal, y lo mismo podría decirse de cualquier otra rama del Derecho, es consciente de la trascendencia de sus decisiones, las cuales como se sabe son portadoras la mayoría de las veces de restricciones a las libertades de los individuos y se traducen, por vía de la sanción, en limitaciones intensas a derechos y libertades, todo ello, claro está, determinado por la gravedad de una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y con ello la convivencia social. Ciertamente es que el legislador ideal no realiza su tarea basado en prejuicios, presiones mediáticas o consignas políticas, pues, siempre en el plano ideal, es un portavoz de las reales necesidades de un colectivo y no simple “notario de decisiones políticas extraparlamentarias”. El legislador penal requiere de otros límites para el correcto ejercicio de su función. No le bastará conocer, intervenir, guiar, o simplemente identificar las diferentes estaciones de la etapa prelegislativa que aquí han sido presentadas, sino que, además, deberá respetar los límites que política y doctrinalmente han venido sirviendo de sólidas estructuras del Derecho penal de nuestros tiempos. Estos límites operan, por decirlo de esta forma, en la etapa legislativa propiamente dicha. Sirven de marco regulador y limitador de

esta facultad o poder de tipificación de conductas de que está dotado un legislador. Se trata, ni más ni menos, que de límites materiales insoslayables.

Podría pensarse que esta reiteración temática de los límites a la potestad punitiva del Estado sale sobrando, por estimar que es bien conocida por todos. Esta, como otras generalizaciones, no puede sustentar una descalificación a la importancia del tema. Lo cierto es que, aunque establecidas en el texto constitucional, estas limitaciones a la potestad sancionadora del Estado no siempre son aplicadas o tenidas en cuenta a la hora del acto legislativo. Estos principios materiales delimitan rígidamente la función del legislador penal y orientan la actuación del juzgador, ofreciendo de esta forma al ciudadano una cortina protectora frente a eventuales excesos omnímodos del Estado, al tiempo que delimitan el ámbito de lo penalmente prohibido y, por eso mismo sancionable. Hablar de principios limitadores del poder punitivo del Estado ciertamente significa hablar de la propia legitimidad del Derecho penal, pero también dice de la legitimidad del Estado mismo, lo que en palabras de Muñoz Conde<sup>86</sup> puede describirse así: “Un Estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales, engendra a su vez un Derecho penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del *statu quo* del modelo de Estado al que sirve. Un Estado democrático debe dar lugar, en cambio, a un Derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, de igualdad y libertad, que son la base de una democracia”. Nos adherimos, por supuesto, a esta segunda opción.

**Segunda reflexión.** Es ya un lugar común en la doctrina penal señalar que la legitimación del Derecho penal deriva, precisamente, del modelo fijado en la Constitución, en la Declaración Universal de

86 Muñoz Conde Francisco y Mercedes García Arán, Derecho penal. Parte General. Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 64. En similar sentido, García Rivas, Nicolás, El Poder Punitivo en el Estado Democrático, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pág. 43 y ss., también Moreno Hernández, Moisés, Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México, Editorial *ius poenale*, México, 1999, pág. 101 y ss.

los Derechos Humanos y en los Tratados y Pactos Internacionales suscritos con arreglo a la norma constitucional<sup>87</sup>, en donde se han residenciado algunos de los más importantes principios, entre estos el de legalidad de los delitos y las penas. Algunos otros principios no pueden apreciarse directamente como parte expresa del texto constitucional ya que son el resultado de la reflexión teórica, sustentada en el modelo constitucional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, todos y cada uno de los principios, que más adelante comentaremos, gozan del reconocimiento uniforme de su importancia, pues la carencia de alguno de estos representará una deficiencia notoria e indeseable, más si lo que pretendemos es construir un Derecho penal respetuoso de la dignidad y libertad humana. Esta orientación teórica y política reconoce antecedentes históricos situados en la segunda mitad del siglo XVIII, momento cumbre en la historia del Derecho penal al surgir con luminosa fuerza ideas y postulados políticos que, por lo menos a nivel teórico, reducían la presencia del Estado cuyo excesivo poder sería controlado y limitado<sup>88</sup>. A partir de entonces, el desarrollo y la complementación conceptual de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal han venido recibiendo por parte de la doctrina notoria consideración y, sobre todo, han servido de estructura arquitectónica sobre la cuál se han venido construyendo los edificios legislativo y judicial. El discurso del legislador penal es un discurso político, un discurso político en materia de criminalidad, que pretende hacerle frente a una realidad compleja y problemática materializada en conductas delictivas que, por su gravedad, merecen una reacción enérgica (la pena o medida de seguridad). Esta facultad o poderío legislativo no puede ejercerse sin más, es decir, sin contar con limitaciones, igualmente de carácter político que el legislador democrático asume sin cortapisa. El discurso jurídico (es decir, el creado por

87 Una compilación de los más importantes documentos internacionales en materia de Derechos Humanos puede verse en Vidaurri Aréchiga, Manuel y Miguel Valadez Reyes, *Derechos Humanos y Justicia Penal*, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guanajuato y Procuraduría General de Justicia del Estado, 2002.

88 Muñoz Conde, y Mercedes García Arán, op. cit., pág. 65. Moreno Hernandez, Moisés, op. cit., pág. 111.

el legislador), es, en palabras de Zaffaroni, “una elaboración intelectual que se le ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuada a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). Es en sí mismo una propuesta o programa político”<sup>89</sup>. Tal elaboración intelectual de que nos habla el profesor argentino no se construye con base en ocurrencias o desplantes autoritarios, más propios de un modelo totalitario, sino que, por el contrario, surge de una cuidadosa confección ceñida a los componentes teórico-políticos que integran cada uno de los principios estructurales o limitadores del poder penal. Pero, como es de notarse, en la construcción del Derecho concurren generalmente dos actores claves, cuyas motivaciones no siempre encuentran su origen en una misma ideología política, en una formación y conocimiento de la materia uniforme o, incluso, en un proyecto de nación coincidente; lo usual es que sea todo lo contrario, aunque rara sea la ocasión en que haya identidad de propósitos.

**Tercera reflexión.** Entonces, como antídoto a la ingenuidad, viene bien recoger las reflexiones hechas por Zaffaroni cuando se ocupa de lo que él caracteriza como la enajenación política del teórico y la enajenación técnica del político. En el primero de los casos<sup>90</sup>, **la enajenación política del teórico**, el autor invocado parte de la afirmación según la cuál todo concepto jurídico penal es un concepto político, aunque también es un concepto técnico –“toda política es una tecnopolítica”, dice-. Agregando que cuando se pretende eliminar el método jurídico para caer en el puro discurso político, el producto será “un discurso clientelista de oportunidad sin contenido racional (o con una racionalidad propia, que es la del estado de policía, o sea la funcionalidad para quien manda). No importa si la naturaleza política del discurso jurídico penal se ha tenido en cuenta al elaborarlo, porque siempre será lo que es, aunque quien lo elabore lo ignore”, más enfáticamente señala:

89 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Política y dogmática jurídico penal*, ediciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, pág. 11.

90 *Op. cit.*, pág. 13 y ss.

“pueden elaborarse conceptos y aún enteros sistemas jurídico penales ignorando su esencia política y sus consecuencias reales: esto dependerá de la mayor o menor *enajenación* o *alienación* del teórico”. Reconoce que la enajenación política no es fácil de abordar, aunque es posible identificar dos sentidos concretos, a) el *intencionalismo*, que pretende que cada discurso se elabora en la medida de una intención política coherente y así se desarrolla, incluso hasta en los más mínimos detalles, amén de que cuenta con la plena consciencia del teórico que la formula; b) en este otro extremo, se rechaza el análisis político en virtud de la complejidad a la hora de identificar la ideología del autor. Para Zaffaroni ninguna de estas dos propuestas es correcta, pues el *intencionalismo* “pretende ver una coherencia ideológica que casi nunca existe, y su atractivo deriva sólo del que produce cualquier versión un tanto paranoica, siempre más imaginativa que la rastrera realidad”; más adelante sostiene que el hecho de que la enajenación política provoque discursos manifiestamente incoherentes entre la ideología política y la discursiva de los autores en particular, no puede estimarse un argumento para evitar el análisis político de su discurso, el que siempre, aunque esto lo ignore su autor, será un discurso político. Concluye el jurista argentino con estas palabras “puede afirmarse que todos padecemos cierto grado de enajenación política, producto de nuestro entrenamiento, que limita nuestra posibilidades de conocimiento. Notamos las alienaciones políticas ajenas y especialmente de tiempos lejanos, pero vendrán quienes se ocuparán de las nuestras”<sup>91</sup>. Por lo que hace a **la enajenación técnica del político**, considera Zaffaroni que la enajenación técnica del político no se produce cuando el político “elabora un discurso al que aún le falta su articulación técnica (defecto pasajero, dice él), sino cuando el político elabora un discurso que abjura de la técnica (defecto irremediable)<sup>92</sup>; textualmente afirma: “la comunicación masiva favorece el desarrollo de estos discursos, que asumen la forma *völkisch* y redundan en

---

91 Zaffaroni, *op. cit.*, pág. 14

92 *Op. cit.* pág. 15. cursivas en el original.

banalidades y falsedades clientelistas, refuerzan los prejuicios e identifican chivos expiatorios<sup>93</sup>; en todo caso, el propio autor nos advierte que las más peligrosas combinaciones tienen lugar entre fenómenos de enajenación política de teóricos con otros de enajenación técnica de políticos, pues generan un vacío que permite dar forma técnica a cualquier discurso político. “Por lo general –agrega–, la corporación jurídica suele caer en la enajenación política cuando arrecian los discursos *völkisch*, pues éste siempre es violento, arrollador, injurioso e impone miedo, al que son vulnerables no sólo los políticos profesionales, sino que tampoco son inmunes partes considerables de los propios estamentos judiciales y académicos<sup>94</sup>”.

**Cuarta Reflexión.** Las reflexiones zaffaronianas que hemos recogido en el apartado anterior, nos permiten reclamar, tanto de los políticos como de los teóricos, una claridad de posiciones y, más aún, una sinceridad en la exposición de las mismas. Tan inadmisibles resultan aquellas construcciones jurídicas (discursos) que escamotean su origen político, como igualmente resultan inadmisibles aquellos discursos que se construyen al margen (abjurando) de la técnica propia de la materia. Acaso entonces tenga sentido ocuparse nuevamente de los principios que limitan el poder penal del Estado, por ser precisamente estos principios la amalgama del conocimiento técnico y de la visión o interés político. El principio de legalidad, por ejemplo, es una muestra de lo antes señalado. Suele decirse de este principio que tiene un doble matiz o significación, por un lado es la expresión de un concepto político, íntimamente vinculado con la idea de Estado derivada del movimiento revolucionario francés y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; La obra de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*<sup>95</sup>, aparecida en su primera edición en 1764, constituye un antecedente ideológico indiscutible de la perspectiva política

93 *Ibidem*. Nos hemos atrevido a traducir el concepto *völkisch* como populista.

94 *Ibidem*.

95 No son pocas las ediciones de esta importante obra, en todo caso puede consultarse la novena edición de Porrúa, que es facsimilar, México, 1999.

del principio de legalidad. Pero, por otra parte, es la obra de Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*<sup>96</sup>, en donde es frecuente que se ubique la expresión científica del principio de legalidad, incluso es este autor quien formula en latín las conocidas expresiones: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poene legali*. El posterior desarrollo de la disciplina jurídico-penal ha ido generando nuevas limitaciones al poder estatal de castigar, mismos que operan en los ámbitos de la legislación penal sustantiva y adjetiva, aunque con claras restricciones y orientaciones para el ámbito de la ejecución de sanciones, razón por la cual ejercen una fuerte directriz sobre el trabajo legislativo y sobre el ejercicio de la función jurisdiccional. Luego, en la construcción de un Derecho penal liberal, es decir aquél que considera a la persona humana como su fin y no como su medio (expresión que confronta al Estado democrático con el Estado Totalitario), la elaboración legislativa y doctrinaria del mismo parte necesariamente de la observancia de los siguientes principios: de legalidad, de materialidad, de tipicidad, de presunción de inocencia, de intervención mínima, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, de humanidad, de irretroactividad, de proporcionalidad y prohibición de exceso, de readaptación social, entre otros. A la hora actual del Derecho penal, no es posible sostener que estos principios sean los únicos, aunque si podemos afirmar que se trata de los más importantes. No es tampoco conveniente que, como enfáticamente nos lo hace ver García Rivas, consideremos que los principios señalados figuren en una suerte de catálogo cerrado, ya que es mejor hablar de una lista abierta, estrechamente ceñida a los valores constitucionales<sup>97</sup>; la posibilidad de su efectiva concreción tiene como punto de partida el reconocimiento del postulado constitucional y la adhesión al mismo del legislador.

96 Traducción de la décimo cuarta edición alemana (Giessen, 1874) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989; especialmente de la pág. 63 y siguientes donde se ocupa de los principios primeros del derecho punitivo.

97 García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., pág. 45.

## **6.- Sobre los límites al *Ius Puniendi*.**

Habrá quien sostenga –y con cierta razón- que meditar una vez más sobre los límites al *ius puniendi* constituye una tarea innecesaria, sobre todo cuando, se supone, estos límites son hartamente conocidos. Luego entonces, estas líneas alcanzarán una mínima justificación si advertimos a lector que las mismas van dirigidas especialmente a quienes se inician en los estudios del Derecho penal<sup>98</sup>, lo que, definitivamente, las aleja de las discusiones más profundas que ocupan, en algunos casos, a los investigadores más adentrados en la disciplina. No obstante lo declarado, creemos que ocuparnos de estos principios también puede ser útil para recordarle al legislador las limitaciones impuestas a su potestad por el modelo de Estado de Derecho que habrá de respetar a la hora de realizar su función. Limitaciones que, por otra parte, también aplican en la función realizada por jueces, fiscales y abogados defensores para quienes estas acotaciones al *ius puniendi* representan sólidas herramientas de protección del ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

Luego de esta justificación, toca hacer una exposición breve de algunos principios en los que se traducen las limitaciones al poder punitivo tantas veces mencionadas.

## **7.- El Principio de Legalidad.**

Es, por así decirlo, el principio penal por excelencia. Se trata ni más ni menos que del apotegma que define al auténtico Estado democrático y de Derecho. De acuerdo con este principio, no podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna si la conducta realizada no está previamente a su perpetración consignada o descrita en una ley como delito y, por supuesto, tampoco será posible la imposición de una sanción si ésta no está definida previamente en la ley.

---

<sup>98</sup> Desde el año de 1994 incluimos en el programa del primer curso de Derecho penal del plan de estudios de licenciatura la explicación de estos límites al poder punitivo del Estado.

Tradicionalmente, desde los tiempos de Feuerbach, la expresión *nullum crimen nulla poena sine lege*, recoge claramente el contenido material del principio de que hablamos. Según Moreno Hernández, este principio exige a los órganos del Estado un ejercicio de su poder apegado a lo establecido en la ley, pero también impone a los creadores de ésta la obligación de diseñarla con claridad y precisión, pues de tal proceder derivará la seguridad jurídica para los individuos<sup>99</sup>. El legislador penal habrá de tener presente que el principio de legalidad contiene, a su vez, una serie de garantías, entre las que están la de irretroactividad de la ley penal favorable, la de taxatividad, la de reserva de ley, el de *ne bis in idem*. En nuestro esquema legal este principio se localiza en el artículo 14 de la carta constitucional. Su acatamiento es amplio en la legislación secundaria federal y de cada una de las entidades federativas, en donde se fijan catálogos de delitos, penas y medidas de seguridad<sup>100</sup>. Al situarse dentro de los primeros 29 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la legalidad penal alcanza el rango de garantía individual, lo que, dicho de otra forma, constituye el patrimonio garantista de los individuos y, por consecuencia de ello, cualquier interpretación de su expresión normativa (artículo 14 constitucional) debe realizarse al tenor de este hecho.

Esta garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado se fragmenta en las siguientes: a) *garantía criminal*, de acuerdo con la cuál solo puede considerarse delito aquello que así haya sido definido por la ley; b) *garantía penal*, sólo es posible imponer aquella pena (o medida de seguridad) fijada en la ley; c) *garantía jurisdiccional*, que se deduce de la prohibición expresa dirigida a los jueces para imponer penas que no estén decretadas en una ley exactamente aplicable al delito, y menos que estas se

99 Moreno Hernández, Moisés, *Política Criminal y Reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, Editorial Ius Poenale, México, 1999, pág. 115.

100 Como consecuencia del principio de la doble vía se alude, casi en automático, a medidas de seguridad, pero resulta que nuestra Constitución no contiene una referencia específica a esta forma de reaccionar frente al delito; en el mismo sentido véase García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal*, Editorial Mc Graw Hill, UNAM, México, 1998, pág. 25.

apliquen por simple analogía y aún por mayoría de razón, y, d) garantía de ejecución, que desautoriza la aplicación de sanciones penales en forma distinta a la establecida en la ley.

A diferencia de nuestro sistema jurídico, en otras disposiciones constitucionales, el principio de legalidad aparece expresamente consignado, como es el caso del artículo 25.1 de la Constitución Española que a la letra dice: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En el contexto legislativo penal nacional puede mencionarse el nuevo código penal del Distrito Federal<sup>101</sup> cuyo libro primero, contiene un título preliminar que denomina como de los principios y garantías penales, recogiendo justamente los de legalidad, tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón, prohibición de la responsabilidad objetiva, de bien jurídico y antijuridicidad material, de culpabilidad y el de jurisdiccionalidad. Por lo demás, el hecho de que en otras legislaciones penales no se plasmen con tal nivel de precisión estos principios no quiere decir, sin embargo, que estos no existan y mucho menos que no deban respetarse; “para efectos normativos –sostiene García Ramírez- basta con la previsión legalista del texto constitucional. No es necesario reiterarlos en ordenamientos secundarios”<sup>102</sup>.

Toca ahora referirnos a las otras expresiones apuntadas del principio de legalidad. Por lo que hace a la irretroactividad de la ley penal, dice el texto constitucional mexicano en su artículo 14: “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, palabras con las que el legislador penal ha querido destacar el valor de la seguridad jurídica de los ciudadanos frente al poder penal del Estado, aunque, en palabras certeras de Lascuraín

101 Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 16 de julio de 2002. Reformado por decreto publicado el 3 de octubre de 2002. Véase en particular los artículos 1 a 6 inclusive.

102 García Ramírez, Derecho penal, op. cit., pág. 24.

Sánchez<sup>103</sup>, “la irretroactividad de las normas penales no sólo es un imperativo del valor seguridad, sino que entronca también con la legitimación democrática del Estado a través del valor de la libertad entendida, en sentido genérico, como autonomía personal. Y lo hace de un doble modo: de un lado, posibilitando que el individuo ejercite tal autonomía, y, de otro, posibilitando que el Estado proteja los márgenes sociales de libertad a través del Derecho sancionador”. Con base en lo anterior, creemos que un sentido elemental de la justicia, y al mismo tiempo de la legitimación del propio orden jurídico-penal, nos orienta y dirige a pensar que no se nos puede castigar sin habernos avisado previamente de que el comportamiento realizado traería tal consecuencia, y no se nos puede seguir castigando por algo que ha dejado de ser considerado como merecedor de sanción alguna. Es generalizada la opinión doctrinal en el sentido de que las normas jurídicas, sin que las penales sean la excepción, rigen para el futuro, de lo que desprendemos claramente que el principio de irretroactividad implica que una ley no debe normar actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que los mismos sean regulados<sup>104</sup>. Lo que el artículo 14 constitucional proscribía es la aplicación desfavorable. Luego, a contrario, es admisible la retroactividad beneficiosa, aunque, como explica García Ramírez<sup>105</sup>, “la previsión constitucional se dirige, precisamente, a la aplicación de normas *ex post facto*; solo admite las *ex ante*. No hay en cambio, prohibición de expedir normas con pretensión retroactiva. Todo esto posee una doble consecuencia, que se puede expresar con terminología procesal. Rige la *reformatio in melius*, esto es, la alterabilidad de situaciones jurídicas por reformas favorables; y se desecha la *reformatio in pejus*, es decir, la alteración de situaciones jurídicas por cambios perjudiciales”.

103 Lascaraín Sánchez, Juan Antonio, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 23.

104 Partiendo de un análisis constitucional conviene revisar lo señalado en este punto por Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, 1981, pág. 495 y ss., hay ediciones recientes.

105 García Ramírez, *Op. cit.*, pág. 27; cursivas en el original.

## 8.- El Principio de exclusiva protección de Bienes Jurídicos.

No son pocos los que opinan que el Derecho penal de un Estado social, democrático y de Derecho no puede castigar cualquier conducta realizada por el individuo, sino aquellas que, efectivamente, lesionen o pongan en peligro un bien jurídico<sup>106</sup>. “El principio de *ofensividad* o *lesividad* (denominación que algunos autores dan al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) hunde sus raíces en la doctrina del *contrato social*, de origen ilustrado y cuño liberal, que asumiría el movimiento político-constitucionalista después. De acuerdo con tales premisas, sólo se legitima una restricción severa de derechos del individuo (intervención penal) si esta es imprescindible para garantizar los derechos y libertades de la mayoría social”<sup>107</sup>. Por lo tanto, podemos reiterar nuestra afirmación<sup>108</sup> según la cuál el Derecho penal cumple una función protectora de aquellos bienes jurídicos que son importantes para la sociedad; sin embargo, vale señalar que aunque la función básica del Derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos esto de ninguna manera quiere decir que *todo* bien jurídico deba ser protegido penalmente.

Ahora bien, el concepto de bien jurídico, no ha sido de aquellos exentos de polémica doctrinal en cuanto hace a su definición, contenido y específica función delimitadora. Históricamente, el concepto de bien jurídico suele adjudicársele a Birnbaum, quien lo habría formulado a mediados del Siglo XIX; aunque también Von Liszt se ocupó de caracterizar esta categoría fundamental del Derecho penal. Finalmente, las más recientes explicaciones estiman que el de bien jurídico es un concepto sustentado en la política

106 Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, op. cit., pág. 75; García Pablos de Molina, Antonio, Derecho Penal. Introducción, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pág. 365; Luzón Peña, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte general I, op. cit., pág. 82. Para una revisión más amplia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se recomienda la lectura del capítulo dedicado por Nicolás García Rivas en su libro El poder punitivo en el Estado democrático, op. cit., pág. 46 y ss.

107 Así, entre otros, García Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, pág. 365. Cursivas en el original.

108 Ut supra, apartado 2.- Fundamento del Derecho penal.

criminal de corte “liberal”<sup>109</sup> la que, en efecto, impone límites al Derecho penal, cuyas fronteras de actuación las encontraremos en la delimitación que se haga de lo que puede o no considerarse objeto de protección, en este caso, penal. Según Mir Puig, y nosotros nos adherimos a sus palabras, un Estado social y democrático de Derecho “sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”<sup>110</sup>, todo lo cual nos lleva a sostener, conjuntamente con el autor invocado, que el Estado social y democrático no habrá de ocuparse entonces de proteger mandatos puramente formales, intereses poco importantes, ni valores puramente morales que no pongan en grave riesgo al sistema social<sup>111</sup>.

Resumidamente: según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir ante la amenaza de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos concretos, no estando facultado el legislador para establecer sanciones por la realización de conductas que, aunque inmorales o meramente marginales, realmente no afecten bienes jurídicos. Por lo demás, un fundamento funcional de este principio se sustenta en el principio de necesidad de la pena para la protección de la sociedad, de lo que se sigue la comprobada ineficacia y desproporcionalidad de una respuesta tan grave como la que ésta representa ante conductas que no ataquen bienes jurídicos.

## **9.- El Principio de Intervención Mínima o de *Última Ratio* y carácter Fragmentario.**

Nos ubicamos en la misma línea de pensamiento de Muñoz Conde<sup>112</sup> al sostener que el poder punitivo del Estado debe estar

109 Cuando nos referimos a política criminal o dogmática penal <<liberal>> nos referimos a aquél sistema jurídico-penal en donde la persona humana ocupa el sitio más elevado de la pirámide axiológica. En la posición contraria estarían los sistemas totalitarios. Véase Luzón Peña, Curso de Derecho penal. Parte general I, *op. cit.*, pág. 82.

110 Mir Puig, Derecho penal. Parte general, *op. cit.*, pág. 76.

111 Mir Puig, Derecho penal. Parte general, *op. cit.*, pág. 76. De la misma opinión Luzón Peña, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte general I, *op. cit.*, pág. 83.

112 El planteamiento de Muñoz Conde sobre este principio, originalmente se recogió en su libro Introducción al Derecho penal, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975, pág. 59 y ss.

regido y limitado por el principio de intervención mínima, lo que quiere decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes; las lesiones menos intensas o más leves del orden jurídico pueden ser objeto de atención y protección de otras ramas del Derecho (Derecho civil o Derecho público, por ejemplo). Incluso algunas infracciones podrían ser revisadas y sancionadas mediante recursos extra-jurídicos, los que, en ocasiones, llegan a ser mucho más eficaces que los propiamente legales. Una primer consecuencia de este éste principio es la que asigna al Derecho penal un carácter subsidiario respecto de otras ramas del Ordenamiento jurídico. “El Derecho penal, como todo Ordenamiento jurídico –explica Muñoz Conde-, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el Derecho penal tiene un carácter subsidiario”<sup>113</sup>.

Si admitimos, como aquí lo hacemos, que el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos, ni penar toda acción u omisión que gravemente los vulnere, estamos afirmando el carácter *fragmentario* del Derecho penal, lo que significa que de todas las acciones prohibidas por el ordenamiento jurídico general, el derecho penal se ocupa, única y exclusivamente, de una parte, es decir, de un *fragmento*, siendo tales aquellas que revisten mayor entidad o importancia. Sobre este punto, Mir Puig<sup>114</sup> enfáticamente ha declarado que el carácter fragmentario del Derecho penal es, al mismo tiempo, característica del Estado de Derecho, aquél que es respetuoso de la libertad del ciudadano.

---

y se retoma en su libro, firmado conjuntamente con Mercedes García Arán, Derecho penal. Parte general, op. cit., pág. 66, texto que utilizaremos preponderantemente.

113 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal Parte General*, op. cit., pág. 67.

114 En su Introducción a las bases del Derecho penal, op. cit., pág. 110.

Por otra parte, las legislaciones penales actuales recogen este carácter fragmentario al menos en tres expresiones<sup>115</sup>, siendo estarlas siguientes: a) defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones o tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos supuestos, etc. b) tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y c) dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Según M. E. Mayer<sup>116</sup>, filósofo y penalista alemán, el bien jurídico debe *merecer*, *necesitar* y *ser capaz* de protección. Esta triple cualidad debe ser reconocida plenamente por el legislador a la hora de intentar proteger penalmente un determinado bien. De tal manera que, la cualidad de *merecedor de protección* que debe tener un bien depende del valor que le atribuya a ese bien una determinada cultura. La *necesidad de protección*, por su parte, dependerá del hecho confirmado del fracaso o insuficiencia de protección del bien en que hayan incurrido otras ramas jurídicas, y, por último, la *capacidad de protección* radica en el hecho de que no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección son igualmente capaces o idóneos para esa protección, como sucede, por ejemplo, con la moral sexual -sobre este punto, cabe señalar que la misión del Estado es garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos-<sup>117</sup>.

La reiterada referencia doctrinal de *última ratio* del Derecho penal exige algunos comentarios. Sobre todo después de las consideraciones previamente realizadas sobre el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, del que también se pregona que debe ser el último recurso al que el Estado debe acudir, a falta de otros menos lesivos, para cumplir con su

---

115 Siendo explicadas por Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal. Parte general, *op. cit.*, pág. 74.

116 Citado por Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal. Parte general, *op. cit.*, pág. 75.

117 Así Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal. Parte general, *op. cit.*, pág. 76.

función protectora. Consecuentemente, la protección de intereses sociales reclama del Estado, efectivamente, la utilización de todos los medios posibles para su consecución. Pero, antes de acudir al Derecho penal, se sugiere sean utilizados los medios menos lesivos de que dispone. Así, pues, en una suerte de intervención estatal progresiva propone, en primer término, la utilización de medidas desprovistas del carácter de sanción y, en su lugar, valerse medidas de política social. Luego, ante el fracaso de las anteriores, en segundo lugar podrían aplicarse sanciones no penales, como las derivadas del Derecho civil o del administrativo; y, por último, al fallar las dos medidas anteriormente expuestas, entonces sí utilizar la fuerza de la pena o medida de seguridad.

Por desgracia, esta idea rectora del Derecho penal liberal de *última ratio* en la actualidad parece ir cediendo a lógicas expansivas como las descritas, entre otros, por Silva Sánchez<sup>118</sup>, en donde el Derecho penal deja de ser la *última* para convertirse en la *prima ratio*, pudiendo convertirse en la *única*, lo que sería poco menos que indeseable.

## 10.- Principio de Efectividad, Eficacia o Idoneidad.

En términos generales, según este principio, el Derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito, debiendo, por tanto, evitar su utilización cuando sea político-criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o, incluso, hasta contraproducente<sup>119</sup>. El legislador penal, en este supuesto, tendrá a su disposición la utilización de otras medidas, jurídicas o no, que resulten más adecuadas para reaccionar con efectividad ante el delito o la conducta antisocial. Los basamentos de este principio son, entre

118 Silva Sánchez, Jesús María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999. Una descripción sobre lo que ha dado en llamarse “moderno” Derecho penal, puede verse en Muñoz Conde, Francisco, “El moderno Derecho penal en el Nuevo Código penal. Principios y tendencias”, en Revista Investigaciones Jurídicas, Departamento de Investigaciones Jurídicas, números 59-60, Universidad de Guanajuato, 1996.

119 Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, op. cit., pág. 84.

otros, los propuestos por M. E. Mayer respecto del bien jurídico y que obligan determinar si éste merece, necesita y es capaz de protección, de lo que se sigue que las medidas penales adoptadas por el legislador deberán estar en clara consonancia con esta perspectiva tridimensional. De tal suerte pues, que el Derecho penal será efectivo, idóneo o útil, en tanto cuanto se refiera a bienes jurídicos que, por su importancia, realmente merezcan, necesiten y, aún más, sean capaces de protección.

## 11.- El Principio de Proporcionalidad.

Otra forma de limitar el *ius puniendi* la encontraremos en éste principio, de acuerdo con el cuál la gravedad de una sanción penal (pena o medida de seguridad) habrá de expresar indefectiblemente una relación de proporcionalidad con la gravedad del hecho antijurídico perpetrado. En otras palabras, si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave, lo que determina que tanto el establecimiento de penas como su imposición requieren de la vinculación valorativa con el hecho cometido. Nótese entonces que el principio de proporcionalidad se expande en una doble dimensión: por un lado, hacia el legislador penal que deberá establecer, en abstracto, penas o medidas de seguridad cuya gravedad sea proporcional con la gravedad del hecho ilícito realizado; y, por otro lado, se alude a los jueces, quienes habrán de imponer la pena correspondiente sin descuidar la concreta gravedad del delito cometido.

La determinación de la pena que ha de aplicarse al responsable de una infracción criminal, como certeramente afirman Mapelli y Terradillos<sup>120</sup>, requiere de un proceso de concreción que se inicia en la ley y concluye en el momento en que termina la ejecución de la pena; la importancia de este proceso es capital, puesto que la decisión final de la pena que realmente habrá de aplicarse al individuo autor del hecho antijurídico viene

---

120 Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, tercera edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 187.

condicionada por los objetivos que con aquella se persigue; ya se sabe, por lo demás, que los fines que la pena busca concretar son de retribución o de prevención. Coincidimos con García-Pablos de Molina en la explicación que hace de lo anterior con las siguientes palabras: “el principio de proporcionalidad se aviene tanto a las exigencias de la retribución, como a las de prevención”. La proporcionalidad –precisa el autor citado- “es una idea de justicia inmanente a todo el Derecho, porque éste trata de dar a cada uno lo que merece, retribuyéndolo con arreglo al valor de su conducta. En este sentido, la hipertrofia cualitativa del Derecho penal propia de un Estado totalitario representó una quiebra histórica a la exigencia de adecuación de la consecuencia jurídico a su presupuesto. Pero la idea de proporción, como límite de *ius puniendi* conviene también, a la prevención, por cuanto condiciona la propia eficacia de la pena. No hay pena más efectiva que la pena justa y proporcionada: la pena desorbitada puede llegar a ser criminógena<sup>121</sup>”.

## 12.- El Principio de Culpabilidad.

Una cosa es referirse al *concepto* de culpabilidad -en tanto categoría dogmática de la teoría del delito-, y otra, bien distinta, es ocuparse del *principio* de culpabilidad –en tanto límite material del *ius puniendi*-; de esto último es de lo que se trata este apartado. No obstante esta acotación inicial, dada la profunda implicación que existe entre ambas nociones, es necesario realizar algunas precisiones.

Sobre el *concepto dogmático* de culpabilidad cabe afirmar, de entrada, que se trata de uno de los más polémicos del mundo doctrinal penal, no siendo pocas las páginas que sobre el mismo se han escrito así como tampoco son pocas las muy variadas teorías a que ha dado lugar su análisis y discusión<sup>122</sup>.

121 García-Pablos de Molina, *Derecho penal., Introducción, op. cit.*, pág. 402.

122 Intentamos recoger parte de ese intenso debate en nuestra tesis doctoral sustentada en la Universidad de Sevilla en 1989, y publicada recientemente bajo el título *La culpabilidad en la doctrina jurídico-penal española*, Universidad de Guanajuato, México, 2003.

En una apretadísima síntesis, podemos decir que con el término culpabilidad, se alude al conjunto de presupuestos indispensables para poder atribuir a alguien el hecho típico y antijurídico y, con base en ello, imponerle fundadamente una pena; de la misma manera, el de culpabilidad es un concepto que se contrapone con el de inocencia; y, en otra significación dogmática, suele utilizarse como sinónimo de responsabilidad *subjetiva*, esto es, como exigencia de “dolo” o “culpa” para fundamentar la imposición de una pena, dándose como consecuencia en este supuesto la impunidad del caso fortuito (tesis causalista). Pero también se identifica a la culpabilidad con la noción de reprochabilidad o posibilidad de atribución del hecho antijurídico a su autor, situación en la que son excluidos los supuestos de inimputabilidad -minoría de edad, enfermedad mental, etc.- (tesis finalista).

No es lugar para detenerse en las peculiaridades del concepto dogmático de culpabilidad<sup>123</sup>, pues esto reclamaría mayor dedicación y una orientación distinta de nuestra intención originaria, consistente en presentar los contenidos del principio de culpabilidad como limitador del poder penal del Estado.

Ahora bien, entendido como límite material del *ius puniendi*, el principio de culpabilidad ha sido caracterizado como una de las principales referencias garantísticas del moderno Derecho penal<sup>124</sup>. Bajo tal visión, este principio nos ofrece las siguientes consecuencias<sup>125</sup>:

a) Dotando de contenido al principio de personalidad, mismo que impide castigar a alguien por un hecho ajeno, lo que quiere decir

123 El lector interesado podrá encontrar interesantes consideraciones a este respecto en el texto de Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 119 y ss. Más recientemente, véase de Sarrulle, Oscar Emilio, *Dogmática de la Culpabilidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2001; también de Terradillos Basoco, Juan, *La culpabilidad*, Editorial Indepac, México, 2002.

124 Así lo señala, entre otros, Alvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 44.

125 Véase Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pág. 81 y ss. Alvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, pág. 44-45; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pág. 87.

que la responsabilidad colectiva, aquella que permitía castigar a todos los miembros de una familia o un pueblo, no es admisible a la hora actual.

b) Estableciendo que sólo es posible, y conveniente, sancionar por el hecho realizado y no por el “modo de ser”; hablamos, pues, de la distinción entre culpabilidad de hecho (que atiende a tipos de conductas) y culpabilidad de autor (que se refiere a tipos de autor), de la que se prefiere, por su talante garantista, la señalada en primer término.

c) Exigiendo en el comportamiento del autor la presencia de dolo o culpa, lo que quiere decir que no se aplicará pena alguna si el hecho no es imputable a título de dolo o imprudencia, rechazándose de esta manera la llamada responsabilidad *objetiva* o responsabilidad *por el resultado*, según la cuál, con independencia de si el autor habría querido o podido evitar o prever la lesión, bastaba con que ésta se hubiera realizado para que fuese posible la responsabilidad penal.

d) Impidiendo castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso o entendimiento normal de la prohibición infringida (caso de los inimputables por causa de enfermedad mental o trastorno mental transitorio o menores de edad, por ejemplo).

e) Prescribiendo como absolutamente necesario que la pena sea proporcionada al grado de culpabilidad demostrado por el autor del hecho típico y antijurídico, lo que no es otra cosa que una clara remisión al principio de proporcionalidad que ya tratamos en otro momento.

Aunque el principio de culpabilidad guarda una férrea vinculación con el principio de presunción de inocencia<sup>126</sup>, ninguno de estos

---

<sup>126</sup> Un deseable debate de este principio hace recomendable la lectura del texto de Romero Arias, Esteban, *La presunción de inocencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, quien realiza

se encuentra expresamente recogido en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>127</sup>, aunque, de alguna manera, sí están presentes a través de su consignación en diversos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, entre los que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>128</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>129</sup> o la Convención Americana de los Derechos Humanos<sup>130</sup>, cuya observancia es obligatoria para la autoridad, pudiendo ser invocados en defensa del inculpado, y en clara referencia a su dignidad como ser humano.

