

RELACIONES Y TENSIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON LOS PODERES DEL ESTADO: CRISIS PERMANENTE (DEMOCRACIA, GOBERNABILIDAD Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

IVÁN ESCOBAR FORNOS*

SUMARIO

1. CONCEPTO Y FACTORES FUNDAMENTALES DE LA DEMOCRACIA Y LA GOBERNABILIDAD.—2. RELACIONES, TENSIONES Y LÍMITES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—4. LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL.—5. SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES.—6. RELACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL PODER EJECUTIVO: A) Control de sus actuaciones. B) Tensiones con el Poder Ejecutivo.—7. RELACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL PODER JUDICIAL: A) Relaciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. B) Competencia de ambos. C) Fuertes tensiones en algunos países.—8. RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO: A) Ámbito de actuación de la justicia constitucional y el Poder Legislativo. B) La creación del Derecho y la justicia constitucional. C) Tensiones con el Poder Legislativo.—9. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: A) Introducción. B) ¿A qué se refiere el tema? C) ¿Cómo se regula este tipo de control en el Derecho Comparado? D) ¿Cómo se justifica? E) ¿Qué medios usa la justicia constitucional para hacer este tipo de control? F) ¿Cuáles son los requisitos o presupuestos para su procedencia? G) ¿Cuáles son los efectos de la sentencia que declara con lugar la inconstitucionalidad por omisión?—10. RELACIONES CON EL PODER ELECTORAL.—11. DISTINCIÓN ENTRE PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS: A) Poder constituyente originario. B) Poder constituyente institucional.—12. JERARQUÍA ENTRE PODERES. 13. CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL PODER CONSTITUYENTE: A) Derecho comparado. B) Reforma aprobada por plebiscito

* Doctor en Derecho. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de la que ha sido su Presidente.

o referéndum. C) En Nicaragua.—14. LAS *POLITICAL QUESTIONS*.—15. CONTROLES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—16. AMPLITUD DEL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE PRUDENCIA Y PREVISIBILIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

RESUMEN

El nivel de gobernabilidad y de democracia en América latina depende, principalmente, por un lado, de un clima de consenso, respeto y alejamiento de antagonismos políticos entre partidos, y por otro lado, de una situación de saneamiento económico que permita la elevación del nivel de vida de los ciudadanos, para, de ese modo, favorecer la paz social y evitar situaciones de penuria que sean aprovechadas por partidos populistas o de corte autoritario en su intento de conseguir el poder. Si se cumplen estos mínimos, la posibilidad de perdurabilidad de la democracia está especialmente asegurada y colabora en una mayor ausencia de situaciones de tensión entre los poderes típicos del Estado, a saber, el poder legislativo, el poder judicial, el poder ejecutivo y, asimismo, el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Gobernabilidad, democracia, Tribunal Constitucional, sistemas de control constitucional.

ABSTRACT

The level of governability and democracy in Latin America mainly depends on two sets of factors: Firstly, a climate of consensus, respect and distance from party-political bickering, and secondly, an economy that allows citizens' living standards to rise, avoiding situations of poverty that can be used by populist or authoritarian parties to try to grab power. If these minimum conditions are met, the underpinnings of democracy will be significantly stronger and help prevent too much stress between the state's different branches of power, namely the legislative, the judiciary, the executive and also the Constitutional Court.

Key words: Governability, democracy, Constitutional Court, systems of constitutional co.

*Dedicado a Jorge Carpizo, Domingo García Belaunde
y Francisco Fernández Segado*

NOTA INTRODUCTORIA

En el I Congreso de Juristas de Latinoamérica y el Caribe celebrado en Paraná, Brasil, auspiciado por la Fundación Alexandre de Gusmano, presente éste trabajo cumpliendo con la extensión propia de estos eventos y los plazos otorgados para prepararlos y enviarlos oportunamente, pero paralelamente elaboraba otro más extenso sobre el mismo tema en forma

más amplia y poder citar algunos aspectos importantes que se discutieron en Brasil.

La tarea me fue difícil pues en mi país, como en el resto de los nuestros, las decisiones, cambios, transformaciones, retrasos o avances políticos se toman o suceden de un día para el otro, sin meditación, estudio o reflexión, lo que gravita negativamente en la gobernabilidad y democracia. Cuando creía que ya había concluido, aparecía nuevamente una resolución legislativa, ejecutiva o judicial que se refería al tema, volviendo entonces a seguir escribiendo. Vivimos en una permanente crisis.

1. CONCEPTO Y FACTORES FUNDAMENTALES DE LA DEMOCRACIA Y LA GOBERNABILIDAD

En términos generales democracia es la forma de gobierno que impide el control del poder del Estado en un sólo órgano, en una persona o grupos de personas, y reconoce los derechos humanos inherentes a la persona y su sistema de defensa, en una constitución rígida, generalmente escrita¹, como norma superior. Gobernabilidad es la capacidad del gobierno de satisfacer las aspiraciones y necesidades espirituales y materiales más sentidas del pueblo dentro de la racionalidad, honestidad y posibilidad de los recursos existentes. No son dos conceptos independientes uno del otro; por el contrario, son interdependientes, se auxilian mutuamente, caminan de la mano en forma continua, en busca de su perfeccionamiento. En pocas palabras, gobernabilidad es el buen gobierno (si se quiere, el arte del buen gobierno), y democracia es la división del poder.

Diego Valadés conecta la gobernabilidad con el Derecho Constitucional y el Estado Constitucional Contemporáneo, que ante una sociedad abierta, complicada y altamente competitiva debe tener un buen diseño constitucional de legitimación del poder, las relaciones entre los órganos del poder, los controles políticos, la representación y los partidos políticos, la opinión pública, elementos que nosotros señalamos al principio. Como es un proceso cultural, ajustado a cada sociedad, propone por lo menos, repuestas constitucionales para la gobernabilidad: «Primera, superar al autoritarismo mediante la reforma del Estado ... Segundo, establecer la equidad social, para combatir y superar las condiciones de desigualdad, de exclusión, y de concentración de la riqueza; de la equidad cultural, para auspiciar el pluralismo y reducir a los mínimos posibles la violencia familiar; de la equidad económica, mediante la regulación de los flujos financieros internacionales, la adopción de un sistema crediticio responsable y

¹ Aunque existen constituciones consuetudinarias, no escritas, que respaldan sistemas democráticos de gobierno como las de Gran Bretaña e Israel.

eficiente, y la reforma fiscal; y la equidad jurídica, que ofrezca a las personas la ampliación de los derechos fundamentales y la certidumbre de sus garantías, y el acceso a la justicia. Tercero, proteger el ambiente, mediante un marco normativo que facilite las acciones nacionales e internacionales en la materia. Cuarto, ofrecer seguridad, física, patrimonial y jurídica, sin menoscabo de las libertades. Quinto, impulsar el desarrollo social, mediante la formación de capital humano, de capital social»².

Son muchas las definiciones sobre gobernabilidad —enfocadas de diferentes puntos de vista (económico, político, social, cultural, etc)—, o juntando estos elementos en su juego conjunto con la democracia, pero quizás se comprenda mejor por sus elementos que por las definiciones.

Son muchos los factores que inciden en el funcionamiento de la democracia y la gobernabilidad: la falta de educación primaria, secundaria y universitaria; el abandono de la salud del pueblo; la carencia de viviendas a los sectores más desposeídos; el pobre desarrollo económico; la pobreza y el desempleo; la falta de diálogo entre gobernantes y gobernados; la falta de democratización de los partidos políticos; el desprestigio de la clase política por su escasa visión y transparencia; la escasa confianza en el Poder Legislativo por la poca comunicación con el pueblo y la lentitud con que solucionan los problemas de gobernabilidad y democracia; la crisis del Poder Judicial por su falta de independencia interna y externa; la desconfianza en elecciones libres y honestas; el problema de los emigrantes y refugiados; el gran poder económico, político y social de la delincuencia organizada que penetra en todos los órganos del Estado.

La democracia y la gobernabilidad tienen como base el crecimiento económico y la equidad social, del cual deben participar todos los sectores sociales, políticos y económicos, lo cual favorece la gobernabilidad, la democracia y la legitimidad del poder. Es preciso buscar el justo equilibrio entre la libertad y la igualdad para lograr la paz social y la convivencia.

Los partidos políticos han entrado en crisis, lo que ha contribuido en América Latina al deterioro de la gobernabilidad y la democracia. Es preciso democratizarlos y modernizarlos ante una sociedad moderna y de avances rápidos en la tecnología y la ciencia³. Los partidos muchas veces se olvidan de las promesas hechas en los procesos electorales y se dedican a satisfacer los intereses de sus integrantes y patrocinadores; es muy común en América Latina el caudillismo o liderazgos personales lo que tristemente ha conducido, no pocas veces, al autoritarismo.

² *Consideraciones sobre Gobernabilidad y Constitucionalidad*. Estudio Introductorio sobre Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina. Obra Colectiva. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. México 2010, pp. 143 y ss.

³ Para la historia de los partidos políticos ver Iván ESCOBAR FORNOS, *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua. 2005, pp. 127 y ss.

A lo anterior debemos señalar que el sistema presidencial⁴ principia a ser cuestionado en América Latina, al cual se le atribuyen muchísimos de los fracasos de la continuidad democrática, pues propicia un Poder Ejecutivo superior a los otros poderes, es rígido, se encarna en una sola persona (el Presidente), el que es Jefe de Gobierno, del Estado y del Ejército, maneja el presupuesto, etc. por lo que últimamente se ha propuesto una parlamentarización del sistema presidencial⁵.