### **13.- Principios de Humanidad de las Penas y Dignidad de la Persona.**

Con base en estos principios, el poder penal del Estado ha ido reduciendo progresivamente la intensidad de sus intervenciones

---

un estudio pormenorizado de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental, referido al sistema jurídico español. En nuestro medio de reciente aparición, téngase en cuenta el libro de Raúl F. Cárdenas Rioseco, *La presunción de inocencia*, Editorial Porrúa, México, 2003, realizando una revisión amplia en el contexto de nuestra sistemática jurídica nacional, incluyendo las consideraciones que se hacen en Tratados Internacionales suscritos por nuestro país; Nader Kuri, Jorge, “¿Dónde está el principio de presunción de inocencia?”, en *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Procuraduría General de la República, número 12, Octubre 2004-Marzo 2005, México, pág., 297 y ss.,

127 El 29 de marzo del 2004, fue presentada a la Cámara de Senadores una propuesta de reforma constitucional a numerosos preceptos de la misma en materia penal, entre estos se contiene un apartado específico sobre la presunción de inocencia. Sumamente interesante es el análisis y comentarios que formula el profesor Doctor Sergio García Ramírez, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo “Comentarios a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo del 2004”, que puede obtenerse en <http://www.juridicas.unam.mx>

128 Aprobada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948. Ver su artículo 11.1.- “Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

129 Aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200(XXI), el 16 de diciembre de 1966. Aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980. Ratificado por México el 24 de marzo de 1981, y publicado en el Diario Oficial 20 de mayo de 1981. Ver su artículo 14.2.- “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

130 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 Aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y Ratificada por México el 24 de marzo de 1981, publicándose en el Diario Oficial el 7 de mayo de 1981; ver su artículo 8.2.- “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

sancionadoras. De acuerdo con García Ramírez<sup>131</sup>, “la variación de las ideas penales, bajo el influjo del humanismo, transformó a fondo el régimen de penas. Se procuró que la de muerte quedase consumada en un solo acto, sin agregar tormentos (fue, *v.gr.* el caso de la guillotina, que substituyó a la decapitación por hacha o espada). Desaparecieron de la ley otras penas corporales afflictivas. Como sanción principal quedó la privativa de la libertad, vigilada y criticada por el humanitarismo penitenciario. Paralelamente, fue proscrita la tortura, medio para obtener confesiones en el procedimiento inquisitivo. En cambio, se proclamó la regla de la confesión espontánea, y se relegó su valor para formar la convicción del juez: de *regina probatorum* a mero indicio”. Esta sintética revisión de la historia penal nos permite afianzar la idea de que los actuales Estados democráticos de Derecho no sólo prohíben las penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>132</sup> por su clarísima incompatibilidad con la noción de dignidad de las personas<sup>133</sup>, sino que, además, buscan compatibilizar esta dignidad con una de las más destacadas finalidades perseguidas por la pena: la readaptación social<sup>134</sup>. Los principios de humanidad de las penas y dignidad de la persona no deben ser entendidos como una *concesión* magnánima del Estado, sino por el contrario, representa el profundo respeto que el Estado debe tener por la persona humana sin más, pero también asumiendo que el castigo penal es, en el mundo humano que es el de la imperfección, una amarga necesidad.

131 Derecho Penal, *ob. cit.*, pág. 35.

132 De la que son ineludibles ejemplos: la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984, aprobada por el Senado el 9 de diciembre de 1985, ratificada por México el 23 de Enero de 1986 y publicada en el Diario Oficial del 6 de marzo de 1986.

133 Recordemos el primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”.

134 Segundo párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



# **GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL**

FRANCISCO ROSALES ARGÜELLO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Antecedentes. II. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil en Nicaragua. III. Constitución de 1987. IV. La Constitución y el Anteproyecto de Código Procesal Civil. 1. Principio de Supremacía Constitucional arto. 182 Cn. 2. En el Título IV Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense, Capítulo I, Derechos Individuales. 3. V Serie de normas dispersas que contienen el Principio de Legalidad. véase artos. 32, 130, 160, 183 Cn. VV. Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil. A. Libertad Individual – Principio Dispositivo. B Garantías Procesales o el Debido Proceso. C. Tutela Judicial Efectiva.

## **I. Antecedentes.**

El tema de las garantías constitucionales en el procedimiento civil, tanto a nivel nacional, como regional e internacional, es un tema por así decirlo, novedoso, ya que es a partir de la Segunda Guerra Mundial, que por primera vez de manera formal y material aparecen incorporadas en las Constituciones las garantías constitucionales

---

<sup>1</sup> Magistrado Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Maestría de Derecho y Licenciatura en Derecho en la Universidad Pantheon-Sorbonne, París I. Diplomado de Estudios Superiores en Derecho Privado- Mención Social en la Universidad Pantheon-Sorbonne, París I. Ha sido Investigador UER 12 en Pantheon Sorbonne de París, Ministro del Trabajo, Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. (UNAN) y Decano y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Centroamericana (UCA). Catedrático Universitario.

relativas al proceso civil, lo que no se puede decir en materia penal donde sí hubo un fuerte desarrollo de las garantías constitucionales. En América Latina, es Eduardo J. Couture quien en 1945 a través de un Proyecto de Código Procesal Civil y asimismo de un clásico trabajo sobre “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”<sup>2</sup> introduce el tema explicando la ausencia de estas garantías en los Códigos de Procesamiento Civil Latinoamericanos, señalando que fundamentalmente esta ausencia tiene que ver con el hecho que esta legislación procesal civil tuvo como fuente la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (1855), “*la que constituye una estratificación secular de antiquísima forma del proceso romano canónico*”.

Sin embargo debemos observar que se habla de garantías constitucionales a partir de la concepción del Estado Moderno y donde como afirmaba García Pelayo citando el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “*Toda sociedad que no tiene una clara separación de poderes y una garantía de derechos asegurada, no tiene Constitución*”, es decir que a partir de la clásica División de Poderes es que insurgen en las Constituciones las Declaraciones de Derechos y Garantías. No obstante, debemos reconocer que es en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787) donde aparece muy tenuamente la referencia a los derechos de la persona humana en relación a la administración de justicia. En este sentido Juan Colombo Campbell<sup>3</sup> en su Obra, El Debido Proceso Constitucional, menciona la Quinta y la Catorce Enmienda, referidas al Debido Proceso (“Due Process of Law”) y nos cita el texto de la Enmienda Catorce: “*Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal, no denegará a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la igual protección de la ley.*” Aparece pues, el debido proceso como una garantía, vinculada a la libertad y a la propiedad, como un principio informador del sistema jurídico procesal.

2 Citado por Fix-Zamudio “Constitución y Proceso Civil en América Latina”, p. 9

3 Juan Colombo Campbell, Debido Proceso Constitucional

Por supuesto no podemos ignorar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la Constitución Francesa de 1791, en especial los artículos 4, 7, 8, 9; y el 11 que expresa: *”nul homme ne peut etre accusé, arrêté, detenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu’elle a prescrites”*, proclamando el Principio de Legalidad en materia penal.

Por otra parte, el Profesor Tena Ramírez<sup>4</sup> nos recuerda que la Constitución de Cádiz de 1812, que sirvió de modelo a toda América Latina ya consignaba en sus artículos 244 y 247 que: *“las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso que serán uniformes en todos los Tribunales; y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas”*. *“Ningún español podrá ser juzgado en sus causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado por la ley”*. Introduce el Principio del Juez Natural, del Juez competente; textos que fueron incorporados en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas. Dicho esto, debemos tener presente que el concepto de garantía constitucional moderno va más allá de la simple proclamación, tal y como señalaba Vallarta, *“El Amparo en su naturaleza, en sus fines, en su objeto...es la garantía positiva de los derechos que al hombre no pueden secuestrar ni las leyes, ni los gobiernos<sup>5</sup>... institución en fin sin las que todos los “bills of rights” que se han escrito... no serían en último análisis más que palabras pomposas, más que promesas que sólo sirven a los ambiciosos para escalar el poder; más que compromisos sin sanción que quebrantan siempre que quiere los gobiernos arbitrarios...de ahí que para Burgóa el Recurso de Amparo viene a darle al gobernado una tutela integral, constituye pues el medio jurídico eficaz para exigir y lograr por la vía coactiva su observancia...”*.

En consecuencia, debemos considerar que ha habido una cierta confusión en los textos entre lo que es garantía y lo que es

4 Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*

5 Burgoa, Ignacio - Juicio de Amparo - Ed. Porrúa - p.27

derecho. Las garantías son los medios procesales por conducto de los cuales es posible la protección y eficacia de los derechos establecidos en las Constituciones.

La protección de los derechos individuales, sin duda alguna fue privilegiada hasta antes de la Segunda Guerra Mundial. **El desarrollo del Habeas Corpus** sufrió una evolución importante tanto en los textos legales como en la Doctrina y la Jurisprudencia; el individuo tenía pues un instrumento específico para garantizar su tutela contra la actuación arbitraria y abusiva de la administración pública; por el contrario **el Procesal Civil es de desarrollo reciente**, aunque exista en los textos desde la Independencia a nuestros días a nivel de Declaración, es decir formal pero no como una garantía real. Este desarrollo limitado de las garantías constitucionales en el proceso civil y de los derechos colectivos, sociales y su garantía real, positiva solo se obtiene después de la Segunda Guerra Mundial<sup>6</sup>. El Principio de Legalidad cedió su lugar al Principio de Constitucionalidad. La constitucionalización de las garantías constitucionales de carácter procesal en materia civil, hoy es una realidad incuestionable.

## **II. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil en Nicaragua.**

Desde la Constitución de 1824 hasta llegar a la Libérrima de 1894, donde por primera vez aparece orgánicamente la concepción de un Estado moderno en Nicaragua. Todas las Constituciones anteriores, 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 radicaban en el Pueblo. Asimismo se establecía el Principio de Legalidad y de Supremacía Constitucional en los artos. 8 y 12 de la Constitución de 1826, que expresaban: *“Todo funcionario ejerce su autoridad á nombre del Estado, y*

---

6 Fix Zamudio. Ob Cit.

*conforme á la ley: ninguno es superior a ella: por ella funcionan, y por ella se les obedece y respeta”.*

En la Libérrima (1894), en resumen se proclaman los siguientes derechos en materia procesal civil y penal:

- El derecho a la defensa.
- El Recurso de Habeas Corpus, como una garantía para no ser arrestado sin orden de tribunal competente.
- No declarar contra sí mismo.
- Se prohíbe la cárcel por deuda.
- Se proclama la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar o telegráfica, de documentos o papeles privados.
- El derecho a la defensa en juicio.
- La prohibición de penas perpetuas.
- Supresión de la pena de muerte.
- Se garantiza el derecho de reunión.
- Se garantiza la propiedad.
- La igualdad de las personas en materia tributaria y se eliminan los privilegios.
- Se establece la Supremacía Constitucional, el Recurso por Inconstitucionalidad de la Ley y finalmente cabe destacar que ninguna ley puede restringir, disminuir, alterar o negar las garantías expresadas en la Constitución.

Por lo que hace a las **Constituciones de 1905 (non nata), 1911, 1939 y 1948** no introducen grandes cambios en materia de derechos fundamentales, aunque cabe señalar que en esta última por primera vez hay un desarrollo de derechos y garantías sociales, función social de la propiedad y se crea la Seguridad Social.

**En la Constitución de 1950** cabe destacar los siguientes Principios:

- a. **Principio de Igualdad**, todos los nicaragüenses son iguales ante la ley, en Nicaragua no se reconoce privilegio por razón de nacimiento, condición social o raza o por otra causa que no sea la capacidad o la virtud (artículo 36).
- b. Prohibición de la pena de muerte; (arto.37).
- c. **Garantía de la libertad individual**, solo puede ser restringida de conformidad con la ley, nadie puede ser detenido sino por medio de mandamiento del juez natural; (arto.38).
- d. **Se proclama el Recurso de Habeas Corpus**, (arto.41).
- e. **Se establece el Principio de Legalidad en materia penal**, solo se castigarán las acciones u omisiones declaradas punibles por ley anterior a su comisión.(arto. 42).
- f. **Principio de Publicidad**; (arto.43 conectado con el 235).
- g. Se prohíbe toda restricción de la libertad personal por obligaciones puramente civiles. (arto 47).
- h. **Nadie puede ser sustraído de su Juez Natural** ni llevado a jurisdicción de excepción, sino a causa de ley anterior. (arto.48).
- i. **El derecho de defensa**, a nadie se puede negar; (arto. 49).
- j. **No hay fuero atractivo.-** (arto.55).

- k. Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda ni impedida de hacer lo que ella no prohíba. artículo 61.
- l. Inviolabilidad de la propiedad y su función social. (artos. 63 y 65).
- m. Se prohíben los monopolios en interés privado. (arto. 87).
- n. **Se establece el derecho de petición;** “Toda persona tiene derecho a dirigir por escrito peticiones o reclamaciones a los poderes públicos y a las autoridades. Estos están obligados a resolver las peticiones o reclamaciones y a comunicar lo resuelto.” (arto. 117).
- o. Se establece el Principio de Legalidad Fiscal.
- p. **Se establece el principio de la cosa juzgada.** (arto. 121).
- q. **Principio de Irretroactividad de la ley.-** (arto. 123).
- r. **Principio de Supremacía Constitucional y creación de las leyes constitucionales, Ley de Amparo, Ley Marcial y Ley Electoral;** (arto. 324).
- s. **Principio de Unidad y exclusividad de la Jurisdicción:** Juzgar y ejecutar lo juzgado pertenece a los Tribunales de Justicia.
- t. **Se establece el Principio de Gratuidad.**
- u. La independencia de los jueces.- (arto. 236).

### **III. Constitución de 1987**

Finalmente por lo que hace a la Constitución de 1987 y sus reformas, debemos destacar la influencia del Derecho Internacional, que sin duda alguna fue determinante por incluir en el texto constitucional el Pacto de San José de 1969, incorporando así todo lo referente al

Debido Proceso en sus artos. 33 y 34 Cn, asimismo se garantiza plenamente los derechos emanados de los Convenios Internacionales siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. Es a partir de esta norma constitucional que 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.

Por otra parte, el Constituyente Nicaragüense, en su art. 5 Cn, establece que Nicaragua se adhiere a los Principios que conforman el Derecho Internacional Americano.

Finalmente incorpora en el art. 71 Cn la Convención Internacional de los Derechos del Niño, garantizando también su plena vigencia.

En consecuencia podemos decir que a través de la protección de los Derechos Fundamentales inherentes a la persona se incorpora garantías procesales en la Constitución, apartándose de esta manera de la concepción en la que no se contemplaba en las Constituciones el desarrollo de los principios constitucionales de carácter procesal.-

#### **IV. La Constitución y el Anteproyecto de Código Procesal Civil.**

La Constitución establece en su Título X Capítulo II, el Control Constitucional:

##### **1. Principio de Supremacía Constitucional art. 182 Cn.**

a) Protección de los derechos individuales a través del Recurso de Habeas Corpus.

- b) Tutela de todos los derechos consagrados en la Constitución a través del Recurso de Amparo.
- c) Defensa de la supremacía constitucional a través del Recurso por Inconstitucionalidad.

El instrumento que viabiliza estos Recursos es la Ley de Amparo. Artos. 187 al 190 Cn.

## **2. En el Título IV Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense, Capítulo I, Derechos Individuales.**

El constituyente establece una serie de garantías procesales penales y civiles. Asimismo se establece el Derecho de Petición en el arto. 52 Cn, independiente del derecho de acción con el que históricamente ha aparecido confundido. En el Título VIII de la Organización del Estado, Capítulo V Poder Judicial, del arto. 158 al 167 Cn donde también aparecen una serie de garantías procesales, así como las atribuciones, competencia y organización de la Corte Suprema de Justicia.

## **3. Serie de normas dispersas que contienen el Principio de Legalidad. véase artos. 32, 130, 160, 183 Cn.**

Finalmente cabe destacar que este Principio que antes no estaba contemplado en la Constitución sin embargo era el principio orientador del proceso en general. Los jueces no tenían como norte la Constitución sino que aplicaban la ley.

## **V. Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil.**

### **A. Libertad Individual – Principio Dispositivo.**

El desarrollo de la superestructura siempre ha sido tributario de la estructura y por excepción Poulantzas establece que la superestructura a veces determina a la estructura, es decir que el Derecho como tal, es tributario de la economía y en consecuencia

todo el ordenamiento jurídico producido con el surgimiento del Estado Moderno y del capitalismo, están basados filosófica y jurídicamente en el Contrato Social, siendo su sustento la Teoría de la Autonomía de la Voluntad. A este respecto, Rousseau sostenía que el hombre es naturalmente libre, nace libre, la vida en sociedad exige sin embargo un cierto abandono de esta libertad, pero este abandono mismo no se puede concebir que si éste ha sido consentido libremente en los límites y en las condiciones que el Contrato Social ha determinado. Entonces, se parte precisamente del postulado de la libertad individual, pero el individuo abandona, parte de esta libertad individual al Estado, a efecto de que le garanticen otras. De ahí el punto de partida, que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, es el Estado el encargado de resolver los conflictos entre los hombres. Nuestra Constitución recoge este Principio y en su arto. 25 proclama el derecho de las personas a su libertad individual, a su seguridad, al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica; de donde el Principio dispositivo tiene su sustento en esta norma constitucional, incorporado en el anteproyecto en su arto. 8 estableciendo que el proceso es a iniciativa de las partes y que éstas pueden ponerle fin en cualquier momento. El derecho de acción entonces, corresponde exclusivamente a las personas con capacidad jurídica para invocar la tutela judicial del Estado, lo que resulta evidentemente obvio puesto que nadie puede ser obligado a demandar protección del Estado o a defenderse ante los Tribunales.

Todo esto está en relación directa con el hecho mismo que en nuestro Código Civil, tanto las obligaciones como los contratos gozan de una posición privilegiada en el desarrollo del articulado mismo; toda la Teoría de los hechos jurídicos es posterior, los delitos, cuasidelitos y cuasicontratos fueron incorporados con posterioridad para suplir los vacíos que había dejado el legislador y toda la Teoría de los Hechos Jurídicos que generan obligaciones independientemente de la voluntad y todo su desarrollo es posterior<sup>7</sup>. Basta recordar que las partes fijan libremente el contenido del contrato, cuyo único límite es el orden público, la moral y las buenas costumbres. Este

---

7 C.Civil. arto. 1830-1831,1836 y 2437.

es el único límite que tienen las partes para poner fin en cualquier momento al litigio; ellos pueden renunciar a su demanda, pueden desistir de sus pretensiones y pueden finalmente también abandonar el proceso con lo que se produce la caducidad. La institución de la mediación y el arbitraje, así como la transacción tienen como fundamento este Principio dispositivo. El único límite como lo dice la parte final del arto. 8 del anteproyecto: “...sin perjuicio de lo que este ultimo disponga para aquellos procesos especiales en los que se tutelen derechos o intereses públicos”. Esto no quiere decir que el Juez sea “un perro mudo” o un “tótem de piedra”, como está de moda decir hoy, que no pueda conducir o dirigir el proceso, por eso hay que buscar el equilibrio entre el juez dictador, inquisidor y el juez objetivo, neutral, equilibrador del proceso.

Es evidente que el Constituyente originalmente hizo énfasis en el desarrollo constitucional de la protección de los derechos individuales y particularmente en lo penal en lo que se refiere a la libertad individual, etc. en detrimento de lo civil; no obstante cuando establece el Estado Social de Derecho en el arto. 130 Cn, que reza: “*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*”, abre un espectro novísimo dentro del Estado Constitucional de Derecho al garantizar protección jurídica general en un procedimiento que asegura la igualdad social de posibilidades a las partes, de donde se desprende la gratuidad de la justicia, la necesidad de orientar el proceso y a las partes, darle orientación jurídica al señalar cual es el recurso que sigue, por ejemplo en materia contencioso, vinculado este arto. con el arto. 52Cn que establece el Derecho de Petición y la necesidad de obtener una pronta resolución o respuesta y que se les comunique en los plazos establecidos por la ley.

## **B. Garantías Procesales o el Debido Proceso.**

El anteproyecto de ley procesal concebido como la reglamentación de los principios constitucionales establece en su arto. 12 “*Los juzgados y tribunales deben guardar observancia del debido proceso*”

*en todas sus actuaciones, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos”.*

El espíritu de la ley visualiza garantizar:

### **Libre acceso de los particulares a los tribunales**

En cuanto al libre acceso es importante recordar que el Derecho de Acción, o sea el derecho de dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia, el derecho de obrar en sentido abstracto, como decía Calamandrei<sup>8</sup> así como el derecho inviolable de defensa, que en el caso nicaragüense no solo le son reconocidos a los nacionales, sino en sentido genérico a todas las personas; “los extranjeros tienen los mismos derechos y deberes que los nicaragüenses, salvo en asuntos políticos.”

El acceso a los juzgados y tribunales (art. 5) del anteproyecto, consagra el derecho que tiene *“toda persona para acudir y promover la actividad de los juzgados y tribunales civiles, con el fin de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. En ningún caso se puede producir indefensión para las partes del proceso, a quienes se les garantiza, en los términos previstos por este Código, la asistencia de abogado que le defienda y represente, de su libre elección o designado por el Estado”.*

En lo relacionado al derecho que asiste los particulares al libre acceso a los tribunales, este no está establecido de manera explícita en nuestra Constitución, sino que de conformidad a nuestra Jurisprudencia se encuentra vinculado al Principio de Igualdad ante la ley y al Principio de Defensa.

### **Derecho a la defensa y aportación de pruebas**

El art. 5 se encuentra también vinculado al art. 34 Cn, inc. 4): ...”a que se garantice su intervención y defensa desde el inicio

---

8 Trad.española Fix Zamudio, Buenos Aires, Proceso e democracia.

del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa”, mismo que tiene su origen en el Pacto de San José (arto.8 fracción Primera): “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o **para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil**, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”<sup>9</sup>

Es importante señalar que para garantizar el libre acceso a la justicia, cuando las personas carecen de los medios económicos necesarios, el legislador ha previsto la asistencia, ha previsto la asistencia gratuita a través de la Defensoría Pública, Institución que se encuentra adscrita al Poder Judicial, restableciendo de esta manera el equilibrio entre las partes; independientemente de que ya existe en el procedimiento actual, el Beneficio de Pobreza; tomando en cuenta que la lentitud y la onerosidad han sido los males endémicos del proceso civil.

### **Independencia de los Jueces y Tribunales**

**La independencia** de los Jueces y Tribunales se encuentra plasmada en el arto. 165 Cn, “*Los Magistrados y Jueces, en su actividad judicial, son independientes y solo deben obediencia a la Constitución 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.*” Este es uno de los aspectos considerados por la doctrina y jurisprudencia internacional como garantías de carácter judicial y están vinculadas al derecho al juez competente, Principio que fue establecido en el arto. 4 de la Constitución francesa de 1791 y en el arto. 247 de la Constitución de Cádiz de 1812. Es una garantía judicial del proceso civil que tiene un carácter genérico para todo tipo de proceso; es por ello que señalábamos antes que en la mayoría de las Constituciones aparece

9 Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Humanos, 1968.

una prohibición del juez Ad hoc o del juez de excepción y por ello va acompañado de los criterios de independencia e imparcialidad del juzgador, que han sido considerados en un primer momento como un beneficio de los funcionarios judiciales, aunque de manera mediata a quienes afecta directamente es a las partes en el proceso<sup>10</sup>, ya que les permite acudir a una jurisdicción objetiva y ajena a las presiones de los titulares de los otros organismos del Poder. (véase la Administración Pública en general), de donde se desprende la necesidad de ver como se nombran los jueces, pero en la mayoría de los países los jueces y magistrados son designados de dos maneras, los Magistrados o Ministros como le llaman en algunos países, México, Argentina, Chile, o bien son designados por el sistema siguiendo el método norteamericano donde la competencia la tiene el Presidente de la República con aprobación del Senado; él propone una lista o terna y esa es la que es nombrada. En el caso nuestro,<sup>11</sup> el Presidente sometía a la Asamblea Nacional la lista de Magistrados a elegir y él mismo nombraba al Presidente de la Corte. Con las reformas de 1995,<sup>12</sup> la competencia se diluye un poco porque tanto el Presidente como la Asamblea Nacional puede proponer lista en consulta con las asociaciones civiles, pero si el Presidente de la República no envía en el plazo de 15 días contemplado en el decreto de la convocatoria, la Asamblea Nacional podrá nombrar de su propia lista. El otro sistema es el de que las Asambleas o Parlamentos nacionales designan, a propuesta del Ejecutivo, del Senado, de la Corte o del Congreso en Cámaras unidas por tercio, según las Constituciones de cada país. Pero, la independencia e imparcialidad del juzgador no se logra sólo con la designación puesto que es acusado muchas veces por la sociedad civil, de politización de los poderes judiciales y entonces se ha sugerido que para lograr esa independencia e imparcialidad es necesario establecer la carrera judicial. Carrera Judicial que se encuentra contemplada en nuestra Constitución en el arto. 159 Cn párrafo 1 in fine. Los jueces inferiores normalmente son

---

10 Fix Zamudio. Ob.cit.

11 Arto. 138 Cn. Inc.7

12 Arto. 138 Cn. Inc. 7 reformado.

nombrados por los órganos superiores, Corte Suprema de Justicia, al establecer la Ley de la Carrera esta se inicia con los Secretarios, jueces locales, jueces de distrito y magistrados de los tribunales de apelaciones. Sin embargo no solo se requiere de la carrera judicial sino de los criterios de inamovilidad, presupuesto adecuado y remuneración decorosa. La inamovilidad para algunos significa vitalicidad, para otros significa estabilidad en las funciones de los jueces. En algunas Constituciones<sup>13</sup> aparece el carácter vitalicio; en otros periodos más o menos largos, 10, 15, 18 años como veremos más adelante. En otras Constituciones aparecen periodos que van de 4 a 7 años con posibilidad de reelección, caso específico El Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica, Guatemala.

La ejecución de los fallos y del auxilio para el cumplimiento de éstos se encuentran contemplados en los artos 97 y 107 Cn. En algunos países se agrega como requisito para la independencia el manejo de la administración en general a través de un consejo judicial o de la magistratura para que los jueces solo se dediquen a lo jurisdiccional<sup>14</sup>.

### **Juez predeterminado por ley**

En el arto. 7 del anteproyecto se contempla el Principio de Legalidad en cuanto al órgano, Principio que data desde la Constitución de Cádiz (1812). En la Constitución actual, aparece incorporado en el arto. 34 Cn inciso 2): *Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: ...* 2) *A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.*” **en el arto. 46 Cn, (Pacto de San José), el arto 158 Cn:** *“La justicia emana del Pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los tribunales de justicia que establezca la ley.”*, **el arto. 159 Cn que dispone:...** *“las facultades*

<sup>13</sup> Bolivia, México, Panamá.

<sup>14</sup> E. Couture. Las garantías constitucionales y el proceso civil.

*jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente al Poder Judicial...” y en el arto. 160 Cn que reza: “La administración de la justicia garantiza el Principio de la Legalidad...”*

## **Juez Imparcial**

**La noción del juez imparcial no aparece de manera explícita en nuestra Constitución pero nos viene del Derecho Internacional, del Derecho de Tratados, fue incorporada en nuestra Constitución<sup>15</sup> a través de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre<sup>16</sup> en su arto. 10 que establece: “*Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*”**

**También ha sido incorporado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966<sup>17</sup>:”*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*”**

**El arto 10 inc. 2 del Anteproyecto establece que los Tribunales dictarán sus resoluciones con absoluta sujeción al Principio de Imparcialidad. Entendiéndose ésta que el Juez en todo proceso sometido a su conocimiento, si él tiene vínculos de parentesco, negocios con cualesquiera de las partes deberá de abstenerse o excusarse de conocer sin esperar a que cualquiera de las partes lo recuse. En nuestra Constitución no se ha reconocido**

---

15 Arto. 46 Cn.

16 Carlos Garcia Bauer, Los Derechos Humanos. P. 45 y sig.

17 Arto. 46 Cn

**expresamente el derecho a un Juez Imparcial; sin embargo esto no ha sido obstáculo para que la Sala de lo Constitucional haya admitido no sólo su existencia jurídica sino incluso su defensa mediante el amparo constitucional (Amparo contra resoluciones judiciales). En este mismo sentido la Jurisprudencia española. Para Cabanellas, la imparcialidad corresponde a una actitud recta, desapasionada, sin prejuicios ni prevenciones al proceder y al juzgar. Imparcial que juzga de forma serena, desapasionado, sin favoritismos.**

### **Autoridad y responsabilidad de los Jueces**

La autoridad y responsabilidad de los Jueces emana de la Constitución misma, artos. 158 *“La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial integrado por los Tribunales de Justicia que establezca la ley.”* Y en lo relativo a la responsabilidad se encuentra consignada tanto en el artos. 33 Cn inc. 4: *...”Toda detención ilegal causa responsabilidad civil y penal en la autoridad que la ordene o ejecute”*, como en el artos. 131 Cn *“Los funcionarios de los cuatro Poderes del Estado, elegidos directa o indirectamente, y responden ante el Pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben de informarle de su trabajo y actividades oficiales...El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución...”*

### **C. Tutela Judicial Efectiva**

Para algunos cultores de la materia, la tutela judicial efectiva aparece como algo independiente del debido proceso, y aparece confundida con el derecho que tiene el usuario a demandar del

organo jurisdiccional una sentencia dentro de los términos establecidos por la ley en las instancias del proceso, lo que conduce a pensar que se trata de un derecho que se puede invocar directamente ante los tribunales de justicia para fundamentar tanto “el petitum” de la demanda como la resolución o sentencia del tribunal; es decir que las personas pueden promover la actividad jurisdiccional para obtener de ellas la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica por sentencia firme. Couture<sup>18</sup> decía que cuando se inicia un proceso no se inicia “un proceso cualquiera” sin un proceso idóneo para que el Estado ejerza la jurisdicción ya que esta no es más que la potestad soberana de administrar justicia y que en consecuencia los sujetos involucrados en la litis, tengan la forma justa, razonable de la solución de sus conflictos. Para Juan Colombo Campbell<sup>19</sup>, en otros términos, esto es un debido proceso. “Este al responder al doble objetivo de resolver sobre el conflicto sublite y, como su natural consecuencia, restablecer el imperio del Derecho debe ajustarse estrictamente a las normas de procedimiento preestablecidas para su tramitación, toda vez que son ellas las que contienen presupuestos procesales habilitantes, para que el proceso una vez afinado logre sus objetivos y pueda calificarse como debido.”

Hay quienes sostienen como efectivamente lo recoge el anteproyecto, que la tutela judicial efectiva es el derecho que tiene una persona de obtener de los juzgados y tribunales civiles, una sentencia debidamente razonada y motivada, en la que se resuelvan las pretensiones que han sido objeto del litigio, siempre y cuando se llenen los presupuestos procesales.

Evidentemente aquí no se agota el derecho a la tutela judicial efectiva porque puede estar bien motivada, bien fundada y sin embargo puede no cumplirse, puede no ejecutarse. Para ello entonces se requiere también de la ejecución de la sentencia y de

---

18 Fundamentos del derecho Procesal Civil.

19 Ob. Cit.

que el fallo sea cumplido. Si no hay ejecución, si no hay auxilio judicial, si no hay cumplimiento de ésta, como dice Chiovenda “las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos serian mera declaraciones de intenciones. El constituyente contempló en el arto. 167 Cn que los fallos y resoluciones de los jueces son de ineludible cumplimiento para las autoridades del Estado, las organizaciones y las personas naturales y jurídicas afectadas.

De conformidad con el arto. 6 del anteproyecto, la tutela judicial estaría reducida a la garantía establecida en el arto. 34 Cn inc. 8 *“Todo procesado tiene derecho en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas...8) A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso”* y de conformidad con el arto. 52 Cn *“Los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías, en forma individual o colectiva, a los Poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca.”*

En la jurisprudencia nicaragüense los criterios que se han venido desarrollando son los siguientes:

a) El principio de tutela judicial efectiva no solo pasa por el derecho que tiene todo ciudadano de hacer peticiones posibles, ciertas y determinadas en la ley ante las autoridades competentes, y de que éstas resuelvan aquellas dentro del término preestablecido, sino que por el derecho de una resolución motivada, congruente y fundada en Derecho. (Sala Constitucional, Sentencia 261, 2007).

b) En este mismo sentido las autoridades de cualquier índole que sean no tienen a su arbitrio los términos, plazos y procedimientos a utilizar, así lo regulan los artos. 7 del Código de Procedimiento Civil y el 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (Sentencia 116, 2003 Cons. II Sala Constitucional).

c) En reiteradas sentencias se ha mantenido el criterio de Jesús González Pérez, de su Obra *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas Madrid 2001, p. 119, quien señala que *“la elemental garantía impuesta por el Principio de Tutela Judicial Efectiva es que el ciudadano sepa cuando, como y ante quien debe demandar tutela”*...Nuestra Sala Constitucional ha dejado establecido en Sentencias adversas al peticionario o recurrente *“que la ley castiga no sólo el no uso o no empleo de los remedios ordinarios que ella misma concede para la impugnación del acto reclamado sino que también castiga el mal uso o mal empleo que de los mismos haga el recurrente”*. (Sentencias 147, 228 año 2000; Sentencias 61 del 2002, Sentencia 85 del 2002 y 46 del 2008).

Cabe destacar las Sentencias que en materia de violaciones a derechos fundamentales que marcaron un giro en la jurisprudencia nuestra y en la que se hace caso omiso de que el recurrente hubiese llenado o no los requisitos formales para conocer el fondo del recurso, puesto que lo que estaba en juego era derechos fundamentales y constituiría una violación de la tutela judicial efectiva (casos Casimirri, Dorotea Granados) y la sentencia 354 del 2007 que la tutela judicial no sería efectiva si la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si esta o no fundada sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido.

Después de este breve recorrido debemos de llegar a la conclusión que si bien es cierto que nuestro constituyente no le ha dedicado al proceso civil el mismo entusiasmo y la misma intensidad con que lo ha hecho en la materia penal, tanto la Doctrina como el Derecho Internacional en materia de derechos humanos, se han ocupado con más fuerza para establecer una serie de derechos fundamentales y garantías de las partes en las controversias civiles, en los conflictos de intereses civiles, con el propósito de que los usuarios puedan contar con un proceso y un procedimiento en el cual se respete su libertad, igualdad, dignidad, celeridad, publicidad, brevedad, e

imparcialidad y con un tribunal independiente que se encuentre como efectivamente dice el constituyente en el arto. 165 Cn sometido exclusivamente a la Constitución, y a las leyes y a los principios que inspiran el régimen democrático, tanto en el aspecto individual como en lo social y es por ello que aplaudo la idea de la elaboración de un nuevo proyecto de Código Procesal Civil en aras del perfeccionamiento de las garantías procesales y de terminar con los grandes flagelos que han sido la lentitud y la onerosidad.



# **“LEY PARA LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR VOLUNTAD DE UNA DE LAS PARTES Y LA DISCRIMINACIÓN PARA LAS MUJERES EN LOS RESULTADOS DE SU APLICACIÓN”**

LIGIA VICTORIA MOLINA ARGÜELLO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Presentación. II. Introducción. III. Planteamiento del caso. IV. Normativa en materia de familia. V. ¿Cómo superar esta situación?

## **I. Presentación**

Los derechos humanos son atributos de la persona humana sea ésta, hombre o mujer, niño o niña, joven o anciano, negro, blanco o amarillo, rico o pobre, nacional o extranjero, por el mero hecho de serlo, no obstante, por la cualidad y condición específica de una persona suelen violarse los derechos humanos. Este artículo tiene como propósito demostrar cómo una norma legal aparentemente equitativa, viola los derechos humanos de las mujeres - a causa de su género y de los roles y estereotipos que la sociedad históricamente les ha atribuido -, y el papel que en la práctica judicial desempeñan los jueces en una situación creada.

---

<sup>1</sup> Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Nicaragua

## II. Introducción

El reconocimiento y protección de los derechos humanos específicos de las mujeres han sido objeto de una prolongada movilización de organizaciones de mujeres en todo el mundo, y sus luchas han contribuido con la adopción de instrumentos internacionales e interamericanos que consagran y protegen sus derechos, así como en el desarrollo de estándares de protección por parte del Sistema Interamericano y del Sistema de Naciones Unidas.

Es indudable que la igualdad y la no discriminación entre mujeres y hombres, son un objetivo central de la agenda de desarrollo y, al mismo tiempo, uno de los medios para alcanzarlo. La desigualdad y la pobreza constituyen agravantes que particularmente repercuten en los derechos de las mujeres y en el desarrollo de su autonomía personal.

La democracia contemporánea ha colocado a la persona como centro del desarrollo humano, por tanto la ciudadanía de las mujeres y los hombres es plena sí participan en condiciones de igualdad no solo jurídica sino en los hechos. La democracia como sistema no ha llegado al reconocimiento pleno de la ciudadanía de las mujeres, pues son muchos los obstáculos que impiden su participación en todos los ámbitos de la interacción social y política; en la vida cotidiana las mujeres se enfrentan a situaciones de desigualdad que les limita el acceso a los recursos económicos, a bienes y servicio que mejoren su condición de vida.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) expresa que: "... la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz." En sus consideraciones reconoce que "... las

mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones” y subraya que esa discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana”.

Según el artículo 1, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, discriminación denotará “...*toda distinción, exclusión a 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 y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*”

Esta definición no sólo hace el vínculo entre la igualdad y la no discriminación, sino que además contiene la prohibición de discriminar por las razones que sean y el hecho de que la prohibición es en el contexto del goce de los derechos humanos, garantiza que no se justifiquen las discriminaciones hacia algunas mujeres con base en la pobreza, la condición migratoria, la raza o etnia, la edad, la discapacidad, entre otras.

De la definición se desprende la prohibición de todas las acciones que constituyan “cualquier distinción, exclusión o restricción”, que “tenga por objeto o por resultado” una discriminación, ya sea parcial (“menoscabar”) o total (“anular”). La discriminación puede producirse en el reconocimiento, el goce o el ejercicio de un derecho. La discriminación puede producirse entonces, al momento de crear las leyes que establecen derechos; o cuando se consideran las necesidades que se satisfacen con ese derecho sin apreciar las diferencias entre iguales; y cuando no obstante estar reconocido el derecho existen obstáculos o limitaciones para denunciar la violación a su derecho y lograr el resarcimiento.

La lectura de esta Convención permite comprender que, al pretender eliminar la discriminación *de jure* y *de facto* que pueda sufrir cualquier mujer en cualquier esfera, obliga al

Estado ratificante a eliminar las discriminaciones que afectan a las mujeres que pertenecen a grupos discriminados por razones de raza, etnia, edad, discapacidad, nacionalidad, estado migratorio u otro. Se trata pues de eliminar todas las discriminaciones, para lograr esa igualdad jurídica y de hecho entre hombres y mujeres. El objetivo es la transformación social, el cambio social.

Finalmente confío en que este trabajo motive a nuestros jueces al estudio y análisis de nuestro ordenamiento jurídico, a la luz del ejercicio doctrinario de interpretación de los pactos internacionales desde una perspectiva de género, realizado por el Sistema de Naciones Unidas en las Observaciones Generales N° 4 Y 28 del Comité de Derechos Humanos sobre el *Pacto de derechos civiles y políticos*, así como en las Observaciones Generales N° 14 Y 16 del Comité de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, sobre el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

### **III. Planteamiento del caso**

Una pareja unida en matrimonio, para tener casa propia, deciden en 1970, comprar una vivienda a una empresa constructora, “obviamente” el contrato de compra venta es suscrito por el esposo (por ser sujeto de crédito, ya que es el único que trabaja fuera de casa, devenga mayor salario o simplemente es quien goza de mayor credibilidad crediticia), para pagar el valor de la vivienda se asume un crédito garantizado con hipoteca sobre el inmueble adquirido, el monto de lo debido es pagadero a 20 años. En 1979 el esposo sale del país y la esposa queda sola con sus tres hijos menores, por lo que tuvo que buscar la forma de mantenerlos, vestirlos, educarlos, etc., y continuar pagando el inmueble. En 1984, se aprueba una ley de convalidación de créditos de vivienda, en virtud de la cual se otorga la cancelación de la hipoteca y se ordena su inscripción en el Registro de la Propiedad, la que queda siempre a nombre del esposo libre de gravamen. Desde 1979 hasta 1990 la esposa ni los hijos han tenido noticia alguna del esposo y padre. En 1990 el esposo regresa a Nicaragua para formar “un nuevo hogar” comparece ante el judicial a demandar la disolución del vínculo matrimonial y la

restitución del inmueble pues no hay hijos menores y demuestra con Escritura Pública y certificado registral ser propietario del único bien que tiene y que casualmente es en el que habita la esposa abandonada. La demandada alegó el abandono del esposo y padre de sus hijos, argumentó que con su trabajo en tareas domésticas, no solo mantuvo a sus hijos y los educó, sino además continuó pagando la deuda hipotecaria del inmueble hasta su cancelación, acompañó los recibos pagados por ella a nombre del esposo.

El fallo de 1ra. Instancia declaró disuelto el vínculo matrimonial y con lugar la restitución del inmueble de conformidad con el Arto. 22 de la Ley No. 38. Esta sentencia fue revocada en apelación.

#### **IV. Normativa en materia de Familia**

El Código Civil de Nicaragua (1904) contiene la regulación de instituciones jurídicas de Persona, Familia, Matrimonio, Divorcio por mutuo consentimiento, etc., parte de estas disposiciones quedaron derogadas al entrar en vigencia las Leyes de Alimentos, Adopción, paternidad y responsabilidad, de relaciones madre padre e hijos y la Ley No. 38, entre otras, denominada “Ley para la Disolución del Matrimonio por Voluntad de una de las Partes”, en la que se establece el procedimiento para disolver el vínculo matrimonial por la sola voluntad de una de las partes, sin dar razón alguna por ello, tenga o no el consentimiento del otro cónyuge.

Esta Ley no merecería crítica alguna si el Juez o Jueza no tuviera que aplicar e interpretar en su caso, sus disposiciones,<sup>2</sup>

---

2 I Arto. 14.- La sentencia del Juez deberá contener:

- 1) Exposición de los motivos que fundamenten la sentencia.
- 2) Declaración de disolución del vínculo matrimonial.
- 3) A quién corresponde la guarda y cuidado de los menores, incapacitados o discapacitados.
- 4) El monto de la pensión para aquellos que tienen derecho a recibirla y su forma de entrega.
- 5) Distribución de los bienes comunes.

2 Arto. 22.- Para los efectos de esta ley se consideran bienes comunes:

- 1) Los adquiridos a nombre de ambos cónyuges, antes o durante el matrimonio.
- 2) Los bienes muebles y objetos de uso familiar que estén en la vivienda, adquiridos durante la vida en común de los cónyuges, antes o durante el matrimonio.
- 3) Los bienes inmuebles a los derechos sobre los mismos que les fueron otorgados

particularmente la referida a la distribución de los bienes comunes contenida en su artículo 22), que establece que se consideran bienes comunes: 1) Los adquiridos a nombre de ambos cónyuges, antes o durante el matrimonio. 2) Los bienes muebles y objetos de uso familiar que estén en la vivienda, adquiridos durante la vida en común de los cónyuges, antes o durante el matrimonio. 3) Los bienes inmuebles a los derechos sobre los mismos que les fueron otorgados bajo el régimen de núcleo familiar o institución similar. 4) El bien inmueble, sea propiedad o no de cualquiera de los cónyuges o los derechos sobre el mismo, siempre que sea el que habite la familia. *Para efectos de este numeral y si el bien era propiedad de uno de los cónyuges, el Juez sólo podrá decidir sobre el uso y habitación del inmueble a favor de los menores. Hasta la mayoría de edad de los menores, la propiedad no se podrá vender, enajenar, ni arrendar y una vez alcanzada ésta, ellos tendrán opción preferencial de compra sobre el inmueble.*”

Esta norma aparentemente neutra, sin intención discriminatoria; por su consecuencia, resultado, o efecto adverso para la mujer, se torna indirectamente discriminatoria, porque ni legisladores ni intérpretes han tomado en consideración la realidad de subordinación histórica-social y económica que ha vivido la mujer respecto al hombre.

Dicha subordinación puede ser apreciada en diferentes normas de la legislación civil actualmente en vigencia y aunque no se establece discriminación contra la mujer en cuanto a la facultad de ésta para adquirir derechos, contraer obligaciones y administrar sus propios bienes, la realidad es que la sociedad ha colocado

---

bajo el régimen de núcleo familiar o institución similar

- 4 El bien inmueble, sea propiedad o no de cualquiera de los cónyuges o los derechos sobre el mismo, siempre que sea el que habite la familia. Para efectos de este numeral y si el bien era propiedad de uno de los cónyuges, el Juez sólo podrá decidir sobre el uso y habitación del inmueble a favor de los menores. Hasta la mayoría de edad de los menores, la propiedad no se podrá vender, enajenar, ni arrendar y una vez alcanzada ésta, ellos tendrán opción preferencia de compra sobre el inmueble.

históricamente a la mujer, en una relación de subordinación social, económica, psicológica y emocionalmente con respecto al hombre (padre, esposo, hermano) por lo que dependía y aún ahora depende (alto porcentaje) del status del hombre.

Por esa razón los bienes adquiridos aún durante el matrimonio aparecen a nombre sólo del esposo (aunque ella hubiese aportado económicamente y en el hogar), de manera tal, que el juez a la hora de resolver, igual que hizo el legislador a la hora de producir la norma, aplica ésta de manera literal sin reflexionar sobre la realidad social, limitándose a reconocer que los bienes pertenecen a quien aparece como propietario en el título de propiedad, independientemente de si fue adquirido durante el matrimonio, afectando únicamente en los derechos de uso y habitación el inmueble que ha servido de habitación a la familia, a favor de los hijos / hijas menores, incapacitados o discapacitados, y no considera los derechos de la mujer.

De manera que si no existen hijos menores la mujer se queda sin hogar (en la calle). Esta disposición -a mi juicio- responde al concepto Aristotélico de que las normas de igualdad requieren que los parecidos sean tratados de la misma manera y permiten que los dispares sean tratados en forma distinta. Lo que significa -como afirman mujeres feministas- negar la realidad social en que viven las mujeres que consisten en la negación sistemática de poder, recursos y respeto, sustentado en el acondicionamiento social de subordinación al que son sometidas.

Lo anterior confirma la validez de la crítica que hacen las juristas feministas, al llamar la atención de la doctrina observar la evidente incongruencia conceptual que resulta de aplicar a grupos excluidos de la sociedad, la idea de que las situaciones iguales se deben tratar en forma igual, considerando que el grupo excluido más numeroso del mundo es aquel conformado por mujeres. De ahí, que concluyo afirmando que dicha norma en sus efectos es discriminatoria porque el juez o jueza al interpretar y aplicar la norma no ve a la mujer en la forma en que está ubicada en el mundo real para

determinar que debido a su lugar en la jerarquía sexual, se ve violentada en sus derechos patrimoniales o económicos al interpretar literalmente el artículo.

Por otra parte conviene señalar, que en la práctica judicial en el estudio de casos -salvo excepciones-, no se tienen presentes los derechos y garantías constitucionales (principios de igualdad material y no discriminación) ni el contenido de los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por la Asamblea Nacional Legislativa y publicados su texto en “La Gaceta”, Diario Oficial, en virtud de lo cual se consideran Leyes de la República, para que se cumpla el principio de que “la ley no obliga sino en virtud de su formal promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ello<sup>3</sup>, razón por la que “no podrá alegar se ignorancia de la ley<sup>4</sup>...”

Es pertinente destacar que la Constitución Política de Nicaragua en su artículo 46, establece el goce de la protección estatal y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, así como el irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y la plena vigencia de los derechos que se encuentran consignados.<sup>5</sup> 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.” Así mismo la Constitución Política en su artículo 71, reconoce

3 Título preliminar Código civil

4 Art. 14 Ibidem, § 1, Art. III

5 5 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.”

plena vigencia a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.<sup>6</sup>

No obstante que la Constitución Política respecto a los Tratados, Pactos y Convenios internacionales de Derechos Humanos, otorga de manera expresa rango constitucional a los Tratados y Convenciones Internacionales arriba mencionados, y por lo mismo son leyes internas que gozan de rango constitucional, una vez que sus textos han sido publicados en La Gaceta, Diario Oficial y en consecuencia deviene obligatorio su cumplimiento, tal aplicación se obvia por lo que el artículo 22 de la Ley 38, se vería superado en su conceptualización, si se interpretara en el marco doctrinal de interpretación de los pactos internacionales desde una perspectiva de género, realizado por el Sistema de Naciones Unidas.

En cuanto a otros tratados de naturaleza diferente se ha discutido siempre sobre su jerarquía frente a lo dispuesto en nuestra Constitución Política en su Artículo 182 que preceptúa lo siguiente: *“Art. 182.- La Constitución Política es la carla fundamental de la República; las demás leyes estarán subordinadas a ellas. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”*.

Respetando el orden en que se enuncian, los tratados le siguen a nuestras leyes, muy distinto a lo que se estila en algunos países como Costa Rica, donde la Constitución tiene a los Tratados internacionales por encima del derecho interno. Por eso decimos que cualquier tratado internacional una vez que su texto ha sido publicado en “La Gaceta”, Diario Oficial, se considera Ley de la República pero carecen de rango Constitucional, del que gozan los Tratados de Derechos Humanos, reconocidos expresamente en nuestra Constitución Política.

---

6 Arto. 71 Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública. La ley regulará y protegerá estos derechos. La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

La falta de integración del Derecho Internacional al Derecho interno, deja como resultado un perjuicio para las mujeres, no sólo en la negación del derecho sobre la adquisición de los bienes muebles e inmuebles que integran el patrimonio adquirido bajo la institución del matrimonio, sino que en la práctica resulta que las mujeres adquieren bienes con dinero propio, producto de su trabajo y luego los ponen a nombre del esposo, por lo que al disolverse el vínculo matrimonial -a falta de hijos menores-, dichos bienes le quedan a la ex pareja (esposo), ya que no son considerados ni siquiera como bienes comunes.

Otra injusticia consiste en aquellos casos en que la pareja convive en matrimonio durante veinte o treinta años, período dentro del cual han adquirido bienes que aparecen a nombre solo del esposo, por lo que la mujer al disolverse el vínculo matrimonial, no sólo queda sin hogar -cuando no tienen hijos menores- sino sin recursos para enfrentar las necesidades propias, y sin posibilidad de conseguir empleo, por la edad, por enfermedades propias de la edad, porque al casarse abandonaron sus estudios o trabajo para dedicarse al cuidado del hogar, del esposo y de los niños, situaciones éstas que no fueron consideradas en la Ley ni son consideradas por el judicial al momento de conocer los hechos y aplicar la norma.

Esta norma legal tácitamente desconoce los aportes al hogar hechos por las mujeres con el producto de su trabajo, y más aún, el aporte que ellas realizan como amas de casa, cuidando a los hijos / as, atendiendo al esposo, ahorrando y administrando el dinero del hogar.

Por esa razón disuelto el vínculo matrimonial, la mujer deja de ser dependiente económica y emocionalmente del esposo, pero se subordina a los hijos al depender económicamente de ellos, por lo que su auto respeto se reduce al considerarse no productiva o bien, que ya no sirve más que para cuidar a los nietos. Se mantiene el acondicionamiento social que se reproduce en el tiempo y se expresa en la relación de subordinación de la mujer.

## V. ¿Cómo superar esta situación?

El sistema patriarcal impregna todos los servicios relacionados con la justicia lo que se ve reflejado en mitos androcéntricos que atentan contra una correcta aplicación e interpretación de la ley.

Las prácticas judiciales no están exentas de reproducir los valores patriarcales en todos los/as actores del sistema abogados, defensores, funcionario judiciales, cuya consecuencia es la no aceptación de la discriminación contra la mujer, más bien la perciben como “naturales” y aceptada socialmente, influyendo luego en los procesos y sus formalidades, especialmente aquellas que tiene que ver con los derechos civiles y de familia, cuyos resultados van en perjuicio de los grupos excluidos de la sociedad, por lo que una medida a tomar en el nivel administrativo es el fortalecimiento de la Comisión de Género del Poder Judicial a fin de:

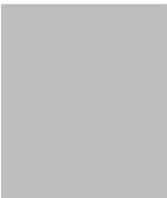
Crear una Comisión con la atribución de analizar las leyes que discriminan a las mujeres en razón del sexo, a fin de proponer ante la Asamblea Nacional, reformas a las mismas.

Mejorar la calidad de las resoluciones judiciales proveyendo a los judiciales de material didáctico sobre género, derechos humanos, justicia civil y de familia.

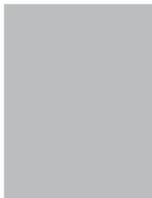
Sistematizar las sentencias relacionadas con los derechos de las mujeres y que hacen uso del derecho internacional, para su divulgación.

Impulsar en la formación continua de los operadores de justicia del país la materia género y derecho, aplicación de las normas nacionales en el marco de las normas internacionales de Derechos Humanos e interpretación de las normas nacionales con enfoque de género para garantizar la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Elaborar y Publicar un “Protocolo de Actuación en materia de aplicación de las normas internacionales de Derechos Humanos e interpretación de las normas nacionales con enfoque de género para garantizar la igualdad ante la ley y la no discriminación, dando seguimiento al cumplimiento efectivo de dicho Protocolo, para en caso contrario tomar las medidas que sean pertinentes.



**ASPECTOS  
SOBRE  
LA JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL**





# LA NECESIDAD DE UNA LEY DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN NICARAGUA

EDWIN CASTRO RIVERA<sup>1</sup>

MARGINE CALDERÓN MARENCO<sup>2</sup>

**SUMARIO.** 1) Introducción. 2) Generalidades de la Ley de Amparo. 3) Recurso por Inconstitucionalidad de las Leyes. 4) Recurso de Amparo. 5) Recurso de Habeas Corpus. 6) Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión. 7) Recurso de quejas por actuaciones jurisdiccionales. 8) Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los poderes del Estado. 9) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales. 10) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y las regiones autónomas de la Costa Atlántica. 11) Recurso de Habeas Data. 12) Consideraciones finales.

## 1) Introducción

Lo relacionado a la Justicia Constitucional Nicaragüense se encuentra disperso en nuestra Constitución Política. En la actualidad en la Ley de Amparo<sup>3</sup> únicamente se encuentran

---

1 Diputado ante la Asamblea Nacional. Coordinador de Bancada del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN). Miembro Fundador y Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Ingeniero Civil en FUNDACAO Universidade do Rio Grande, de Brasil, realizó un Postgrado de Dirección Económica Empresarial en el Instituto Superior de Dirección Economía (ISDE), en La Habana, Cuba, y una Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales en la Universidad Centroamérica (UCA). E el campo laboral, durante doce años desempeñó los cargos de Gerente General del Instituto General de Pesca (INPESCA), Pesqueros Industriales Centroamericanos, S.A. (PICSA), PESCASA en Bluefields y Empresa Metal Mecánica, S.A. en Managua. Ha sido también supervisor y constructor civil.

2 Estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Carlos III, Madrid. Licenciada en Derecho por la Universidad Centroamericana UCA, de la cual es Profesora Adjunta de Derecho Constitucional y Derecho Humanos. Asesora de la Asamblea Nacional. Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional sección Nicaragua.

3 Ley de Rango Constitucional según lo establece el Arto. 184 Cn. Ley No. 49, publicada en La Gaceta No. 241, del 20 de diciembre de 1988.

regulados los siguientes; El recursos por inconstitucionalidad de las leyes, el recurso de amparo, el recurso de exhibición personal, y el recurso conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, este último de reciente incorporación a la Ley de Amparo. Los recursos de conflictos de competencias y constitucionalidad entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, el recurso de habeas data, el recurso de inconstitucionalidad por omisión, así como el de quejas entre los poderes de estado, se encuentran pendientes. Falta un mejor desarrollo procedimental en el recurso de amparo por omisión, en el recurso de amparo ante resoluciones y sentencias judiciales tomadas fuera de competencia que lesionen derechos fundamentales.

Nuestra actual ley de Amparo data de 1988, como producto de los acuerdos de paz de Esquipulas (I y II), y ya solo el tiempo y el cambio de situación política darían suficiente razón para su reforma y nuevo enfoque; pero si a ello le adicionamos los recursos que tienen su origen en normas constitucionales, y que buscan preservar su supremacía normativa, y no están desarrollados en ley alguna, es necesario una nueva ley. Adicional a ello se ha creado una costumbre que llamaríamos “amparista”, y en sentido correcto sería positivo, pero por ella se usan denominaciones de discutible certeza: a los recursos de exhibición personal se les denominado amparos penales; a los recursos por inconstitucionalidad, amparos por inconstitucionalidad; y a los recursos de amparo como tal, amparos administrativos lo que ha dado en el pasado por excluir otros amparos que no sean exclusivamente administrativistas.

Se es necesaria la aprobación de una ley con rango constitucional, que podría llegar a nombrarse *Ley de Justicia Constitucional Nicaragüense*, que venga a desarrollar legalmente los recursos no regulados, y mejorar los ya planteados en la Ley de Amparo, de conformidad con la amplitud de competencias dada por la Constitución Política de Nicaragua de 1987 y sus posteriores reformas. Esta ley propuesta, que vendría a reemplazar, y diríamos a ampliar a la actual Ley de Amparo, debe ser una ley de carácter

sustantiva, procedimental y procesal; que prevalezca su condición garantista, y por ello de fácil acceso y uso por la población en general y no materia exclusiva de los estudiosos del derecho.

Todo con el Objeto del perfeccionamiento del Estado de Derecho y la mejor protección de los derechos constitucionales, esta ley tendría como finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo,<sup>4</sup>

## **2) Generalidades de la Ley de Amparo**

Comenzaremos nuestro análisis con el estudio de Ley de Amparo, y los recursos establecidos en la misma, dicha ley ha sido reformada por la Ley 205 publicada en La Tribuna del 30 de noviembre de 1995, que reformó los artículos. 6 y 51 de la Ley de Amparo, previendo que no procede el recurso de inconstitucionalidad contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia se alegue la existencia de vicios de procedimiento en su tramitación, discusión y aprobación.

También la reforma estableció que contra las resoluciones dictadas en materia electoral no procede el Recurso de Amparo.

La Ley de Amparo vigente es la octava Ley de Amparo en la Historia Nicaragüense. La primera data de 1894; la segunda, de 1911; la tercera, de 1939; la cuarta, de 1948; la quinta, de 1950; la sexta, de 1974, y la séptima, de 1980. Dichas leyes, en general, han coincidido con el año en el que se han aprobado las constituciones de nuestra historia.

Dicha ley establece la regulación de cuarto recursos, los cuales definimos al inicio de nuestro estudio: el recurso por

---

4 Artículo 1, del Código Procesal Constitucional de la República del Perú.

inconstitucionalidad de las leyes, el recurso de amparo, el recurso de exhibición personal, y el recurso conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado.

### **3) Recurso por Inconstitucionalidad**

#### **3.a) Recurso por inconstitucionalidad de las Leyes.**

El nombre del recurso debería de ser recurso por inconstitucionalidad de las normas jurídicas, no únicamente de las leyes. Está regulado por la Ley de Amparo Nicaragüense, puede ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos ya sea de manera personal o por apoderado especialmente facultado para ello. En este caso, el poder deberá ser otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua. Cuando una ley, decreto o reglamento, y en general cuando cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución se oponga a lo prescrito en ella, el recurso de inconstitucionalidad no procede contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia se alegue la existencia de vicios de procedimiento en su tramitación, discusión y aprobación.

Se recurre en contra de quien lo emitió, quien conoce y resuelve es el pleno de la Corte Suprema de Justicia. Se interpone dentro de 60 días, después de su entrada en vigencia, por escrito, en papel sellado de Ley, dirigido a la CSJ; se presenta en la Secretaría de la Sala Constitucional, copias suficientes en papel común, una a la Procuraduría y otra al funcionario recurrido.

En caso de omisiones, la Corte Suprema de Justicia concederá al recurrente un plazo de cinco días para que llene éstas, de forma que se anotaren en el escrito de interposición del recurso. Si el recurrente deja pasar ese plazo, el recurso se tendrá por no interpuesto. En concordancia con lo anterior, el artículo 15 dispone que una vez admitido, la CSJ pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone, el que deberá

rendirlo dentro de quince días de recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien.

El artículo 17 establece que “Transcurrido el término para que el funcionario rinda su informe, y una vez practicadas las diligencias especiales, si fuera el caso, con el informe o sin él, la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría para que dictamine el recurso. Pasado este término, con el dictamen o sin él, la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada”. La sentencia que resuelva el recurso producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales.

La ley constitucional dispone que cuando se recurra solamente contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio, específicamente sobre el resto de los mismos.

### **3.b) Recurso por inconstitucionalidad en caso concreto.**

En lo referente a la Inconstitucionalidad en casos concretos el artículo 20 de la Ley de amparo estima que: “El recurrente de Casación o de Amparo puede alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado. Si resultare ser cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento aplicado.

Cuando por sentencia firme, en los casos que no hubiere casación hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el funcionario judicial o tribunal en su caso deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si ésta ratifica la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento procederá a declarar su inaplicabilidad de acuerdo con la presente ley.

#### **4) Recurso de Amparo**

Regulado en la Ley de Amparo. Este sólo puede interponerse por parte agraviada, y procede contra toda acción u omisión de autoridad o agentes de autoridad que lesionen o transgredan los derechos y garantías consagrados en la Constitución.

En el ámbito protector del Amparo se incluyen así las lesiones y omisiones como la amenaza y perpetración de la lesión de un derecho reconocido constitucionalmente. El recurso se interpone ante el Tribunal de Apelaciones de la circunscripción correspondiente o ante la Sala Civil del mismo, en el caso que se encuentre dividido en Salas.

Entre los legitimados para recurrir de amparo están las personas naturales y las jurídicas, los nacionales y los extranjeros. El Tribunal de Apelaciones revisa si el recurso llena los requisitos establecidos en la ley, y en caso de detectar omisiones manda a llenarlas, concediendo un plazo de cinco días. Si las omisiones no fueron llenadas el recurso se tendrá como no interpuesto.

El Tribunal de Apelaciones conoce del recurso hasta la suspensión del acto, inclusive. Mandará a las partes a personarse dentro del término de tres días hábiles ante la Corte Suprema de Justicia. Si las partes no se personan, el recurso será declarado desierto. El Recurso de Amparo se interpondrá dentro del término de treinta días, que se contarán desde que se haya notificado o comunicado legalmente al agraviado, la disposición, acto o resolución. En todo caso, este término se aumentará en razón de la distancia. También podrá interponerse el recurso desde que la acción u omisión haya llegado a su conocimiento.

La sentencia que concede el Amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de los derechos transgredidos, restableciendo las cosas al estado que tenían antes de la trasgresión; Cuando el acto o actos reclamados sean de carácter

negativo, el efecto del Amparo será obligar a las autoridades o funcionarios responsables a que actúen en el sentido de respetar la ley o garantía de que se trate, y a cumplir por su parte lo que la misma exija.

La Corte Suprema de Justicia debe dictar sentencia dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la recepción de las diligencias.

En el caso que fuese un recurso de amparo por omisión debe dejarse con claridad que no cabe la figura de suspensión del acto. Pues el acto es inexistente, y es el motivador del recurso.

También debe desarrollarse el recurso contra resoluciones y sentencias de órganos jurisdiccionales cuando éstos actúen fuera de su competencia, y dicho acto derive en violación a derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política.

## **5) Recurso de Habeas Corpus**

La Ley de Amparo autoriza para interponer este recurso a cualquier habitante de la República, ya sea por escrito, carta, telegrama o verbalmente. Este recurso es, sin duda alguna, de los tres recursos establecidos en la Ley de Amparo el que menos requiere de solemnidad para su interposición, ya que la misma ley establece que puede ser hasta de forma verbal.

Éste podrá interponerse: en contra del funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución que ordene la violación o la cometa; en contra del agente ejecutor; en contra de todos los anteriores; en contra del particular que restrinja la libertad personal.

En el caso de detención ilegal, se interpone ante el Tribunal de Apelaciones respectivo o ante la Sala Penal de los mismos, donde estuviere dividido en Salas. En el caso de actos restrictivos de la libertad realizados por particulares, la autoridad competente son los jueces de Distrito para lo Criminal respectivos. Podrá interponer en

cualquier tiempo, aun en Estado de Emergencia, mientras subsista la privación ilegal de la libertad personal o amenaza de la misma. Todos los días y horas son hábiles para este fin.

Introducida en forma la petición ante el Tribunal de la jurisdicción donde se encuentre el favorecido por el recurso, el Tribunal decretará la Exhibición Personal y nombrará Juez Ejecutor, que podrá ser cualquier autoridad o empleado del orden civil, o un ciudadano, de preferencia abogado, de notoria honradez e instrucción, procurando que el nombramiento no recaiga en funcionarios del Poder Judicial. También dicho recurso podrá ser interpuesto en caso de amenaza de detención, expresando en qué consiste la amenaza, debiendo en todo caso ser real, inmediata, posible y realizable.

Introducido en forma el Recurso de Exhibición Personal, el Tribunal solicitará a la autoridad en contra de quien se dirige el recurso que rinda informe en el término de veinticuatro horas; con dicho informe o sin él, el Tribunal decidirá admitir o rechazar dicho recurso. En caso de que lo admitiere se deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en el caso del recurso interpuesto ante detención ilegal en lo que fuere aplicable.

## **6) Recurso de Inconstitucionalidad por Omisión**

Este recurso no está desarrollado por la actual Ley de Amparo, este recurso debería de ser regulado y podría ser interpuesto por cualquier ciudadano, ante el incumplimiento o lentitud de la Asamblea Nacional de Nicaragua de elaborar una ley que haya sido establecido por la Constitución Política y la ausencia de dicha ley causa perjuicio al mismo.

... “Una Modalidad de control de constitucionalidad que tiene por finalidad lograr la efectiva actuación de la conducta de algunos de los poderes públicos constituidos con competencia para producir normas delegadas a ellos por la ley máxima, toda vez que por su inacción generen una situación contraria con sus mandatos.

Detentan la legitimación activa para acudir a este recurso procesal desde un individuo que acredite la relación causal entre la omisión y la situación violatoria producida por esta (ya sea a raíz de la lesión de un interés simple, legítimo o difuso o bien de un derecho subjetivo; situación que determinara la aplicación de un remedio de tenor diverso en cada caso o generara las virtualidades propias del mismo”.<sup>5</sup>

Este recurso deberá interponerse contra el titular del órgano legislativo en representación de todo el órgano legislativo. Se interpone por escrito, en papel sellado de Ley, dirigido a la CSJ; se presenta en la Secretaría de la Sala Constitucional, copias suficientes en papel común, una a la Procuraduría y otra al funcionario recurrido. Esto deberá realizarse por escrito en papel legal. En dicho escrito deberá decirse con claridad cuál es el artículo de la Constitución que ordena la creación de la norma jurídica, y la omisión de la misma en que perjudica al recurrente.<sup>6</sup>

Interpuesto en forma el Recurso de Inconstitucionalidad por omisión, la Corte Suprema de Justicia se pronunciará dentro de quince días sobre la admisibilidad del mismo, rechazándolo de plano o mandando seguir el procedimiento. En concordancia con lo anterior, una vez admitido, la CSJ pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone, el que deberá rendirlo dentro de quince días de recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien.

Si por cualquier circunstancia, la Corte Suprema necesitare datos que no aparezcan en el proceso para resolver el recurso, dictará las providencias que estime necesarias para obtenerlos, dándole intervención al recurrente, al funcionario y a la Procuraduría

---

5 María Lujan López, Inconstitucionalidad por omisión y su aplicación por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires: Caso Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires/Amparo, Derecho Constitucional para el siglo XX, Javier Pérez Royo y otros – 2006, Editorial Aranzadi, S.A.

6 Esto es una propuesta de los autores, quienes consideran necesario llenar ese vacío jurídico, que deja desprotegido a los ciudadanos ante una actuación no diligente del órgano legislativo.

General de la República. Transcurrido el término para que el funcionario rinda su informe, y una vez practicadas las diligencias especiales, si fuera el caso, con el informe o sin él, la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría para que dictamine el recurso. Pasado este término, con el dictamen o sin él, el pleno de la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada.

La declaración de inconstitucionalidad por omisión tendrá por efecto a partir de la sentencia que lo establezca. La Corte Suprema de Justicia, previa notificación de las partes, enviará copia de la sentencia a los demás poderes del Estado para su conocimiento, y la mandará publicar en La Gaceta, Diario Oficial. En este sentido, la sentencia obligará al órgano legislativo a iniciar a lo inmediato todo el proceso de formación de la ley demandada, el que tendrá un período no mayor de noventa días para su aprobación.

## **7) Recurso de Quejas por actuaciones jurisdiccionales**

Se debe establecer todo un procedimiento de justicia constitucional para que las personas, naturales o jurídicas, puedan recurrir ante actuaciones indebidas de los órganos jurisdiccionales que les lesionen sus derechos y al debido proceso judicial como o establecen los artículos 33, 34 y 35 de nuestra Constitución Política; además de actuaciones de retardación de justicia, pues justicia tardía no es justicia.

## **8) Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los poderes del Estado**

Por el vacío que existía en la Ley de Amparo que no permitía sustanciar de manera correcta los conflictos de competencia y constitucionalidad, que de forma recurrente se habían presentado en la vida institucional de Nicaragua, ya que a falta de un procedimiento propio para sustanciar este tipo de recursos, se

utilizaba las regulaciones del Recurso de Amparo, confundiendo el acto legislativo, cuyo trámite, está previsto en la Constitución Política, como proceso de formación de la ley y que está atribuido a la Asamblea Nacional, como Poder que ejerce la función Legislativa del Estado, con los actos administrativos, que son los actos dictados por autoridades que ejercen la función administrativa del Estado y que esta atribuido fundamentalmente al Poder Ejecutivo.

Este recurso fue aprobado en el año 2008, a través de una reformas que se le realizo a la ley de Amparo, resultaba determinante por la necesidad de dar solución a los conflictos entre los Poderes del Estado, en el propone una reforma que pretenda un modelo de justicia que garantice la Supremacía de la Constitución en todos los aspectos, siendo un avance en la institucionalización de país pudiéndose encontrar la misma un cause legal para poder solventar los problemas de competencias constitucionales, regulada en el artículo 163 Inc. 12 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, en este se regula todo lo concerniente a conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado, por tal motivo se desarrolla en esta reforma a la Ley de Amparo, las Competencias y Atribuciones Constitucionales entre los Poderes del Estado.

Dicha reforma dio fortalecimiento y la estabilidad al país, superando toda la confrontación y obliga a desarrollar todo tipo de esfuerzo para hacer posible la gobernabilidad del país.

## **9) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales**

Este recurso entre el gobierno central y los municipios no está desarrollado por la actual Ley de Amparo, por lo cual se hace necesario su desarrollo ya que la Constitución Política de Nicaragua en su artículo 164, le desarrolla atribuciones al Poder Judicial.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Entre la cuales se encuentran el conocer y resolver los conflictos que surjan entre los

Otro aspecto a tomar en cuenta es que cuando se habla de gobierno central, se está refiriendo no solo al Presidente de la República, sino a todo lo que constituye el Poder Ejecutivo, que incluye Ministerios de Estado, entes autónomos, entes descentralizados, etc.

En todos los casos se debe establecer un mismo procedimiento, el cual debe ser obligatoriamente expedito, porque este tipo de conflictos entre la Administración Pública a diferencia de los conflictos entre los particulares y el estado, afecta el orden público, los intereses de la comunidad; y la prolongación del mismo puede conllevar a la paralización de la Administración Pública, cuyas principales víctimas es el colectivo de habitantes del municipio.

En la interposición del recurso se debe considerar: <sup>8</sup>

## **10) Recurso de conflicto de constitucionalidad entre el gobierno central y las regiones autónomas de la Costa Atlántica**

Este debe ser un recurso en condiciones de similitud con el anteriormente analizado, con la salvedad muy importante que el conflicto de competencias y constitucionalidad se da enmarcado en la Autonomía de los pueblos originarios de la Costa Atlántica de Nicaragua y su relación con el gobierno nacional.

---

municipios, o entre éstos y los organismos del gobierno central. Conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica.

- 8 Esto es una propuesta de los autores, quienes consideran necesario llenar ese vacío jurídico. Para los efectos de la interposición deberían de interponerlo el Alcaldes, quien es el representante legal del municipio, pero la interposición del mismo debe ser aprobada por el Consejo Municipal, máxima autoridad normativa del gobierno local. El recurso debe interponerse ante la sala constitucional de la CSJ, y debe ser resuelto por esta, El escrito de interposición del recurso debe de incluir: El nombre del funcionario u órgano contra quien se dirige el recurso. Relación del acto o actos que originaron el conflicto. Solicitud de suspensión del acto, de ser necesario o de ejecución de un acto, si se trata de la omisión de un acto que está causando perjuicio. Efectos negativos que está causando el conflicto en el municipio. Fundamentación jurídica del recurso, especificando normas violadas. Debe ir acompañada de la certificación de la resolución del Consejo Municipal, donde se aprueba la interposición del recurso por parte del Alcalde Los efectos de la sentencia es inter parten.

La autoridad de la región autónoma que le corresponde recurrir es el Consejo Regional Autónomo, y el recurso deberá ser ante la Corte Suprema de Justicia, la que deberá resolver con la extrema diligencia, que no vaya a ocasionar trastornos a la Administración Pública en dichas Regiones, ni a sus comunidades.

## **11) Recurso de Habeas Data**

El recurso de Habeas data , se encuentra en la actualidad en proceso de aprobación por la Asamblea Nacional de Nicaragua, con el se pretende la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, ya sea que estén almacenados en ficheros de datos públicos o privados, automatizados o no garantizándole al ciudadano sus derechos constitucionales establecidos en el Artículo 26, de la Constitución Política de Nicaragua, al mismo tiempo esta ley, pretende regular y facilitar los procesos legales y administrativos, para que el ciudadano pueda protegerse frente al tratamiento de sus datos. Existen una serie de razones por las cuales se hace necesaria la aprobación de dio recurso en una reforma una vez más a la llamada ley de Amparo, entre las cuales se encuentran:

La creciente dependencia de las tecnologías de la comunicación y la información someten a la persona a nuevos y evidentes peligros. No se trata, por supuesto, de detener el desarrollo de una sociedad donde el flujo de informaciones es una promesa de una democracia más participativa, sino de brindar los resguardos necesarios para que ese flujo de informaciones transcurra en el marco del Estado de Derecho.

El actual contexto de desarrollo de la sociedad de la información propone circunstancias en las que es necesario repensar el contenido del derecho a la intimidad y a la privacidad, en virtud de los cambios vertiginosos de las tecnologías de la comunicación y de la información y de las necesidades de protección que las personas tienen frente a nuevos y sutiles peligros de abuso de estas tecnologías, que permiten hoy, de manera ineluctable, la conformación de perfiles de

las personas, y un seguimiento constante de sus actividades, deseos y aspiraciones, en una verdadera conquista de la vida interior del ciudadano a través de las tecnologías.

## **12) Consideraciones finales**

En todo este escrito hemos mantenido el mismo operador jurisdiccional que establece nuestra Constitución Política, que es la Corte Suprema de Justicia, ya que su objeto de análisis principal no es evaluar al operador y si los recursos de justicia constitucionales.

Con todos estos planteamientos se hace necesaria la aprobación de una Ley de Justicia Constitucional, que reafirme que la Constitución Política es norma aplicable y demandable, por lo tanto es derecho procesal, además de sustantivo, lo que hace pensar en una nueva discusión para reflexionar cuales serían su órganos de aplicación jurisdiccional: ¿Por qué no pensar en un Tribunal Constitucional en Nicaragua, que venga a resolver todos estos recursos aquí expuestos?

Seria para el sistema Jurídico Nicaragüense y para el fortalecimiento del Estado Social de Derecho, la creación de un órgano especializado que tuviese encomendada la función de ejercer la jurisdicción constitucional, los Tribunales Constitucional son órganos de naturaleza jurisdiccional con gran preponderancia en casi todos los países europeos, asiáticos, africanos e inclusive latinoamericanos.

Su trascendencia en el derecho constitucional ha llevado a la mayoría de los doctrinarios modernos a afirmar que no se puede concebir hoy en día un sistema constitucional que no le reserve un lugar a esta institución.

Bien lo señala Javier Pérez Royo, los tribunales constitucionales “son una institución vigorosa que no solo no se ha difuminado con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una

institución cada vez mas importante en el estado constitucional democrático”<sup>9</sup>.

Es indiscutible que la creación de Tribunal Constitucional en nuestro país implicaría una innovación difícil y radical en el sistema jurídico, pero dicha institución es única en la historia y principal órgano de defensa de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales de las personas un órgano de defensa de la democracia así como de los tema de separación de poderes y los principios y valores del Estado Constitucional.

---

9 PERES ROYO, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, /7ma ed, 2000, paginas 922-923



# ALGUNOS ASPECTOS DEL AMPARO EN NICARAGUA

SELENE GUEVARA SOLÍS<sup>1</sup>

**SUMARIO.** Introducción. I. Supremacía Constitucional. 1. Supremacía Formal. 2. Supremacía Material. II. Control de Constitucionalidad. III. El recurso de amparo como garante de los derechos fundamentales. 1. Antecedentes. 2 Constitución Política de 1987. 3. Ley N° 49, Ley de amparo y sus reformas. 3.1. Objeto de control. 3.2. Órgano Competente y la necesidad de su especialización. 3.3. Suspensión del acto. 3.4 Efectos de la Sentencia. 3.5 Otro tipo de sentencias. 3.5.1 Improcedentes. 3.5.2 Sentencias que declaran el recurso como no interpuesto. 3.5.3 Sentencias que acogen el desistimiento. 3.5.4 Sentencias que declaran desierto el recurso. 3.6 Ejecución de la sentencia. Bibliografía

## Introducción

Ante la cordial invitación del Dr. Iván Escobar Fornos y del Dr. Sergio Cuarezma Terán para colaborar en la elaboración de un libro homenaje al Maestro Héctor Fix Zamudio por su invaluable

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Centroamericana, Abogado y Notario de la República de Nicaragua y realizó estudios de Doctorado en Derecho. Programa Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. España. Especialidad en Derecho Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid. España. Ha sido Profesora de la Universidad Centroamericana de Nicaragua en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, Tutora de Monografías y Miembro de Tribunales en defensa de Monografías para obtener el título de Licenciatura en Derecho. Fue coordinadora del Área Penal del Bufete Popular de la Universidad Centroamericana. Y Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sección Nicaragua. De 1995 a la fecha se ha desempeñado como Asesora de Magistrado de la Sala de lo Constitucional en la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Ha escrito artículos para la revista Justicia de la Corte Suprema de Justicia sobre Historia de los Derechos Fundamentales y sobre derechos de las minorías.

aporte al Derecho Constitucional y en especial al Derecho Procesal Constitucional, quiero manifestar con este artículo mi agradecimiento al Maestro Zamudio quien durante cincuenta años ha sido el más grande forjador del derecho procesal constitucional en América Latina y que gracias a sus numerosos artículos, libros y ensayos aprendí al igual que muchos estudiosos del derecho a amar esta maravillosa ciencia. He querido en estas cortas líneas rendir mi más respetuoso homenaje a tan grande jurista quien a mi juicio es uno de los padres del derecho procesal constitucional latinoamericano, en unión con los maestros, Diego Valadés y Domingo García Belaúnde entre otros.