El Estado de Derecho, dentro del cual el imperio de la ley es fundamental, es constantemente violado, abusándose de las instituciones democráticas, la separación de poderes es rebasada, se producen concentraciones de poderes y violaciones a los derechos humanos, se usa y abusa de los poderes constituyentes, de las reformas constitucionales, de los referéndum, de los plebiscitos, de las reelecciones, por tal razón nuestro trabajo pone acento en la importante función de control del Tribunal Constitucional en la gobernabilidad y la democracia.

Cuando el Estado de Derecho es violado se produce la ruptura de las instituciones democráticas, lo que propicia la penetración en el Estado por organizaciones criminales de alcance regional e incluso continental. Contando con vastos recursos económicos producto de sus actividades ilícitas, la delincuencia organizada se propone corromper las instituciones públicas y privadas, infiltra los partidos políticos y procura poner a su servicio a los propios órganos del Estado que deberían esforzarse en combatirlos. Los órganos estatales son más fácilmente socavables cuando ya están debilitados por una cultura de inobservancia de la ley, y además son frágiles o inexistentes los controles democráticos sobre sus actuaciones.

Peor ocurre cuando incluso los órganos jurisdiccionales, a todos los niveles, son vistos con desconfianza por el pueblo, por su falta de independencia, e incluso por sus actuaciones frontalmente contrarias a la Constitución y a las leyes. Cuando los fallos judiciales son percibidos por la población como motivados partidariamente, o peor aun, dictados bajo cohecho o soborno, se corre el riesgo de caer en una situación de anarquía y desobediencia civil a esos fallos.

El Poder Judicial, sobre todo en sus más altas expresiones (tribunales de casación, tribunales constitucionales), debe ser el valladar que proteja

⁴ Motivo de gran preocupación en el I Encuentro de Juristas de América Latina y el Caribe fue el hiperpresidencialismo populista mangoneado por caudillos y su influencia gravemente negativa para la gobernabilidad y democracia en muchos países, principalmente en Venezuela, Bolivia, Ecuador y Nicaragua. Todos los participantes en sus ponencias e intervenciones orales profundizaron sobre sus causas y consecuencias.

⁵ Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Evolución de la Organización Político Constitucional en Nicaragua (1975-2005)*. Estudios Jurídicos, T. II. Centro de Documentación e Información Judicial. Corte Suprema de Justicia. Managua, Nicaragua. 2010, pp. 425 y ss.

la institucionalidad y la gobernabilidad de un país, y cuando fracasa en este empeño, el resultado no puede ser otro que la inseguridad jurídica y la inestabilidad política y económica. Sobre todo la justicia constitucional tiene un papel de primer orden en el mantenimiento de la paz social, en el control democrático del funcionamiento de las instituciones estatales, y en la gobernabilidad. Cuando la erosión de la vigencia efectiva de la Constitución proviene del propio órgano designado para protegerla, las consecuencias no pueden dejar de ser catastróficas para la vida social, política y económica del país.

Es conveniente en América Latina la creación de bloques regionales integrados en sus economías y fortalecidos en sus vínculos políticos, sociales y culturales, que propicien las reivindicaciones de sus recursos naturales y ponerlos al servicio del pueblo, como se está haciendo en varios países del América del Sur. En Centroamérica falta una verdadera integración económica y política. Todas estas uniones favorece la lucha que plantea la globalización, que trae desarrollo, pero también inconvenientes.

No debemos olvidar la conservación de nuestros recursos naturales y el ambiente, factor importante que incide en la salud, la calidad de vida, el desarrollo económico, entre otros factores. El planeta tierra esta cansado por su explotación irracional de sus recursos, la escasez del agua y los alimentos, entre otros elementos, espadas que penden sobre la vida de las especies.

La democracia y la gobernabilidad demandan la celebración de elecciones libres, honestas y competitivas, mediante la intervención de órganos electorales independientes y las reformas de las leyes electorales, propiciando resultados que garanticen la legitimidad de origen de los gobiernos, puerta de entrada a la democracia.

El fenómeno rápido de la globalización debe reflejarse en las leyes ordinarias y la Constitución para garantía de las personas y el mismo gobierno, pues afecta al concepto tradicional de la soberanía, la intervención de la justicia ordinaria y constitucional en la solución de los conflictos al plantearse este nuevo fenómeno al derecho nacional. De esta inserción surgen órganos supranacionales que obligan a los nacionales, un nuevo Derecho homogéneo y un modificado Derecho internacional a escala mundial. No podemos olvidarnos que éste fenómeno tiene grandes beneficios, pero también aspectos negativos como la desigualdad entre Estados y sociedades, de aquí la necesidad de regularlo con mucho cuidado.

La pobreza y el desempleo azotan sin piedad enormes sectores de la población de la América Latina; las estadísticas asustan, la grave crisis por lo que atraviesa la clase media nos convoca a la búsqueda inmediata de medios para combatir tales flagelos con toda sinceridad y fortaleza. Estos

sectores son fáciles blancos de la delincuencia, del narcotráfico, de las enfermedades y epidemias, de la moderna esclavitud, de la arbitrariedad estatal, del terrorismo y la inestabilidad, entre otros factores. Esto es inaceptable, son pocos los ricos y el resto vive en la pobreza, cada día se torna más amplia la distancia entre ricos y pobres, el desempleo o la sumisión los esclaviza, perdiendo así la fe en la democracia porque no los beneficia, convirtiéndolos en fácil presa del autoritarismo.

Somos víctimas de un círculo vicioso de fuego abrazador del cual no podemos salir, individual o colectivamente, para salvar al pueblo de la opresión, pobreza, el control social, político, institucional, moral, cultural, económico, ético, etc. El que intenta salir para cumplir tal propósito es destruido o neutralizado por fuerzas políticas, económicas, culturales y éticas, en conspiración expresa o tácita, para conservar su siniestro objetivo. Pero la historia esta llena de personas que han entregado o arriesgado su vida para salvar a la humanidad o a su pueblo: Cristo, Espartaco, Mandela, Gandhi, la madre Teresa de Calcuta, Jean Paulo II, Martín Lulthe King, Abraham Lincol y otros.

Los oligarcas nuevos y tradicionales, la burguesía y los ejércitos, encabezan las fuerzas del círculo, el que ocupan para aumentar sus extraordinarios poderes económicos y mediáticos.

La burguesía, que fue la clase revolucionaria que transformó el antiguo régimen y abrió las puertas a la modernidad, al desarrollo cultural, económico, político, tecnológico y científico en forma tan rápida como antes no se había visto, dejo a un lado su fervor de cambio, convirtiéndose en conservadora y creadora de riqueza, pero sin solidaridad social. Las oligarquías burguesas y tradicionales coinciden en muchos aspectos, ambas quieren manipular a la clase media y a la clase trabajadora, lo deseable sería un juego de equilibrio de fuerza entre las ideas conservadoras que mantienen las tradiciones, promueven la religión y el orden, las liberales, creadoras de riquezas y estructuras democráticas, y las sociales, que luchan por el cambio y la protección de los desfavorecidos por la riqueza⁶.

Los gobiernos populistas antidemocráticos rápidamente se han dado cuenta del fervor revolucionario de cambio de estas clases, por lo que unos de sus fines es destruirlas o empobrecerlas para manipularlas a su favor. En el fortalecimiento de estas dos clases esta cifrado el rompimiento del círculo vicioso, son las únicas que conservan deseos de cambio. Al pueblo hay que otorgarle la riqueza material y espiritual que merece y devolverle lo poco que le ha quedado, ese es nuestro compromiso ineludible.

⁶ Las tres grandes ideologías de los últimos siglos en occidente son el conservatismo, el liberalismo y el socialismo (Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *El Constitucionalismo Nicaragüense*. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua. T. I. 2000, pp. 216-218).

Nuestro sistema de gobierno se encuentra agotado (se destaca el poder judicial, pero hay que conservar sus progresos), llegó a su fin; múltiples factores han provocado este desastre, no existe uno que le agrade a los factores de poder que actúan en función de sus intereses personales. Por ejemplo, la última reforma constitucional del 2005 organiza un sistema de gobierno en virtud del cual se incorporaron instituciones del sistema presidencial (ratificación por la Asamblea Legislativa de los nombramientos hechos por el presidente de la República de ministros, embajadores y otros altos funcionarios) y otras del sistema parlamentario (interpelaciones, voto de censura, informes, comparecencia personal, destitución en el cargo de ministros, procurador y subprocuradores y otros funcionarios), pero el gobierno actual no cumple con el sistema y la Asamblea Nacional es impotente para exigirlo, aunque es un poco exigente en la integración de las mayorías parlamentarias para su racional funcionamiento. Es necesario poner en la mesa de discusión política una reforma estatal aceptable que nos aparte de este desorden permanente.

2. RELACIONES, TENSIONES Y LÍMITES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Este es uno de los temas más apasionantes porque enmarca, entre otros: las fuentes del Derecho; los sistemas de control constitucional; las relaciones, tensiones y límites del Tribunal Constitucional con los restantes poderes y órganos del Estado; el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente; el funcionamiento de la democracia representativa; el principio de la división de poderes, piedra sillar de la democracia; y la gobernabilidad.

El acercamiento al tema lo inspira la enjundiosa monografía original y bien fundamentada que publicó el destacado jurista y constitucionalista Jorge Carpizo, denominada el «Tribunal Constitucional y sus Límites»⁷.

3. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Desde su origen remoto, el Derecho encuentra en su ordenamiento normas preferentes dictadas por el Rey, el tirano, el poder religioso, etc., las que prevalecían sobre las inferiores a través de ciertos mecanismos⁸. Son antecedentes remotos que si bien nos brindan una idea en lo que se fundamenta el sistema moderno del control constitucional, ambos controles no debemos identificarlos.

⁷ Editores y Librería Jurídica Grijley. Perú, 2009.

⁸ *Nomos y psefismo; ius naturalis ius positivum.*

El sistema moderno surge aparejado con el constitucionalismo. La constitución aparece como una norma fundamental y superior⁹, la cual debe respetarse. Es cierto que en un principio las constituciones eran consideradas como proyectos programáticos que necesitaban de la intermediación de la ley ordinaria para su aplicación material. Sin embargo, se reconocía aun en las constituciones flexibles la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad de aquellas leyes ordinarias que violaban las reglas del procedimiento para su aprobación por las asambleas o parlamentos¹⁰.

La aparición del sistema moderno del control del cumplimiento de la constitución coincide con la famosa sentencia del juez John Marshall de 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, la que reconoce a la constitución como norma superior que se impone ante las leyes ordinarias, las que al oponerse a ella resultan nulas¹¹. Luego surge en 1920 la tesis kelseniana del control constitucional por un Tribunal Constitucional, con potestad de legislador negativo¹².

⁹ Hamilton en «El Federalista» expresa: «Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben» (*El Federalista* A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY. Fondo de Cultura Económica. México 1994. Artículo LXXVIII. p. 332). Hamilton en su artículo LXXXVIII sienta las bases del control judicial. De aquí que se haya dicho que Marshall en su famosa sentencia desarrolló y aplicó la tesis de Hamilton, a quien algunos comentaristas lo consideran más que cualquier otro como el autor de la revisión judicial, el genio colosal del nuevo sistema.

¹⁰ No se ha descartado que, en las constituciones flexibles y en las que omiten consagrar la inconstitucionalidad por irregularidades formales (violación de los procedimientos para la formación del acto o ley), se puede declarar dicha inconstitucionalidad (Cfr. Alfonso CELOTTO, *La Corte Constitucional en Italia*. Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Traducción de Gastón Federico Blasi, México D. F. pp. 19 y 20).

¹¹ En dicha sentencia se expresaba: «Está fuera de discusión que o bien la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o bien el Legislativo puede alterar la Constitución a través de una ley ordinaria... Entre tales alternativas no hay término medio posible. O la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquier de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca... Si es cierto la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitado por naturaleza...»

¹² Un poco antes se creó en el mismo año un tribunal constitucional en Yugoslavia y después otros en países de Europa, los que fueron anulados por el nazifacismo. Después de la Segunda Guerra Mundial volvieron a surgir con buen suceso y hoy se aceptan en lo que fue la Europa del Este y en varios países de América Latina.

En el control moderno los jueces son escogidos como guardianes de la Constitución¹³.

Varios argumentos se han esgrimido en contra del sistema de control de la constitucionalidad, entre ellos: se viola el principio de la división de poderes; se politiza la justicia; se le concede al Tribunal Constitucional o al Poder Judicial, que no tienen legitimación popular, funciones normativas; se deja al arbitrio de estos órganos la determinación del contenido constitucional, tornándolo inseguro en la aplicación del derecho; se convierte en un poder constituyente permanente.

No obstante, la población, la doctrina y el ordenamiento jurídico actual justifican el control judicial de la constitucionalidad por las razones siguientes: los tribunales constitucionales son creados por el poder constituyente que a su vez tiene su legitimidad en el pueblo, por lo que su legitimidad la reciben del pueblo a través del constituyente; el Tribunal Constitucional, si bien tienen una función política, porque político, por lo menos en mayor parte, es el contenido de la constitución, su método de aplicación e interpretación es jurídico; los resultados de este sistema han sido fructíferos para la democracia constitucional y por eso hoy se considera como una pieza indispensable de la democracia como es la división de poderes y el pluralismo político; este sistema de control constitucional está ajustándose, junto con las leyes o normativas ordinarias, al sistema de reclamos de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en las constituciones modernas, sin los cuales no tienen una función útil o no pueden cumplirse los derechos individuales de la primera generación; la justicia constitucional acepta el principio de prudencia para evitar conflictos con los poderes controlados, no invadiendo competencias y ajustando algunas de sus sentencias a ese concepto (sentencias atípicas o manipulativas); es un elemento fundamental para la democracia y la gobernabilidad de la democracia contemporánea.

4. LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

En el constitucionalismo podemos observar que los tres poderes del Estado: el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo¹⁴, han

¹³ Hamilton reitera la doctrina de que los tribunales ordinarios son los guardianes de la Constitución y son nulos los actos contrarios a ella: «Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta» (El Federalista, artículo LXXVIII, p. 331).

¹⁴ El recurso de contrafuero establecido por el régimen franquista en la Ley Orgánica del Estado Español.

organizado el control de la constitucionalidad, y actualmente se han constituido tribunales constitucionales, independientes o formado parte del Poder Judicial.

Durante el imperio de la teoría de la división de poderes en toda su extensión, prevaleció el autocontrol por el parlamento de sus actos y leyes. Este es un control político por parte del mismo órgano legislativo. Por otra parte, no se concebía que el Poder Judicial controlara la constitucionalidad de las leyes.

El sistema del auto control legislativo ya está abandonado, se aplicó en Nicaragua en la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 y la Constitución del Estado de Nicaragua de 1838. También fue aceptado en las constituciones de la Unión Soviética y sus países satélites¹⁵. No es un verdadero control porque la Asamblea Nacional no puede ser juez y parte para juzgar sus propios actos.

La doctrina y los ordenamientos jurídicos modernos se han separado de la estricta división de poderes de la Revolución Francesa por las razones siguientes: a) Se autoriza a los jueces y tribunales ordinarios para interpretar las leyes (lo que no se permitía al comienzo de la Revolución), e incluso hasta crear una normativa al interpretarlas, principalmente en las sentencias que declara la inconstitucionalidad de la ley, en la interpretación evolutiva, la interpretación en las sentencias manipulativas, y llenando lagunas de la ley. b) Aunque no es aceptado el *stare decisis*, los tribunales en la práctica deciden los casos semejantes en forma similar, principalmente con efectos *erga omnes* en las cuestiones constitucionales, convirtiendo las sentencias en leyes, lo que es rechazado por la teoría pura de la división de poderes, que parte de la superioridad del poder legislativo, lo mismo que de la ley. c) Se permite el control de la legalidad de la administración pública por los jueces y tribunales.

Como fácilmente puede observarse, la teoría de división de poderes ha recibido muchas modificaciones a favor del control de la constitucionalidad a través de la justicia ordinaria, los tribunales constitucionales o por los sistemas mixtos de justicia constitucional¹⁶.

¹⁵ En las Constituciones de Cuba de 1976 (art. 72 a)) y de 1992 (art. 75 c)) le corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones, controlada por los líderes Castros.

¹⁶ También ha recibido muchas críticas, entre las que encontramos la que sostiene que el poder es uno, dividido en órganos para facilitar el trabajo y funciones. Son varias las constituciones que no hablan de división de poderes, pero sí de funciones repartidos en órganos. Esta tesis dio lugar para que la Revolución Sandinista sostuviera: «La administración de justicia es un fenómeno político, parte integrante de nuestra realidad nacional y debe actuar en apoyo del proceso revolucionario. El juzgador ante cada situación concreta, debe tener en mente los principios que inspiran la Revolución Popular Sandinista y los intereses de las mayorías, y resolver de conformidad a tales intereses. Estará sometido a la ley, y estrechamente vinculado al

En la historia del control se parte de un control rudimentario, se pasa al autocontrol y últimamente al control amplio con las limitaciones propias de las cosas y naturaleza de esta institución que estudiaremos brevemente en este trabajo.

5. LOS SISTEMAS DE CONTROL Y SUS LÍMITES

Mientras no aparecía el control judicial de la constitucionalidad, lo mismo que el autocontrol del Poder Legislativo, los poderes tenían una función específica y exclusiva; el Poder Legislativo de hacer, modificar y derogar las leyes; el Poder Judicial de aplicar, interpretar e integrar la ley; y el Poder Ejecutivo de aplicar y realizar la ley. Pero si se observa bien, a los tres poderes del Estado se le ha asignado funciones administrativas, normativas, judiciales o sancionadora. Estas variadas atribuciones nos conducen a establecer controles internos en cada poder y un control de constitucionalidad judicial por violación de los derechos humanos y la constitución.

En la teoría de la división de poderes existen balances, pesos y contrapesos, distribución de competencias y controles, estos principalmente atribuidos a la justicia constitucional como destacaremos en este estudio. El Ejecutivo, por ejemplo, controla al Poder Legislativo mediante el veto, el Legislativo al Ejecutivo mediante el enjuiciamiento del Presidente¹⁷, el voto de censura y las interpelaciones, etc.; el Poder Legislativo controla al Poder Judicial mediante nombramientos y destituciones, el Judicial al Legislativo y al Ejecutivo mediante la declaración de la inconstitucionalidad y el amparo.