Este artículo no pretende ser una transcripción de la Ley de Amparo vigente en Nicaragua y mucho menos una cátedra sobre el amparo sino abordar algunos temas dentro del procedimiento del recurso de amparo que han tenido especial relevancia en la sustanciación del mismo, tales como la imperante necesidad de un órgano especializado para conocer y resolver el recurso, la determinación de su objeto, la importancia de la medida cautelar de suspensión del acto, y los efectos de la sentencia.

Previo a cualquier otro tema se abordará el tema que da origen a la necesidad de garantizar el ejercicio y la protección de los derechos fundamentales de la persona frente a la administración pública como objeto del recurso de amparo, la Supremacía Constitucional.

## **I. Supremacía Constitucional**

Empezaremos diciendo que los Estados modernos dentro del proceso de constitucionalización de sus ordenamientos jurídicos se han caracterizado por preservar un esquema normativo jerarquizado, basados en la Tesis Kelseniana cuya cúspide es la Constitución, dejando establecido que todas aquellas normas de inferior rango deberán tener un contenido armónico con esta norma superior, pues en caso contrario estarían atentando contra la seguridad jurídica establecida por el ordenamiento jurídico.

Para que exista un verdadero Estado de Derecho, este deberá establecer todos aquellos mecanismos que garanticen tanto la supremacía de su Constitución, como los medios necesarios que establezcan una verdadera Justicia Constitucional.

La doctrina constitucional latinoamericana, sostiene que las Cortes Supremas al conocer de los diferentes instrumentos o recursos que ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración pública, se convierten o funcionan, como auténticos Tribunales Constitucionales. A mi juicio puede llegar a afirmarse que la mayoría de estas Cortes, ejercen un verdadero control constitucional de la misma manera que lo hacen los tribunales constitucionales europeos, con características propias y realidades diferentes pero con el objetivo único de garantizar por medio del control constitucional de la ley y de los actos de la administración, la supremacía constitucional.

En la actualidad el Constitucionalismo, ha planteado la necesidad de establecer la superioridad jerárquica de la llamada Norma Suprema, es decir la Constitución, siendo ésta la base sobre la que se construye la totalidad de la estructura jurídica que rige a cualquier Estado, en ella se fundamentan las normas y los actos de cualquier Estado de Derecho, ya sea liberal, social o democrático<sup>2</sup>; es catalogada como norma suprema por estar colocada en la cúspide establecida por Kelsen en la pirámide normativa.

De igual manera puede afirmarse que la Constitución no es una norma cualquiera dentro del ordenamiento jurídico de un Estado sino que es una norma de rango superior frente a las otras normas. Esta superioridad puede observarse desde dos perspectivas; formal y material.

---

2 Según afirma el profesor Elías Díaz en su libro Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Página 153. Editorial Taurus 1986. España

## 1. Supremacía Formal

Esta entraña un conjunto de límites a la actividad de producción normativa, garantizando sus preceptos a través de la imposición de unos procedimientos específicos y distintos en relación con los prescritos para cualquier otro tipo de norma.

Un aspecto muy importante a determinar es la rigidez constitucional, es decir la existencia de una estabilidad jurídica reforzada a través del establecimiento de procedimientos complejos para la modificación, reforma o derogación de los preceptos contenidos en la Constitución a diferencia de los procedimientos establecidos para la modificación de otras normas.<sup>3</sup>

Es por ello que las Constituciones han establecidos dos procedimientos específicos frente a las posibles reformas de que puede ser objeto, un procedimiento extraordinario aplicable en caso los supuestos de reforma total de la Constitución, es decir cuando su objetivo es la sustitución íntegra de un texto por otro y un procedimiento ordinario para aquellos casos en que se pretenda hacer reformas a cualquier otro precepto de la Constitución, procedimiento que a mi juicio tiene una característica peculiar como es la exclusión de la iniciativa popular.

## 2. Supremacía Material.

Desde esta perspectiva la Constitución no solo condiciona internamente su contenido normativo, sino que también manifiesta su supremacía desde una vertiente material, sobre este punto quiero señalar lo siguiente y paso para ello a plasmarlo textualmente por compartir ese criterio “...condicionando internamente el contenido de todas las normas inferiores en los dos momentos de su existencia como tales: primero en el momento de su elaboración y aprobación de forma que el texto de las normas inferiores ha de ser compatible o no contradictorio con el propio texto constitucional

---

3 Superlegalidad Formal.

*en su conjunto; y segundo en el momento de su interpretación y aplicación de dichas normas que ha de ser efectuado por los operadores jurídicos y políticos de tal manera que el resultado de dicho proceso sea igualmente compatible o no contradictorio con las normas constitucionales. El primer tipo de condicionamiento es normalmente conocido con el nombre de súper legalidad material de la Constitución; el segundo supone considerar a la Constitución como el marco o parámetro interpretativo de todas las restantes normas... ”<sup>4</sup>*

Es importante destacar que no basta con enunciar en la Constitución dicha supremacía, sino que debe contener y desarrollar toda una serie de mecanismos que garanticen esta superioridad jerárquica de la misma sobre cualquiera otra, frente a ataques de otras leyes o normas, así como de actos administrativos. Por lo que la doctrina contemporánea ha creado una serie de mecanismos y procedimientos que garanticen esta supremacía a través de las garantías constitucionales.

Esto es lo que se ha dado en llamar la *justicia constitucional*, la que tiene su origen en los Estados Unidos de América a través de un mecanismo de control de la producción legislativa; y posteriormente con el modelo austriaco de 1920 Europa establece mecanismos de justicia constitucional que perseguía similares objetivos pero con medios distintos. Sin embargo en los dos casos el objetivo primordial era el controlar las actuaciones del legislador, estableciendo la superioridad jerárquica de la Constitución, como cuerpo de Derecho, sobre las leyes.

Javier Pérez Royo<sup>5</sup> ha señalado tres características de la Constitución como norma jurídica que engloban esa característica de superioridad; el carácter único de la Constitución como

---

4 Véase para mayor información. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Nicaragüense. Azhále Solís Román, Gustavo Adolfo Vega y otros. Capítulo 2. Pág. 51. Centro de Derechos Constitucionales. Nicaragua. Publicado por Universidad de Sevilla, 1999

5 Pérez Royo, J. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons. Madrid 1995. pág. 171

norma jurídica, el ser una norma única y superior, al otorgarle al ordenamiento jurídico un carácter de unidad, porque en ella se encuentra su origen, directa e indirectamente, todas las demás normas que se integran en el mismo, y el carácter político de la Constitución para ordenar el jurídicamente el proceso de autodirección política de la sociedad.

## **II. Control de Constitucionalidad**

El principio de Unicidad es una característica fundamental del ordenamiento jurídico nicaragüense, es decir tiene como fundamento acoplar todas las normas que lo conforman a una norma suprema o fundamental, la Constitución, por lo que para garantizar este principio establece los mecanismos necesarios para eliminar aquellas normas que entren en contradicción con la Constitución, lo que se ha denominado Control de Constitucionalidad de la Ley y ejercer un control contra actos y omisiones de los funcionarios, autoridad o agente de los mismos que violen o traten de violar los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política, por medio del recurso de amparo.

Es precisamente sobre este último punto que pasaremos a estudiar un poco algunos temas de especial importancia dentro del recurso de amparo en Nicaragua.

## **III. El recurso de amparo como garante de los derechos fundamentales.**

### **1. Antecedentes**

El único precedente del Recurso por Inconstitucional de la Ley en Nicaragua, aparece en 1893, con la Constitución Política producto de la Revolución Liberal, Norma Suprema que instituye plenamente el control judicial de las leyes e incorpora la institución del amparo al ordenamiento jurídico a través de la Ley de Amparo de 1894<sup>6</sup>,

---

6 La Gaceta, N° 84 del 4 de octubre de 1894.

que establece en su Arto. 117 del Título XIII “Del Poder Judicial: *“Podrá también establecerse directamente ante la Corte Suprema de Justicia, el Recurso de Inconstitucionalidad de una Ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los Tribunales de Justicia por toda persona que al serle aplicada en un caso concreto, sea perjudicada en sus legítimos derechos. La Ley reglamentará el uso de este Recurso”*. Esta Constitución consagró el Sistema Difuso como sistema de protección de los derechos y garantías establecidos en ella.

Las Constituciones y Leyes de Amparo posteriores regularon recursos por inconstitucionalidad influenciados por el sistema mexicano, caracterizándolos básicamente como Amparo contra leyes.<sup>7</sup>

Para 1979 con el triunfo de la Revolución Sandinista desaparece el control de constitucionalidad de las leyes al no regularlo ni en el Estatuto Fundamental de la República, ni en el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses dictados en esa fecha.

En Nicaragua la regulación del Amparo propiamente dicho, ha seguido la suerte de las diferentes Constituciones Políticas, que le han dado vida jurídica a partir de su inclusión en el ordenamiento constitucional.

Se han utilizado diversos nombres para denominarlo: tales como recurso de amparo, derecho de amparo, juicio de amparo o garantía de amparo, regulando, en general, la tutela contra las violaciones de las garantías constitucionales por actos de las autoridades o sus agentes, la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento y la garantía de Habeas Corpus, y en particular, el amparo por actos de particulares restrictivos de la libertad personal y el amparo contra el auto de prisión.

De todas estas modalidades que ha presentado el Amparo, en el ámbito constitucional se consagra la garantía de Habeas Corpus

---

7 Constituciones y Leyes de Amparo de 1939, 1948, 1959 y 1974

desde 1893, aunque solamente las Constituciones de 1939, 1948 y 1987 se refieren expresamente a otro tipo de Amparo al establecer “el derecho para requerir de amparo” o “el juicio de garantías o de amparo” o recurso de amparo.

El Amparo es un recurso característico del sistema latinoamericano, aparece por primera vez en la Constitución mexicana de 1857, siendo posteriormente asumida por los textos constitucionales promulgados en el continente durante los siglos XIX y XX, incluido el nicaragüense en la Constitución de 1939.

## 2. Constitución Política de 1987

En primer lugar es importante señalar que la Constitución se atribuye un carácter de Norma Suprema colocándose en una posición de supremacía con relación a los demás actos y normas jurídicas.<sup>8</sup>

Tal como puede observarse la Constitución se otorga la fuerza necesaria para considerarse una norma jurídica con un carácter de supremacía frente al resto del ordenamiento jurídico.

Así mismo contiene disposiciones que establecen la concentración en un poder del Estado para el ejercicio de la justicia constitucional, como es el Poder Judicial, a través de su órgano superior, la Corte Suprema de Justicia y contiene disposiciones que regulan los mecanismos de este control.<sup>9</sup>

Lo que nos hace concluir que la Constitución es una norma jurídica superior y cada uno de sus preceptos goza de esa cualidad.<sup>10</sup>

8 Arto. 182 Cn “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 le opongan o alteren sus disposiciones”

9 En cuanto al órgano con facultades para ejercer la justicia constitucional: Artos. 159 y 164 y en cuanto a los mecanismos para ejercerla 187 y 188.

10 Véase Álvarez Argüello, Gabriel La Ley en la Constitución Nicaragüense. Barcelona 1999. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. Pág. 42.

Basada en supuestos ideológicos, políticos, económicos y sociales la Constitución se presenta como un reflejo de la realidad y como un cause jurídico para buscar el carácter normativo de la ley fundamental, lo que para algunos estudiosos de los fenómenos acaecidos durante el proceso revolucionario nicaragüense había sido considerado como *una burla elevada a rango constitucional*.<sup>11</sup>

En este sentido es importante destacar la existencia de instituciones que garanticen los principios contenidos en la Constitución y que, de su control y respeto dependerá la existencia de un verdadero Estado Democrático de Derecho.

En el sistema nicaragüense valdría la pena destacar que algunas disposiciones contenidas en la Constitución más que derechos subjetivos son preceptos que se caracterizan por ser rasgos esenciales de determinadas instituciones, tales como las formas de propiedad, la autonomía de las instituciones de educación superior y la independencia de los judiciales, los cuales no determinan derechos subjetivos sino normas que institucionalmente van a garantizar en su caso el derecho de propiedad y la autonomía universitaria.<sup>12</sup>

### 3. Ley No. 49 “Ley de Amparo”<sup>13</sup> y sus reformas

Una vez determinado el carácter de norma suprema a la Constitución, considero que como bien lo señala el Dr. Iván Escobar en su libro *Introducción al Derecho Procesal Constitucional* haciendo referencia a lo plasmado por la Corte Suprema de Justicia<sup>14</sup>, la Ley de Amparo es el instrumento legal mediante el cual se ejerce el control del

11 Sobre este estudio puede observarse la obra de Martí e Puig, Salvador *La Revolución Enredada: “Nicaragua 1977-1996”*, Madrid 1997

12 De igual manera estimo que el Tribunal Constitucional español en su sentencia número 32 del 28 de julio de 1981 en su fundamento 4º, hace una adecuada definición de este término: *“...la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar...”*

13 Ley N° 49. Ley de Amparo. Gaceta N° 241 del 20 de diciembre de 1988

14 S. 10:45 a.m. del 7 de agosto de 1995.

ordenamiento jurídico y de las actuaciones de los funcionarios públicos para mantener y restablecer el imperio de la Constitución Política.

De igual manera cabría recalcar tal como se señaló anteriormente que el amparo en Nicaragua ha tenido la misma evolución que las diferentes Constituciones Políticas, ya que siempre ha sido incluido en el ordenamiento constitucional denominándolo de diversas maneras: recurso, derecho, juicio o garantía de amparo. Siendo siempre su objeto la tutela de los derechos y garantías consignadas en la Constitución, que hayan sido violados por actos de autoridades o sus agentes; la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento y la garantía de Habeas Corpus, y de manera muy particular, la inclusión del amparo por actos de particulares restrictivos de la libertad personal, así mismo su introducción en las Constituciones de Nicaragua fue realizada de manera simultánea.

### ***3.1. Objeto de control.***

Iniciaremos señalando que constitucionalmente el Recurso de Amparo está regulado en el Arto. 188 de la Constitución Política el cual lo establece 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.

Su objeto es el control de las disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política 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 consagrados en la Constitución Política. Aquí puede observarse que la ley reconoce el amparo por omisión, es decir establece el derecho de recurrir frente a la inactividad indebida de los poderes públicos que produzca o intente producir el mismo efecto a fin de

evitar que la vulneración del derecho constitucional se consuma. Es importante destacar en este sentido, que este recurso ha sido denominado por algunos como Recurso de Amparo Administrativo, basándose en el objeto del mismo ya referido, denominación que a mi juicio ha sido producto del hecho que en Nicaragua la jurisdicción contencioso administrativa, ha sido inexistente, es hasta la aprobación de la Ley N° 350 “Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, la que conocerá con potestad exclusiva de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones y simples vías de hecho con la competencia, actuaciones y procedimientos de la Administración Pública, que no estén sujetos a otra jurisdicción<sup>15</sup>.

Sobre este punto me gustaría señalar que en Nicaragua, la falta de delimitación de la jurisdicción contencioso administrativo, ha sido un elemento determinante en la adecuada sustanciación del amparo y tristemente una de las principales causas de retardación de justicia.

Al respecto señalaré que, habiéndose aprobado en el año 2000 la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se establece que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia conocerá con potestad exclusiva de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones o simples vías de hecho, así como en contra de los actos que tengan que ver con la competencia, actuaciones y procedimientos de la Administración Pública, que no estén sujetos a otra jurisdicción Administración Pública como la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo; la administración

15 Véase obra citada de Pablo Pérez Tremps “La Justicia Constitucional en Nicaragua” página 22 “...el recurso de amparo en Nicaragua ha sido más un instrumento de control jurídico de las administraciones públicas que de defensa de derechos fundamentales. El establecimiento de una jurisdicción contencioso administrativa debe conducir, pues, a reorientar el recurso de amparo, concretando más su objeto, y dejando de ser ese cajón de sastre en que cabe cualquier impugnación frente a las administraciones públicas mediante una laxa lectura del contenido de los derechos constitucionales...”

de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las Municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquellas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas. También incluye la actividad de los poderes legislativo, judicial y electoral en cuanto realicen funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial. Pero la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia No. 40 de las 9.00 de la mañana del 10 de junio del 2002, declaró la inaplicabilidad de los Artículos que establecían como órganos jurisdiccionales de lo Contencioso Administrativo las Salas de lo Contencioso Administrativo que se crean en los Tribunales de Apelaciones. Aun cuando la declaración de inconstitucionalidad no abarcó el objeto, ámbito de competencia y naturaleza de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Sala de lo Constitucional conoce de casos cuyo objeto es el establecido para lo contencioso administrativo y con ello se ha sobrecargado el trabajo de dicha Sala y ha impedido su avance tanto cuantitativo como cualitativo de la justicia constitucional en Nicaragua.

### ***3.2. Órgano Competente y la necesidad de su especialización***

Producto de las reformas constitucionales de 1995, se creo la Sala de lo Constitucional y se le otorgó la calidad de Órgano competente para conocer del recurso de amparo. Sobre este término me gustaría señalar que es mediante esta reforma constitucional que la Sala de lo Constitucional al transferirle la facultad exclusiva de de conocer y resolver los Recursos de Amparo se convierte en una Sala especializada en materia constitucional, siendo regulada esta facultad además por la Ley Orgánica del Poder Judicial.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Ley No. 260 "Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 137 del 23 de julio de 1998. Arto. 34 apartados 1 y 2 "Corresponde a la Sala de lo Constitucional: 1- Conocer y resolver los Recursos de Amparo por violación o amenaza de violación de los Derechos y Garantías establecidos

El ejercicio de la Justicia Constitucional a través del control de constitucionalidad de la ley o de la actuación de los poderes públicos, sea ejercido éste de forma difusa o concentrada, por un órgano exclusivo o por un órgano superior o especializado del Poder Judicial, es una garantía básica para la existencia de un Estado democrático ya que garantiza la interpretación de la Constitución, la relación entre los Poderes Públicos y el Derecho, la posibilidad de garantizar que las resoluciones dictadas por el órgano que constitucionalmente ha sido designado para ejercer el control de constitucionalidad tengan más que un carácter jurídico, un carácter político.

Compartiendo lo señalado por el Maestro Luis Fernando Solano esta necesidad de especialización tiene que ver con una actividad devaluada en la materia por parte de los tribunales ordinarios, incluidas las propias Cortes Supremas de Justicia, a las que les ha tocado desempeñar dos papeles distintos, como tribunales de casación o como tribunal constitucional, siendo muy criticados en este último papel considerándolos muy tradicionales, muy reacias a mirar la Constitución, quedándose generalmente con criterios de legalidad ordinaria para resolver cuestiones de constitucionalidad, dentro de la justicia ordinaria, como juez de la casación lo ha hecho muy bien, pero como juez constitucional ha tenido grandes limitaciones y es por ello la necesidad de formar jueces constitucionales especializados.

América Latina es un ejemplo claro de órganos de control constitucional especializados, independientemente que sea exclusivo o no. Así podemos ver que en países como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala o Perú, existe un Tribunal Constitucional como un órgano especializado que tiene el monopolio de la justicia constitucional, situado fuera poder judicial.

---

*en la Constitución Política. 2- Resolver los recursos de hecho por inadmisión de los recursos de amparo...*"

En Nicaragua, Honduras, Costa Rica, El Salvador, Paraguay, existe un órgano especializado pero dentro del Poder Judicial.

También existen órganos supremos del poder judicial que llegan a especializarse como verdaderos órganos de justicia constitucional, esto puede observarse claramente en países como México.

Podemos decir entonces que independientemente del modelo de justicia constitucional adoptado por un Estado, lo trascendental es el papel que estos órganos desempeñan en la interpretación de la Constitución Política de un Estado a fin de garantizar tanto la legitimación democrática del mismo, como el ejercicio y garantía de los derechos de los ciudadanos otorgados por su norma suprema y esto únicamente puede existir con una justicia constitucional especializada, pues la jurisprudencia constitucional es vinculante frente a todos, obligando tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados.

La existencia de un órgano especializado de justicia constitucional pone en manifiesto la necesidad de garantizar la unidad interpretativa de la constitución, al haber unicidad en esta materia, hay unicidad en el Poder Judicial, de no haber este nexo podría facilitarse una dualidad interpretativa y es la existencia de un órgano especializado de justicia constitucional que diga la última palabra en materia de interposición constitucional el que garantice la convivencia pacífica y el desarrollo de una sociedad democrática.

### ***3.3. Suspensión del acto***

Un punto de mucha trascendencia en materia de amparo, es la *Suspensión del acto* considerado violatorio de los derechos constitucionales del recurrente, el Tribunal de Apelaciones correspondiente resolverá del mismo ya sea de oficio ó a petición del recurrente, siempre y cuando el acto contra el que se recurre de llegar a consumarse haría imposible restituir al recurrente en el goce del derecho reclamado, por la notoria falta de jurisdicción

o competencia del funcionario recurrido, y cuando el acto recurrido es ilegítimo. Y en caso de ser a solicitud de parte deberá ser considerado que no cause perjuicio al interés general ni se contravengan disposiciones de orden público, que los daños o perjuicios que pudieren causarse al recurrente con la ejecución del acto recurrido sean de difícil reparación a juicio del Tribunal y que el recurrente otorgue garantías suficientes para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión pudiere causar a terceros, si el amparo fuere declarado sin lugar.

Un primer aspecto que habrá que señalar es que la función administrativa es la ejecución de actos materiales y formales que crean o extinguen situaciones jurídicas individuales o generales, por lo que el acto administrativo es un elemento que tiene la característica de ser jurídicamente eficaz y ejecutable. Ha sido definido como “aquellos actos que imponen deberes positivos o negativos, cuyo cumplimiento pueda no ser voluntariamente aceptado por el obligado”<sup>17</sup>

Pero pasemos al tema que nos ocupa, la suspensión del acto administrativo. El que a nuestro juicio se caracteriza básicamente por tener un carácter excepcional y transitorio por cuanto paraliza provisionalmente los efectos jurídicos materiales del acto o disposición dictados por la Administración Pública y que han sido impugnados en el recurso interpuesto.

Es provisional porque está sujeta la o resuelto en la sentencia definitiva, no hay que olvidar que es una medida cautelar y la duración de ésta dependerá del proceso principal. Puede ser revocada o modificada en cualquier momento dentro del recurso por el órgano facultado por Ley para ello<sup>18</sup>. Otra característica de

---

17 González Pérez, Jesús. Tratado de Derecho Procesal. Volumen I. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964

18 En Nicaragua la Suspensión del acto puede ser declarada de oficio o a petición de parte por El Tribunal de Apelaciones ante el que fue interpuesto el Amparo, sin embargo puede ser revocada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando ésta considere que las circunstancias hayan cambiado y presupuestos procesales, o si un tercero interesado rinde una contra garantía.

la suspensión del acto es que debe ser declarada de forma urgente pues su declaración es indispensable para evitar un perjuicio o daño irreparable al recurrente.

En Nicaragua existe la peculiaridad de que un tercero interesado otorgue caución suficiente para restituir las cosas al estado que tenía antes de la suspensión del acto que motivó al amparo y de responder por los daños y perjuicios que sobrevengan al recurrente, una vez que se declare con lugar el amparo, la suspensión puede quedar sin efecto, siendo el único caso en que el Tribunal puede modificar su posición respecto a la suspensión de los efectos del acto reclamado, pues éste no puede hacerlo una vez que ha sido decretada, siendo la Sala de lo Constitucional la única facultada para revocar la misma antes de dictar la sentencias definitiva si así lo considera conveniente.

Pero por qué es importante esta medida cautelar en el recurso de amparo, a nuestro juicio porque muchas veces mantener la vigencia de acto puede ocasionar al administrado un peligro para su integridad o una inminente e irreparable violación a sus derechos fundamentales, puede llegar incluso a hacer imposible restituir al recurrente en el pleno goce de sus derechos ya sea por falta de jurisdicción o competencia de la autoridad que la dicte.

Ahora bien como la suspensión del acto una vez dictada y no habiendo una contra garantía por parte de un tercero interesado estará vigente durante todo el proceso, es indispensable que el Tribunal de Apelaciones o la Sala de lo Constitucional en su caso debe dejar establecido en qué estado quedarán las cosas, procurando mantener el objeto del amparo. Por qué esta peculiaridad, al respecto podemos señalar dos situaciones que podrían ocasionar dos situaciones peligrosas. Por ejemplo si la suspensión del acto produce un efecto de sentencia definitiva cabría preguntarse, cómo quedarían las cosas. El Doctor Iván Escobar Fornos<sup>19</sup> ha hecho

---

19 Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Editorial Porrúa. México 2005. Páginas 276 y 277.

referencia a dos teorías, primero que la suspensión cabe porque produce los efectos del amparo en forma temporal, y segundo que no cabe porque producirá los efectos de la sentencia definitiva. A nuestro juicio y compartiendo lo señalado en el mismo texto por el Doctor Escobar la solución dependerá del estudio prudente, racional y detallado del órgano que dicte o deniegue la suspensión del acto, porque deberá ser tomado en cuenta el perjuicio que puede causar, la difícil y hasta la imposible reparación del derecho supuestamente conculcado.

Valdría entonces preguntarse, qué pasaría si se solicita la suspensión de un acto consumado. Para este caso la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la suspensión hace que las cosas permanezcan en el estado que tenían al momento de notificarse la suspensión<sup>20</sup>. Aquí habrá que señalar que el acto de tracto sucesivo no debe ser suspendido en cuanto a los efectos consumados pero si en los sucesivos.

### ***3.4 Efectos de la Sentencia***

En el ordenamiento nicaragüense la Sentencia de amparo tiene un carácter declarativo que tiene como objeto la preservación y el restablecimiento de un derecho contenido en la Constitución. Siendo un recurso de naturaleza meramente constitucional su sentencia debe resolver si se ha vulnerado o no el derecho fundamental alegado, restableciéndolo frente a las actuaciones que dieron origen a tal vulneración.

La Sala de lo Constitucional como órgano facultado para conocer del recurso de amparo podrá otorgar el amparo o denegarlo, siendo determinadas como estimatorias o desestimatorias.

En caso de concederse el amparo, la resolución produce dos efectos. Si el acto contra el que se recurre es de carácter positivo tiene por efecto restituir al agraviado en el pleno goce de sus derechos

---

20 Sentencia de las 10:40 a.m. del 9 de enero de 1974.

transgredidos,<sup>21</sup> anulando el acto impugnado<sup>22</sup> y retrotrayendo los efectos de la sentencia al momento en que se produce la violación, y cuando el acto o actos sean de carácter negativo se deberá obligar a las autoridades que actúen conforme a la ley o garantía de que se trate<sup>23</sup>. Es decir su efecto es obligar a los recurridos a que actúen respetando la Ley o garantía de que se trata y a cumplir lo que ellas exijan. Los efectos se producen a partir del momento en que la sentencia se notifica a la autoridad responsable y son de consiguiente hacia el futuro.

Si la sentencia es *desestimatoria*, tiene como efecto dar firmeza a las relaciones jurídicas que derivan del acto objeto de impugnación. Es decir declara la constitucionalidad del acto, resolución, disposición u omisión de la administración, sea este un acto negativo o positivo.

La Sentencia tiene valor de cosa juzgada tanto en el fondo como en la forma y todos los efectos que produzca la sentencia son interpartes, de acuerdo al principio de relatividad, lo que significa que la estimación o desestimación del acto que dio origen al recurso de amparo afecta únicamente al poder mismo que lo adoptó y al particular o particulares que han sido partes en el procedimiento.

Un aspecto importante a destacar en cuanto al efecto producido por las sentencias dictadas en materia de amparo a fin de establecer la diferencia con el contencioso administrativo, es que estas al ser declarativas de derechos no establecen términos para obtener reparación de derechos a través de indemnización por las lesiones sufridas por la acción u omisión del funcionario recurrido, exigiéndose únicamente que se establezca responsabilidad administrativa, civil o penal dependiendo de la naturaleza de la lesión cometida.

---

21 SSSC N° 65/ del 4 de julio de 1990. 9:30. a.m.; N° 66/ del 12 de mayo de 1992, 12:00 m.; N° 22 del 7 de junio de 1995, 10:30 a.m.

22 SSC N° 161 del 19 de diciembre de 1996. 11:00 a.m.

23 Arto 46 de la Ley de Amparo

### 3.5 Otro tipo de sentencias

En materia de amparo la Sala Constitucional puede dictar otro tipo de sentencias que ponen fin al proceso ya sea originadas al momento de su interposición o durante el transcurso del proceso, entre las que podemos señalar resoluciones que declaran improcedente el recurso, resoluciones que lo declaran como no interpuesto, resoluciones que acogen el desistimiento y resoluciones que declaran desierto el recurso, para ello hablaremos un poco de cada una de ellas.

#### 3.5.1 Improcedentes

En el caso de las resoluciones que declaran improcedente el recurso de amparo hay que dejar en claro que únicamente tienen fundamento en los supuestos establecidos en el art. 51 de la Ley de amparo, es decir en aquellos casos en que se recurre contra resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia; contra el proceso de formación de la ley, su promulgación o su publicación o cualquier otro acto o resolución legislativa<sup>24</sup>; cuando hayan cesado los efectos del acto, reclamado o este se haya consumado de modo irreparable; contra los actos que hubieren sido consentidos por el agraviado de modo expreso o tácito. Se presumen consentidos aquellos actos por los cuales no se hubiere recurrido de Amparo dentro del término legal, sin perjuicio de la suspensión del término de conformidad al derecho común. Contra las resoluciones dictadas en materia electoral. Contra los actos relativos a la organización de los Poderes del Estado y el nombramiento y destitución de los funcionarios que gozan de Inmunidad.

En algunas ocasiones la Sala de lo Constitucional ha resuelto el amparo cuando se ha recurrido contra una resolución judicial<sup>25</sup>, al respecto me gustaría señalar que esta causal de improcedencia tiene

---

24 En este caso hay que señalar que este inciso fue declarado inaplicable por inconstitucionalidad en sentencia de Corte Plena N° 69 de la 1:45 p. m. del 23 de septiembre de 2004. Sin embargo fue restablecida por el Arto. 4 de la Ley N° 643, Ley de Reformas y Adiciones a la Ley de Amparo, de 23 de enero del 2008, publicada en La Gaceta N° 28 del 8 de febrero de 2008.

25 Sentencia N° 264 de las 10:46 a. m. del 27 de agosto de 2008. Considerando III

en nuestra legislación una razón de ser, declarar la improcedencia cuando se recurra contra resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia, y es así que debe interpretarse, pues nuestra legislación es clara al regular que en caso de cuestiones de competencia, el Código de Procedimiento Civil establece en el Arto.301 que estas se promoverán por inhibitoria ante el Juez o Tribunal a quien se considere competente y por declinatoria ante el Juez o Tribunal a quien considere incompetente y no a través del amparo.

Aunque en algunos países como España se admite el amparo contra las resoluciones judiciales por violación de derechos fundamentales en todas las instancias y recursos, aun el de casación, en nuestro sistema este tipo de juicio deberá y digo deberá y no podrá, ser resuelto a través del recurso de apelación ante el superior jerárquico y el de casación ante la Corte Suprema de Justicia, es más que claro que el amparo no es un recurso que sustituya a la apelación y a la casación. Considero que este tipo de resolución podría desnaturalizar completamente nuestro sistema ocasionando en muchas ocasiones injusticias o confusión.

### **3.5.2 Sentencias que declaran el recurso como no interpuesto**

Este tipo de resolución es dictada por la Sala Constitucional cuando el Tribunal de Apelaciones ha concedido al recurrente el plazo de cinco días que la Ley de Amparo establece para llenar las omisiones observadas en el escrito de interposición del recurso y éste no las cumple, cuando el recurrente se presenta directamente ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y no al Tribunal de Apelaciones correspondiente o cuando se estima que el recurrente no es persona agraviada.

### **3.5.3 Sentencias que acogen el desistimiento**

En esta materia la Ley de Amparo no dice nada, por lo que de conformidad con el principio de supletoriedad se aplican las normas del derecho común establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

### 3.5.4 Sentencias que declaran desierto el recurso

Este tipo de sentencia son dictadas cuando el recurrente no se apersona ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dentro del término de tres días hábiles más el término de la distancia, para hacer uso de sus derechos como se lo ordena el Tribunal de Apelaciones.

### 3.6 Ejecución de la sentencia

Una vez dictada la Sentencia, la Sala de lo Constitucional les notifica a las partes, en caso de ser una sentencia estimatoria y los funcionarios recurridos no cumplen con lo resuelto, puede requerir al superior inmediato de la autoridad responsable para que le ordene cumplir sin demora la sentencia; si no tuviere superior jerárquico, el requerimiento se hace directamente al funcionario responsable. En el caso que a pesar de los requerimientos no se obedece, la Sala Constitucional pondrá los hechos en conocimiento de la Presidencia de la República para que proceda a ordenar su cumplimiento e informe a la Asamblea Nacional, sin perjuicio de poner el caso en conocimiento de la Procuraduría General de Justicia, para que derive las acciones que corresponda por la desobediencia y violación a la Constitución Política en su Arto. 167 Cn, que establece *“Los fallos y resoluciones de los Tribunales y Jueces son de ineludible cumplimiento para las autoridades del Estado, las organizaciones y las personas naturales y jurídicas afectadas”*. Produciéndose el mismo efecto en caso de no cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Apelaciones correspondiente o por la Sala Constitucional en relación a la suspensión de los efectos del acto considerado violatorio de la Constitución.

Uno de los aspectos que a mi juicio sería conveniente recalcar sobre este tema pero un poco relacionado con el objeto del amparo, es la protección de los derechos constitucionales frente a la administración pública, esto nos lleva a decir que el recurso de amparo no hace ninguna distinción de los derechos

contenidos en la Constitución sino que protege al recurrente contra la violación de todos los derechos contenidos en la misma. Estos ha dado lugar a que las sentencias dictadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, facultada para conocer y resolver de estos recursos, se pronuncie sobre algunos derechos que muy remotamente serían objeto de estudio en otros sistemas de control, por no ser derechos subjetivos, como es el caso del principio de legalidad invocado por la violación del precepto constitucional contenido en el Arto. 129 que cita: “*Los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, son independientes entre sí y se coordinan armónicamente, subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y los establecimientos en la presente Constitución.*” Lo que es muy bien relacionado por la ex Magistrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Josefina Ramos Mendoza en la ponencia presentada en el V Encuentro de Presidentes y Magistrados de Salas y Tribunales Constitucionales de América Latina: “...*El recurso de amparo ha sido utilizado en múltiples ocasiones como un recurso indirecto para hacer prevalecer el principio de legalidad, invocando violaciones del arto. 129 de la Cn*”<sup>26</sup>

## **Bibliografía**

### TEXTOS

1. ALVAREZ ARGÜELLO, Gabriel *La Ley en la Constitución Nicaragüense*, Barcelona 1999, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.
2. DIAZ Elías *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Editorial Taurus 1986. España

---

<sup>26</sup> Citada en obra coordinada por Pablo Pérez Tremps y Rubén Hernández Valle. La Justicia Constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica. Tirant lo blanch, Valencia 1999. Pág. 223

3. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, editorial Porrúa, México, 2005.
4. FLORES VALERIANO Enrique. *La Justicia Constitucional en Honduras*, Primera Edición, Litografía López S. de R. L. Tegucigalpa M. D. C. Honduras, C A. 2006.
5. GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Tratado de Derecho Procesal*, Volumen I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
6. MARTI E PUIG, Salvador. *La Revolución Enredada: "Nicaragua 1977-1996"*, Madrid, 1997.
7. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
8. PÉREZ TREMPES Pablo y HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *La Justicia Constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
9. ROJAS FRANCO, José Enrique. *La Suspensión del Acto Administrativo en la Vía Administrativa y Judicial*, Cuarta edición, Mundo Gráfico, 1999, San José, Costa Rica.
10. VV AA *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Nicaragüense*, Centro de Derechos Constitucionales, Nicaragua, publicado por Universidad de Sevilla, 1999.

## LEGISLACIÓN

1. *Constitución Política de la República de Nicaragua*.
2. *Constituciones y Leyes de Amparo de 1939, 1948, 1959 y 1974*.
3. *Ley N° 49. Ley de Amparo*, Gaceta N° 241 del 20 de diciembre de 1988.

4. *Ley No. 205*, aprobada por la Asamblea Nacional, el 6 de Septiembre de 1995, publicada en el Diario La Tribuna del 30 de Noviembre de 1995.
5. *Ley No. 260*, “*Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua*”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 137 del 23 de julio de 1998.
6. *Ley N° 643, Ley de Reformas y Adiciones a la Ley de Amparo*, de 23 de enero del 2008, publicada en La Gaceta N° 28 del 8 de febrero de 2008.

# LÍMITES MATERIALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

JULIO RAMÓN GARCÍA VILCHEZ<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. 1. Límites y Controles Constitucionales. II. La Tesis de los Límites Materiales de la Reforma Constitucional. III. Tipología de los Límites Materiales de la Reforma Constitucional. IV. Justificación y Críticas Formuladas a los Límites Materiales de la Reforma Constitucional. V. Límites Materiales de la Reforma Constitucional Frente al Poder del Pueblo. VI. Control Jurisdiccional de la Reforma Constitucional. 1. Características de la Constitución Política. 2. Naturaleza de la Ley de Reforma Parcial Constitucional. VII. Criterios para Establecer Cuándo una Reforma es Parcial o Total. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

## I. Introducción

Los límites de la reforma constitucional y el control constitucional del poder de reforma constitucional son aspectos de por sí muy controvertidos y que se mueven en los linderos del derecho constitucional y la política.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua (julio 1995/julio 2022). Director General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional de Nicaragua. Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ. Representante (Legislador en el Consejo de Estado de la República de Nicaragua por el Partido Socialcristiano (PSC)). Publicaciones: Recurso por Inconstitucionalidad, Manual de Amparo, La Formación de la Ley en Nicaragua (dos ediciones), Constitucionalismo y Globalización, El Contencioso Administrativo en Nicaragua (entre otros). Actualmente imparte las cátedras de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo y Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua. Decano Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana de Ciencias Empresariales (UCEM). Honoris Magister UCEM. Profesor Destacado (UCA), Nicaragua, entre otros.

En lo referente a los límites del poder, el profesor español Carlos De Cabo plantea que cuando la doctrina se refiere a los límites materiales de la reforma constitucional se entiende que “en toda Constitución se encuentra un núcleo que define su identidad así como la identidad y (de cuyo mantenimiento depende la) continuidad del Estado, por lo que es necesariamente, inmodificable.”

Según el profesor De Cabo, en la doctrina “esa inmovilidad se configura, por tanto como un componente básico de que lo generalmente se conoce como defensa de la Constitución y fundamenta, asimismo, la tesis que se viene sosteniendo en la materia de la imposibilidad de suprimir el orden constitucional en su totalidad y sustituirlo por otro distinto (naturalmente en términos de reforma)”.

### ***1. Límites y Controles Constitucionales***

Sobre el tema de los límites de la reforma constitucional existe un inacabado debate doctrinario dentro del cual se encuentran posiciones a favor o en contra y las cuales dependen básicamente de la concepción que se tenga sobre el poder de reforma y de la diferenciación que se haga o no del poder constituyente y el poder de reforma o poder constituido, temas que en la doctrina han merecido interesantísimas discusiones.

Por ello, como afirma el profesor Pedro de Vega, “negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión. Cuando no se reconoce límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre el poder constituyente y poder de reforma”. Si el poder de reforma es ilimitado, “bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando, por el contrario, se entiende que la reforma tiene fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que se está consagrando es la diferencia

tajante entre poder constituyente y poder de revisión. Porque el poder de reforma es un poder limitado, de ningún modo puede equipararse con el poder constituyente y soberano.”

Como aclaración señalamos que poder de revisión equivale a poder constituido facultado para aprobar la reforma parcial y poder constituyente y soberano al facultado para aprobar la reforma total de la Constitución o una nueva Constitución en Asamblea Constituyente o poder primigenio u originario.

Refiriéndonos al segundo componente de esta ponencia, o sea el control constitucional del poder de reforma constitucional, señalaríamos los siguientes aspectos:

En primer lugar, hay que admitir que hay diferencias entre control y limitación. Carla Huerta Ochoa, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México) y Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, en su obra titulada “Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político” aborda el tema de las diferencias entre control y limitación en los siguientes términos: “Las limitaciones establecen fronteras a las posibilidades de actuación de los órganos de gobierno. Pero el poder puede excederse, rebasar dichas fronteras y transformarse en un mandato arbitrario. La función del control es vigilar la observancia y respeto de las limitaciones. Una forma efectiva y permanente de establecer limitaciones es por medio del derecho, tanto en la Constitución como en la ley, los decretos o los reglamentos, en virtud de su fuerza obligatoria.”

Para Manuel Aragón, citado por Carla Huerta Ochoa, “la limitación resulta de una norma abstracta y el órgano de control es actualizador de una limitación preestablecida”. “Es decir, señala Huerta Ochoa, que el órgano que ejerce el control tiene la obligación de verificar que la limitación sea respetada”. “En su opinión, los límites buscan preservar la supremacía constitucional y el control es la garantía del acatamiento de las limitaciones.”

Por otra parte, es correcto afirmar que establecer limitaciones sin un medio de control es inefectivo y poco realista, pero no es válido pensar que los controles permiten asegurar que la conducta no deseada no se verificará.

Adicionalmente y siguiendo el criterio del autor Manuel Aragón que: “El órgano controlante no limita, asegura la vigencia de las limitaciones fijadas objetivamente por el derecho”. Es decir, el órgano controlante u órgano controlador solamente hace posibles y eficaces los límites establecidos, pero no puede fijar o crear nuevas limitaciones a los demás órganos, ésta es función del órgano constituyente o del poder constituido creado por el poder constituyente y encarnado en el órgano legislativo.

Estos criterios nos acercan más directamente al fondo de nuestra ponencia. Para que la limitación sea efectiva es preciso que los controles sean institucionalizados, es decir, que sean creados por el derecho, ya sea mediante normas constitucionales o leyes secundarias, por ello Manuel Aragón, citado por Carla Huerta Ochoa, señala que, la Constitución podría sobrevivir sin controles sociales o políticos, el control jurídico en cambio es necesario, principalmente para preservar la vigencia del orden jurídico y la supremacía de la Constitución.

## **II. La Tesis de los Límites Materiales de la Reforma Constitucional**

Hecho el anterior introito por medio del cual nos referimos, en forma introductoria, a los límites y controles constitucionales de la reforma constitucional y a las diferencias entre ambos conceptos, entraremos a presentar algunas reflexiones sobre el origen histórico de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional y su presencia en el constitucionalismo moderno.

La tesis de los límites materiales de la reforma constitucional se asienta en el criterio histórico de que “en toda Constitución se encuentra un núcleo que define su identidad así como la

identidad y continuidad del Estado, por lo que es necesariamente, inmodificable.”

Este criterio, ampliamente aceptado, nos lleva a la existencia de la distinción entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas. Las Constituciones rígidas representan el principio de supremacía constitucional entendido por James Bryce como la “autoridad superior” que poseen las Constituciones frente a las otras leyes del Estado y que en la actualidad se entiende por el carácter de “lex superior” que dichas Constituciones tienen como normas que obligan tanto a gobernantes como a gobernados.

Según el profesor Haro, en el origen de las Constituciones rígidas parece estar el origen de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional. El autor inglés James Bryce, autor de la obra clásica titulada: “Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas”, señala que “el establecimiento de éstas se debe, por lo general, a uno o alguno de los cuatro siguientes motivos:

a) Al deseo de los ciudadanos, es decir, al de la población que disfruta de los derechos políticos, de asegurar sus propios derechos cuando están amenazados y de limitar la acción del gobernante o gobernantes. b) Al deseo de los ciudadanos, o al del gobernante, que quiere agradar a los ciudadanos, de promulgar en términos positivos y definidos la forma de gobierno preexistente, y evitar con ella posteriores controversias respecto al mismo. c) Al deseo de los que están fundando una comunidad política nueva de cuerpo, en un instrumento que lo asegure y lo haga popularmente comprensible, al proyecto bajo el que quieren ser gobernados. d) Al de comunidades separadas o de grupos o sectores distintos dentro de una comunidad grande (y probablemente ligeramente unida) de establecer y promulgar los términos bajo los que sus derechos e intereses respectivos han de ser salvaguardados y su acción conjunta efectiva en los asuntos comunes, asegurada por medio de un gobierno.”

Las Constituciones rígidas han nacido, según Bryce, “cuando la masa del pueblo está ansiosa de asegurar sus derechos contra las extralimitaciones del poder y constituir una estructura de gobierno, en el cual sus voces tuvieran la seguridad de imponerse. Estas Constituciones, continúa exponiendo Bryce, procuran una protección valiosa a las minorías, que, si no en peligro de ser sojuzgados por la tiranía de las masas, están, al menos, expuestas a ser calladas y llevadas al desaliento por las mayorías; por lo tanto, necesitan toda la protección que las garantías legales puedan darles.”

Las citas anteriores son una referencia, de las tantas que se pueden hacer, sobre el nacimiento de las Constituciones rígidas en un determinado momento histórico en el cual la necesidad de garantizar ciertos principios y ciertos derechos a los ciudadanos frente al poder del Estado “obligó a establecer la Norma Fundamental a la que se debía ese Estado”, lo cual determinó también el surgimiento de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional.

El profesor Haro expresa que: “Es precisamente esa necesidad, esa vocación de garantía con la que nace la Constitución para establecer en ella misma unas reglas específicas para su reforma. Muestra de ello es que, como reseña Carré de Malberg, la Constitución francesa de 1791, en su Título VII, artículo 1º, después de haber declarado que “la nación tiene derecho a cambiar su Constitución”, añadía en seguida que dicho cambio sólo puede ejecutarse “por los medios previstos en la misma Constitución.”

Surge entonces la teoría, y puesta por mucho tiempo en práctica, de la separación entre Poder Constituyente y Poder Constituido, y la influencia que esta separación ha tenido en la reforma constitucional.

Según Carré de Malberg, autor francés citado por el profesor José Vicente Haro, “la idea de un poder constituyente, o sea, de un poder inicial superior, que es la fuente común de todos los poderes constituidos, parece, al primer golpe de vista,

totalmente extraña a una teoría como la de Montesquieu, que en principio admite la divisibilidad de la potestad estatal, y que incluso exige la división de ésta. De hecho, Montesquieu, ab initio, descompone esta potestad en tres poderes separados y la potestad una del Estado.”

Adicionalmente Carré de Malberg con acierto señala que “la teoría de los tres poderes y de su reparto en tres clases de órganos implicaba, en el fondo, y había que hacerla surgir, necesariamente después, de la teoría especial del poder constituyente, pues para explicar lógicamente semejante reparto era evidentemente necesario llegar la idea de una autoridad primitiva y superior, que, incluso, si no es el sujeto común de los tres poderes, quede colocada por encima de sus distintos titulares y establezca entre ellos la distribución de las competencias.”

Según lo expresado por Carré de Malberg, la teoría de la separación de poderes abría camino a la del poder constituyente.

Sieyés, citado por el profesor Haro, señala que “la palabra Constitución se refiere al conjunto y a la separación de los poderes públicos” y agrega que “una Constitución supone ante todo un poder constituyente. Los poderes públicos, según Sieyés, se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. En cuanto no han podido constituirse ellos mismos, carecen asimismo de facultad de alterar su constitución. En cambio, el poder constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a Constitución Previa.”

Surge entonces, como lo señala Carré de Malberg, “una distinción entre poder constituyente y poder constituido, como poder ilimitado el primero y limitado el segundo, que nace de un concepto de Constitución que integra la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, con la teoría del Poder Constituyente originario que surge con más fuerza de la doctrina de la soberanía popular de Rousseau.

La doctrina de la soberanía popular planteada por Sieyés hace residir el poder constituyente en el pueblo, pero, se debe aclarar, como lo hizo Carré de Malberg, que la doctrina del Contrato Social de Rousseau, si bien hace residir el poder en el pueblo, “excluye completamente el concepto de derechos individuales hechos intangibles contra el legislador”, puesto que, como señaló Malberg citando a Rousseau, el Contrato Social se reduce a una sola cláusula “la enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos, favor de toda la comunidad.”

En síntesis, Carré de Malberg señaló: “que el principio de la soberanía popular aparece en esta doctrina (o sea en la doctrina de Sieyés) como el complemento lógico de la teoría de Montesquieu, o más bien como la idea principal y dominante sin la cual dicha teoría sería ininteligible e inaceptable. En ese sentido se ha podido decir, para caracterizar la doctrina de Sieyés, que es una síntesis de la doctrina de Rousseau sobre la soberanía del pueblo y de la teoría de Montesquieu sobre la separación de poderes. (Zweig-Jellinek)”

En definitiva, y tal como lo señala Carré de Malberg, “la separación del Poder Constituyente y la Constitución misma fueron concebidas como medios destinados a proporcionar la garantía del derecho individual” y siendo que una Constitución supone ante todo un poder constituyente, la Constitución sólo puede tener por objeto asegurar los derechos del hombre y el ciudadano, pues uno de los medios esenciales de asegurar estos derechos individuales es el de fijar límites a las autoridades constituidas, y especialmente a la potestad del legislador, imponiéndole, por medio del acto constitucional, reglas superiores de las que no se pueda prescindir y a las que nada pueda cambiar por sí misma. Estas reglas limitativas, obra de una autoridad constituyente superior, constituirán la garantía de los particulares.”

A continuación haremos referencia a la opinión de los principales teóricos de la Constitución sobre el tema de los límites de la reforma constitucional.

Carl Schmitt, en su obra “Teoría de la Constitución” señala que los “límites de la facultad de reformar la Constitución resulta del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de “reformar la Constitución” atribuida por una formación legal constitucional significa que una o varias regulaciones legal –constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal – constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución no (contiene) la facultad de dar una nueva Constitución.” Concluye Schmitt: reforma constitucional no es, pues, destrucción de la constitución.”

La doctrina constitucional también trató de explicar o justificar desde parámetros puramente formales el problema de los límites materiales de la reforma constitucional.

Kelsen, en su obra titulada “Teoría General del Estado”, señala que: “puede ocurrir que una Constitución se declare a sí misma eterna, o que algunos de sus preceptos constitucionales se consideren irreformables. Entonces nace la cuestión acerca de si dicha Constitución o dichos preceptos pueden ser, sin embargo, reformados o no, es decir, si jurídicamente pueden serlo, pues la posibilidad real de su reforma está fuera de duda. Del mismo modo que de hecho es posible y, frecuentemente, real el hecho que se prescinda de los preceptos que dificultan la reforma. Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, que es desde el único que se plantea la cuestión, la respuesta es la siguiente: del mismo modo que la violación de las normas que se refieren a la creación jurídica, a falta de otra determinación constitucional, implican la nulidad de la norma irregularmente establecida, es decir, así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas, así también es jurídicamente imposible la reforma de una Constitución o precepto constitucional declarado irreformable. Esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna, puesto que, de hecho, no podrá imponerse una Constitución que no

esté de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella, como toda norma referente a la creación normativa.”

El profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, Venezuela, y miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Don José Vicente Haro, nos advierte que frente a la tesis de Kelsen se encuentran otras corrientes doctrinarias que “lejos de una concepción formal” justificaron también el establecimiento de límites materiales a la reforma constitucional.

Hermann Heller, citado por el profesor Haro, señaló en relación con el tema que “sólo puede crearse una continuidad y un estatus político si el creador de la norma se considera también ligado por ciertas acciones, normativamente objetivadas, de sus predecesores”...”la existencialidad y normatividad del poder constituyente, no se hallan, ciertamente, en oposición, sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para estructurar el poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia.”

En síntesis, para Hermann Heller, el establecimiento de límites materiales era tan necesario y evidente para la continuidad constitucional y de estatus político que, incluso, el propio poder constituyente del futuro debe considerarse sujeto a determinados límites.

Finalmente, Mortati, autor italiano, se muestra también partidario de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional cuando tiene por objeto garantizar el mantenimiento de la Constitución material y con ello el fin esencial del tipo de Estado que esa Constitución representa.

### **III. Tipología de los Límites Materiales de la Reforma Constitucional**

Para el profesor De Cabo los límites materiales son un tipo de los límites objetivos que puede tener la reforma constitucional y considerados como “límites que resultan de la propia naturaleza del orden constitucional y que más que expresos o tácitos, según la denominación tradicional, la doctrina moderna prefiere clasificar como textuales, simplificando y unificando ambos tipos, por entender que, en su caso, tanto unos como otros proceden, se deducen del texto constitucional”. En todo caso, y como lo expresa el profesor José Vicente Haro, los límites materiales, expresos o tácitos se originan, por un lado en las cláusulas de intangibilidad, y por el otro, del contenido de normas y principios constitucionales, pero la cuestión de fondo está en precisar el contenido de esos límites a la luz de la doctrina constitucional.

Un primer intento de tipología o clasificación y de descripción del contenido de esos límites los expuso el autor alemán Kart Loewenstein en su obra “Teoría de la Constitución”.

El profesor José Vicente Haro, resumiendo lo expuesto por Loewenstein, presenta la siguiente tipología de las disposiciones calificadas de intangibilidad:

- a) “La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica.
- b) “La prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al presidente tras uno o también tras dos periodos de mandato en el cargo presidencial; con ello se deberá evitar que el presidente, disponiendo sobre el aparato de poder estatal, se enraíce en el poder y se convierta en dictador.”
- c) “Las prohibiciones de modificar la forma democrática de gobierno.”

- d) “Las prohibiciones de modificar derechos fundamentales.”
- e) “La estructura federal.”
- f) “Ocasionalmente se encuentran también prohibiciones generales de efectuar reformas que contradigan el espíritu de la Constitución.”

Las materias señaladas en esta tipología son las que forman ese “núcleo duro irreformable que se constituye en límites materiales de la reforma constitucional.”

El autor francés G. Burdeau, refiriéndose al tema de los límites de la reforma constitucional señala que “convencidos de la perfección de la obra que acaban de realizar, algunos legisladores constituyentes admiten a duras penas que pueda ser modificada. No pudiendo prohibir totalmente la revisión, pretenden por lo menos, dejar fuera de discusión algunos asuntos o fijar un período que debe transcurrir antes de la revisión.”

Burdeau hacía referencia al artículo 2º de la Ley Constitucional francesa del 14 de agosto de 1884, que establecía que la forma republicana no podía ser objeto de revisión, o sea de ser cambiada mediante una reforma constitucional; para Burdeau, esa disposición tenía un significado político: “probaba que la República que apenas se había osado afirmar en 1875, era en adelante la formas de gobierno francés.”

A pesar de este señalamiento, para Burdeau, el valor jurídico de la disposición constitucional citada es nulo pues “el poder constituyente de una fecha no tiene ningún título para limitar el poder constituyente del futuro.”<sup>2</sup>

Por su parte, el autor J. Jiménez Campo señala que a partir de “un antiguo aserto en la teoría de la Constitución según el cual

---

2 G. Burdeau, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid. Editora Nacional, 1981, p. 115.

el derecho no puede negarse a sí mismo en sus compromisos básicos”, desde distintas posiciones políticas se han declarado irreformables la forma de Estado, las declaraciones de derecho y en el caso español, la unidad del Estado y de la nación.”<sup>3</sup>

El autor Pedro de Vega por su parte señala que “la mayoría de los autores, al hacer el elenco de posibles límites materiales implícitos, aparece siempre, junto al indiscutible axioma de la soberanía del pueblo, la referencia a contenidos, tanto orgánico – constitucionales (división de poderes), como dogmáticos (derechos y libertades fundamentales), empalmando así, si bien desde una óptica y unos presupuestos diferentes, con la inicial versión que la burguesía otorgara al concepto político de Constitución.”<sup>4</sup>

Como hemos expresado antes, la existencia de los límites de la reforma constitucional están íntimamente ligados con la concepción clásica de Constitución y que según el profesor Haro responde a la concepción de Constitución que la burguesía francesa elaboró y que Loewenstein avala cuando señala que los límites de la reforma constitucional se producen “por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, immanentes o inherentes a una Constitución.”

El profesor Carlos De Cabo propone una enumeración del contenido de los límites materiales de la reforma constitucional, poniendo acento en las siguientes cuestiones:

a) “Los principios que legitiman el poder constitucional y que se establecen en torno a la soberanía popular, “comprometiéndose”, tanto el instrumental orgánico y procedimental necesario, como las garantías de los derechos y libertades que la posibilitan y aseguran.”

---

3 J. Jiménez Campo, *Algunos Problemas de Interpretación en torno al Título X de la Constitución*, Revista del Departamento de Derecho Político N° 7. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1980, p. 93.

4 P. de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, 1985, p. 290.

b) “La Constitución material, que, cuanto ‘fuente jurídica primigenia’ (Mortati) y suministradora de los elementos organizativos necesarios para que pueda surgir y subsistir el orden unitario en que concreta e identifica el Estado, debe quedar al margen del procedimiento formal de reforma en cuanto es manifestación específica de la superior función constituyente.”

c) “Los derechos fundamentales, no sólo por su consideración de superior valor constitucional indisponible para todo poder, sino porque jurídicamente se le considera como las normas superiores, en cuanto se configuran como las normas de reconocimiento del ordenamiento jurídico.”

Finalmente, y para el caso español, el profesor Benito Aláez Corral considera como límites materiales de la reforma constitucional, los siguientes:

a) “Los límites materiales relativos a la autorreferencialidad del sistema jurídico: la intangibilidad de las normas sobre reforma constitucional, la intangibilidad del derecho externo del Estado (derecho internacional general y convencional y derecho comunitario), y, la intangibilidad de los principios estructurales del ordenamiento jurídico (principio de Estado Derecho, principio de Estado democrático, principio de Estado autonómico, principio de Estado social.)”

b) “Límites materiales relativos a la ‘positividad’ del sistema jurídico, valores superiores del sistema jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y, la indisoluble unidad de la nación española.”

Finalmente, y como lo expresa el profesor Haro, “dependiendo de la concepción que se tenga de la Constitución y de la nación a que ésta se refiera, la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional se perfilan de uno u otro modo, reflejando una expansión que persigue excluir de la reforma

constitucional, ya no sólo el principio de división de poderes y los derechos fundamentales, como lo intentó en algún momento la burguesía francesa, sino también, otras parcelas del ordenamiento constitucional que en algunos casos guardan relación con esos aspectos, pero en otras no.”

#### **IV. Justificación y Críticas formuladas a los Límites Materiales de la Reforma Constitucional**

De lo expuesto en los acápites anteriores puede concluirse, en términos generales, que la diferencia entre poder constituyente y poder constituido, con sus características de ilimitado el primero y limitado el segundo, y sobre las cuales se fundamenta la tesis de las limitaciones del poder de reforma constitucional, tenía y parece tener aún un objetivo, garantizar la existencia de ciertos principios del Estado Constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales.

Por ello la justificación de la existencia de los límites materiales de la reforma constitucional tiene origen con el constitucionalismo que nació con la “burguesía”, siendo el objetivo de esos límites garantizar ciertos principios del Estado Constitucional, así como los derechos fundamentales.

Sin embargo, expresa el autor Pedro de Vega que: “justificar la existencia de límites implícitos a la reforma, en cuanto suponen el establecimiento de zonas exentas de discusión política y al poder de revisión, basándose en el carácter indiscutible y absoluto de los derechos, y en la naturaleza irrenunciable del principio de división de poderes, representa sencillamente una operación sin fundamento.”

“Ni los derechos son intocables por principio, expresa Don Pedro de Vega, ni la separación de poderes puede tampoco ser entendida en forma radical. Puesto que, tanto los derechos fundamentales como la división de poderes, han perdido su condición de dogmas, ni aquéllos ni ésta podrán seguir concibiéndose como barreras infranqueables a la revisión constitucional.

Para el autor Pedro de Vega “en el constitucionalismo actual, del principio jurídico de supremacía constitucional derivan los límites formales de la reforma constitucional, mientras que del principio político de soberanía popular emanarán, en conexión solidaria con el resto de los derechos fundamentales, los límites implícitos materiales.” En tales principios, supremacía constitucional y soberanía popular, según Pedro de Vega, estaría la justificación de los límites materiales de la reforma constitucional.

Por otra parte, las críticas formuladas a la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional han sido abiertas y varían desde “aquéllas que en el constitucionalismo inglés han señalado que el Parlamento de hoy no puede vincular al Parlamento del mañana, hasta aquéllas que desde la equiparación entre poder constituyente y poder constituido han señalado que el poder constituyente de hoy no puede vincular al poder constituyente del mañana.”

A continuación presentaremos, en apretada síntesis, las críticas formuladas por conocidos autores a la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional.

Hermann Heller señaló “que en todos los casos que el poder propio del depositario supremo del poder se oponga con éxito a las normas constitucionales, se da la posibilidad, no obstante las firmes barreras del Estado de Derecho, de una creación jurídica por violación del derecho. Por muchos controles que se establezcan, nunca podrá resolverse el problema: Quist custadet custodem. No hay forma ninguna de inviolabilidad de normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones.”

En su momento, Loewenstein, refiriéndose a los límites materiales de la reforma constitucional en la Ley Fundamental de Bonn, señaló que “mantener en su castidad” virginal el extremadamente elástico derecho fundamental de la dignidad humana del artículo 1º o las vagas generalizaciones, por no decir lugares comunes, del artículo 20, plantea tales problemas de interpretación a los

tribunales superiores federales, por no hablar ya del legislador, que hay que preguntarse con razón si el poder constituyente no ha ido demasiado lejos en sus exigencias.”

En virtud de lo anterior señaló Loewenstein que “sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una Constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales, y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa, pero con ello en lo absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en época de crisis son tal solo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política... Cuando en Iberoamérica un presidente se quiere hacer dictador anula simplemente, por un golpe de Estado, la Constitución que le prohíbe la reelección y se prescribe una nueva que le trasmite ‘legalmente’ el poder ilimitado.”

Burdeau señaló que “cuando mayor es la resistencia, mayor riesgo se corre de exasperar la voluntad de reforma, que hará revolución, si no pueden triunfar las vías legales.”

Burdeau pone como ejemplo que “el 2 de diciembre de 1851 Luis Napoleón se vio obligado al golpe de Estado ante la imposibilidad de reunir en la legislatura la mayoría excepcional de las tres cuartas partes requeridas para las modificaciones constitucionales.”

Todos los autores cuyas autorizadas opiniones hemos transcrito son contestes en afirmar que los límites materiales de la reforma constitucional “son débiles e ineficaces frente a las revoluciones o los intentos violentos de cambios a la Constitución” y otros autores también señalan que el problema de los límites materiales de la Constitución representa una simple discusión académica.

Pérez Royo, por ejemplo, ha señalado que “el tema de los límites de la reforma está desorbitado, que no responde a

preocupaciones políticas y constitucionales reales, sino a preocupaciones académicas, que son legítimas, pero mucho menos importantes.”

Otros autores que sí le dan importancia al tema, han señalado que la constitución no puede operar como límite del poder de reforma, porque así lo impide el principio democrático.

Ignacio de Otto y Pardo, por ejemplo, ha señalado que, “la posibilidad de la reforma total es, por consiguiente, algo que se desprende del carácter democrático del poder de reforma. La Constitución no puede operar como un límite, y el poder popular ha de obrar con la misma libertad de movimiento con que lo hace al elaborar la Constitución, es decir, en el proceso constituyente.”

El autor Manuel Aragón expresa que “lejos de ser los límites materiales a la reforma una exigencia del principio democrático en la Constitución, me parece, por el contrario, que la existencia de tales límites... lo que supone es una verdadera restricción de tal principio, puesto que se obliga al pueblo, que debe tener siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución... a ejercer ese derecho fuera del derecho, sin procedimiento ni garantía al no haberse mudado en soberanía jurídica su soberanía política.”

“Los límites materiales, según Manuel Aragón, citado por el profesor José Vicente Haro, significan, o que el derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones del presente, con lo cual, el Estado Constitucional no sería del todo Estado democrático, o que la democracia impone a las generaciones futuras la obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo que el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de Derecho, es decir, de Estado Constitucional.” Aragón concluye señalando que “frente a la concepción puramente liberal, la concepción democrática de Constitución exige, a mi juicio, que ésta sea enteramente revisable.”

## **V. Límites Materiales de la Reforma Constitucional frente al Poder del Pueblo**

Señala el profesor José Vicente Haro en su ponencia sobre los límites materiales de la enmienda y la reforma constitucional que, en su opinión, “uno de los problemas que añade más cuestionamientos a la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional se refiere a la validez de tales limitaciones frente al poder del pueblo cuando éste se manifiesta mediante la iniciativa popular de reforma y referéndum constitucional, ambos mecanismos de democracia directa. Cuando se habla de iniciativa de reforma y del referéndum constitucional nos estamos refiriendo a aspectos que tienen que ver con el procedimiento de reforma constitucional.”

Según Pedro de Vega, “hablar del procedimiento para la reforma constitucional y preguntarse por su significado y las implicaciones jurídicas y políticas que él tiene, es preguntarse por el significado y el sentido de los supuestos que la rigidez constitucional está llamada a satisfacer y, que, se centran en: “1. en la necesidad de acoplar la Constitución al cambio histórico; 2. en la necesidad de que ese acoplamiento se produzca dentro de la continuidad jurídica formal del ordenamiento fundamental; 3. en la necesidad de que toda reforma constitucional no implique la posibilidad de que la Constitución se coloque al servicio de la mayoría, y pierda su naturaleza protectora de las minorías. O lo que es lo mismo, en la necesidad de impedir que una mayoría pueda arbitrariamente convertirse en poder constituyente.”

Por estas razones, explica Pedro de Vega, “si la reforma constitucional expresa la continuidad jurídica del Estado y, por lo tanto, más que como un acto de soberanía del poder constituyente originario debe ser interpretada como un acto del poder constituido (...) parece lo más razonable y lógico que ningún otro órgano constituido asuma en exclusiva la función de reforma.”

El mismo autor, Pedro de Vega, señala que “aunque tanto el referéndum como la iniciativa popular sean mecanismos de la democracia directa y constituyan la manifestación más evidente del poder soberano del pueblo, su funcionalidad política y su significación política deben ser planteadas en el marco de la democracia representativa y en su relación con los poderes constituidos por ser el lugar donde efectivamente actúan.”

Con el referéndum, como es sabido, se ratifica o no un acto del poder constituido, lo que no implica menoscabar sus competencias y atribuciones. Con la iniciativa popular se intenta poner en marcha al poder legislativo, excitarlo para que ejerza su función legislativa indelegable, teniendo en cuenta que el Parlamento puede tomar en consideración o no la iniciativa tal como le fue planteada. En ambos casos el poder constituido permanece indemne, es decir, no pierde su calidad de poder constituido ni adquiere la calidad de poder constituyente.

En conclusión, hay numerosas opiniones, y de respetados autores, relacionadas con la justificación y los problemas que encarna la tesis de los límites materiales a la reforma constitucional y en especial sobre la participación del pueblo en tales procedimientos de reforma, hasta tal punto que se afirma que en los casos en que la iniciativa es promovida y discutida por el legislativo y aprobada por el pueblo en referéndum, el pueblo no actúa como poder soberano, sino como un elector que vota si o no.

Pero, en el caso que planteamos nosotros, que el pueblo, haciendo uso de la iniciativa popular, la presenta al legislativo, éste la apruebe y luego el pueblo la “sancione” en referéndum, ¿actuará entonces como poder constituido? ¿Cómo poder soberano?

## **VI. Control Jurisdiccional de la Reforma Constitucional**

En los apartados anteriores hemos tratado de incursionar en lo concerniente a la existencia, límites, tipologías, justificaciones

y críticas formuladas a los límites materiales de la reforma constitucional, sin entrar a explicar los procedimientos que la Constitución Política y otra leyes señalan para la reforma parcial o total de la misma, y como nota aclaratoria apuntamos que aceptamos el uso del término “revisión” como sinónimo de reforma parcial constitucional.

En esta penúltima parte de este ensayo intentamos referirnos al control constitucional o jurisdiccional que corre a cargo del otro actor, que en Nicaragua es la Corte Suprema de Justicia.

Abordaremos este tema apoyándonos principalmente en la Constitución Política de 1987 y sus reformas, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, en lo concerniente, y recomendando a quienes quieran hacer el honor de estudiarlos, mis obras publicadas sobre el tema.

## **1. Características de la Constitución Política**

### **A. Carta Fundamental**

De conformidad con el artículo 182 Cn., 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 decir, nuestra Constitución es la ley fundamental del país, “ninguna de las leyes o normas que se dicten para regular aspectos concretos de la vida nacional pueden estar en oposición a las normas constitucionales, so pena de nulidad, derivada precisamente de su inconstitucionalidad, porque de otro modo, la Constitución resultaría letra muerta, y violado, el principio de su supremacía.”<sup>5</sup>

---

5 M. Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta.

## **B. Clase de Constitución**

Aún cuando ya una buena parte de la doctrina cuestiona la clasificación de Constituciones rígidas y flexibles, se califica como una Constitución rígida a las que sólo puedan modificarse por procedimientos especiales distintos a los que aplican para reformar leyes ordinarias, y Constituciones flexibles aquéllas que admiten enmiendas por el mismo procedimiento que cualquier ley ordinaria. Por eso, la modificación total o parcial de una Constitución rígida requiere la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en tanto que la modificación de una Constitución flexible se hace por el Parlamento ordinario.<sup>6</sup> En Nicaragua, la reforma parcial la hace la Asamblea Nacional conforme los procedimientos señalados en la misma Constitución, o sea, si es rígida o flexible, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 56 dictada a las nueve de la mañana del día tres de julio del año dos mil, expresó: “Es evidente que nuestra Constitución no tiene procedimientos rígidos para sus reformas, y de conformidad con tratadistas constitucionales puede ser catalogada como una Constitución semirígida, con trámites sencillos como los anteriormente señalados para reformarse.”<sup>7</sup>

### **2. Naturaleza de la Ley de Reforma Parcial Constitucional**

Detalle importante de aclarar es el relacionado con la naturaleza y rango de la ley de reforma constitucional. Es decir, ¿qué es la ley de reforma parcial en relación con la Constitución que reforma?

¿Son las disposiciones de la ley reformativa ley ordinaria o tienen rango constitucional? Nuestro Supremo Tribunal, en sentencias N° 21, 22 y 23 de febrero del año mil novecientos noventa y seis, ha respondido a esta pregunta en los siguientes términos:

---

6 M. Ossorio. Op. Cit.

7 La Corte Suprema de Justicia se refiere a los procedimientos señalados en los artículos 191 al 195 Cn.

Sentencia N° 21 de las nueve de la mañana del día ocho de febrero del año mil novecientos noventa y seis. “Este Supremo Tribunal considera que siendo la Constitución Política la carta fundamental de la República, las demás leyes están subordinadas a ella y no tienen ningún valor las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones. En el caso sub-judice, las disposiciones de la Ley 192 ‘Ley de Reforma a la Constitución Política de la República de Nicaragua’, se incorporan a la Constitución Política formando un solo todo unitario con ella que no puede ser atacada por inconstitucionalidad, pues sería equipararla a una ley ordinaria, y sus disposiciones sólo pueden ser reformadas total o parcialmente mediante procedimientos y requerimientos consignados en la misma y por el órgano competente facultado para ello.”<sup>8</sup>

## **VII. Criterios para determinar cuando una Reforma es Parcial o Total**

Dado que ni nuestra Constitución Política ni ninguna otra ley o norma de rango constitucional establece criterios para determinar qué debe entenderse por reforma total o parcial a la misma y sólo establece procedimientos para tramitar tales reformas, la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional, es el órgano encargado de ejercer el control constitucional en Nicaragua en ejercicio de la jurisdicción constitucional y en el ejercicio de tal función (sentencia N° 171 del día veintisiete de noviembre del año mil novecientos noventa y dos), ha declarado:

Sentencia N° 8 del día ocho de mayo del año mil novecientos noventa y cinco. “Este Tribunal considera, que el artículo 191 Cn. concede de manera expresa a la Asamblea Nacional la facultad de reformar parcialmente la Constitución y resolver sobre la iniciativa de reforma total de la misma. En base a esta norma constitucional, queda claramente establecido que es facultad exclusiva de

---

<sup>8</sup> Idénticos argumentos expresó el Supremo Tribunal en las sentencias 22 y 23 de febrero de 1996.

la Asamblea Nacional la reforma parcial de la Constitución Política. La Constitución no establece lo que debe entenderse por reforma total o parcial y únicamente señala un procedimiento diferente para cada clase de reforma. Para establecer un criterio de interpretación de la norma constitucional, habría que analizar los conceptos desde varios puntos de vista, siendo dos de esos puntos de vista el del número de artículos reformados y el de los principios fundamentales que afecte. Desde el primer punto de vista que analizamos, el número de artículos reformados, menores que el total de los artículos de la Constitución, señala hacia una reforma parcial de la misma y en lo que se refiere a los principios fundamentales que afecta, para ser total debería afectar la existencia misma del Estado o la forma de gobierno o su inspiración democrática.” (Considerando II. Parte conducente). Es decir, cualquier reforma constitucional que, como la sentencia referida lo dice afecte “la existencia misma del Estado o la forma de gobierno o su inspiración democrática” es reforma total, que sólo puede hacer una Asamblea Nacional Constituyente, o poder constituyente, convocada especial y únicamente para ello.

## **VIII. Conclusiones**

Ha sido nuestra intención, a lo largo de este ensayo, presentar una amplia panorámica sobre el tema de los límites a la reforma constitucional, apoyándonos en la autorizada opinión de los autores citados y en la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal, que también tiene su importancia en la implementación de los controles constitucionales frente a reformas constitucionales que exceden la facultad de reforma o de la materia reformable.

Sin embargo, confesamos que todavía queda mucha materia pendiente que descifrar y explicar sobre el tema.

Como expresa el profesor Haro, si bien como explica la doctrina, ya no se puede sostener que la justificación de los límites materiales de la reforma constitucional esté en la protección del principio de la separación de poderes y de los derechos fundamentales frente al

poder del Estado como se planteó en la revolución francesa, sino en el principio político de soberanía popular en su conexión solidaria con el resto de los derechos fundamentales, parece también que esa no es la única justificación o la única función de los límites materiales de la reforma constitucional.

Hay un peligro urgente que evitar, y lo transcribo del texto de la ponencia del profesor José Vicente Haro, que dice así: “Pero lo más peligroso es que estos límites materiales puedan servir para que aparentes democracias y gobiernos con perfil autoritario (no necesariamente dictaduras, puede tratarse de gobiernos donde aparentemente existe una democracia y una división de poderes, pero que en realidad, en los hechos, no es tal y el poder público está controlado de una u otra forma por una persona o grupo de personas de una misma orientación política), impongan a los ciudadanos de una nación el cumplimiento y respeto de una Constitución o determinadas normas constitucionales que han perdido legitimidad. Así, los límites materiales de la reforma constitucional pueden constituir una peligrosa mordaza para los cambios que demande legítimamente el pueblo y, con ello, un mecanismo abiertamente antidemocrático.”

Concordamos con la opinión de que “no se pueden poner límites materiales frente al poder del pueblo cuando éste propone, mediante la iniciativa popular, y aprueba mediante referéndum, la modificación del texto constitucional.”

*Aclaración final.* Posiblemente el lector advierta la existencia de párrafos entrecomillados, pero preferí presentarlos así para mayor fidelidad a su contenido y respeto a la opinión de los autores. El tema abordado es sumamente complejo y poco desarrollado en nuestro medio, por lo que prefiero que este aporte se tome como un ensayo perfectible en el futuro. Si mi esfuerzo es útil, aún con las imperfecciones que contenga, me sentiré realmente estimulado.

## X. Bibliografía

1. Borja, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, Fondo de Cultura Económica.
2. *Constitución Política de la República de Nicaragua*, Centro de Documentación e Información Judicial, Corte Suprema de Justicia.
3. Escobar Fornos, Iván, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, México.
4. Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*.
5. García Vilchez, Julio Ramón, *El Control Constitucional en Nicaragua*, Universidad Centroamericana de Ciencias Empresariales (UCEM).
6. García Vilchez, Julio Ramón, *Manual de Amparo*, Lea Grupo Editorial, Managua.
7. García Vilchez, Julio Ramón, *Recurso por Inconstitucionalidad*, Lea Grupo Editorial, Managua.
8. José Vicente Haro. *Los límites materiales de la Enmienda y la Reforma, Constitucional*, Derecho Constitucional para el Siglo XXI, editorial Aranzadi, S. A.
9. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Boletines Judiciales, Corte Suprema de Justicia
10. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Colección Demos, Editorial Ariel.
11. Lösing, Norbert, *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*, Fundación Konrad Adenauer, Dykinson S.L.
12. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Nuevos Textos.
13. Siegan, Bernard H., *Reforma Constitucional*.