En el sistema puro de control de la constitucionalidad por el parlamento no se puede esperar con seguridad que se declare la inconstitucionalidad y la consiguiente derogación de la ley, lo mismo que en el sistema de control judicial compartido con la Asamblea Legislativa. En nuestra Constitución de 1848 cuando las dos Secciones de la Corte Suprema de Justicia se ponían de acuerdo sobre la inconstitucionalidad de las providencias en forma de ley, ordenanzas, órdenes o resoluciones, se prevenía a los jueces para que suspendieran su aplicación hasta que el Poder Legislativo

proceso revolucionario. El poder revolucionario o popular es uno, y diversas sus funciones, por lo que es incompatible con nuestro proceso sandinista la división tripartita de poderes que no tiene base científica. En casi todas las ponencias se ataca la neutralidad del juez, se confirma la función política del mismo y se rechaza la división de poderes (Memoria del Seminario Jurídico Silvio Mayorga. Corte Suprema de Justicia. Managua, Nicaragua, 1981, p. 691).

¹⁷ En nuestro sistema, el Presidente y Vicepresidente de la República son juzgados por causas penales por la Corte Suprema de Justicia, previa privación de la inmunidad por la Asamblea Nacional (arts. 130 párrafo V de la Constitución y 334 y ss. del Código Procesal Penal de Nicaragua).

resolviera sobre su inconstitucionalidad. Estos sistemas, como ya hemos visto, han sido abandonados, pues no garantizan un verdadero control. No se puede hablar de límites del control, cuando no existe control.

En algunos sistemas mixtos todavía existentes, principalmente en América Latina, cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley, la sentencia que lo hace produce efectos generales y la excluye del ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando es declarada por los tribunales ordinarios en los juicios que conocen, la sentencia solamente la declarada inaplicable al caso concreto, lo cual es un límite a éste control constitucional ordinario, ya que la justicia constitucional reserva exclusivamente al Tribunal Constitucional el poder para conocer de la violación de los derechos fundamentales declarada en la sentencia de los tribunales ordinarios al finalizar la contienda.

Todos los sistemas de control han venido ampliando su función de control, tanto con relación a su objeto (leyes, decretos-leyes, disposiciones, actos, resoluciones, etc.), como con relación a los órganos controlados (poder judicial, poder ejecutivo, poder electoral en su caso), a la naturaleza de la materia controlada (cuestiones políticas, electorales, situaciones de emergencias, etc.), a la ampliación de la legitimación para pedir el control y el reconocimiento del derecho fundamental de obtener una efectiva tutela constitucional.

6. RELACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL PODER EJECUTIVO

A) Control de sus actuaciones

El Tribunal Constitucional controla en varias formas las actuaciones del Poder Ejecutivo: a) La legalidad de los actos de la administración pública es controlada por el Poder Judicial el cual, una vez agotados los recursos administrativos correspondientes, puede revisar la violación de los derechos fundamentales del perjudicado a través del recurso de amparo. b) Podría controlar las bases o principios fundamentales de la declaración del Estado de Excepción aunque sea aprobado por la Asamblea Nacional¹⁸.

¹⁸ Estas bases o principios controlables en nuestro sistema por el amparo o el recurso de inconstitucionalidad son: el de legalidad que exige el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la ley; el principio de publicidad mediante el cual se pone en conocimiento de la población; el principio de temporalidad que no permite la permanencia; el principio de excepcionalidad que no permite la emergencia en situaciones normales; principio de proporcionalidad que solo autoriza la suspensión de derechos necesarios para controlar la emergencia; el principio de no discriminación por medio de raza, sexo, idioma, religión, origen social; el principio de inderogabilidad que exige que ciertos derechos no pueden ser suspendidos (vida, integridad física, etc.); y el principio de compatibilidad con las obligaciones que exige el Derecho Internacional (Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Orden normativo en la Constitución de 1987 de Nicaragua*. Estudios Jurídicos T. I. *Ob. cit.*, pp. 294 y 295).

c) La procedencia y fundamentación de la cuestión de competencia entre el poder ejecutivo y el legislativo¹⁹. d) La reglamentación de las leyes, la que procede cuando expresamente lo pidan²⁰. e) Los decretos ejecutivos en materia administrativa, las condiciones para ser ministro, presidente o director de entes autónomos y gubernamentales y embajador, una vez calificadas por el Poder Ejecutivo que los nombra y el Poder Legislativo que los ratifica²¹. f) El ejercicio legal del cargo, sin la notificación de la Asamblea Nacional, de los ministros del Estado, Procurador y Subprocurador General de la República, Presidentes, Directores de entes autónomos y gubernamentales, jefes de misiones diplomáticas²².

B) Tensiones al Poder Ejecutivo

En el presidencialismo una sola persona es la cabeza, el director y ejecutor de las atribuciones que se le concede al Poder Ejecutivo. Este personaje es denominado Presidente de la República, quien tiene una enorme representatividad popular y es elegido directamente por el pueblo, a diferencia de los Estados Unidos (donde se creó el sistema presidencial) que se elige indirectamente.

Sus atribuciones, competencias e influencias son múltiples: a) Es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno, Jefe Supremo del Ejército y controla la Policía²³. b) Controla los principales servicios públicos del Estado: el agua, la luz, el transporte y la educación. c) Tiene fuerte influencia en la educación superior a pesar de la autonomía universitaria. d) Maneja y controla el presupuesto. e) Interviene en la economía. f) Controla o participa en las empresas mixtas. g) Vigila y sanciona a las organizaciones no gubernamentales. h) Es el poder que está más en contacto con el pueblo.

Estas son algunas de sus atribuciones que inclinan a su favor un platillo de la balanza con relación a los otros poderes. Se puede decir que en

¹⁹ Los arts. 164 incs. 10, 11 y 12 regulan conflictos de competencia. En los dos primeros incisos se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia dirimir la cuestión de competencia administrativas surgidas entre los organismos de la administración pública y entre éstos y los particulares, lo mismo que los conflictos que surjan entre los municipios o entre éstos y los organismos de gobiernos, lo que corresponde a la Sala de lo Contencioso de la Corte Suprema de Justicia en las atribuciones entre salas. El último inciso regula la solución de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, que le corresponde al Pleno de la Corte resolviendo en forma definitiva, según la Ley de Amparo y Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁰ Art. 150 inc. 10 de la Constitución. En esta disposición se le concede sesenta días para reglamentarse, si así no lo hace lo hará la Asamblea Nacional (art. 141 párrafo 9 de la Constitución).

²¹ Art. 152 de la Constitución.

²² Art. 150 inc. 6 de la Constitución.

²³ Art. 97 de la Constitución.

el constitucionalismo latinoamericano el Poder Ejecutivo, encarnado en el Presidente de la República, es el poder más fuerte que pone a la división de poderes, con sus frenos y contrapesos, en una situación de crisis. Hoy vemos surgir en Suramérica un presidencialismo populista que prácticamente está borrando dicha división. Los gobiernos opresores, de derecha o izquierda, en su fuero interno, viven exclamando: ¡Vivan los pobres para vivir de ellos!

Por tales razones, las tensiones entre la jurisdicción constitucional y el Ejecutivo pueden ser muy graves, pudiendo llegar incluso a la destitución de los miembros del Tribunal Constitucional como ya se ha dado en algunos países. Sólo pensemos, para poner un solo ejemplo, en el juzgamiento del Presidente de la República por nuestra Corte Suprema de Justicia.

7. RELACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL PODER JUDICIAL

La justicia constitucional, atendiendo al órgano que la administra, funciona de dos maneras: a) Puede estar atribuida al Poder Judicial como sucede en los Estados Unidos de América²⁴ y en Nicaragua. En este sistema judicial se procede a través de dos modalidades: La Corte Suprema de Justicia en Pleno es la que conoce de las inconstitucionalidades, o lo hace una Sala Constitucional de ella²⁵.

b) Se puede constituir un Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial o dentro de su órbita²⁶. En este sistema el Tribunal Constitucional tiene la jurisdicción exclusiva para conocer de las inconstitucionalidades²⁷.

c) Se han constituido sistemas mixtos al reunir elementos del sistema difuso y concentrado: i) Existe un Tribunal Constitucional y jueces ordi-

²⁴ En el sistema difuso puro existen tres bases fundamentales en las que descansa: la nulidad de los actos y leyes inconstitucionales, el efecto de la retroactividad de la nulidad y la sentencia se limita al caso concreto, la que adquiere efectos generales a través de los precedentes (*stare decises*), expulsando así a la ley del ordenamiento jurídico.

²⁵ Siguen este sistema de sala el Salvador, Honduras, Costa Rica y Venezuela. Siguen el sistema del control constitucional por la Corte o Tribunal Superior México, Argentina, Panamá, Paraguay y Uruguay.

²⁶ Tienen tribunales o cortes constitucionales Guatemala, Colombia, Chile, Perú, Bolivia, Ecuador y Dominicana (Constitución 2010).

²⁷ Este sistema se caracteriza por lo siguiente: En el sistema puro kelseniano, los tribunales constitucionales conocen en forma directa de la justicia constitucional. Las sentencias que declara la inconstitucionalidad de la ley trae efectos *ex nunc* (para el futuro), lo cual representa un respeto al pasado de la validez de la ley declarada inconstitucional, por lo que la sentencia es constitutiva de una nueva situación jurídica. Pero en Alemania y otros países de Europa, la inconstitucionalidad conlleva la nulidad declarativa. No obstante, se respetan situaciones consolidadas y además se permite conceder una prórroga para la entrada en vigencia de la sentencia de anulación por un plazo no mayor de seis meses.

narios que tienen jurisdicción constitucional. ii) El Tribunal Constitucional puede conocer directamente de la inconstitucionalidad y la justicia ordinaria a través del caso particular²⁸. iii) El sistema concentrado acepta la nulidad de la inconstitucionalidad con efectos retroactivos para ciertos supuestos dignos de protección, propio del sistema difuso. iv) El sistema difuso llega a aceptar los efectos erga omnes de la sentencia y también puede moderar los efectos retroactivos en casos dignos de protección.

A) Relaciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios

El Tribunal Constitucional puede controlar los actos inconstitucionales de la justicia ordinaria, principalmente cuando violan los derechos fundamentales de los perjudicados.

Generalmente este control se hace con posterioridad al fallo definitivo del caso concreto, salvo excepciones que ameriten control provisional previo.

B) Competencia de ambos

El control que realiza el Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial no puede convertirse en otro recurso más para la impugnación de la sentencia definitiva, esto no sería aceptable y chocaría contra los principios de seguridad y economía procesal. Como ya expresamos, sólo se concede cuando se han violado los derechos fundamentales.

Por otra parte, los tribunales ordinarios conocen de la aplicación de la ley ordinaria. En resumen, el Tribunal Constitucional conoce de la legalidad constitucional y la justicia ordinaria de la legalidad ordinaria.

C) Fuertes tensiones en algunos países

En algunos países se registran tensas relaciones entre el Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria, por no enmarcarse ambos en sus exclusivas competencias, aunque existen casos en los que es difícil distinguir los límites de esas competencias, de tal manera que ya se registran «guerras» entre cortes constitucionales y tribunales ordinarios, como ha sucedido en España.

En los sistemas judiciales estas tensiones son pocas: si la Corte Suprema es la que conoce de la inconstitucionalidad, podrán existir sentencias contradictorias o revocadas, y normalmente los jueces y tribunales inferiores se ajustan a la decisión de la Corte, y si la jurisprudencia es obligatoria, los tribunales inferiores tendrán que atenerse a ella. Cuando una Sala Constitucional es la que conoce de la inconstitucionalidad puede disminuir la posibilidad de que existan sentencias contradictorias con las demás sa-

las (o en ellas), por la comunicación estrecha entre las mismas. No obstante, se producen, tensiones (aunque pocas) y contradicciones. En algunas Salas o Tribunales Constitucionales se dictan numerosas sentencias contradictorias, entre otros factores, por la pretensión de hacer en cada sentencia una lección de Derecho Constitucional de la materia sobre lo que deciden, exceso de casos, cambio de criterios y magistrados, produciendo inseguridad e imprevisibilidad.

8. RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO

A) Ámbito de actuación de la justicia constitucional y el Poder Legislativo

Son separadas las actuaciones de la justicia constitucional y el Poder Legislativo, por así exigirlo la división de poderes regulada por la Constitución.

Entre las funciones fundamentales del Poder Legislativo tenemos: a) Elaborar y aprobar las leyes y decretos²⁹. b) Reformar, derogar, interpretar la ley (interpretación auténtica)³⁰. c) Discutir y aprobar el proyecto de Ley Anual del Presupuesto General de la República³¹. d) Aprobar o rechazar los instrumentos internacionales celebrados con países u organismos sujetos al Derecho Internacional³². e) Dictar o reformar sus estatutos y reglamentos internos³³. f) Crear, aprobar o suprimir tributos y aprobar los planes de arbitrios municipales³⁴. g) La iniciativa de ley, decretos, resoluciones y declaraciones legislativas por cualquiera de sus diputados.

Además de estas facultades tiene las de desaforar a los funcionarios que gozan de inmunidad, nombrar o ratificar a ciertos funcionarios y otras de carácter administrativo.

Las leyes, decretos, resoluciones y declaraciones legislativas pueden ser controladas por el Poder Judicial, según el caso, a través del recurso por inconstitucionalidad contra las leyes, decretos y reglamentos, el recurso de amparo o por medio de lo contencioso administrativo. Aparece otra

²⁸ Creo que esta es una solución que surge de la combinación: del sistema difuso; el carácter individualista del amparo del cual conocían las Cortes Supremas; y el carácter exclusivo del control constitucional por el Tribunal Constitucional, quien también conoce de las sentencias de las cortes supremas cuanto violen derechos constitucionales. Generalmente cuando la justicia ordinaria es la que declara la inconstitucionalidad, la sentencia sólo produce cosa juzgada para el caso.

²⁹ Art. 138 inc. 1 de la Constitución.

³⁰ Art. 138 inc. 2 de la Constitución.

³¹ Art. 138 inc. 6 de la Constitución.

³² Art. 138 inc. 12 de la Constitución.

³³ Art. 25 de la Constitución.

³⁴ Art. Art. 27 de la Constitución.

vez la justicia constitucional controlando con amplitud a otro poder del Estado.

B) La creación del Derecho y la justicia constitucional

Con el tiempo se ha venido observando que la justicia constitucional no sólo declara la voluntad de la ley y la constitución, sino que penetra en el campo de la creación normativa, anulando la ley (legislador negativo), interpretando la ley de acuerdo con las disposiciones, principios y valores de la Constitución, actúa dentro del amplio marco de las disposiciones abstractas, ambiguas, vagas, programáticas de la Constitución al confrontarlas con la ley ordinaria, llena vacíos constitucionales y legales de las leyes ordinarias (función integradora), crea nuevos derechos fundamentales implícitamente contenidos en la Constitución, establecen recursos innominados, reglamenta ciertos vacíos, aplica directamente disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, entre otras omisiones que llena del ordenamiento jurídico.

Todas estas actuaciones han provocado reacciones por parte de ciertos juristas, políticos y filósofos al ver en ellas un poder que invade a otros poderes, sin control y legitimidad popular.

C) Tensiones con el Poder Legislativo

Por lo expuesto anteriormente, se producen tensiones entre la justicia constitucional y el Poder Legislativo, tensiones que se pueden tornar peligrosas para la propia estabilidad del Tribunal Constitucional. Generalmente el Poder Legislativo acepta lo decidido por el Tribunal Constitucional siempre que este mantenga una acertada prudencia en el pronunciamiento. Para tal efecto, los tribunales constitucionales han recurrido a ciertos tipos de sentencias no tradicionales, denominadas atípicas:

Citaremos algunas de ellas:

a) Las sentencias exhortativas tienen como finalidad estimular la actuación legislativa de la Asamblea Nacional cuando existan dudas sobre la constitucionalidad de la ley, surgidas dentro del proceso ordinario o constitucional. Son sentencias desestimatorias de la impugnación de la inconstitucionalidad, pero el juez constitucional, frente a las dudas de la constitucionalidad de la ley, formula, en calidad de recomendación, directrices y orientaciones para mejorar o corregir la ley, con el objeto de que logre la constitucionalidad. Las sentencias exhortativas no acogen la inconstitucionalidad en la parte dispositiva, pero en los considerandos se expresan las argumentaciones y recomendaciones para corregir la inconstitucionalidad.

b) La sentencia apelatoria no considera todavía inconstitucional la ley impugnada, por lo que se apela o llama a la Asamblea Nacional para que ajuste la ley a la Constitución o evite una sobrevenida inconstitucionalidad. Son sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, y la apelación o llamamiento se hace en la parte dispositiva o considerativa. Frecuentemente en estas sentencias se establece un término para cumplir la apelación o llamamiento, pero en la doctrina se discute si es obligación del legislador proceder al ajuste de la ley a la Constitución. El Tribunal Constitucional alemán considera que existe una obligación derivada de la Constitución.

c) En Austria tienen otra técnica, en virtud de la cual se dicta una sola sentencia, en cuya parte dispositiva se declara que si el legislador no cumple en el plazo señalado, la ley queda automáticamente anulada. Los efectos anulatorios de estas sentencias están sujetos a la condición suspensiva de que se extinga el plazo sin que el Parlamento haya realizado las recomendaciones.

9. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Introducción

El control de las omisiones legislativas obligó a los juristas, políticos y tribunales constitucionales al estudio e investigación para solucionar los problemas que presenta debido a su escasa regulación o silencio en las constituciones y la gran importancia que tiene.

Para la mejor comprensión y orden en la exposición es bueno hacerse las siguientes preguntas y después responderlas: ¿A qué se refiere este tema? ¿Cómo se regula este tipo de control en el Derecho Comparado? ¿Cómo se justifica? ¿Qué medios usa la justicia constitucional para hacer este control? ¿Cuáles son los requisitos o presupuestos para su procedencia? ¿Cuáles son los efectos de la sentencia que declaró con lugar la inconstitucionalidad por omisión?

B) ¿A qué se refiere el tema?

Puede ser que una disposición de la Constitución remita a la ley la regulación de una materia o tema (reserva de ley) o que sin reserva requiera para su desarrollo una ley, o que una ley omita regular situaciones o casos que conforme la Constitución debe hacerlo para cumplir con ella.

A estos supuestos se refiere la distinción, que por primera vez hace el jurista alemán Wessel, entre omisiones absolutas y relativas. Es la distin-

ción más conocida y aplicada, aunque ha sido objeto de críticas, principalmente por ser omisa: no acepta, por una parte, el control constitucional de la omisión absoluta (lo que en realidad hace para evitar confrontación con el poder legislativo) y, por otra parte, porque en la omisión relativa no sólo se aplica el derecho a la igualdad para llenarla, sino otros derechos y principios como lo veremos más adelante en ejemplos concretos, incluso jurisprudenciales.

La omisión es absoluta cuando el legislador no aprueba la ley contemplada por la disposición constitucional, es relativa cuando la ley, como ya lo dijimos, no contempla la situación o cómo debe ser regulada de acuerdo con ella. Ejemplos de falta absoluta: a) El Proyecto de Ley Anual del Presupuesto General de la República tiene que ser discutido y aprobado por la Asamblea Nacional de acuerdo con los arts. 113, 138 numeral 6 y 150 numeral 5 de nuestra Constitución. b) La falta de ley que regule la unión de hecho señalada en el art. 72 de la Constitución.