# EL SISTEMA MIXTO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN NICARAGUA<sup>1</sup>

OMAR A. GARCÍA PALACIOS<sup>2</sup>

**SUMARIO:** Introducción. 1. Definición de Derecho Procesal Constitucional 2. Evolución histórica de la justicia constitucional en Nicaragua. 3. Control de constitucionalidad en Nicaragua. Modelo mixto. 3.1 Procesos Constitucionales en Nicaragua. 4. El recurso por inconstitucionalidad. 4.1 Función y Objeto. 4.1.2 Legitimación. A) sujeto activo. B) sujeto pasivo. 4.1.3 El procedimiento. 4.1.4 La sentencia y sus efectos. 5. Control de constitucionalidad en casos concretos.

## Introducción

El presente trabajo tiene como objeto el estudio del control de constitucionalidad en el sistema nicaragüense. Para ello se aborda el recurso por inconstitucionalidad y la inconstitucionalidad en casos concretos. Ambos mecanismos jurídicos sirven de fundamento para sostener que en Nicaragua el modelo de justicia constitucional

---

1 Deseo agradecer al IIDC-Nicaragua y al INEJ, en particular, al Dr. Iván Escobar Fornos y al Dr. Sergio Cuarezma Terán, directores de ambas Institutos respectivamente, por la invitación a colaborar en una obra colectiva en Honor al Maestro Héctor Fix-Zamudio. Para quien escribe es todo honor poder aportar estas breves reflexiones sobre la justicia constitucional nicaragüense.

2 Licenciado en Derecho por la UNAN-León. Tiene el Grado de Doctor en Derecho en el área de Derecho Constitucional por la Universidad de Barcelona, España. Es Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNAN-León); de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana (UCA-Managua); y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Americana (UAM-Managua). Imparte las materias de Derecho Constitucional I y II, Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional. Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Capítulo Nicaragua, y del Instituto Nicaragüense de Derecho Financiero y Tributario. Ha sido miembro de la American Political Science Association.

adoptado por el ordenamiento jurídico-constitucional obedece a un modelo mixto.

En ese modelo mixto de control de constitucionalidad existen diversos mecanismos o instrumentos jurídicos que integran la noción de procesos constitucionales en Nicaragua, tales como: recurso por inconstitucionalidad, control de constitucionalidad en casos concretos, recurso de amparo, recurso de exhibición personal, conflicto de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado, los mecanismos en defensa de la Autonomía Regional y Municipal, y el Habeas Data. Todos los procesos constitucionales tienen como elemento común: la protección jurisdiccional de la Constitución. Hacer prevalecer la supremacía constitucional.

## **1. Definición de Derecho Procesal Constitucional**

El Derecho Procesal Constitucional puede ser definido como el conjunto de mecanismos y procedimientos de diversa índole que tienen como objeto el aseguramiento de los contenidos establecidos en una Constitución (derechos, regulación de los poderes públicos, reforma constitucional y control de constitucionalidad). En ese sentido, el Derecho procesal constitucional se ocupa de las instituciones procesales establecidas en la Constitución que velan por la seguridad jurídica y el debido proceso, es decir, el Derecho procesal constitucional se entiende como el conjunto de normas y principios que tiene por objeto el estudio del proceso constitucional, sus tipos, naturaleza, principios, presupuestos procesales, el objeto del litigio, sus actos procesales, forma de iniciarse, tramitación, prueba, sentencia y recursos, en su caso. Es una materia autónoma, que pertenece al Derecho Público y está ligado al tronco común de la Teoría General del Proceso<sup>3</sup>. El Derecho Procesal Constitucional también suele identificarse o utilizarse como sinónimo de las expresiones “Justicia Constitucional” o

---

3 ESCOBAR FORNOS, Iván. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México, 2005. Págs. 1-4.

“Jurisdicción Constitucional”. Todas ellas, conducen a un objeto común: la protección jurisdiccional de la Constitución. Hacer prevalecer la supremacía de la Constitución<sup>4</sup>.

## 2. Evolución histórica de la justicia constitucional en Nicaragua

La jurisdicción constitucional ha sido una institución conocida en el constitucionalismo nicaragüense; si partimos como hemos mencionado con anterioridad, que lo que nos interesa conocer en su ámbito es lo referido al control de constitucionalidad, y haciendo la salvedad que en su inicio no existía disposición constitucional que específicamente señalara el control de constitucionalidad. Pues bien, como afirma ÁLVAREZ ARGÜELLO el control de constitucionalidad de las leyes es un fenómeno conocido en la tradición jurídica nicaragüense<sup>5</sup>. Esto se pone de manifiesto no tanto en la primera Constitución de vida independiente de Nicaragua como es la de 1838 que consagraba en su artículo 109 inc. 23 un control político a cargo del Legislativo, sino en la de 1854 que como señala ÁLVAREZ ARGÜELLO debido a la gran influencia norteamericana sobre la concepción normativa de la Constitución se trasladará a la sede judicial la observancia de las leyes. Este autor señala que si bien esta Constitución no posee un artículo específico sobre el control constitucional, el mismo se

---

4 Todo ello está vinculado a las ideas de Constitución como norma, supremacía constitucional, rigidez constitucional, y control de constitucionalidad ver: GARCÍA PALACIOS, Omar A. *El Control de constitucionalidad en España y Nicaragua: significado y alcance*. Trabajo de investigación para optar al Grado de Salamanca en el marco del Programa de Doctorado “Temas clave de Derecho Constitucional y Europeo”. Bienio 1999-2001. Salamanca, 2001. Pág. 20. Sin Publicación.

5 ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución nicaragüense*. Cedecs. Barcelona, 1999. Pág. 123. Contrario a este planteamiento CUAREZMA TERÁN y MORENO CASTILLO, afirman que en “en el constitucionalismo nicaragüense histórico no existen mecanismos o instituciones que permitan su calificación como órganos de justicia constitucional”. CUAREZMA TERÁN, Sergio; y MORENO CASTILLO, Asunción. “La Justicia Constitucional en Nicaragua” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 1997. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 257. Se considera que si bien, en los primeros textos nicaragüenses no se especificaba directamente un mecanismo específico como el control de constitucionalidad y un órgano encargado de administrar la justicia constitucional, la interpretación del artículo 89 de la Constitución de 1854 se puede encontrar el origen del control de constitucionalidad en Nicaragua, y además, el órgano que le correspondía ejercerlo, como eran los tribunales y jueces.

puede interpretar como tal en el análisis del artículo 89<sup>6</sup>; según éste los tribunales y jueces ejercen las funciones que expresamente la Constitución y leyes le señalan, además no pueden aplicar otras leyes que las que estén conforme a la Constitución. De la lectura del mismo se desprende que los jueces y tribunales debían pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley, ya que para no aplicarla, tenían que fundamentarse en la inconstitucionalidad de la misma.

Con la Constitución conservadora o mejor conocida como “la Constitución de los treinta años” de 1858, el control de constitucionalidad desaparece y vuelve a establecerse en la Constitución Liberal o “Libérrima” de 1893 donde se deja sentado plenamente el control judicial de las leyes y se incorpora al ordenamiento nicaragüense la institución del Amparo con la Ley de Amparo de 1894.

De esta manera el control de constitucionalidad se mantuvo presente en las constituciones de 1939, 1948, 1950 y 1974 y sus respectivas leyes de Amparo que regulaban los mecanismos sobre la jurisdicción constitucional como el establecimiento del recurso de inconstitucionalidad, que en la práctica funcionaba como Amparo contra leyes debido a la influencia Mexicana de donde fue tomada esta institución.

Así pues se llega a 1979 con la Revolución Popular Sandinista y el control de constitucionalidad desaparece ya que en el Estatuto Fundamental de la República y en el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, ambos de 1979, no se encuentra por ningún lado. El control de constitucionalidad vuelve a estar presente en la Constitución de 1987 y su reforma en 1995 y en

---

6 Artículo 89 Constitución de 1845. “Los tribunales y jueces no podrán ejercer otras funciones que las expresamente detalladas por la Constitución y las leyes, y las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. Tampoco podrán aplicar otras leyes que las que estén conforme a la Constitución...”. Tomado de ESGUEVA GÓMEZ, Antonio. *Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*. Tomo I. IHNCA-UCA. Managua, 2000. Pág. 322.

2000, que a su vez es desarrollado por la Ley de Amparo de 1988 y su reforma en 1995<sup>7</sup>.

### **3. Control de constitucionalidad en Nicaragua. Modelo mixto.**

La Constitución de Nicaragua (en lo sucesivo CN) de 1987 y sus reformas (1990, 1995, 2000, 2004, 2005) diseñan un control de constitucionalidad de la ley y otras categoría normativas (decreto, reglamento) basado en un modelo concentrado a través de un recurso directo y abstracto denominado recurso por inconstitucionalidad (artículo 187 Constitución). En este modelo concentrado, la Corte Suprema de Justicia ostenta el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo el diseño constitucional no es suficiente para concluir que en nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley y otras categorías normativas obedece a un modelo concentrado similar al de Tribunales Constitucionales. A la lectura constitucional se debe agregar o complementar la lectura de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ) en el sentido que estas dos normas, específicamente, la Ley de Amparo (en lo sucesivo LA), introducen el denominado control en casos concretos, el cual le permite a cualquier Juez o Tribunal que está conociendo de un caso en concreto poder declarar la inconstitucionalidad de una norma que tiene aplicación directa al caso que está conociendo el Juez y que éste considera que la misma es violatoria a la Constitución. El control de constitucionalidad en casos concretos, a través de sus supuestos (artículos 22-24 LA; art. 5 LOPJ), representa un elemento complementario al modelo diseñado en la Constitución y, nos permite poder afirmar con toda contundencia que nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley y otras categorías normativas obedece a un modelo de control mixto

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ ALAR, Adonai. *El Recurso de Inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense*. Monografía de la Maestría en Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona-Universidad Autónoma de Nicaragua-León. León, 1996. Págs. 24-26. CUADRA, F. "Breve análisis de la Justicia Constitucional en Nicaragua, en el periodo histórico comprendido entre 1939 y 1992". *La Justicia Constitucional: una promesa de la Democracia*. ILANUD. San José, 1992. Citado por ALVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución...* Op. Cit. Pág.124 (Nota 171).

que contiene elementos típicos del modelo de control concentrado también llamado modelo europeo y elementos típicos del modelo de control difuso típico de los países con tradición jurídica anglosajona. Nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley y otras categorías normativas (decreto, reglamento, etc) es mixto<sup>8</sup>.

### 3.1 Procesos Constitucionales en Nicaragua

En el caso nicaragüense, el concepto de Derecho Procesal Constitucional que utilizamos es bastante amplio. Este abarca una serie de instrumentos o mecanismos así como procedimientos que protegen las regulaciones constitucionales, independiente de los órganos competentes para tal fin. En ese sentido, por ejemplo, los órganos pueden ser los jueces, tribunales, salas de la Corte Suprema de Justicia y Pleno de la misma. El Derecho Procesal Constitucional en Nicaragua se encuentra regulado en la Constitución, Ley de Amparo y Ley Orgánica del Poder Judicial, no existe un único instrumento jurídico que regule todos los procesos<sup>9</sup>.

Los procesos constitucionales existentes en el ordenamiento jurídico-constitucional nicaragüense son<sup>10</sup>:

- Recurso por Inconstitucionalidad (art. 163; 164 inc. 4; 187 Constitución. Art. 1, 2, 6, 8-21 Ley de Amparo. Art. 27 inc. 1; 34 inc. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Inconstitucionalidad en casos concretos (art. 22-24 Ley de Amparo. Art. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Recurso de Amparo (art. 45; 164 inc. 3; 188. Art. 1, 3, 6, 7, 25-53 Ley de Amparo. Art. 34 inc. 1 Ley Orgánica del Poder Judicial).

---

8 Sobre estas ideas se puede ver de forma más amplia nuestro trabajo. GARCÍA PALACIOS, Omar. *El control de constitucionalidad en España y Nicaragua...* Op. Cit.

9 Por ejemplo, en el caso de Perú existe un Código Procesal Constitucional de 2004 que regula todos los procesos.

10 Consultar: GARCÍA PALACIOS, Omar A. "Procesos constitucionales en Nicaragua" en <http://ecentro.uca.edu.ni/pd/omargp>

- Recurso de Exhibición Personal o Habeas Corpus (art. 45; 189 Constitución; Art. 1, 4, 6, 54-79 Ley de Amparo. Art. 34 inc. 4 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre Poderes del Estado (art. 163; 164 inc. 12 Constitución. Art. 1, 5, 6, 80-84 Ley de Amparo. Art. 27 inc. 2 Ley Orgánica del Poder Judicial)<sup>11</sup>.
- Conflicto entre el Gobierno Central y las Municipalidades (art. 164 inc. 11 Constitución. Art. 35 inc. 4 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Conflicto entre el Gobierno Central y las Regiones Autónomas y los Municipios (art. 164 inc. 13 Constitución. Art. 35 inc. 3 y 4 Ley Orgánica del Poder Judicial).
- Habeas Data (art. 26 inc. 4 Constitución).

El presente trabajo se centra en el estudio de los dos primeros señalados con anterioridad (Recurso por Inconstitucionalidad y control de constitucionalidad en casos concretos).

## 4. El Recurso por Inconstitucionalidad

### 4.1 Función y objeto

El recurso por inconstitucionalidad de la ley y otras categorías normativas es un recurso que tiene las características de ser un medio directo y abstracto de control de normas y surge en el ordenamiento nicaragüense con la Constitución de 1987<sup>12</sup>.

---

11 Sobre el tema puede consultarse, entre otros: GARCÍA PALACIOS, Omar A. "Reformas a la Ley de Amparo" en [www.elnuevodiario.com.ni](http://www.elnuevodiario.com.ni) de 29 de Enero de 2008 Sección Opinión.

12 Sobre el recurso por inconstitucionalidad en Nicaragua se puede ver, además de la bibliografía aquí citada, ESCOBAR FORNOS, Iván. *Introducción al Derecho procesal...* Op. Cit. . Págs. 143-192; MARTÍNEZ, Moisés. "Algunos aspectos del Recurso por Inconstitucionalidad" en *Revista Justicia*. Núm. 27. Marzo 2003. Págs. 72-78; GARCÍA VÍLCHEZ, Julio Ramón. *El control constitucional en Nicaragua. Corte Suprema de Justicia*. Managua, 2000; *Recurso por inconstitucionalidad. Teoría, práctica y*

Es un medio utilizado para asegurar y proteger los preceptos constitucionales frente a normas de rango inferior, es decir, para asegurar la supremacía de la norma constitucional. Supremacía que en el caso de Nicaragua se encuentra recogida en el artículo 182 CN estableciendo 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”. Coherente con ese precepto el artículo 187 CN 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”. A su vez, mediante ley denominada “Ley de Amparo” se desarrolla el procedimiento que se ha de seguir para controlar la constitucionalidad de la ley, decreto y reglamento.

Así pues, el recurso por inconstitucionalidad es un instrumento que posee un carácter objetivo y que tiene como finalidad la protección de las normas constitucionales, es decir, que el resto de normas subordinadas a ella, no alteren ni su forma ni su contenido, y que sobre todo la ley como producto emanado del parlamento (poder constituido) no altere y se mantenga dentro de las formas y contenidos que la Constitución (obra del poder constituyente) ha establecido. No interesa en el recurso de inconstitucionalidad situaciones o intereses particulares sino generales y abstractas.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mediante *Sentencia CSJ núm. 113 de 21 de Julio de 1992* que establece en el considerando I que “*el recurso de Inconstitucionalidad para el que la propia Constitución establece acción popular, tal como lo consigna el art. 187 CN, que puede ser interpuesto por “cualquier ciudadano”, es un recurso de control*

---

*jurisprudencia.* Lea. Managua, 2007. También es importante revisar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de las Sentencias que aquí se citan, se pueden ver las siguientes: Sentencia No. 85 de 22 de Agosto de 1989; Sentencia No. 170 de 24 de Noviembre de 1992; Sentencia No. 13 de 27 de Febrero de 1997.

que “no resuelve querellas, individuales sino problemas de ley, generales y del más alto nivel jurídico”. Este orden jurídico superior es el que establece la Constitución Política, al cual deben subordinarse las demás leyes, y éstas no tienen ningún valor cuando se le opongan o alteren sus disposiciones. En todo Recurso de Inconstitucionalidad de una ley, la Corte únicamente analiza si aquella se opone o altera alguna norma constitucional, y su resolución se limita a declarar si tal ley es o no inconstitucional, acarreado, como consecuencia la inaplicabilidad de la misma. (art. 18 y 19 Ley de Amparo)”.

Veamos, en primer lugar, como es obvio, la ley como producto emanado del parlamento (Asamblea Nacional como denomina la Constitución art.132) y además con posición inferior inmediata dentro del sistema de fuentes<sup>13</sup> esté señalada como objeto del control de constitucionalidad.

Nos parece oportuno señalar que dentro del ordenamiento jurídico constitucional nicaragüense existen tipos de leyes. Entre ellas destacan, la denominadas “Leyes constitucionales” que señala el artículo 184 (Ley Electoral, Ley de Emergencia y Ley de Amparo) y que requieren para su aprobación y reforma una mayoría calificada (sesenta por ciento de los Diputados), igual que la establecida para la reforma parcial de la Constitución (arts. 194 y 195). Por otro lado, las leyes que requieren votación igual a la mayoría calificada del sesenta por ciento (Ley de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica), una ley que requiere mayoría absoluta (mitad más uno del total de miembros que integran la Asamblea Nacional) como la Ley de Municipios, y las leyes ordinarias que requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los Diputados presentes (art. 114).

En segundo lugar, se menciona el decreto. Tanto la Asamblea Nacional como el Presidente de la República poseen la facultad

---

13 Sobre el sistema de fuentes en la Constitución consultar: GARCÍA PALACIOS, Omar A. *Curso de Derecho Constitucional*. De futura publicación por Grupo Editorial Lea.

de dictar decretos (arts. 138 inc. 1 y 150 inciso 4 respectivamente)<sup>14</sup>. En este punto nos parece oportuno detenernos.

Antes de las reformas constitucionales de 1995 el Presidente de la República estaba facultado para dictar “decretos ejecutivos con fuerza de ley en materia de carácter fiscal y administrativo” (ex art. 150 inc. 4). Con las reformas de 1995, el Presidente de la República quedó facultado únicamente para dictar “decretos ejecutivos en materia administrativa” (art. 150 inciso 4 vigente). Esto quiere decir que los decretos dictados antes de las reformas poseían “fuerza de ley” eran equiparable a las leyes ordinarias que dictaba la Asamblea Nacional. Con la reforma esa situación ha desaparecido pero estuvo vigente entre 1987 y 1995, y generó todo un debate, ya que el ejecutivo (1990-1996) lo utilizó como instrumento para crear impuestos.

Coherente con lo anterior y el sistema de fuentes que existía, la Ley de Amparo retomó lo que la norma constitucional establecía y agregó en el artículo 2 y 6 al “decreto ley” como norma susceptible de control de constitucionalidad.

Ahora bien, al reformarse la Constitución en 1995 desapareció el decreto ley de nuestro sistema de fuentes. Por su lado, la Ley de Amparo fue también reformada y desapareció del artículo 6 el “decreto ley”, no así en el resto del articulado de la Ley. Por ejemplo, artículo 2 que sigue teniendo esta categoría como norma susceptible de control<sup>15</sup>. Mediante la reforma del artículo 6 Ley de

14 En la opinión de ESCOBAR FORNOS dentro de la categoría de Decreto se incluyen los planes de arbitrio y ordenanzas municipales. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Derecho Procesal Constitucional* ... Op. Cit. Pág. 204.

15 Artículo 2 LA: “El recurso por Inconstitucionalidad procede contra toda ley, decreto ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución Política”. Por su lado, el artículo 6 derogado decía: “El recurso por Inconstitucionalidad puede ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos, cuando una ley, decreto ley, decreto o reglamento perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales”. No sólo el artículo 2 ha mantenido en su redacción la categoría de “decreto ley” sino que a lo largo de todo el articulado de la Ley se puede apreciar esta situación ya que la reforma de 1995 de la Ley de Amparo simplemente se limitó a reformar dos artículos (6 y 5 LA) y la reforma de 2008 no se preocupó por “limpiar el texto”. Como es obvio, al desaparecer esta categoría de la Constitución mediante las reformas de 1995 debemos de entender que la misma no existe pese a que esté presente a lo largo del articulado de la Ley de Amparo.

Amparo se estableció que además de la ley, decreto o reglamento, era susceptible de control “cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución que se oponga a lo prescrito en ella”. Esto último, obviamente pudo generar ciertos problemas mientras estuvo vigente con los que la Corte Suprema de Justicia se enfrentó al realizar la facultad que posee de enjuiciar la constitucionalidad (ver la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 98 de 17 de Agosto de 2001* en la que declaró inconstitucional esa “última parte” -cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución que se oponga a lo prescrito en ella-). Hubiese sido adecuado suprimir esta última frase del artículo 6 LA y dejar este enjuiciamiento a la jurisdicción contencioso-administrativo<sup>16</sup> que como veremos en los siguientes párrafos empezó a funcionar en Mayo del 2001. Sin embargo, como ya señalamos, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional dicha regulación.

En tercer lugar, el precepto constitucional menciona al reglamento como objeto de control a través del recurso por inconstitucionalidad.

Como es sabido, generalmente los reglamentos no son objeto de control por parte de la jurisdicción constitucional sino por la contencioso-administrativa. Ya que dentro de la primera se controlaría la constitucionalidad de las normas inferiores a la Constitución y en la segunda se controlaría la legalidad de los actos que emanan de la administración, es decir, se controla la legalidad y no la constitucionalidad.

El constituyente de 1987 seguramente optó por incluir los reglamentos dentro del control de constitucionalidad debido a que en Nicaragua no existía el contencioso-administrativo, de no hacerlo se hubiesen quedado estas normas sin control, lo cual quizás hubiese generado la no protección de la Constitución frente a las mismas.

---

16 Ley No. 350 “Ley de regulación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo” (Publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 140 y 141 del 25 y 26 de Julio 2000). Mediante *Sentencia No. 40 de 10 de Junio de 2002* la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional varios artículos de esta ley.

Por otro lado, es de señalar que mediante las reformas constitucionales de 1995 se introdujo en la Constitución el contencioso-administrativo, y se creó una sala dentro de la Corte Suprema de Justicia pero que dicha jurisdicción no comenzó a funcionar por falta de ley que la desarrollara. Dicha ley fue publicada en Julio del 2000 pero no entró en vigencia sino en Mayo del 2001. También debemos agregar que mediante las reformas constitucionales de 1995<sup>17</sup> se redujo la potestad reglamentaria del Ejecutivo señalando el artículo 141 CN que “las leyes serán reglamentadas cuando ellas expresamente así lo determinen. La Junta Directiva de la Asamblea Nacional encomendará la reglamentación de las leyes a la Comisión respectiva para su aprobación en el Plenario, cuando el Presidente de la República no lo hiciere en el plazo establecido” por su parte el 150 inciso 10 CN establece que es facultad del Presidente de la República “reglamentar las leyes que lo requieran, en un plazo no mayor de sesenta días”. Se creó una especie de “reserva de reglamento”<sup>18</sup>.

Lamentablemente con la creación del contencioso-administrativo los reglamentos no fueron incorporados a esta jurisdicción. Somos conscientes que reformar una Constitución no es una tarea muy fácil que digamos, pero nos preguntamos, si se ha reformado la Constitución en enero de 2000 para otros fines (personales, partidarios y políticos) ¿por qué no se aprovechó y utilizó la misma para reformar el 187 CN y excluir el reglamento de los actos susceptibles de control por parte de la jurisdicción constitucional?, ya que el artículo 17 inc. 1 de la ley de lo contencioso-administrativo los excluyó de su ámbito de control al señalar que “quedan excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo los aspectos siguientes: Aquellos actos susceptibles

17 Sobre las reformas constitucionales de 1995 puede verse: SILVA PÉREZ, Ada Esperanza; EVERTSZ MORACES, Roberto; VEGA VARGAS, Gustavo Adolfo; CARDENAL SEVILLA, Bruno. *Nicaragua 1995: Un nuevo intento Constitucional (cronología del Proceso de Reforma Constitucional)*. Centro de Derechos Constitucionales. Managua, 1995; y GERPE LANDÍN, Manuel; VINTRÓ CASTELLS, Joan. “Aproximación a la reforma constitucional de Nicaragua” en *PAPERS. Revista de Sociologia*. Núm. 49. 1996. Págs. 105 y 106.

18 Ver: García Palacios, Omar A. *Curso de Derecho...* Op. Cit.

del recurso de inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y a la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”.

Creemos que mediante la reforma parcial a la Constitución efectuada en 2000, 2004 y 2005, se debió aprovechar la misma para reformar el 187 CN y excluir los reglamentos del control constitucional y se hubiese trasladado el mismo a la jurisdicción contencioso-administrativo, así como también excluir del artículo 6 LA esa no muy afortunada frase “cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución que se oponga a lo prescrito en ella” (Posiblemente *la Sentencia No. 98 de 17 de Agosto de 2001* esté pensada bajo esta lógica de argumentación). Recordemos que tanto la reforma parcial de la Constitución así como las leyes constitucionales requieren de la votación favorable del sesenta por cien de los Diputados (art. 194 y 195 CN). Situación que no se logra todos los días en un Parlamento o Asamblea Nacional.

Por último, en lo que al objeto respecta, debemos señalar que la Ley de Amparo establece que no procede el recurso de inconstitucionalidad contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia (las reformas) se alegue la existencia de vicios en el procedimiento y aprobación (art. 8 LA). Esta reforma del artículo 6 LA (reformado en 1995 y posteriormente en 2008, y pasó a ser el artículo 8 actualmente de la Ley de Amparo vigente)<sup>19</sup> fue producto de las reformas constitucionales elaboradas en 1995, debido a que las mismas fueron atacadas de inconstitucionales por diversas razones.

---

19 Véase: Ley No. 643, Ley de reformas y adiciones a la Ley de Amparo. La Gaceta Diario Oficial No. 28 de 8 de Febrero de 2008. Esa reforma ordenó la Publicación íntegra de todo el Texto de la norma con las respectivas incorporaciones. El texto íntegro fue Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 212 de 4 de Noviembre de 2008. La Publicación de Noviembre de 2008 (texto íntegro) no respetó las pautas establecidas en la reforma de febrero de 2008 en relación a la numeración del articulado. Para el presente trabajo se ha trabajado siguiendo el articulado de la Publicación de Noviembre de 2008.

## 4.1.2 La legitimación

### A) Sujeto activo

El artículo 187 CN establece claramente que el recurso de inconstitucionalidad en contra de una ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución puede ser interpuesto por cualquier ciudadano.

Como es obvio nos encontramos frente a una legitimación popular, es decir, una “*actio popularis*”. Contraria a la legitimación restringida que establece por ejemplo, la Constitución de España, en la cual ciertos órganos o fracciones de órganos son los únicos legitimados para hacer uso del recurso de inconstitucionalidad. En el ordenamiento nicaragüense la legitimación es amplia, es decir, está habilitado “cualquier ciudadano”<sup>20</sup>. El artículo 6 LA (artículo 8 vigente) establecía que el recurso por inconstitucionalidad podía ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos, cuando una ley, decreto ley, decreto o reglamento “perjudicara directa o indirectamente sus derechos constitucionales”. Un sector de la doctrina se manifestó que dicho artículo debía ser declarado inconstitucional ya que entraba en choque con lo establecido por la norma constitucional<sup>21</sup>.

La Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de manifestarse al respecto, y señaló que lo importante era la “calidad de ciudadano” y no que si existía un perjuicio directo o indirecto. Así, en el Considerando I estableció: “*es oportuno mencionar que aún cuando los recurrentes cumplieron con el requisito de expresar los perjuicios que directa o indirectamente se les causaba, esto no es un requisito esencial, pues la Constitución, Ley Fundamental*

20 El artículo 47 Constitución establece: “Son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años”.

21 En este sentido se manifestó ESCOBAR FORNOS al manifestar que dicho precepto (art. 6 LA) al vincular la legitimación a los perjuicios directos o indirectos del recurrente se oponía a la norma constitucional. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Derecho Procesal Constitucional* ... Op. Cit. Pág. 206.

*y Suprema, señala como único requisito para la interposición del recurso por inconstitucionalidad la calidad de ciudadano, norma que prima sobre cualquier otra, pues lo que se pretende con este medio de control constitucional es el mantenimiento de la supremacía constitucional, y no solamente la protección de los derechos constitucionales individuales” (Sentencia Corte Suprema de Justicia No. 110 de 2 de Octubre de 1991).*

De esta forma al ser reformada la Ley de Amparo en 1995, el nuevo artículo 6 (artículo 8 vigente) eliminó lo que establecía el antiguo sobre la exigencia del “perjuicio directo o indirecto causado”.

Nos resta señalar que, congruente con la “actio popularis” que señala la norma constitucional, lo importante para interponer el recurso es demostrar la calidad de ciudadano. Recordemos que en Nicaragua se es ciudadano a partir de los dieciséis años (art. 47 CN). Con todo ello, es de suyo señalar que un extranjero carece de tal facultad.

Ahora bien, la Ley de Amparo señala que también se puede interponer el recurso de inconstitucionalidad de manera personal, o por apoderado especialmente facultado para ello. En este segundo supuesto, es necesario, que el poder sea otorgado por Notario Público domiciliado en Nicaragua (art. 15 Ley de Amparo)<sup>22</sup>. Debemos señalar que el recurso por inconstitucionalidad no cabe interponerlo en representación de una persona jurídica, sólo opera en los caso de personas físicas mayores de 16 años.

Por otro lado, hay autores que sostienen que esta “actio popularis” es un tanto restringida. RAMOS MENDOZA opina que existen restricciones debido a que se exige la calidad de ciudadano a quien

---

22 En Nicaragua los Notarios Públicos debidamente autorizados por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia poseen la facultad del ejercicio del notariado fuera de la República de Nicaragua, siempre y cuando los actos que manifiestan dar fe pública surtan sus efectos en el territorio nicaragüense o sea concertados entre nicaragüenses (art. 2 Ley del Notariado). En este caso la ley es clara y no cabe el supuesto anteriormente señalado.

deseo interponer el recurso y que además hay restricciones en la presentación de dichos recursos por gremios, asociaciones, etc<sup>23</sup>.

Se considera que mayor grado de apertura para interponer el recurso por inconstitucionalidad es muy difícil de obtenerse. Tanto la Constitución como la Ley de Amparo señalan como legitimados al “ciudadano o ciudadanos”, es decir, que puede ser más de un ciudadano, además, nótese la corta edad con que en Nicaragua se es ciudadano (16 años) adquiriéndose los correspondientes derechos políticos.

Resulta adecuado el establecimiento de la “*actio popularis*”, al final será el pueblo soberano quien delegando en el poder constituyente la facultad de dictarse una norma superior y fundamental, como es la Constitución, el que tenga a su vez la legitimación para proteger la obra que el mismo ha delegado en el poder constituyente.

Sin embargo, cosa distinta es que, debido a los bajos niveles de educación, producto de sistemas deficitarios ó que no interesa que las grandes mayorías tomen conciencia de la importancia de una Constitución, el establecimiento de la “*actio popularis*” carezca de la importancia que debería tener en este caso concreto.

Sería interesante elaborar un estudio para determinar de qué tipo de ciudadanos, es decir, niveles de escolaridad, provienen la mayor parte de recursos de inconstitucionalidad que se interponen ante la Corte Suprema de Justicia. Si provienen de abogados, de estudiantes de las facultades de derecho, de políticos, personas vinculadas a organismos no gubernamentales, o de ciudadanos

---

23 RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” en [www.csj.gob.ni/ponencia%20JRM-web.htm](http://www.csj.gob.ni/ponencia%20JRM-web.htm)” este trabajo también se encuentra publicado en: “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua I y II Parte” en *Revista Justicia*. Nos. 20 y 21. Págs. 9-13 y 19-21 respectivamente. Febrero-Abril 2000. Para el presente trabajo se utilizó la versión electrónica.

comunes y corrientes que se preocupan porque la norma constitucional mantenga su supremacía y no sea alterada por cualquier norma de rango inferior a ella.

## **B) Sujeto pasivo**

La Ley de Amparo establece que se le dará intervención al funcionario o titular del órgano en contra de quien se interpone (art. 13). Así mismo, se le dará intervención a la Procuraduría General de Justicia (art. 11). Es de señalar, que la Procuraduría General de Justicia (entiéndase Procuraduría General de la República) en Nicaragua está representada por el Procurador General de Justicia que es el Abogado del Estado.

En la práctica se observa que al interponer un recurso de inconstitucionalidad siempre se dirige en contra del Presidente de la Asamblea Nacional, así como del Presidente de la República.

### **4.1.3 El procedimiento**

El recurso por inconstitucionalidad se interpone por parte del ciudadano o ciudadanos o por medio de un apoderado especial para tal acto ante la Corte Suprema de Justicia (art. 8 y 15 Ley de Amparo). Es facultad de la Corte Suprema de Justicia conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley (art. 164 inc. 4 Constitución) dicha labor la Corte Suprema la realiza en Pleno (art. 163 Constitución).

Pues bien, la Ley de Amparo señala que el recurso por inconstitucionalidad se debe interponer dentro del término de 60 días contados desde la fecha en que entra en vigencia la ley, decreto o reglamento que se impugna (art. 12). Como muy acertadamente ha señalado ÁLVAREZ ARGÜELLO, el plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad no es a partir de la publicación de la ley, decreto o reglamento, sino a partir de la vigencia efectiva de la norma, lo cual quiere

decir que durante la “vacatio legis”, en su caso, las leyes no podrán ser impugnadas de inconstitucionales<sup>24</sup>.

El recurso por inconstitucionalidad se dirige contra el titular del órgano que emitió la ley, decreto o reglamento (art. 9 Ley de Amparo), se formula por escrito, en papel sellado de ley, se dirige directamente a la Corte Suprema de Justicia, se presenta en la Secretaría de la Corte con copias suficientes en papel común para que sean entregadas al funcionario contra quien fuere dirigido el recurso y al Procurador General de Justicia. El escrito debe contener (art. 13 Ley de Amparo):

- 1) Nombres, apellidos y generales de ley del recurrente.
- 2) Nombres y apellidos del funcionario o titular del órgano en contra de quien fuera interpuesto.
- 3) La ley, decreto o reglamento impugnado, la fecha de su entrada en vigencia y la disposición o disposiciones especiales que se opongan a la Constitución, determinando las normas que se consideren violadas o contravertidas.
- 4) Una exposición fundamentada de los perjuicios directos o indirectos que la ley, decreto o reglamento le cause o pudiere causarse.
- 5) La solicitud expresa para que se declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento o partes de la misma.
- 6) Señalamiento de casa conocida para notificaciones.

---

24 ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución ...* Op. Cit. Pág. 132. Por su parte, RAMOS MENDOZA es de la opinión que la fecha de entrada en vigencia de la ley, decreto o reglamento, “en general se determina a partir de su publicación en la Gaceta Diario Oficial o en cualquier medio de comunicación, si hubiera disposición que así lo señalara”. RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

Ahora, si el recurrente omitiera uno de los requisitos antes señalados, y si la Corte Suprema de Justicia considera que el escrito no reúne los mismos concede al recurrente un plazo de cinco días para que corrija las omisiones de forma que notare en el escrito de interposición del Recurso. Si el recurrente dejare pasar este plazo, el recurso se tendrá por no interpuesto (art. 14 Ley de Amparo). Como vemos, los defectos formales del recurso pueden ser subsanados. La Corte es muy estricta en cuanto a los procedimientos y a los requisitos de presentación. Es obligatorio subsanar lo que la Corte señala ya que de lo contrario el recurso se tiene como no interpuesto.

Pues bien, una vez aceptado el escrito del recurso por inconstitucionalidad, que como se sabe, se presenta ante la Secretaría de la Corte, ésta lo remite al despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y este a su vez lo envía al Presidente de la Sala de lo Constitucional; la Corte Suprema de Justicia se pronunciará sobre la admisibilidad o no del escrito. Aquí se entrará a revisar si el escrito ha sido interpuesto por un ciudadano o ciudadanos o mediante apoderado especial, si lo que se recurre, sea ley, decreto o reglamento se hace dentro de los 60 días que contempla la Ley de Amparo. Este examen sobre los requisitos de admisibilidad lo lleva a cabo el Presidente de la Sala de lo Constitucional o el Magistrado que él designe. Así pues, si la Corte Suprema de Justicia considera la admisibilidad, la misma ordena que se siga el procedimiento<sup>25</sup>.

Ahora, entremos de lleno al procedimiento una vez que se ha declarado la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, que según señala el art. 16 Ley de Amparo, la Corte tiene un plazo de quince días para pronunciarse sobre la misma, una vez que éste ha sido presentado.

---

25 Manifiesta RAMOS MENDOZA que “la subsanación de requisitos tiene criterios divididos al interior de la Corte Suprema de Justicia, ya que algunos Magistrados sostienen, que algunos de ellos, si pueden ser subsanados y otros no, como por ejemplo, la presentación de un poder generalísimo en vez del especial establecido en la ley, se estima como suficiente”. RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” Op. Cit.

Como señala RAMOS MENDOZA<sup>26</sup>, se distinguen tres etapas en el proceso, el cual es eminentemente escrito: a) la interposición y declaratoria de admisibilidad o no; b) la participación de los sujetos legitimados y las autoridades recurridas en demostrar sus pretensiones; y c) la sentencia y su publicación.

Pues bien, como ya hemos aludido a la primera de las etapas, entremos a ver el procedimiento una vez que la Corte Suprema de Justicia ha declarado la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad.

Como se ha dicho, corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Pleno conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad (art. 163 Constitución). Recordemos que las reformas constitucionales de 1995 establecieron la división de la Corte en Salas. Una de ellas fue la creación de la Sala de lo Constitucional. Pues bien, la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció que una de las competencias de dicha Sala era “instruir y proyectar las resoluciones en materia de recursos de inconstitucionalidad para que sean resueltas por la Corte Plena” (art. 34 inc. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Una vez que la Corte Suprema de Justicia ha admitido el recurso de inconstitucionalidad, que como se ha dicho, tiene 15 días desde la presentación del mismo para pronunciarse sobre la admisibilidad o no del mismo (art. 16 Ley de Amparo), la Ley de Amparo señala que la Corte Suprema de Justicia pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone el recurso, el que deberá rendirlo dentro de quince días de que fue recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien. Se le entregará para ello una copia del escrito y de la providencia respectiva que se dicte. También se dará una copia a la Procuraduría General de Justicia al momento de la notificación (art. 17 Ley de Amparo).

De la lectura del artículo antes citado podemos deducir que es una obligación rendir el informe por parte del funcionario en

---

26 RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

contra de quien se interpone el recurso. El artículo mismo señala: “la Corte Suprema de Justicia pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone, el que deberá rendirlo...” (art. 17 Ley de Amparo). Pero, ¿qué sucede si el funcionario no lo rinde?. El artículo 19 parece darnos una respuesta; señala el mismo que: “transcurrido el término para que el funcionario rinda su informe, y una vez practicadas las diligencias especiales, si fuere el caso, con el informe o sin él, la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia...” (art. 19 Ley de Amparo). Al respecto, debemos de señalar que la Ley de Amparo no contempla ninguna sanción para el funcionario que no rinda el informe. Esta situación puede generar dudas de que si es obligatorio o no. Somos de la opinión que el artículo debe ser tomado como una obligación para el funcionario de rendir el informe.

Ahora bien, una vez que el funcionario ha presentado o no el informe dentro de los 15 días, “la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia para que dictamine el recurso; pasado este término, con el dictamen o sin el, la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada” (art. 19 Ley de Amparo).

Como vemos, el artículo señala también la posibilidad que se presente o no el dictamen de la Procuraduría General de Justicia. Creemos que también, aunque el artículo no lo señala tan expresamente como en el caso del funcionario, es un deber el hecho de presentar el dictamen por parte de la Procuraduría General de Justicia. Recordemos que la institución del Ministerio Público en Nicaragua no existía, es con la reformas constitucionales del 2000 (art.138 inc. 9 Constitución) que se crea esta institución de gran importancia dentro de la vida democrática de un país. Así pues, la Procuraduría General de Justicia ejercía tanto la función de Ministerio Público como de Fiscalía de Estado. Por otro lado, la Ley de Amparo tampoco contempla la posibilidad de sanción alguna si la Procuraduría General de Justicia no presenta el dictamen.

Es necesario señalar, que la Ley de Amparo faculta a la Corte Suprema de Justicia para recaudar todos los datos, e información que estime necesario para resolver el recurso. La Corte lo hace efectivo a través de providencias. Todo con el objeto que le sirvan para tener mejor elementos de juicio a la hora de dictar la sentencia. Asimismo, señala también la Ley de Amparo, que dará intervención al recurrente, el funcionario y a la Procuraduría General de Justicia (art. 18 Ley de Amparo).

Pues bien, una vez que el recurso está en la Sala de lo Constitucional, corresponde al Magistrado Presidente de la misma o al que se designe, elaborar el proyecto de sentencia, del cual se dará traslado a los demás Magistrados para su aprobación o desaprobación. Es así, como dicho proyecto, junto con el expediente sobre el recurso, es acompañado con una hoja de ruta, en la que se señala el orden en que debe ser examinado por los demás Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Cada Magistrado podrá aprobar o desaprobar el proyecto, debiendo señalar las observaciones pertinentes, para el supuesto de desaprobación.

De esta forma, el Magistrado que ha proyectado la sentencia, una vez que el expediente junto con el proyecto de sentencia ha sido devuelto a su despacho, si obtuvo el número de opiniones favorables 2/3 (art. 26 Ley Orgánica del Poder Judicial), es decir, 12 de los 16 Magistrados que actualmente integran la Corte Suprema de Justicia, remite al Secretario de la Corte, quien hace circular la votación, y el Magistrado que no esté de acuerdo puede razonar su voto<sup>27</sup>. Esta fue la redacción original que estableció la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1998. Según reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley No. 404. La Gaceta Diario Oficial No. 197 de 17 de Octubre de 2001) el número de 2/3 de opiniones favorables que

---

27 En nuestro acervo jurídico “razonar el voto” es igual a lo que en España se conoce como voto particular. También, en el caso nicaraguense, este voto razonado se publica junto con la sentencia.

establecía el artículo 26 pasó a ser “la mitad más uno del total de sus integrantes”. Actualmente de los 16 Magistrados para aprobar una resolución de Corte Pleno se necesita 9 de los 16 Magistrados.

Si el proyecto no obtiene la mitad más uno del total de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia favorables para poder ser aprobado, se reasigna a un nuevo Magistrado para que elabore un nuevo proyecto de sentencia, y se realiza de nuevo el procedimiento que ya hemos descrito. Es de señalar, que cuando el caso es “de mayor trascendencia”, la Corte Suprema de Justicia opta por reunirse en Pleno y discutir el proyecto de sentencia; por supuesto, que se han distribuido con anterioridad fotocopias del proyecto a cada Magistrado que integra la Corte Suprema de Justicia (16 Magistrados)<sup>28</sup>.

Pues bien, una vez agotado todo el procedimiento la Corte Suprema de Justicia dicta la sentencia que tendrá los efectos jurídicos que a continuación describimos.

#### **4.1.4 La sentencia y sus efectos**

Los artículos 20 y 21 de la Ley de Amparo establecen los efectos de la sentencia tanto para las estimatorias como para las desestimatorias de un recurso de inconstitucionalidad.

“La declaración de inconstitucionalidad tendrá por efecto, a partir de la sentencia que lo establezca, la inaplicabilidad de la ley, decreto o reglamento o la disposición o disposiciones impugnadas de los mismos, si la inconstitucionalidad fuere parcial. La Corte Suprema de Justicia, previa notificación de las partes, enviará copia de la sentencia a los demás Poderes del Estado para su conocimiento y la mandará publicar en La Gaceta, Diario Oficial” (art. 20 Ley de Amparo).

---

28 RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

“La sentencia que declare si es inconstitucional o no, el todo o parte de una ley, decreto o reglamento, producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales. Cuando se recurrió solamente contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio específicamente sobre el resto de los mismos” (art. 21 Ley de Amparo).

De la lectura de los artículos antes señalados se desprenden varios efectos. En primer lugar, la Ley establece que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos “a partir de la sentencia que lo establezca”. En este punto, por ejemplo, se presenta un supuesto contrario al español, que establece que la sentencia produce efectos generales desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado (art.38.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español-LOTIC).

Es decir, si nos apegamos a la lectura literal del precepto, una vez que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado mediante sentencia y ha declarado la inconstitucionalidad de una norma, automáticamente se producen los efectos.

Sin embargo, a pesar de lo que señala la Ley, es de recordar que debido a las peculiaridades del proceso constitucional de declaración de inconstitucionalidad donde lo que prima es el carácter objetivo y general, y no los intereses particulares, somos de la opinión que la sentencia producirá sus efectos respecto a las partes que intervienen en el proceso, desde el momento en que son notificadas, y respecto a los Poderes públicos, desde que reciben copia de la declaración de inconstitucionalidad, y respecto a todos los ciudadanos y resto de entes públicos, desde el momento que la misma es publicada en La Gaceta, Diario Oficial<sup>29</sup>.

---

29 En igual sentido se ha manifestado ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. La Ley en la Constitución ... Op. Cit. Pág. 136.

Ahora bien, en segundo lugar, la Ley señala que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, declarará “la inaplicabilidad”<sup>30</sup> de los mismos. Esta es otra situación que se presenta, por lo menos desde la lectura literal del precepto, contrario a lo establecido por la legislación española al señalar que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma declarará igualmente la “nulidad” (art. 39.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español LOTC).

Como se sabe, la inaplicabilidad es un efecto que opera básicamente en aquellos procesos donde existe un conflicto, donde hay una “litis”, y una de las partes será la que obtendrá el derecho que le corresponde, es decir, que lo declarado por el juez o tribunal tendrá el efecto “inter partes”, la ley, decreto o reglamento declarado “inaplicable”, lo será para ese caso concreto y no para otros. La inaplicabilidad como efecto opera básicamente en los sistemas de tradición anglosajona.

El caso nicaragüense es otro, y creemos que “inaplicabilidad” debe ser entendida como nulidad, y por tanto expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico. Debemos de recordar que si bien la Ley habla de “inaplicabilidad” (art. 20 LA), los efectos que esta produce son “erga omnes” (las partes, los poderes públicos, y los ciudadanos en general art.20 LA), además “ex nunc” (a partir de la sentencia que lo establezca), y causa efecto de cosa juzgada general (art. 21 LA).

---

30 ÁLVAREZ ARGÜELLO manifiesta que posiblemente el legislador haya utilizado el término inaplicar debido a la omnipresente influencia del viejo amparo contra leyes, pero en cualquier caso, para el contexto nicaragüense “no debe entenderse como excluyente y opuesto a anular”, sino que “la ley declara inconstitucional, más que inaplicable, debe reputarse como prácticamente expulsada del ordenamiento, esto es, nula”. ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución* ... Op. Cit. Pág. 135 y 136.

RAMOS MENDOZA es de la opinión que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto y reglamento sólo tiene el efecto de inaplicabilidad y no de derogación, ya que no existe en la Ley de Amparo disposición que ordene la derogación. Todo esto genera confusión entre los usuarios del recurso y los Poderes Públicos. RAMOS MENDOZA, Josefina. “Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua” ... Op. Cit.

Todo lo antes expuesto, acorde con la configuración del sistema nicaragüense viene a ser reafirmado por la misma norma constitucional, al señalar que “no tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones” (art. 182 Constitución). Con esto, creemos que por inaplicabilidad debe entenderse la nulidad de la norma. Es curioso, señalar que la Corte Suprema de Justicia, acorde a la lectura literal del precepto (inaplicabilidad) sigue manifestando en sus resoluciones de declaración de inconstitucionalidad la “inaplicabilidad” de la ley, decreto o reglamento declarado inconstitucional, lo cual significa *“que una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, ya sea parcial o total, convierte en letra muerta esa ley o parte de la misma, según el caso, lo cual equivale, sin ser idéntica, a una derogación de la norma subordinada por contrariar a la ley fundamental”* (Sentencia CSJ no. 13 de 21 de Julio 1992, considerando I).

En tercer lugar, la Ley establece que la sentencia que declare si es constitucional o no, el todo o parte de una ley, decreto o reglamento, producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales (art. 21 Ley de Amparo).

Se ha dicho, que la cosa juzgada en materia de proceso de constitucionalidad, específicamente en los procesos de declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, debemos de entenderla de una manera un tanto distinta a lo que normalmente se entiende como cosa juzgada en materia civil.

No cabe duda, que la cosa juzgada en sentido formal es aplicable al proceso de declaración de inconstitucionalidad, debido a la finalidad que el mismo proceso presenta, es necesario, tanto la protección de la supremacía constitucional como el principio de preservación de la ley. Es por ello, que casi siempre se establecen unos plazos bastante cortos para interponer los recursos de inconstitucionalidad, por ejemplo 3 meses en España, 60 días en Nicaragua a partir de la publicación de la norma. Pero, ¿qué sucede si una norma no es

tachada de inconstitucional por parte de los sujetos legitimados durante el período que la legislación establece?, es decir, ¿opera la cosa juzgada material en igual sentido para los procesos de declaratoria de inconstitucionalidad que en los procesos civiles?. La respuesta como ya se ha señalado en la presente investigación es que no opera de igual manera. Tanto España como Nicaragua permiten la posibilidad de señalar la inconstitucionalidad de una norma por otras vías, las cuales no son incompatibles entre sí. Recordemos, que para el caso español existe la “cuestión de inconstitucionalidad”, así como la “inconstitucionalidad en casos concretos” para el caso nicaragüense.

En el caso nicaragüense, como se ha manifestado, existe la posibilidad de atacar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento una vez que el plazo de los 60 días se ha vencido. Nos referimos, a la denominada inconstitucionalidad en casos concretos (supuesto del art. 22-24 Ley de Amparo). Aquí no existe, como es obvio, límite alguno para poder alegar la supuesta inconstitucionalidad.

Por lo tanto debemos concluir señalando que la cosa juzgada de forma general operará sólo en el sentido formal, no así, en el sentido material, debido a que la legislación nicaragüense deja abierta la posibilidad de control posterior (una vez que se ha hecho uso de la vía del recurso de inconstitucionalidad) a través de la denominada inconstitucionalidad en casos concretos. Sobre este tema entraremos más adelante de forma detallada.

Por último, nos parece oportuno señalar lo relacionado a la tipología de las sentencias, tema como ya resaltamos, bastante polémico, debido a que en muchas legislaciones, como la española, donde sólo se contempla la posibilidad en la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma, el binomio inconstitucionalidad-nulidad, que como se sabe es heredado del sistema de Tribunales Constitucionales de influencia Kelseniana, se presentan un abanico de posibilidades que desbordan la normativa tanto constitucional como legal sobre el hecho que la declaración de

inconstitucionalidad conlleva siempre la nulidad<sup>31</sup>. Así pues, los Tribunales Constitucionales como órganos encargados del control de la constitucionalidad de las normas, mediante sus resoluciones han elaborado diversos tipos de sentencia tales como las de mera inconstitucionalidad, manipulativas, interpretativas, etc.

## **5. El control de constitucionalidad en casos concretos**

El control de constitucionalidad en casos concretos se concretiza en nuestro sistema a través de la declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos. Dos son los supuestos que recogen los artículos 22-24 Ley de Amparo y 5 Ley Orgánica del Poder Judicial.

### **Planteamiento Legal: Ley de Amparo y Ley Orgánica del Poder Judicial Inconstitucionalidad en casos concretos**

Artículo 22: La parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo, podrá alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado. Si resultare se cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema de Justicia, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento aplicado, de conformidad con el artículo 18 de la presente ley.

Artículo 23: Cuando por sentencia firme, en los casos que no hubiere casación hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto ley, decreto o reglamento, el funcionario judicial o tribunal en su caso, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si la Corte Suprema de Justicia ratifica la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad de acuerdo con la presente ley.

---

31 Sobre este tema el binomio “inconstitucionalidad-nulidad”, así como las sentencias interpretativas, que significa que el Tribunal Constitucional no considera que la norma es inconstitucional, “en tanto en cuanto se interprete” en el sentido que el Tribunal establece puede verse: GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

Artículo 24: En los casos de los dos artículos anteriores, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto ley, decreto o reglamento, no podrá afectar o perjudicar derechos adquiridos por terceros en virtud de dichas leyes, decretos leyes, decretos o reglamentos.

### **Control Constitucional en caso concreto**

Artículo 5: Cuando en un caso sometido para su conocimiento, la Autoridad Judicial considere en su sentencia que una norma, de cuya validez depende el fallo, es contraria a la Constitución Política, debe declarar su inaplicabilidad para el caso concreto. En caso que una de las partes, haya alegado la inconstitucionalidad de una norma, la autoridad judicial deberá pronunciarse necesariamente sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión.

Cuando no hubiere casación y por sentencia firme hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, la Autoridad Judicial en su caso, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Si la Corte Suprema de Justicia ratifica esa resolución de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad para todos los casos similares, de conformidad con la Ley de Amparo.

En relación a las regulaciones de la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial se pueden destacar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, resulta oportuno determinar los supuestos en que cabe la llamada inconstitucionalidad en casos concretos:

1) cuando una parte (vía casación o amparo)<sup>32</sup> así lo alega ante

---

<sup>32</sup> Sobre la base de esta redacción la Corte Suprema de Justicia en Pleno y la Sala de lo Constitucional han declarado inconstitucional normas consideradas contrarias a la

la Corte Suprema de Justicia (artículo 22 LA), o cuando una parte en un caso determinado así lo señale, corresponde a la Autoridad Judicial acoger o rechazar la pretensión (art. 5 LOPJ). Este supuesto parece acercarse más a la idea de Autoridad Judicial (Jueces y Magistrados de Apelaciones) que a la idea de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercen funciones jurisdiccionales. La redacción del párrafo segundo del artículo 5 LOPJ así lo manifiesta.

2) Cuando la Autoridad Judicial conociendo de un caso en concreto considere en su sentencia que una norma, de cuya validez depende el fallo, es contraria a la Constitución Política. En este supuesto, la Autoridad Judicial, debe declarar la inaplicabilidad para el caso concreto (art. 5 LOPJ). 3) En los casos que no hay casación y existe una sentencia firme en la cual se ha declarado la inconstitucionalidad de forma expresa, la Autoridad Judicial (artículo 5 LOPJ) o el funcionario judicial o tribunal (art. 23 LA) deben remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, el primero de los supuestos es cuando una parte que recurre en Casación ante la Corte Suprema de Justicia o alguien que recurre en amparo ante la Corte Suprema de Justicia alega la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento que se le aplicó. En este supuesto, como podemos deducir de la lectura del mismo, es necesario haber alegado la inconstitucionalidad en la primera y en la segunda instancia para el caso del que recurre en Casación ya que el artículo es claro al señalar que sea una ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado al caso concreto. Con lo que también se deduce que es necesario que exista una conexión entre el caso concreto y la aplicación en el mismo de

---

Constitución, cuando las pretensiones que se tramitan no se ubican perfectamente dentro de los supuestos contemplados por la Ley de Amparo (el recurrente de un amparo, de un recurso de casación o la parte que así lo solicita en un juicio). Puede verse la Sentencia No. 15 de 29 de Marzo de 2005 Corte Plena que declara inconstitucional una norma mediante la activación de un "conflicto de competencia entre Poderes del Estado"; y la Sentencia No. 185 de 30 de Junio de 2003. Sala de lo Constitucional que declara inconstitucional una norma mediante un recurso de Queja ante la Sala por la no tramitación de un Recurso de Exhibición Personal.

una ley, decreto o reglamento que se presume es inconstitucional. Por tanto, no podrá una parte que recurre de Casación ante la Corte alegar la inconstitucionalidad de una norma que no tenga ninguna conexión con el caso concreto o que la misma no haya sido aplicada en ese supuesto.

Por otro lado, en el caso de que sea alguien que recurre en amparo, recordemos que el amparo según la legislación nicaragüense es un instrumento utilizado para la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política (art. 188 CN), por lo tanto, resulta un poco curioso que a través de esta vía, también se pueda controlar la constitucionalidad de la ley, decreto o reglamento. Como sabemos, lo que prima en los procesos de declaración de inconstitucionalidad es el carácter objetivo, y público y no los intereses particulares. Pero así ha querido el legislador configurar nuestro ordenamiento jurídico en materia de controles de constitucionalidad; posiblemente esto se deba al “fantasma” del amparo contra leyes que siempre ha estado presente en nuestra tradición jurídica<sup>33</sup>. A pesar de todo, nos parece oportuno señalar, que esta vía de control de constitucionalidad a través del recurso de Casación o del amparo es de mucha importancia, ya que la misma, si bien no creemos sea un mecanismo idóneo para el ejercicio del control, debido a la naturaleza que ambos recursos poseen (Casación y Amparo), sí representa una posibilidad real de poder controlar la constitucionalidad de la ley, decreto o reglamento una vez que el plazo de los 60 días se ha vencido. Esta vía permite poder controlar la constitucionalidad en cualquier tiempo, lo cual representa un importante instrumento al servicio del ciudadano para la protección de la supremacía de la Constitución, y a su vez refuerza la intención del constituyente de la “actio popularis”.

Pues bien, una vez que se ha alegado la inconstitucionalidad a través de la Casación o del amparo, la Corte Suprema de Justicia

---

33 Sobre el amparo frente a leyes en el caso español puede verse: BORRAJO INIESTA, Ignacio. “Amparo frente a leyes (en torno a la sentencia del TC de 18 de Diciembre de 1981)” en *Revista de Administración Pública*. Núm. 98, 1982. Págs. 167 y ss.

además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento aplicado según el artículo 18 de la Ley de Amparo (“la inaplicabilidad de la ley, decreto o reglamento”). Es decir, que los efectos de declaratoria de inconstitucionalidad serán exactamente los mismos que los que resultan del recurso de inconstitucionalidad (“erga omnes”, generales, “ex nunc”). Sobre esta vía de control la Corte Suprema de Justicia primero declara el amparo, a través de la Sala Constitucional ó la Casación (Sala Civil, Penal), según el caso, y luego se utiliza el mecanismo para la declaratoria de inconstitucionalidad prevista para el recurso por inconstitucionalidad. Recordemos que esta competencia viene dada por la Ley de Amparo (arto. 22 párrafo segundo) y además es también recogida por los artos. 5 y 27 inc. 5 LOPJ<sup>34</sup>.

Por otro lado, debemos señalar que las partes legitimadas para hacer uso de esta vía de control deberán reunir los requisitos que la legislación establece para interponer un recurso de casación o de amparo. De esta forma, en el caso de la casación serán las partes en litigio las legitimadas, y en el recurso de amparo serán el recurrente que debe tener un interés jurídico que se tiene que proteger y la autoridad que dictó el acto administrativo. En ambos casos, se le dará intervención a la Procuraduría General de Justicia.

Así mismo, es importante señalar que para poder aplicar este mecanismo es necesaria la existencia de una conexión lógica entre el caso en concreto que se está conociendo y la aplicación

---

34 Sobre el tema pueden consultarse varias Sentencias, entre otras: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 13 Sala Constitucional de 27 de Febrero de 1997 (sobre un recurso de amparo); y Sentencia No. 9 de 6 de Marzo de 1997 (declaratoria de inconstitucionalidad vía recurso de amparo). Aquí la CSJ amparó al recurrente y declaró la inconstitucionalidad de una ley alegada; Sentencia No. 53 de 5 de Marzo de 1999; Sentencia No. 48 de 1 de Julio de 2005 (producto de un Recurso de Amparo-Sentencia No. 5 de 1 de Febrero de 2005- se Ampara al recurrente y declara la inconstitucionalidad). En todos los casos señalados, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resuelve el Amparo y declara la inconstitucionalidad. Dicha declaratoria debe ser confirmada por la Corte Suprema de Justicia. La Sala eleva la declaratoria de inconstitucionalidad al Pleno de la Corte y esta discute y decide, ya sea reafirmar o no la declaratoria de inconstitucionalidad. Todo ello para estar dentro de la lógica de los efectos que genera la Sentencia que declara la inconstitucionalidad de las normas tal como se manifestó en el párrafo que da origen a esta nota al pie.

directa de normas (ley, decreto o reglamento) que se consideran inconstitucionales a ese caso. No se trata de cualquier norma en el ordenamiento jurídico, sino aquella que se aplica directamente al caso en cuestión<sup>35</sup>.

Ahora bien, el segundo supuesto o situación en la que se puede alegar la inconstitucionalidad así como declararla en el caso concreto es cuando un juez o tribunal conoce de un caso concreto y por sentencia firme (en los casos que no hay casación) decide resolverlo con declaración expresa de inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, el funcionario judicial o tribunal en su caso, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Este supuesto es para aquellas materias donde no existe el recurso de casación, por ejemplo, en materia de índole laboral. Se puede también apreciar en este supuesto, lo que a lo largo de la investigación hemos venido repitiendo, es decir, la capacidad que le otorga la legislación nicaragüense a los jueces o tribunales para declarar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento que sea contraria a la Constitución Política en el caso concreto que está conociendo. Es una especie de cuestión de inconstitucionalidad, ya que el juez o tribunal que declara la inconstitucionalidad de un a ley, decreto o reglamento, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Lo que diferencia la una de la otra es que en el caso nicaragüense la declaración de inconstitucionalidad se envía a la Corte Suprema de Justicia con el objeto que la misma ratifique la inconstitucionalidad decretada por el juez o

---

35 En ese sentido, se considera que la declaratoria de “inconstitucionalidad en el caso en concreto” que realizó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a través de la *Sentencia No. 15 de 29 de Marzo de 2005* sobre un artículo e inciso (29 inc. f) del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia a través de un Mecanismo de Conflicto de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado, se aleja, precisamente, de la lógica imperante en el control de constitucionalidad en caso concreto. Resuelta difícil que pueda el Pleno de la Corte declarar la “inconstitucionalidad en caso concreto” ya que sus competencias están claramente señaladas y en el caso del control de constitucionalidad, sólo conoce de los recursos por inconstitucionalidad y de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado. En nuestro criterio, no puede operar el control en casos concretos en esos supuestos, es ilógico y contrario a la configuración del sistema. Recuérdese que el Pleno de la Corte tiene la competencia de “ratificar” la declaratoria hecha por la “Autoridad Judicial”.

tribunal, no para que se pronuncie si es o no inconstitucional, que en efecto lo tendrá que hacer (si la ratifica), pero es que el juez o tribunal, ya la ha considerado inconstitucional y por tanto, la ha “inaplicado” en el caso concreto. Lo que la ratificación de la Corte supondrá es que la ley, decreto o reglamento considerado inconstitucional por el juez o tribunal tenga efectos generales, y no particulares -como la declaración del juez o tribunal-. Es resumen, si la Corte Suprema de Justicia ratifica la declaratoria de inconstitucionalidad procederá a declarar su inaplicabilidad (la que implicará la nulidad de la ley, decreto o reglamento). Si la Corte no ratifica la declaratoria, la sentencia dictada por el juez o tribunal inaplicando la ley, decreto o reglamento considerado contrario a la Constitución Política tendrá sus efectos únicamente “inter partes” y la ley, decreto o reglamento seguirá teniendo vigencia y eficacia. Al final, recordemos que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua el monopolio que ostenta no es el de declaratoria de inconstitucionalidad, ya que los jueces y tribunales pueden también hacerlo, sino los efectos que esa sentencia dictada por la Corte en materia de inconstitucionalidad adquieren, es decir, la eficacia “erga omnes”, “ex nunc” y de aplicabilidad general. Recordemos que la declaratoria de inaplicabilidad que señala la Ley de Amparo debemos entenderla como nulidad.

Por otro lado, debemos de señalar que este es un procedimiento que se caracteriza por no existir litigio, no hay partes, es un procedimiento a lo interno del Poder judicial, el juez o tribunal que ha declarado la inconstitucionalidad de un ley, decreto o reglamento simplemente se limita a enviar una certificación de la sentencia a la Corte Suprema de Justicia en la que ha declarado la inconstitucionalidad para su ratificación o no de lo actuado.

Todo lo antes sostenido, viene a ser reafirmado por la LOPJ (art. 5) que obliga al juez o tribunal a declarar la inconstitucionalidad de una norma contraria a la Constitución Política cuando está conociendo de un caso concreto y considere que de la validez de la norma depende el fallo. También, si una de las partes en litigio alega la inconstitucionalidad de una norma, el juez o tribunal, o

como señala la Ley “la Autoridad Judicial”, debe necesariamente pronunciarse sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión.

Así pues, debemos señalar, que tanto la Ley de Amparo como la LOPJ establece que la declaración de la ley, decreto o reglamento no afecta a los derechos adquiridos por virtud de ellas (art. 24 LA). Asimismo, la ratificación o no de la declaración de inconstitucionalidad por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (art. 27 inc. 5 LOPJ) en los casos concretos que conoce un juez o tribunal (Autoridad Judicial en los términos de la LOPJ) según la Ley de Amparo no afecta la cosa juzgada material en dicho caso.

Es importante tener presente que la sentencia de una Autoridad Judicial en la que se declare inconstitucional una norma que se aplica al caso concreto tiene unos efectos de inaplicabilidad (es decir, unos efectos reducidos al caso concreto interpartes) y solamente mediante la ratificación de la Corte Suprema de Justicia puede producir todos los efectos que establece el artículo 20 de la Ley de Amparo. La ratificación de la Corte Suprema de Justicia es a través del Pleno de la misma (art. 27 inc. 5 LOPJ).

Los efectos que señala el artículo 18 son: efectos “pro futuro”, es decir, “ex nunc”, “a partir de la sentencia que lo establezca”. Según el artículo 18 se declarará “la inaplicabilidad” de la norma. La Sentencia además produce efectos de “cosa juzgada” de carácter general, es decir, erga omnes (artículo 19 Ley de Amparo). La Sentencia puede además declarar la inconstitucionalidad parcial o total de la norma (artículos 20 y 21 Ley de Amparo), y por último, es muy importante observar lo dispuesto en el artículo 21 LA al establecer que “cuando se recurrió solamente contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio específicamente sobre el resto de los mismos”. Es decir, la Corte Suprema de Justicia puede declarar inconstitucional

artículos que expresamente no se han señalados pero que ella considera son inconstitucionales.

Todos los elementos citados en relación a la sentencia que declara inconstitucional todo o parte de una norma nos hace indicar que estamos más cercanos al supuesto de “nulidad” con sus características propias como es la expulsión de la norma del ordenamiento que de la “inaplicabilidad” considerada para un caso en concreto con efectos interpartes y no erga omnes. A todo ello, cabe agregar la redacción constitucional del 182 al señalar que “**no tendrán valor alguno**” refiriéndose a ciertas categorías normativas cuando sean contrarias a las normas constitucionales.

No nos queda más que decir, que la facultad otorgada por la legislación nicaragüense a los jueces y tribunales para declarar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento cuando conociendo de un caso concreto consideren que la misma es contraria a la Constitución Política, es una herramienta muy poderosa y como tal deben los aplicadores de la justicia en Nicaragua hacer un uso correcto de la misma. Se considera que no se ha abusado de esta facultad por parte de los jueces. La experiencia demuestra que sólo en pocas ocasiones los jueces o tribunales han hecho uso de esta facultad. Quizás porque exista una especie de temor por parte de los jueces o tribunales hacia los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Recordemos que si bien la LOPJ establece la carrera judicial<sup>36</sup> para acceder a la judicatura, en la actualidad, todavía, son los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia los encargados de seleccionar a los jueces y magistrados que conforman tanto la primera como segunda instancia dentro del Poder Judicial en Nicaragua. Se considera que al ser efectiva la carrera judicial tanto los jueces como los tribunales se sentirán con mayor libertad de hacer

---

36 Existe una Ley de Carrera Judicial. Ley No. 501. La Gaceta Diario Oficial No. 9 de 13 de Enero de 2005. En dicha Ley se crea un Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial integrado por cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Corresponde a este Consejo, entre otras funciones, la selección de Jueces y Magistrados que ingresen al sistema judicial. Ver artículos 4-7 de la Ley de Carrera Judicial.

uso de este instrumento, que como hemos señalado es una de las vías que el legislador ordinario nicaragüense ha querido establecer para controlar la constitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, además del establecido por el constituyente de 1987 mediante el recurso por inconstitucionalidad.

## **Bibliografía**

1. AAVV. *Comentarios a la Constitución Política. Parte Dogmática*, Centro de Derechos Constitucionales, Managua, 1994.
2. AAVV. *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*, Hispamer. Managua, 1999.
3. AAVV. “*Constitución y Derechos Ciudadanos*”, Monográfico de Revista Encuentro, No. 49, 1999.
4. AAVV. *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, Madrid, 2000.
5. AAVV. *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*. Coords. Rubén Hernández Valle y Pablo Pérez Tremps, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
6. AAVV. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Coord. José Luis Requejo Pagés, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
7. AAVV. *La jurisdicción constitucional en España. La ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
8. ACOSTA, María Luisa. *Régimen legal de la Autonomía de las Regiones de la Costa Caribe nicaragüense*, Universidad de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe nicaragüense-Ediarte, Managua, 2004.

9. ÁLVAREZ ARGÜELLO, Gabriel. *La Ley en la Constitución nicaragüense*, Cedecs-Universidad Autónoma de Nicaragua, León, Barcelona, 1999.
  10. AMPIÉ VÍLCHEZ, Mauro. *Manual de Derecho Constitucional*, CENED-UCA, Managua, 2006.
  11. AMUNIC. *Compendio jurisprudencia 1990-2006*, PNUD, Managua, 2007.
  12. BORRAJO INIESTA, Ignacio. “Amparo frente a leyes (en torno a la sentencia del TC de 18 de Diciembre de 1981)” en *Revista de Administración Pública*, Núm. 98, 1982, Págs. 167 y ss.
  13. BURGOA, Ignacio. *El juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1997.
  14. CAPPELLETTI, Mauro. *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, UNAM, México, 1987.
  13. CHAMORRO FLETES, Rafael. “El sistema de control de constitucionalidad en Nicaragua es concreto” en <http://www.elnuevodiario.com.ni/archivo/2001/abril/23-abril2001/opinion>
  14. CUAREZMA TERÁN, Sergio y MORENO CASTILLO, María Asunción. “La Justicia Constitucional en Nicaragua” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 1997*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
  15. ESCOBAR FORNOS, Iván. *Derecho procesal constitucional (la Constitución y su defensa)*, Hispamer, Managua, 1999.
- *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005.
- *Derecho procesal constitucional: El Amparo*, Hispamer, Managua, 2004.

16. ESCORCIA, Jorge Flavio. *Municipalidad y Autonomía Municipal en Nicaragua*, Editorial Universitaria UNAN-León, León, 1999.

17. ESGUEVA GÓMEZ, Antonio. *Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*, Tomo I, IHNCA-UCA, Managua, 2000.

18. FIX ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1968.

----- *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

19. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, Colombia, 2001.

20. GARCÍA PALACIOS, Omar A. *Curso de Derecho Constitucional I*, Folleto de Educación a Distancia, UCA, Managua, 2006.

----- *Derecho Constitucional I*, Folleto de Educación a Distancia, UCA, Managua, 2008.

----- *Curso de Derecho Constitucional*, de futura publicación por Grupo Editorial Lea.

----- *El Control de constitucionalidad en España y Nicaragua: significado y alcance*. Trabajo de investigación para optar al Grado de Salamanca en el marco del Programa de Doctorado “Temas clave de Derecho Constitucional y Europeo”, Bienio 1999-2001, Salamanca, 2001. Sin Publicación.

----- “*Justicia Constitucional nicaragüense*” en <http://ecentro.uca.edu.ni/pd/omargp>

----- “*El control de constitucionalidad en Nicaragua es mixto*”  
en <http://www.tuobra.unam.mx>

----- “*Mecanismos de defensa y garantía en la Constitución Política de Nicaragua*” en <http://www.tuobra.unam.mx>

----- “*Reformas a la Ley de Amparo*” en [www.elnuevodiario.com.ni](http://www.elnuevodiario.com.ni) de 29 de Enero de 2008 Sección Opinión.

----- “*Procesos constitucionales en Nicaragua*” en <http://ecentro.uca.edu.ni/pd/omargp>

21. GARCÍA VÍLCHEZ, Julio Ramón. *El control de constitucionalidad en Nicaragua*, Corte Suprema de Justicia, Managua, 2000.

----- *Recurso por inconstitucionalidad. Teoría, práctica y jurisprudencia*, Lea Editorial, Managua, 2007.

22. GARCÍA VÍLCHEZ, Julio Ramón; y OBREGÓN SÁNCHEZ, Soraya. *Manual de Amparo. Teoría, práctica y jurisprudencia*, Lea Editorial, Managua, 2004.

23. GERPE LANDÍN, Manuel; y VINTRÓ CASTELLS, Joan. “*Aproximación a la reforma constitucional de Nicaragua*” en PAPERS, Revista de Sociología, Núm. 49, 1996, Págs. 105-118.

24. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

25. JIMÉNEZALAR, Adonai. *El Recurso de Inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense*, Monografía de la Maestría en Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona-Universidad Autónoma de Nicaragua-León, León, 1996.

26. MARTÍNEZ, Moisés. *“Algunos aspectos del Recurso por Inconstitucionalidad”*, en Revista Justicia, Núm. 27, Marzo 2003, Págs. 72-78.

27. PÉREZ TREMP, Pablo. *“La jurisdicción constitucional en Nicaragua”* en AAVV, *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*. Coords. Rubén Hernández Valle y Pablo Pérez Tremp, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Págs. 207-234.

28. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997.

29. RAMOS MENDOZA, Josefina. *El recurso por inconstitucionalidad*, Coord. Mauro Ampié Vilchez, Tomos I, II, III, Corte Suprema de Justicia-BID, Managua, 2001.

----- *“Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua”* en [www.csj.gob.ni/ponencia%20JRM-web.htm](http://www.csj.gob.ni/ponencia%20JRM-web.htm)” este trabajo también se encuentra publicado en: *“Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua I y II Parte”* en Revista Justicia, Nos. 20 y 21, Págs. 9-13 y 19-21 respectivamente, Febrero-Abril 2000.

----- ROZO ACUÑA, Eduardo. *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2006.

30. SÁNCHEZ CORRALES, Róger Iván. *El recurso de amparo en Nicaragua como protección de derecho y libertades constitucionales y algunas realidades comparativas con otros países*, Pueblos Fraternos, Valencia, 1997.

31. SILVA PÉREZ, Ada Esperanza; EVERTSZ MORACES, Roberto; VEGA VARGAS, Gustavo Adolfo; CARDENAL SEVILLA, Bruno. *Nicaragua 1995: Un nuevo intento Constitucional (cronología del Proceso de Reforma Constitucional)*, Centro de Derechos Constitucionales, Managua, 1995.

32. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Habeas Corpus. Recurso de Amparo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.

33. TÓRRES PERALTA, William Ernesto. *El control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema jurisdiccional nicaragüense*, Monografía para optar al título de Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana UCA, Managua, 1998.

34. VALLE PASTORA, Alfonso. *Desarrollo histórico de los Derechos Humanos*, Managua, 1998.

# DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y CONSTITUCIONALIDAD ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO

SORAYA OBREGÓN SÁNCHEZ<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Planteamiento II. Conflictos de competencia y constitucionalidad, 1. Competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado, A. Antecedentes, B. Ley de Amparo de 1988 y sus reformas: a) Sujetos, b)Materia, c)Términos, d)Procedimiento, e)Suspensión, f) Sanción, g) Sentencia III. Conclusiones, Bibliografía

## I.- Planteamiento

En ocasión al homenaje al Maestro Fix Zamudio, se me ha invitado a participar en una temática jurídica relacionada al Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, por lo que me parece atinado el tema por su actualidad y de reciente vida jurídica.

El abordar el tema de los Conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado, se pretende establecer un análisis de dicha regulación, en relación a si ésta es una demanda o recurso, su trascendencia y efectividad, asimismo, lo pertinente a la denominación de los términos utilizados de “competencia” y “constitucionalidad”. El tema es novedoso en la legislación nicaragüense, aunque sobre ello la Corte Suprema de Justicia, ha emitido resoluciones sobre conflictos suscitados.

---

<sup>1</sup> Asesora de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Docente de la Escuela Judicial y del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Master en Derecho de Empresa por la Universidad Centroamericana de Justicia (UCA). Diplomado en Derecho Constitucional por la Universidad Carlos III, Madrid, España. Postgrado en Derecho de Empresa por la Universidad Centroamericana de Justicia (UCA). Postgrado en Derecho Contencioso Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-LEÓN) y Postgrado en el nuevo Código Procesal Penal por la Escuela Judicial y la UCEM.

Este humilde aporte, no comprende grandes conocimientos científicos, sino de análisis práctico, y es que ante el “Gran Maestro”, se nos hace difícil escribir algo sobre lo que no haya escrito nuestro homenajeado, un hombre con gran sentido humano y científico, que nos ha inspirado no sólo al estudio profesional, sino a entender que en la sencillez y humildad, encontramos una sabiduría que tanto se requiere en estos tiempos en que la humanidad ha sufrido un desgaste tal, que necesitan de personas que nos logren encauzar ante la belleza de la vida y crear un futuro con valores reales que alimentan no solo la mente, sino el alma.