Ejemplos de omisión parcial: a) La falta de regulación del habeas data en nuestra Ley de Amparo. b) Cuando la ley le otorga un derecho o beneficio a un grupo de personas y omite concedérselo a otro que por su íntima relación o conexión debe otórgaselo de acuerdo con el principio de igualdad.

C) ¿Cómo se regula este tipo de control en el Derecho Comparado?

Generalmente las constituciones callan la regulación de este tipo de control, pero algunas lo contemplan.

Las que callan dan pábulo para pensar que no lo permite, como también, al no prohibirse y exigirlo las circunstancias actuales, no es posible darle la espalda, por lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, con muchos cuidados y reservas, lo acogen, dándole así solución a casos graves en los que está de por medio el cumplimiento de los derechos individuales, sociales, culturales y económicos.

Nuestra Constitución, de acuerdo con el art. 187, sólo regula el recurso por inconstitucionalidad contra la ley, no contra la omisión absoluta de la ley (no aprobación de la ley a que remite la Constitución o que es preciso aprobar para aplicar la disposición constitucional; pero se puede declarar la inconstitucionalidad relativa (omisión de regulaciones de la ley que llena el juez constitucional). En el art. 188 de la Constitución se establece el amparo, el que proceda por omisiones que violen o traten de violar los derechos y garantías que otorga nuestra Carta Magna a través del cual se pueden, con relación al caso concreto, llenar las omisiones y elevar el asunto al Pleno de la Corte Suprema para lograr efectos *erga omnes*.

La declaración de la omisión absoluta solamente es contemplada en nuestra Constitución en la citada Ley Anual del Presupuesto General de la República. La Sala Constitucional dictó la sentencia en la que le exige a la Asamblea Nacional la aprobación de dicha ley, como es su obligación³⁵. No obstante, nuestra justicia constitucional acepta la omisión absoluta en ciertos supuestos: acepta la procedencia del habeas data a través del amparo a pesar no estar regulado por la ley, y del recurso innominado. Siempre he sostenido que cuando una ley anterior es contraria a ciertas disposiciones de la Constitución y no se han desarrollado por nuevas leyes, procede llenar las lagunas aplicando directamente la Constitución (investigación de la paternidad, igualdad de los hijos legítimos y los naturales, criterio opuesto al de la Corte Suprema de Justicia³⁶.

Las omisiones parciales pueden ser controladas en nuestro sistema. Por ejemplo, en dos sentencias iguales la Corte Suprema de Justicia de nuestro país aumentó la cantidad calculada sobre el 6% por la Ley Anual del Presupuesto General de la República del 2004 que le corresponde a las Universidades y Centro de Educación Técnica Superior³⁷.

En Alemania, el Tribunal Constitucional en sentencias del 20 de febrero de 1957 y del 11 de junio de 1958, admitió que la inconstitucionalidad podía darse no solo por acción, sino también por omisión legislativa, pero se refiere a casos de omisión parcial. Sin embargo, por sentencia del 29 de enero de 1969, el Tribunal fiscalizó una omisión absoluta. Este control se ha dado en situaciones de inacción del legislador que propiciaron la aplicación de normas preconstitucionales contrarias a valores y derechos fundamentales³⁸. La aplicación directa y preferente de la Constitución la desarrollan con ocasión de un caso similar relacionado sobre la paternidad.

³⁵ S. No. 90 de las 10:30 a. m. del 23 de abril de 1999.

³⁶ «Los Derechos Humanos y el Control del Poder Privado». Estudios Jurídicos. *Ob. cit.*, T. II, p. 61 y ss.

³⁷ S. N.º 19 de las 3:40 p. m. del 23 de abril del 2004. S. N.º 69 de las 11:45 p. m. del 23 de septiembre del 2004.

³⁸ En la citada sentencia se planteo la confrontación de varias disposiciones del Código Civil (anterior a la Ley Federal) que vulneraban el principio de igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio y el art. 6. 5 de la Ley Fundamental (anterior al Código Civil) que expresamente contempla dicha igualdad. El Tribunal Constitucional estima que no era exagerado suponer que se había llegado a la fecha del plazo adecuado o razonable si el legislador, 20 años después de entrada en vigencia la Ley Fundamental, todavía no se había pronunciado sobre normas fundamentales como la citada, a pesar haber aprobado leyes menos significativas y urgentes. Por tal razón, prioriza la aplicación de la Ley Fundamental. Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunos cuestiones dogmáticas». Separata de la *Revista de las Cortes Generales de España*. Tercer cuatrimestre 2008. N.º 7, pp. 29 y 30. Este estudio junto con otro, constituyen una de las investigaciones más completa sobre este tema (este segundo trabajo denominado «El control de las omisiones legislativas por el Tribunal Constitucional

La Corte Constitucional italiana también fiscaliza omisiones relativas y absolutas del legislador. En España el tribunal constitucional fiscaliza omisiones relativas, lo mismo que absolutas en las que el tribunal por medio del recurso de amparo anuló las resoluciones administrativas que desmantelaban las instalaciones y ordenaba la cesación de las emisiones de la televisión por cable del ámbito local que consideraban que no eran lícitas al no existir una ley que las regulara. El tribunal constitucional reconoció que el legislador no puede diferir sine dies, más allá de todo plazo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad que afecta directamente la libertad de expresión y de información (art. 20 a) y d). Que esta falta de regulación no es limitativa de un derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana³⁹.

Algunas constituciones contemplan instrumentos procesales para el control de las omisiones legislativas. La primera en hacerlo es la Constitución promulgada el 21 de febrero de 1974 de la República Socialista Federal de Yugoslavia, en el art. 377.

Posteriormente, en un sistema democrático aparece el control de las inacciones legislativas en la Constitución de Portugal de 1976, producto de una revolución. El art. 283 contempla la inconstitucionalidad por omisión y señala que al comprobarse la omisión se le dará conocimiento al órgano legislativo de la misma. Se ha considerado que en la práctica este control no ha sido efectivo, pues pocos son los casos en que se ha declarado la inconstitucionalidad.

El art. 103 de la Constitución del Brasil contempla la acción de inconstitucionalidad por omisión y establece como efecto de la institución su comunicación al poder competente para la adopción de las providencias necesarias, tratándose de órganos administrativos se señala el término de treinta días para realización de dichas providencias. Su eficacia práctica se cuestiona y son escasos los casos.

También encuentra aceptación en otros países de Latinoamérica, tanto por la jurisprudencia como por algunas disposiciones concretas: Argentina, Venezuela, Costa Rica, Colombia, entre otros⁴⁰.

de Alemania, publicado por la *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. 2009). Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Resumen sobre la aplicación de los derechos fundamentales como las relaciones privadas*. Estudios Constitucionales. Centro de Documentación Informativa de la Corte Suprema. Ob. cit., T. II. pp. 598 a 600).

³⁹ S. del 31 de enero de 1994.

⁴⁰ Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Valor Jurídico del Silencio*. Estudios Jurídicos. Ob. cit., T. II. pp. 166 y ss.

D) ¿Cómo se justifica?

La justificación del control de la inacción legislativa por parte del Tribunal Constitucional es el tema fundamental para poner a funcionar este instituto. No es un tema sencillo, por el contrario es debatido por la doctrina, aunque su avance es evidente a través de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y un importante sector doctrinal con las reservas correspondientes y las precauciones que este asunto requiere.

La teoría clásica de la división de poderes es el principal obstáculo para el funcionamiento de este instituto y de ella se derivan todos los principios y argumentos que rechazan a este tipo de control.

Como ya expresamos anteriormente, dentro de la teoría de la división de poderes cada uno de ellos tienen su específica función, sin que ninguno invada o intervenga en la competencia del otro, al poder legislativo le corresponde crear, modificar y derogar las leyes, las que expresan la voluntad del pueblo y garantizar su libertad. Por otra parte, la oportunidad y el tema legislativo le corresponde a la Asamblea Legislativa. Si esto es así, la justicia ordinaria o un tribunal constitucional no pueden enmendar una ley o dictar la que determine la constitución para regular la materia, pues esto sería una sustitución de la jurisdicción ordinaria o constitucional en la labor legislativa de la Asamblea, entraría en la creación del derecho (lo que le está vedado) y se produce la concentración de poder en un órgano jurisdiccional que no tiene responsabilidad y legitimidad popular directa.

Sin embargo, no existe razón para llevar al extremo los obstáculos señalados. Con la aparición del constitucionalismo, el amplio campo de materias que abarca y la aceptación de la constitución como norma aplicable directamente, nos permiten formular un nuevo criterio de la teoría clásica de la división de poderes. Esto no quiere decir que la Asamblea Legislativa no pueda formular sus leyes libremente, siempre que lo haga dentro del marco constitucional.

Los argumentos principales a favor de esta institución son los siguientes: cuando la constitución remite a una ley la regulación de una determinada materia, está enviándole un mandato al poder legislativo para su aprobación, por lo que es un deber de la Asamblea cumplirlo; cuando en la aplicación de leyes están de por medio los derechos humanos, individuales y principalmente los sociales, el legislador no puede, sin violarlos, tomar una actitud pasiva; permite al Tribunal Constitucional solucionar los nuevos problemas jurídicos que los avances científicos y sociales demandan soluciones sin demoras propias de los poderes legislativos; el Estado Social de Derecho exige una actitud activa tanto al poder legislativo como al Tribunal Constitucional en materia de omisiones. Es conveniente insistir

con relación a los derechos sociales que este instituto es de relevante importancia para su aplicación, pues no existe una regulación específica para pedir su cumplimiento en la vía judicial.

E) ¿Qué medios usa la justicia constitucional para hacer este control?

La legislación y la jurisprudencia han recurrido a diferentes medios para enfrentar la inactividad del poder legislativo en la aprobación de las leyes. En los países en que no se contempla este instituto, la creación pretoriana de los instrumentos o sentencias para solucionar el problema de las omisiones legislativas es de una gran riqueza, el que varía de país en país, aunque tiene rasgos comunes. Algunos de estos instrumentos han sido constitucionalizados y otros incorporados a leyes ordinarias o constitucionales.

Sin agotar estos instrumentos o sentencias podemos señalar los siguientes: la queja; la acción de inconstitucionalidad por omisiones legislativas; el amparo; el mandado de injunción; las sentencias apelatorias; las sentencias de declaración de inconstitucionalidad sin nulidad; las sentencias aditivas; las sentencias reductoras; las sentencias de principios; y las sentencias de interpretación conforme a la constitución.

Todo este arsenal de sentencias puede ser usado en los países como el nuestro que no contemplan el instituto objeto de este estudio, seleccionando la que mejor se ajusta al ordenamiento jurídico.

F) ¿Cuáles son los requisitos o presupuesto para su procedencia?

Para que proceda la inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene que reunir tres⁴¹ condiciones o presupuestos:

a) Debe existir pendiente el cumplimiento de un mandato constitucional de legislar, por lo que se trata de un deber de legislar indicando en una disposición constitucional que traduce la voluntad del constituyente. Es conveniente advertir nuevamente que si el mandato constitucional con-

⁴¹ Algunos autores entre ellos el italiano Mortati exige la intencionalidad de la inactividad del legislador, pero esto es una distinción doctrinal con el objeto de distinguir las omisiones legislativas de las omisiones de las lagunas, pues considera que las omisiones se producen por incumplimiento de una obligación de hacer mientras que las lagunas se producen porque el legislador no está obligado a contemplar todos los supuestos objetos de una normativa; por otra parte, las omisiones siempre resultan de un acto voluntario, por el contrario las lagunas pueden producirse de un modo involuntario; por último las sentencias que llenan la laguna cumplen con la función de aplicar las reglas de plenitud del ordenamiento jurídico, la que declara la inconstitucionalidad de una omisión puede ser a su vez fuente de otra laguna. No creo que será necesaria la intencionalidad del legislador de no legislar y, fuera de que es muy difícil probarlo, el Tribunal Constitucional se amparará en el criterio político con que actúa el poder legislativo al aprobar las leyes. En resumen, es suficiente que se viole el deber de legislar.

tiene un derecho ejercitable inmediatamente el tribunal constitucional lo debe aplicar, sin necesidad de regulación por la ley ordinaria.

b) El vencimiento de un plazo razonable, el que puede ser breve o largo, lo que depende de las circunstancias o de la naturaleza de las normas constitucionales. Nos estamos refiriendo aquí a las normas constitucionales que no señalan plazo. Raramente señalan plazos, pero cuando se consagran debe hacerse en las disposiciones transitorias de la Constitución o de sus reformas.

c) La violación de derechos fundamentales por la inacción del legislador generalmente es procedente cuando la denuncia el perjudicado que solicita la protección. (control concreto). Este control, pues, procede cuando se violan derechos fundamentales frente al silencio del legislador, pero existe la posibilidad de que proceda el control abstracto como serían los casos que pone como ejemplo Fernández Segado. Para formular ejemplos toma el art. 7º XI de la Constitución del Brasil de 1988 que establece a favor de los trabajadores la participación en los beneficios y en la gestión de la empresa de acuerdo con la ley. El caso en que el legislador omite la ley, más allá de un plazo razonable, que exige el art. 37.VIII de la mencionada Constitución, en virtud del cual debe completarse un porcentaje de cargos y empleos públicos que se han de reservar a las personas deficientes y definen los criterios para su admisión. Sostiene que los casos pueden multiplicarse y que, en supuestos como estos, no solo con relación a la Constitución del Brasil, procede ejercitar el control por quien esté legitimado.

Nuestra Constitución no establece recursos abstractos por inconstitucionalidad de la omisión legislativa, pero podría aceptarse en casos como los señalados en los arts. 181 y 186, entre otros, en situaciones similares a los del Brasil.

Nuestro recurso de amparo, que funciona para casos concretos, es amplio y se refiere a actos y omisiones que violen o traten de violar los derechos y garantías consagrados en la constitución, da margen para que pueda funcionar con más amplitud en casos como los señalados en los artículos citados, siempre que la legitimación no este muy alejada del interés invocado.

G) ¿Cuáles son los efectos de la sentencia que declara con lugar la inconstitucionalidad por omisión?

Este tema se encuentra en conexión inmediata con el de la justificación y es de importancia fundamental. Por tal razón, no volveremos a lo expresado sobre los obstáculos para el funcionamiento de este instituto (la división de poderes, la legitimación democrática del legislador, etc). Su

desarrollo gira en torno al tipo de recurso que se emplea para denunciar la inconstitucionalidad por omisión.

Si la impugnación se refiere a la omisión absoluta no es aceptada por la generalidad de los autores, jurisprudencia y el ordenamiento constitucional u ordinario, y en tal supuesto la solución es la recomendación del Tribunal Constitucional, para que la Asamblea Legislativa enmiende esa inactividad y apruebe la ley a la que remite la constitución, pues no puede dictarla ni obligar al legislativo a hacerlo, pues esto sería sustituirlo, la que sería contrario a la división de poderes. En este supuesto, el valor de la sentencia del Tribunal Constitucional se reduce a plantearle a la opinión pública la necesidad de dictar la ley por el parlamento. Su eficacia es más política que jurídica.

Sin embargo, en algunas constituciones provinciales o federativas de Argentina (Río Negro) y México (Veracruz) han convertido al órgano jurisdiccional contralor en órgano legislativo, lo que es contrario a la división de poderes.

Cuando se trata de una omisión relativa de la ley dictada por el órgano legislativo, el Tribunal Constitucional puede emplear varios tipos de sentencias para solucionar el conflicto como lo expresamos anteriormente.

10. RELACIONES CON EL PODER ELECTORAL

No podemos completar este párrafo sin hacer una breve historia del tema en nuestro país. Hasta 1916 no se concebía la intervención del poder judicial en la materia electoral por ser una cuestión política ajena a su función exclusiva de administrar justicia y respetar la división de poderes del Estado⁴², pero en la Ley Dodd (promulgada el 12 de octubre de 1923) intervenía el poder judicial por medio de los jueces de primera instancia en la inscripción o impugnación de los ciudadanos y de las elecciones y sólo admitía el amparo en las impugnaciones de las elecciones municipales ante la Corte Suprema de Justicia⁴³, pero no tenía competencia para conocer de las elecciones de autoridades supremas, presidenciales y vicepresidenciales de la República.

El Presidente Bartolomé Martínez emitió un Decreto reglamentario de la Ley Dodd el 22 de septiembre de 1924, cerca de las elecciones de pre-

⁴² Sin embargo, en los Boletines Judiciales de 1915, 1916, 1917, 1918, 1919, 1920, 1921, 1922 se registraron recursos de amparo contra las elecciones locales ante la Corte Suprema de Justicia.

⁴³ Después de la vigencia de la Ley Dodd, los Boletines Judiciales están repletos de amparo contra las elecciones municipales porque así lo autorizaba expresamente, pero a partir de los Boletines Judiciales de 1938 no se registran amparos electorales. En esta ley los partidos históricos, liberales y conservadores, integraban los órganos electorales y eran los encargados de dirigir, controlar y realizar todo el proceso electoral, sistema que no hemos logrado superar.

sidente y vicepresidente de la República, las que se celebraron el 5 octubre de 1924, en las que resultaron electos para presidente Don Carlos Solórzano y el Dr. Juan Bautista Sacasa como vicepresidente, con abrumadora mayoría a pesar de la represión y obstáculos que se dieron para impedir su triunfo.

Pero las fuerzas del chamorrismo no descansaron y la Corte Suprema de Justicia a su servicio, en el amparo que se interpuso dictó sentencia a las 12 m. del 14 de octubre de 1924, B. J., pág. 4412, en la que declara sin ningún valor los arts. 1, 5, 6, 8, 9, 13, 14, 15, y 17 de dicho Decreto y ordena que las cosas volvieron al estado en que se encontraban anteriormente, con el objetivo de anular las elecciones.

Se adujo por el recurrente que esos artículos no reglamentaban la ley, sino que la derogaban, lo que le correspondía al Congreso y no al Ejecutivo. En esta ley se podía impugnar la inscripción, la negativa de inscripción, la inscripción irregular de los ciudadanos y las elecciones irregulares ante los jueces de primera instancia y si se trataba de elecciones municipales ante la Corte Suprema de Justicia por medio del amparo. Esta sentencia no tenía ningún valor por lo que no afecta a las elecciones en que resultaron presidente Solórzano y vicepresidente Sacasa.

La protesta contra tal sentencia no se hizo esperar, de inmediato la refutó en forma brillante, punto por puntos, la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Nicaragua, lo mismo que el pueblo. La Corte no tenía competencia para las elecciones de autoridades supremas, sólo para las municipales⁴⁴. Por tal razón, el presidente Martínez protestó el 21 de octubre de 1924 el intento de la Corte Suprema de Justicia de anular las elecciones y participar en asuntos políticos. La Academia también argumentó que el partido impugnante no tenía personalidad jurídica, ya que los partidos carecían de ella.