## **II. Conflictos de Competencia y Constitucionalidad**

### **1.- Competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado.**

Las reformas constitucionales de 1995<sup>2</sup>, incorporaron dos disposiciones atinentes a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en su Arto. 164 numerales 12) y 13), que citan:

“Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

***12) Conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado.***

***13) Conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica.”***

Las atribuciones determinada en la norma constitucional, tiene dos esferas:

1) Entre Poderes del Estado

---

2 Ley No. 192 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, publica en La Gaceta, Diario Oficial No. 125 de 4 de julio de 1995.

## 2) Gobierno Central, Gobiernos Municipales y Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

Si bien el primer numeral es sobre el cual se centra el tema, se requiere retomar lo pertinente al segundo numeral, por cuanto trata de conflictos constitucionales que no fueron considerados en la reforma y adición a la Ley de Amparo.

En primer lugar hay que señalar que la norma constitucional utiliza la conjunción “y” que une ambos conceptos: “competencia” y “constitucionalidad”, por lo que cabe aclarar ambos términos:

En lo que respecta a “competencia”, ésta tiene diversas connotaciones, de carácter jurisdiccional, comercial y otros; por lo que incorporando dicho concepto al contexto de la norma, la definición más aceptable sería “Atribución, potestad, incumbencia/ Capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto”.<sup>3</sup>

Constitucionalidad “Calidad de constitucional/Conformidad o compatibilidad de una ley común con respecto a la Constitución del Estado”<sup>4</sup>, dichas definiciones nos obliga a adecuar un solo sentido de la norma. Ignacio Burgoa O.<sup>5</sup>, comenta en relación a la garantía de competencia constitucional “La competencia constitucional concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se excede de la órbita integrada por tales facultades, viola la expresada garantía, así como en el caso de que, sin estar habilitada constitucional para ello, causa una perturbación al gobernado en cualquiera de los bienes jurídicos

---

3 Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial heliasta S. R. L.

4 IBIDEM

5 Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, Editorial Porrúa, Av. República Argentina, México 1998, Quinta Edición, Primera reimpresión.

señalados en dicho precepto”. De dicha definición se desprende que la competencia esta reñida a las atribuciones que se determina a los órganos del Estado en la norma constitucional.

La competencia ordinaria y jurisdiccional se regula y dirige en la vía ordinaria correspondiente, no así lo pertinente a la esfera de la competencia constitucional que involucre a Poderes del Estado, mismo que tiene un orden público y la connotación de su regulación, se recoge en una ley de rango constitucional, como es la Ley de Amparo.

#### A. **Antecedentes:**

Ya adelantamos el origen de dicha disposición, sin embargo, es válido señalar que las reformas constitucionales de 1995 fueron consideradas reformas sustanciales que no respondían a una naturaleza parcial, sino a una reforma total, por lo que en su momento fue objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad,<sup>6</sup> los cuales fueron desestimados bajo la reforma a la Ley de Amparo<sup>7</sup>, que estableció en el artículo 6, la no procedencia al recurso de inconstitucionalidad contra la Constitución y sus Reformas, exceptuando que una vez entrada en vigencia se aleguen la existencia de vicios de procedimiento en su tramitación, discusión y aprobación<sup>8</sup>.

En relación a los conflictos entre Poderes del Estado, comenta Matthias Herdgen,<sup>9</sup> que la ubicación de dichas controversias se trata en términos procesales de una especie de bella durmiente, la que se ha venido despertando en pocos países de América Latina, hace un relación de los conflictos constitucionales desde una

6 En dichos recursos no se atacó la reforma específica, que amplió las atribuciones de la CSJ.

7 Ley No. 205, publicada en La Tribuna el 30 de noviembre de 1995.

8 Proceso de formación de Ley, que en el caso de las reformas constitucionales debe atender a lo dispuesto en los Artos. 191, 192 y 194 Cn.

9 <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2553/23.pdf>, “Conflictos entre Poderes del Estado: La jurisdicción constitucional”, Titular de la cátedra de Derecho Público e Internacional, director del Instituto de Derecho Público y del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn, Alemania.

perspectiva vertical y horizontal, es decir desde del Estado y las municipalidades u entidades regionales o locales, y de entre los órganos del Estado, en cuyo caso opera como especie de garante para la división horizontal de poderes.

Las reformas constitucionales no sólo incorporaron los conflictos de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado, sino los conflictos entre municipios, con los organismos del gobierno central (lo cual se encuentra regulado en la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo), además de los conflictos de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales y las regiones autónomas de la Costa Atlántica.<sup>10</sup> Las reformas fueron bastante amplias en cuanto al control de constitucionalidad en ese sentido, que constituyó un fortalecimiento al Estado Social y Democrático de Derecho.

Es importante señalar que los conflictos entre municipios, y gobierno central fueron regulados por la ley pertinente, pero no así los conflictos de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales y las regiones autónomas de la Costa Atlántica, lo cual estaría pendiente de regularse, e incide el hecho de no haberse dado este tipo de conflicto que haya llamado la atención de los legisladores.

Los conflictos entre Poderes del Estado antes de su incorporación en la Ley de Amparo, fueron tramitados conforme el procedimiento a los Recursos de Inconstitucionalidad regulados en la Ley de Amparo, y se le denominó como Recurso Innominado.

---

10 Arto. 164 numerales 11), 12) y 13) Cn. Notamos una diferencia en el precepto de la norma constitucional, ya que existe una separación entre la competencia y la constitucionalidad al momento de hacer referencia a los órganos verticales, sin embargo los asuntos de competencia se recoge en una norma secundaria, tal como dice en el Arto. 120 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que dice en su parte pertinente: □Los Gobiernos Municipales y los Gobiernos Regionales Autónomos podrán ejercer la acción contencioso-administrativo□□□. contra todos aquellos actos y disposiciones generales que consideraren lesivos para sus intereses y que éstos menoscaben **su competencia** o que limitaren su autonomía□, pero como conflictos constitucionales propiamente dicho, están pendientes de regulación. Cabe señalar que la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, bajo el amparo del Arto.22 tiene la reserva de acciones en que se puede recurrir de Amparo.

En Sentencia No. 161 de las once de la mañana del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, diputados y miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, interpusieron Recurso ante la Corte Suprema de Justicia, fundamentado en el Arto. 164 numeral 12) Cn. asimismo compareció el Procurador General de Justicia de la República a interponer Recurso bajo la misma base legal y en representación del Poder Ejecutivo, impugnándose en dichos recursos los actos cometidos por algunos diputados de la Asamblea Nacional que atentaban contra el ejercicio de las facultades constitucionales que el Poder Ejecutivo tenía en el proceso de formación de la ley. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia en su partes considerativas expresó: I “Podemos decir que la atribución que se le da a la Corte Suprema de Justicia para conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad entre los otros Poderes del Estado, es un recurso “innominado” no sólo porque la Constitución no lo denomina sino porque como medio de resolución de conflictos entre los poderes del Estado es una norma nueva nacida de la Reforma Parcial Constitucional, verificada por la Asamblea Nacional en uso de sus poderes constitucionales, la cual en los inc. 3 y 4 del artículo mencionado da competencia a esta CORTE SUPREMA DE JUSTICIA para conocer de Amparo e Inconstitucionalidad, dos recursos distintos a la atribución del inciso 12)”. III “Igualmente considera esta CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, que no existe impedimento para resolver esta cuestión por el hecho de no existir reglamentación especial para ello. Estima que la sola existencia del Arto. 164 inc. 12 constituye un derecho y a la vez una obligación constitucional para la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA el resolverlo, aplicando también lo dispuesto en el Arto. 443 Pr., que le manda no abstenerse de resolver una cuestión lleva a su conocimiento por el hecho de no existir ley para ello”.

Posteriormente, en Sentencia de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana del año dos mil cinco, el Presidente de la República de Nicaragua interpuso “RECURSO INOMINADO, por CONFLICTO DE COMPETENCIA Y CONSTITUCIONALIDAD

ENTRE PODERES DEL ESTADO, Poderes Legislativo y Ejecutivo”, alegando que a través de las reformas constitucionales se pretendía modificar el sistema de gobierno y otros principios constitucionales fundamentales, posteriormente planteó un desistimiento que fue desestimado por considerarse que trascendía el interés personal de las partes al interés general de la nación. En el Considerando V, el Supremo Tribunal expresó: “Cabe señalar que este Supremo Tribunal ya ha conocido con anterioridad de Recursos sin nombre a los que se les califica de “Innominados”, lo que se constata en los Boletines Judiciales de 1959, página 1973; BJ 1969 página 80 y BJ 1977 página 252. Asimismo, la referencia que se hace del Recurso Innominado establecido en nuestra Constitución Política vigente en su Art. 164 numeral 12) en Sentencia No. 161 de las once de la mañana del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, la que señala en su Considerando III que no existe impedimento de resolver este tipo de recurso al carecer de reglamentación especial para ello, ya que lo dispuesto en la normativa constitucional constituye un derecho y una obligación para que la Corte Suprema de Justicia resuelva y aplique lo dispuesto en el Art. 443 Pr., en que se ordena no abstenerse de resolver una cuestión llevada a su conocimiento por el hecho de no existir ley para ello. Dejando establecido lo expuesto, cabe examinar el fondo del presente Recurso Innominado”.

En las sentencias que se aluden en los párrafos anteriores se mantenía el criterio de que dicho Recurso era Innominado, sin embargo, la sentencia No. 29 de las cuatro y cuarenta y cinco minutos de la tarde del trece de agosto del dos mil siete, estableció criterios muy importantes en cuanto a su denominación y tramitación, que textualmente cito: Considerando I “**5.- Por lo que hace al Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad Entre Poderes del Estado** (artículo 164 numeral 12 Cn., y 27 numeral 2 L.O.P.J); y **al Recurso de Constitucionalidad entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica** (artículo 164 numeral 13 Cn), podemos decir que en tanto y cuanto no se establezca un procedimiento autónomo para cada uno, se seguirán los trámites del

Control Constitucional establecidos en la Constitución Política, en la Ley de Amparo y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo la Corte Plena la facultada para su tramitación como expresamente lo establece el artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la salvedad que en ambos casos la acción está reservada a los representantes legales de las instituciones en conflictos constitucionales. En ese sentido el recurso interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia, mal llamado INNOMINADO porque nuestra Constitución Política no lo denomina expresamente y la competencia otorgada a ésta CORTE para conocer y resolver sobre los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado establecido en el arto. 163 numeral 12 Cn no ha sido regulada procesalmente, es en realidad un Recurso por Conflicto de Competencia Constitucional entre Poderes del Estado ó lo que el Derecho Procesal Constitucional ha denominado “Cuestión de Competencia Constitucional entre Poderes del Estado”, la cual surge frente a un conflicto de competencias o atribuciones constitucionales entre los Poderes del Estado. Esta cuestión de competencia puede ser positiva o negativa. **Es positiva** cuando dos o más Poderes se atribuyen la competencia para conocer del mismo asunto y **negativa** cuando ambos Poderes se niegan a conocer sobre el mismo. Como esta cuestión de competencia constitucional no está reglamentada en su parte procesal y con el fin de no dejarla en el vacío, sin resolución, esta Corte Suprema de Justicia en sentencias anteriores ha tramitado y resuelto el recurso “Innominado”, en el que se aplican por analogía disposiciones del Recurso de Inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento y del Recurso de Amparo. Además de acuerdo al Derecho de Petición contenido en el artículo 52 Cn, y al artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que textualmente dice: *“Los Jueces y Tribunales deben resolver siempre sobre la pretensiones que se les formulen, no pudiendo excusarse alegando vacío o deficiencia de normas. A falta de norma jurídica pertinente, los Magistrados y Jueces debe resolver aplicando los Principios y Fuentes Generales del Derecho, preferentemente los que inspiran el derecho nicaragüense, la jurisprudencia y los establecidos en la legislación procesal nacional”*. La razón de ser de la Constitución

en la historia del Derecho Constitucional es la de establecer un límite al Poder Soberano; “La Constitución es el estatuto del poder en cuanto regula quién, cómo y con qué límite, puede ejercer el Poder del Estado.” La Constitución tiene como límite, única y exclusivamente su propio marco, establecido en ella. Ninguno de los Poderes del Estado puede violentar la Constitución. 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 así lo establece en el arto. 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 Arto. 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.”* Manuel García Pelayo en su Obra: “Derecho Constitucional Comparado” expresa: *“no es constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado, sino precisamente aquella que reúne dos condiciones: a) la garantía de los derechos individuales; b) la división de poderes que sirve a la efectividad de aquellos.”* Por consiguiente, la exigencia de determinadas condiciones a la organización política para aceptarla como Constitución, se encuentra magníficamente resumida en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual en su artículo 16 dice: *“Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.* El medio de control establecido para que su contenido no sea una simple proclama de Principios carentes de efectividad, lo consigna el arto. 187 Cn. y el arto. 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. García Pelayo, expresa que el control es garantía para la vigencia de toda Constitución jurídica, cuya vigencia está condicionada en parte por la realidad social en la cual está destinada a aplicarse, y teniendo presente que “ningún poder, sobre todo un poder colectivamente ejercido, puede desarrollarse y tener efectividad al margen de las normas, de modo que sin una normativización de los órganos e instituciones supremas, el Estado carecería de estructura y se disolvería en el caos, por lo que concluye que la existencia de un control de constitucionalidad de la ley es necesaria para obtener que en el ejercicio de la facultad de legislar, que representa el ejercicio superior del poder dentro del Estado, se respeten los preceptos constitucionales. En cuanto a la competencia de la Corte Suprema de Justicia se encuentra enmarcada en los artos. 163 Cn, párrafo segundo y 164 Cn inc. 12, que a la letra dicen: *“La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados, conforme lo estipula la Ley de la materia. La Corte Plena conocerá y resolverá los recursos de inconstitucionalidad entre los Poderes del Estado.”* *“Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia...12) Conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado.”* Voluntad del pueblo que el constituyente materializa en la Constitución de 1987 en los artículos mencionados. En el presente caso se ha trabado un conflicto de carácter positivo entre el Consejo Supremo Electoral y la Asamblea Nacional pues ambos insisten conocer y decidir en el caso sub-judice.”

La sentencia en referencia dejó asentados criterios que se incorporaron en adiciones a la Ley de Amparo, sin embargo, éstos únicamente están relacionados a los conflictos de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado, dejando fuera de dicho marco legal, lo pertinente a los conflictos constitucionales entre Municipios, Regiones Autónomas y Gobierno Central, a como lo expresamos anteriormente.

Es importante señalar dentro de los antecedentes relacionados, la discusión y resolución de un órgano internacional como es la Corte Centroamericana de Justicia, de la petición presentada por el Presidente de la República ante el conflicto de competencia en contra de la Asamblea Nacional, y que paralelamente interpusiera ante el Tribunal Supremo. La Corte Centroamericana de Justicia en su parte considerativa expresó: “**CONSIDERANDO (II):** Que en atención al derecho a aplicarse en este caso, se destaca en lo fundamental lo consignado en el literal f) del artículo 22 del Convenio de Estatuto de este Tribunal que dice: “La Competencia de La Corte será: f) Conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Órganos Fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales.”, asimismo, siguió expresando en su parte resolutive: “**POR TANTO:** la Corte Centroamericana de Justicia, en nombre de Centroamérica, en uso de sus facultades jurisdiccionales y haciendo aplicación de los artículo 3, 3a), 4b) e i); 9; 10;11;12; 15 e) y 35 del Protocolo de Tegucigalpa; 1; 2; 3; 4; 5; 6; 22 letra f); 31, 32, 35, 36, 37, 38 y 39 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia; 2; 3, 3b); 4; 5 numeral 4; 17; 18; 19; 22 numeral 1º; 29; 42; 62; 63; 64 y 65 de la Ordenanza de Procedimientos; 5; 7; 129; 144; 146; 148; 150 numeral 8 y 12; y 193 de la Constitución Política de la República de Nicaragua; 39 de la Ley de Amparo; de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; 2b) y 3d) de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA); 1; 2 y 3 de la Carta Democrática Interamericana; 1; 2b); 8 del Tratado Marco de Seguridad Democrática; 9 de la Ley de Participación Ciudadana, por mayoría de votos, **RESUELVE: PRIMERO:** Declarase con lugar la demanda entablada por el Poder Ejecutivo del Estado de Nicaragua en contra del Poder Legislativo, la Asamblea Nacional, por estar debidamente fundadas en derecho las pretensiones deducidas en este proceso. **SEGUNDO:** Como consecuencia, se declara que se violenta el Derecho Público y el Estado de Derecho en Nicaragua al ejecutar la Asamblea Nacional actos consistentes en haber aprobado en segunda legislatura la denominada Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de

la República de Nicaragua, que afecta y debilita la independencia del Poder Ejecutivo, al otorgar facultades de ratificación al Órgano Legislativo, de los nombramientos de Ministros y Viceministros de Estado de la Presidencia de la República, Jefes de Misiones Diplomáticas, y Presidentes o Directores de Entes Autónomos y gubernamentales, así como otras normas alegadas en la Demanda; y al haber dado trámite a la resolución del Consejo Superior de la Contraloría General de la República de las nueve y treinta minutos de la mañana del siete de octubre del año dos mil cuatro.

**TERCERO:** Que los actos antes mencionados, atentan contra la independencia del Poder Ejecutivo y contra el equilibrio de los Poderes del Estado que consagra la Constitución Política de la República de Nicaragua, siendo por ello, actos de injerencia de la Asamblea Nacional en las facultades y atribuciones del Poder Ejecutivo que sólo pueden ser reformadas por una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto”.

De lo expuesto en dicha sentencia se desprende que la Corte Centroamericana de Justicia resolvió sobre un conflicto de competencia constitucional suscitada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo nicaragüense, dándose una situación sobre la cual tuvo que resolver el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en Sentencia de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana del veintinueve de marzo del año dos mil cinco, la cual en su parte resolutive expreso: “NO HA LUGAR AL DESISTIMIENTO presentado por el recurrente, ingeniero ENRIQUE BOLAÑOS GEYER. III.- NO HA LUGAR AL RECURSO INNOMINADO por CONFLICTO DE COMPETENCIA Y CONSTITUCIONALIDAD ENTRE PODERES DEL ESTADO, Poderes Legislativo y Ejecutivo, interpuesto por el Presidente de la República ingeniero Enrique Bolaños Geyer, en contra de la Honorable Asamblea Nacional, de que se ha hecho mérito. IV.- De conformidad con la Ley de Amparo en su artículo 21; y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 5 y 27 numeral 5, corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Pleno declarar la Inconstitucionalidad en el caso concreto del artículo 22 literal f del Estatuto de la Corte Centroamericana de

Justicia, en consecuencia, DECLÁRASE INCONSTITUCIONAL el referido artículo 22 literal f) que se lee: *f) Conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos de competencia que pueden surgir entre los Poderes u Órganos Fundamentales de los Estado, ...*”, por entrar en confrontación con nuestra Máxima Ley de la República, la Constitución Política en su artículo: 164 numeral 12 Cn: son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 12) conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre poderes del estado”, y conforme el referido artículo 182 Cn: “La Constitución Política es la Carta Fundamental de las República; las demás leyes están subordinadas a ellas. No Tendrán Valor Alguno Las Leyes, Tratados, Ordenes O Disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”; y la Ley de Amparo en artículo 5 que reza: “los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional”. En consecuencia: son inaplicables y sin ningún valor las resoluciones emitidas por la Corte Centroamericana de Justicia basadas en dicha disposición.”.

Con dicho precedente se dejó establecido que únicamente corresponde dirimir a la Corte Suprema de Justicia los conflictos constitucionales suscitados entre los Poderes del Estado, cuyos fundamentos jurídicos quedaron expresados en la misma.

## **B.- Ley de Amparo de 1988 y sus reformas.**

La Ley No. 643 Ley de Reformas y Adiciones a la Ley No. 49, Ley de Amparo, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 28 del ocho de febrero del año dos mil ocho, adicionó lo pertinente a los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado.

### **a) Sujetos:**

En el Arto. 5 se señalan quiénes podrán promover dichos conflictos, estableciendo en términos generales a los representantes de los Poderes del Estado; sin embargo, en el segundo párrafo regula la

posibilidad de accionar a integrantes de cada uno de los Poderes del Estado, nombrando expresamente a quien corresponde en cada uno de ellos:

- Poder Ejecutivo, Presidente de la República;
- Poder Legislativo, Junta Directiva;
- Poder Judicial, Corte Plena;
- Poder Electoral, Consejo Supremo Electoral.

Por último se deja la salvedad de que si los Presidentes no ejercieran dicha acción, lo podrá hacer cualquier miembro de la Junta Directiva, en el caso de la Asamblea Nacional, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral.

Cabe señalar que en los Poderes del Estado, a excepción del Ejecutivo, quedan facultados los miembros de dichos órganos para accionar, desprendiéndose de lo dispuesto que no se requiere de la aceptación colegiada, ya que la misma no contempla dicha situación.

El Arto. 81 del mismo cuerpo legal reitera lo dispuesto en el Arto. 5, al señalar a los sujetos que pueden ejercer la acción, y en relación a la salvedad regulada en el Arto. 5 se establece claramente que el miembro se dirigirá al titular del Poder del Estado.

El sujeto pasivo o contra quien se dirige el conflicto de competencia y constitucionalidad puede ser cualquiera de los titulares de los Poderes del Estado, tal y como se señala el Arto. 81. En el caso de los cuerpos colegiados que integran un Poder del Estado, no se prevé que se dirija en contra de sus miembros, sin embargo, cabe distinguir que durante la primera etapa del proceso se establece una comunicación en la sede administrativa, que si bien puede remitirla cualquiera de los sujetos activos a que se ha hecho referencia, debe ser en contra del titular.

Lo previsto podría resultar contradictorio, si consideramos que si el titular pasivo no demuestra interés, podría caer en omisión y no someterse al procedimiento en dicha instancia, o no informar a los demás miembros de dicho Poder del Estado, por lo que existe un vacío legal al respecto.

Lo anterior sin embargo, a nuestro criterio, no constituye un impedimento de accionar en la vía jurisdiccional por ser de orden público.

En el caso específico de la Corte Suprema de Justicia, si ésta formara parte del conflicto, quienes resuelven son los conjucees<sup>11</sup>

**b) Materia:**

Llama la atención de que el Arto. 5 de la Ley de Amparo establezca que promoverán el conflicto de **competencia o inconstitucionalidad**; ampliándose en el conflicto al Recurso de Inconstitucionalidad que se encuentra debidamente normado en el mismo cuerpo legal.

Sin embargo, la inconstitucionalidad hace alusión únicamente en lo pertinente a los conflictos de competencia constitucional, cuando la ley, decreto, reglamento, acto o resolución invade la competencia privativa constitucional de otro poder.

La inconstitucionalidad en referencia se sustrae del ámbito específico regulado en la Ley de Amparo y pertinente al Recurso de Inconstitucionalidad, y por otro lado desvirtúa la naturaleza propia del recurso en cuestión, ya que hace una mezcla de ambos, cuando el procedimiento para interponer el Recurso de Inconstitucionalidad ya está establecido.

---

<sup>11</sup> Los conjucees que fueron nombrado en su momento ya concluyeron su período, tampoco existe un procedimiento establecido en la forma que debieran incorporarse éstos.

Por otro lado, el hecho de que el conflicto de competencia constitucional se haya vinculado a la inconstitucionalidad a los actos administrativos o legislativos<sup>12</sup>, invade la esfera del Recurso de Amparo.

Los Artos. 2 y 8 de la Ley de Amparo señalan expresamente que el Recurso de Inconstitucionalidad sólo procede contra ley, decreto, decreto ley y reglamento, tal y como se consigna en la Constitución Política en su Arto. 187 Cn.<sup>13</sup>. De manera que la cuestión de inconstitucionalidad planteada infiere en actos, disposiciones o resoluciones<sup>14</sup>, materia que no corresponde dirimir a través de ello. Asimismo, el hecho de que se establezca con la conjunción “O”, conlleva a una escogencia, cuya perspectiva sería elegir una vía o la otra.

Se deja establecida la materia pertinente al proceso de formación de la ley, como potestad de los demás Poderes del Estado de poder intervenir en dicho a través del proceso de consulta, pero siempre vinculado a su ámbito de competencia, es decir que cualquiera otra circunstancia ajena a la misma, no se incluye a este tipo de ejercicio. Asimismo, no se establece con carácter de obligatoriedad de que una vez de efectuada la consulta, se tenga que acceder a los planteamientos, de manera tal que únicamente queda establecida como una intervención y no como un control previo ante el Poder Legislativo, considerándose de carácter ilustrativo pero no imperativo, ni que los argumentos esgrimidos en esta etapa pueda plantearse ante la Corte Suprema de Justicia para que resuelva sobre ello anticipadamente.

---

12 Que no constituye el proceso de formación de la ley, sino actos legislativos que no corresponde a lo primero, sino a cualquier tipo de actividad o acto que fuera realizada por dicho Poder del Estado.

13 Ley No. 205 Ley de Reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo, en su Arto.6 contemplaba el Recurso de Inconstitucionalidad contra cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución, lo que fue declarado inconstitucional por Sentencia No. 98 de las nueve de la mañana del 17 de agosto del 2001.

14 Arto. 5 de la Ley de Amparo, señala que se promoverá la competencia o inconstitucionalidad.

No se define si el mismo es un recurso o demanda, al momento de referirse propiamente a dicha materia, aunque el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia nicaragüense ha sido de un “recurso”. Sin embargo el Arto. 6 de la Ley de Amparo establece principios de carácter general, que se entiende deberá atender el Tribunal de Justicia, y entre los cuales se refiere en su numeral 1) “**trámites del recurso**”, de lo que se podría colegir ó establecer por analogía la aplicación de que los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado, son un “recurso”.

**c) Términos:**

La Ley de Amparo prevé diferentes términos, desde la sede de los órganos administrativos, hasta el ejercicio de acción en la vía jurisdiccional, su tramitación y resolución.

En las sedes administrativas de cada órgano se da un trámite previo, en que se pone de manifiesto el conflicto de competencia constitucional alegado de un Poder a otro Poder, en que el Poder requerido contestará al requirente en un plazo de **diez días**, y en los subsiguientes **cinco días** el requirente contestará.

En la vía jurisdiccional de conformidad a lo dispuesto en el Arto.83 de la Ley de Amparo, el plazo para promover el conocimiento del Conflicto de constitucionalidad y competencia entre los Poderes del Estado, es de **treinta días** a partir de la publicación de la ley, decretos, resoluciones declaraciones y acuerdos, y con respecto a los actos jurídicos y materiales de los otros Poderes del Estado será a partir de que tenga conocimiento.

En relación al párrafo que antecede los términos se aplican para el caso específico de la normativa, su fecha de publicación, y en el caso de los actos, a partir de que tenga conocimiento, es decir que en esto último no existe una prescripción en ejercer su acción, a contrario sensum del primero, ya que existe un límite de tiempo. El término para resolver es perentorio de **treinta días**, contados a

partir de la fecha de recepción o de la presentación del conflicto de competencia o constitucionalidad<sup>15</sup>.

Se establece el término de **sesenta días** que opera de ipso facto, si no se ha dictado sentencia y por ministerio de ley queda sin efecto la suspensión que se haya determinado en la norma jurídica, acto legislativo o administrativo, recuperando su plena vigencia, sin menoscabo de la resolución posterior.

Este término restablece las cosas en el estado anterior que se encontraba, y en el caso específico de las normas jurídicas, la aplicación de ésta surte todos los efectos, lo que resulta contradictorio con lo dispuesto en nuestra Constitución Política en su Arto. 165 que nos obliga a atender a lo dispuesto en la Constitución y la ley, y si sobre ésta aunque no exista pronunciamiento del Pleno del Supremo Tribunal, no impide que para los casos concretos no puedan pronunciarse los magistrados de tribunales de apelaciones y jueces.

Los términos no se determinan como hábiles, porque lo que se deduce que los mismos son calendario, aplicando siempre la regla de que si es inhábil, se habilita. En la vía de sede administrativa, ante la falta de un procedimiento administrativo aplicable a todos los Poderes del Estado, se debe entender que el término sería considerado en igual sentido al de la vía jurisdiccional.

#### **d.- Procedimiento**

La Ley de Amparo en sus Artos. 80 al 84 establece la regulación “De los Conflictos de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado”, determinando en dicho cuerpo normativo lo pertinente al procedimiento.

---

<sup>15</sup> Obsérvese que el legislador no utilizó la conjunción “y” con que se menciona la Constitución Política, sino que utiliza la “o” que constituye una elección entre lo uno y lo otro, lo cual a nuestro criterio es errado, ya que nos referimos a la competencia constitucional que se le confiere de un Poder del Estado a otro.

El procedimiento tiene dos etapas:

**a) Vía administrativa:** El titular del Poder del Estado dirige el escrito que expone las razones constitucionales por las que considera que existe el conflicto, pidiendo al otro Poder del Estado que se pronuncie sobre ello. El Poder requerido contestará al requirente en el plazo de diez días al requirente, en cualquiera de los sentidos, es decir aceptando las razones o insistiendo en su competencia. El requirente contestará al requerido en el mismo número de días, aceptando o insistiendo en su reclamo.

**b) Vía jurisdiccional:** De no llegar a un punto en común por las partes involucradas (Poderes del Estado), cualquiera de ellas podrá instar dentro del término de treinta días el conflicto de competencia y constitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien ordenará la remisión de las diligencias que se haya practicado, y podrá ordenar la suspensión de la disposición, resolución o acto que fuera objeto del conflicto, con las salvedades que la ley determina para el caso.

Si se trata de normas publicadas, la Sala de lo Constitucional iniciará el trámite y ordenará la suspensión del acto por ministerio de ley, elevando las diligencias a la Corte Plena.

La Corte Plena dictará sentencia dentro del término de treinta días perentorios, si no lo hace el tiempo que transcurre será considerado como ausencia del Magistrado, siendo deducible del pago de su salario, emolumento, ingreso o beneficio económico.

La Ley de Amparo no prevé si la falta de accionar en la instancia administrativa de un Poder en contra del otro, impide el acceso directo ante la vía jurisdiccional.

**e) Suspensión:**

La suspensión se ejerce por la Sala de lo Constitucional, quien actúa en este caso como el órgano receptor para tramitar, admitir y

elevar las diligencias ante el Supremo Tribunal. Dicha suspensión se hace por ministerio de ley, es decir de oficio.

Cabe señalar que la suspensión abarca desde la aplicación de una norma jurídica, hasta cualquier acto administrativo, disposiciones, declaraciones y acuerdos legislativos.

Algo muy importante de destacar, es que si no resuelve el Supremo Tribunal en el término legal establecido sobre el asunto planteado<sup>16</sup>, de oficio igualmente se restablecerá a la situación anterior en que se encontraba, es decir que la suspensión declarada queda sin efecto, sin que se pueda promover nuevamente dicha suspensión a solicitud de parte, sino que se sigue el proceso en dichas circunstancias.

Ante el restablecimiento de la norma jurídica o sobre lo cual hubiere versado la suspensión, la misma recobra toda su vigencia y con ello la aplicación de disposiciones o de efectuarse el acto dictado, lo que resulta contradictorio, ya que la finalidad de la interposición del conflicto de competencia y constitucionalidad es para invalidar la presunta actuación, resolución, ley, etc, que menoscaba las atribuciones de uno de los Poderes del Estado, y al no cumplir la Corte Suprema de Justicia con resolver en el término señalado, prácticamente sanciona al reclamante a que se someta a la situación impugnada. Si bien es cierto todavía no existe una resolución que haya dirimido el conflicto y que determine quien tiene la razón, puede existir una evidente violación que no debería surtir los efectos, pese a que la sentencia deje sin valor alguno todo lo actuado.

El parámetro que mide la trascendencia de la declaración de oficio, se establece en el Arto. 82, que deja a salvo de que no se efectúe cuando acarree un perjuicio grave al interés general o que sea notoriamente improcedente, -a que se deberá atender la notoriedad de improcedencia-, fuera de esto se sujeta a la suspensión, misma

---

<sup>16</sup> Sesenta días para dictar sentencia.

que dura hasta la conclusión de la sentencia ó antes de dicha resolución cuando no se haya emitido en el término establecido.

**f) Sanción:**

Se establece una sanción de carácter pecuniario, equivalente a un día de salario por cada día de ausencia de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, contándose éstos en tanto dure la falta de pronunciamiento.

La Ley no sólo prevé el salario, sino que se extiende a cualquier beneficio, (emolumento, ingreso o beneficio económico), sin embargo, en este sentido cabe preguntarse si los beneficios como asignación de vehículos, etc. quedarían fuera de la sanción.

¿Quién aplicará dicha sanción y a quiénes se debe sancionar? es una interrogante que no se deja claramente establecida en la norma, ya que lo que se recoge es una sanción general ante la falta de una sentencia, pero ésta no puede emitirse como tal hasta que no tenga el número requerido para ello. Por otro lado, corresponde a Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial la ejecución administrativa, pero los miembros magistrados que la integran, también forman parte del Pleno del Supremo Tribunal. Es decir se sancionaría a todos los Magistrados, pese a que algunos pudieran haber suscrito el proyecto de sentencia y otros no, ó la misma no logra concluir por falta del número requerido para su resolución, este tipo de situación no queda solventada.

**g) Sentencia:**

Ya se ha hecho referencia al término y la sanción a que son sujetos los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, si no resuelven en tiempo.

En cuanto a los efectos de la sentencia, ésta es **erga omnes**, es decir que surte efectos generales que son vinculantes para

todos los Poderes del Estado, por lo que aunque no se haya establecido su publicación, la misma deberá de hacerse en la Gaceta, Diario Oficial, tal como se señala para el Recurso de Inconstitucionalidad.

Al plantearse el conflicto, la sentencia puede responder a una naturaleza positiva o negativa. Es positiva cuando el Poder del Estado haya asumido una atribución que le es propia al otro, en cuyo caso, todo lo actuado por éste tendrá un efecto de nulidad absoluta, dejando sin valor lo que se haya originado<sup>17</sup>. Es negativa si el Poder del Estado no cumple con su atribución, cayendo en omisión, la sentencia determinará el plazo en que deberá ejercer dicha atribución.

### **III.- Conclusiones.**

1.- El conflicto de competencia y constitucionalidad es un híbrido que incorporó en su regulación aspectos determinados propiamente al Recurso de Inconstitucionalidad y del Recurso de Amparo.

2.- Se da mayor connotación en su regulación a lo pertinente de atribuciones propias de la Asamblea Nacional, y si bien de conformidad al Arto. 7 de la Ley de Amparo no se puede promover, admitir, ni resolver Recurso de Amparo en contra del proceso de formación de la ley, desde la introducción de la correspondiente iniciativa hasta su publicación; el conflicto de competencia y constitucionalidad puede promoverse contra ley, decretos legislativos y acto legislativo, éste último tiene un sentido muy amplio, y en todos y cada uno de ellos se contempla la suspensión, en igual término al Recurso de Amparo.

---

<sup>17</sup> Sentencia No. 1 de las nueve de la mañana del siete de enero de mil novecientos noventa y siete, se interpuso un Recurso de Amparo en contra de la Asamblea Nacional y de Inconstitucionalidad contra el Decreto No. 1598, en que se declaró inconstitucional el y nulo todos los actos, actuaciones legislativas, elecciones, nombramientos, leyes, decretos y resoluciones aprobadas por la Asamblea Nacional. Este tipo de sentencia tuvo voto disidente, si bien no se originó como un conflicto de competencia y constitucionalidad, se relaciona por los efectos de nulidad declarados.

3.- La regulación del conflicto de competencia y constitucionalidad entre Poderes del Estado es un avance positivo que viene a llenar el vacío legal que se tenía al respecto, pese a que la Corte Suprema de Justicia emitió sentencias con anterioridad.

4.- El efecto de la sentencia de naturaleza positiva, al establecer la nulidad absoluta en sentido de vicios de incompetencia o inconstitucionalidad, conlleva a que ésta tenga efectos retroactivos y que el caso propiamente del Recurso de Inconstitucionalidad es para futuro, lo que constituye una diferencia sustancial.

5.- Los conflictos de competencia y constitucionalidad conllevan a restablecer un orden constitucional que preserve lo dispuesto en el Arto. 129 Cn. que dice: “Los poderes Legislativos, Ejecutivo, Judicial y Electoral son independientes entre sí y se coordinan armónicamente, subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y a lo establecido en la presente Constitución”.

6.- Se hace necesario que la regulación de conflictos constitucionales en el orden vertical sean regulados en la misma Ley de Amparo, pese a que la competencia se dirime en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

## **Bibliografía**

1. *Constitución Política de Nicaragua de 1987 y sus reformas.*
2. *Ley de Amparo de 1988 con sus reformas y adiciones*, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 212 del 4/11/2008.
3. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.*
4. *Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres.*

5. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo* de Ignacio Burgoa.
6. [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)



Se terminó de imprimir en la  
**Imprenta del Poder Judicial**  
República de Nicaragua  
en Marzo del 2010, tiraje de 500 ejemplares





Instituto Iberoamericano  
de Derecho Constitucional



**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.

Esta obra, dirigida por los Profesores Iván Escobar Fornos (Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Nicaragua) y Sergio J. Cuarezma Terán (Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, INEJ), constituye un Homenaje a los 50 años de labor académica del Profesor Doctor Héctor Fix Zamudio (México), que ha rebasado las fronteras y adquirido carácter universal por su dedicación al estudio, investigación y promoción del Derecho Procesal Constitucional, como una nueva rama del Derecho público, su conceptualización y sistematización.

El Profesor Fix Zamudio fue Director del Instituto de Derecho Comparado, ahora de Investigaciones Jurídicas, designado por la Junta de Gobierno de la UNAM, por dos periodos consecutivos, de octubre de 1966 a octubre de 1978, ahora es investigador Emérito. Doctor en Derecho por la UNAM de México. Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, a partir de enero de 1986; nombrado para un nuevo periodo de seis años a partir de enero de 1992. Presidente de la Corte para el periodo por los periodos 1990-1993, y 1995-1997, en que terminó sus funciones como juez. Fue miembro de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías de la ONU, actualmente Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos con sede en Ginebra, Suiza, Suplente desde mayo de 1988. Electo como miembro titular para el período 1998-2001. Profesor Universitario.



Instituto de Estudio e Investigación Jurídica  
De la Rotonda Bello Horizonte, 3c al norte, 2c al este, K-1-2.  
Managua, Nicaragua

Teléfonos (505) 2251 52 48 al 49

Telefax: (505) 2244 44 77

[www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)