Con la Revolución Sandinista y posteriormente con la creación de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, el poder judicial ha sido el brazo derecho del control político, dejando en sus manos la libertad, honor, vida y haciendo con los nicaragüenses lo que nunca se había visto, sumiendo el país en una de sus peores crisis, inédita diría yo, aplas-

⁴⁴ Cfr. Andrés MURILLO, *Sufragio Libre en Nicaragua*. Tipografía y Encuadernación Nacional. Managua, Nicaragua, 1924. Es un libro bien documentado, con anexos fundamentales, comentarios acertados y sobre todo refleja la triste historia de los fraudes electorales, la utilización del poder judicial para dichos fraudes, represión a los enemigos políticos para mantener en el poder a los gobiernos explotadores o dictatoriales. También da cuenta de las represiones por turbas manejadas por el gobierno para destruir cualquier protesta, disturbios, la corrupción y el mantenimiento del pueblo en la ignorancia para manipularlo. Es lo mismo que hacen los nuevos gobiernos populistas. Andrés Murillo expresa que el control electoral pasa de manos del gobierno al poder judicial. La historia se repite y con más perversidad.

tando cualquier disidencia u oposición, adentro o fuera del Estado. Además de las sentencias que se citarán posteriormente, en las que el sistema judicial sandinista interviene en política, enumeramos su participación en materia electoral recogidas en una sentencia⁴⁵: En materia administrativa, calificada arbitrariamente, señala los casos siguientes: La obtención y cancelación de la personalidad jurídica a Partidos Políticos (Sentencia No. 1-1997; Sentencia No. 113-1998; Sentencia No. 100-2001; Sentencia No. 132-2002; Sentencia No. 136-2002; Sentencia No. 156-2002 y Sentencia No. 42-2004, todas de la Sala de lo Constitucional; toda resolución que en materia de Partidos Políticos dicte el Consejo Supremo Electoral (Sentencia No. 156-2002); la declaratoria de inhabilitación (Sentencia No. 179-1999 Sala Cn); el acto de entrega de credenciales, juramentación y toma de posesión (Sentencia No. 69-2002 Sala Cn); cambio de emblema y nombre de partidos políticos (Sentencia No. 7-2006 y 14-2006 Sala Cn); establecimiento de número de Juntas Receptoras de Votos, nombramiento de los miembros de los otros organismos de ese Poder, asignación económica a los Partidos Políticos o Alianzas (Véase Sentencia No. 151-1999, Sala Cn); sesión de instalación de junta directiva promesa y posesión del cargo (Sentencia No. 54 y 55-2002 Sala Cn).

En materia electoral señala los casos siguientes: Lo regulado en el artículo 1 literal a) numerales 1º al 6to. de la Ley No. 331, Ley Electoral; el Registro e Inscripción de Candidatos (Sentencia No. 159-1996; Sentencia No. 11-1998, y Sentencia No. 205-2000, de la Sala Cn); proclama y nulidad cualquiera de los cargos de elección popular de los contemplados en el artículo 1 literal a) de la Ley No. 331, y «resoluciones de candidatos electos» (Sentencia No. 151-1999 y Sentencia No. 139-2007 Sala Cn) entre otras determinadas por la Ley Electoral.

La materia electoral es una las áreas que más avanza de la mano con la democratización en todos los países que organizan el poder de acuerdo con la voluntad popular y el respeto de los Derechos Humanos. América Latina ha visto un renacer de su justicia electoral, pero últimamente oscurecida ante la ola (que corre de sur a norte) de un populismo que usa de las bases fundamentales de la democracia, pero que al mismo tiempo van siendo destruidas hasta convertirse el gobierno en una dictadura o un totalitarismo.

En la justicia electoral han participado y participan el Poder Legislativo, el Poder Judicial, un órgano administrativo, un tribunal administrativo o un Poder Electoral de acuerdo a las combinaciones siguientes⁴⁶:

⁴⁵ S. 4:50 p.m. del 13 de agosto del 2007.

⁴⁶ En Nicaragua se han regulado varios sistemas de organización electoral: el que entrega las elecciones a un órgano administrativo (Consejo Supremo Electoral) en las Constituciones de 1939, 1948 y 1950; el que entrega la materia electoral a un poder del Estado en las Consti-

a) La Asamblea Nacional podría actuar en forma exclusiva en la decisión sobre la validez y resultado de las elecciones de Diputados, Presidente de República y Alcaldes. Esta forma ya no es aceptable porque se abandonan los criterios jurídicos y prevalecen los intereses políticos en poder de la mayoría legislativa. Se podría conceder un recurso contra sus decisiones, por lo que las impugnaciones ya no son encomendadas exclusivamente a la Asamblea Legislativa y para tal efecto se establece el control jurisdiccional o administrativo de sus decisiones.

b) La justicia electoral puede encomendarse al Poder Judicial ordinario, ya sea directamente o en vía de apelación al Tribunal Supremo de Justicia. Este sistema es criticado porque el Poder Judicial carece de experiencia en materia electoral y no es conveniente mezclarlo en asuntos políticos.

c) Atribuir la justicia electoral al Tribunal o Corte Constitucional. Es un sistema que se acepta en algunos países y se discute si es propio de sus funciones una materia tan especializada como ésta.

d) Un Consejo o Tribunal Administrativo, ya sea autónomo o formando parte del Poder Judicial. Tiene atribuciones administrativas y electorales, sus decisiones pueden ser finales y definitivas para resolver las impugnaciones correspondientes o bien admitir recursos. Este tipo de organización puede estar conformada por personas independientes o por representantes de los partidos políticos, esta representación es rechazada por no ser compatible con esta materia y por los mismos obstáculos que se presentan al atribuirle exclusivamente al Poder Legislativo la materia electoral.

e) Encargarle a un poder del Estado denominado poder electoral, la materia electoral y administrativa, sin ulterior recurso o con recursos contra sus decisiones sobre las impugnaciones electorales y administrativas. Nuestra Constitución atribuye al Poder Electoral⁴⁷ la organización y dirección de las elecciones populares, plebiscitos y referéndum y conoce en

tuciones de 1950, reformada en 1962, 1974 y la actual de 1987; el que contempla la intervención del Congreso en el recuento, calificación de las elecciones y la declaración de electos en las Constituciones de 1826, 1838 y 1855, en las que se regulaban elecciones populares indirectas; en los que intervenía el poder judicial en la impugnación de las inscripciones o inscripción irregular de los ciudadanos y en la impugnación de nulidad de las elecciones como en la Ley Dodd de 1923 que rigió por mucho tiempo; ocasión en que interviene la Corte Suprema de Justicia ilegalmente en la elección de presidente y vicepresidente de la República (1924), bajo la protesta del Presidente Tomás Martínez. Las leyes electorales 1911, 1912, 1913, 1950 (y sus reformas) y de 1974 no contemplan la intervención del poder judicial en las elecciones. En nuestra historia no se contempla con simpatía la intervención judicial en estas materias evidentemente políticas.

⁴⁷ La creación del órgano electoral como cuarto poder le corresponde a Simón Bolívar en la Constitución de Bolivia de 1926 (art. 8). (Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Bolívar y el Derecho Constitucional*. Estudio Jurídicos. T. II. Ob. cit., pp. 36 y 37).

última instancia contra las resoluciones de los órganos electorales que le están subordinados y de las reclamaciones e impugnaciones que presenten los partidos políticos. Contra las resoluciones del Poder Electoral en materia electoral, no existe recurso alguno ordinario o extraordinario, quedando firme las impugnaciones sobre la validez de las elecciones⁴⁸, aunque creo que puede proponerse el Amparo cuando se han violado derechos fundamentales. Los candidatos a Alcalde, Vicealcaldes y Concejales del partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Asla Takanka (Yatama) fueron excluidos por el Consejo Supremo Electoral de participar en las elecciones municipales del 5 de noviembre del 2000 en las regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur de nuestro país. Se agotaron los recursos internos, finalmente la Corte Suprema de Justicia les denegó el Recurso de Amparo. Radicado el caso ante la Corte Interamericana de Justicia, ésta dispuso que deben adoptarse las medidas legislativas para establecer en nuestro país un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra las disposiciones del Consejo Supremo Electoral, que afecten derechos humanos, tales como los derechos políticos, y derogarse las normas que impidan la interposición del recurso, lo que no ha cumplido Nicaragua, pues requiere una reforma a la Constitución y Ley de Amparo⁴⁹.

Cabe el amparo contra resoluciones administrativas dictadas por el Consejo Supremo Electoral⁵⁰.

El Poder Electoral en Nicaragua esta integrado por el Consejo Supremo Electoral⁵¹, los Consejos Electorales Departamentales y de las Regiones Autónomas, los Consejos Electorales Municipales y las Juntas Receptoras de Votos⁵².

El Consejo Supremo Electoral está integrado por siete Magistrados propietarios y tres suplentes elegidos por la Asamblea Nacional a propuesta del Presidente de la República y los Diputados en consulta con la sociedad civil sin que la Constitución exija la participación de los partidos políticos, pero tanto el Presidente como los Diputados proponen a los miembros de su partidos y estos son los nombrados a pesar de la voluntad del Constituyente de que fueran neutrales y así debe interpretarse⁵³.

⁴⁸ Art. 173 inc. 5 y párrafo final de la Constitución.

⁴⁹ S. del 23 de agosto de 2005.

⁵⁰ La jurisprudencia es abundante, para no repetir sólo citaremos algunas sentencias de las ya citadas anteriormente (S. N.º 21 de 1996. 51 de 1997. S. 54 y 55 del 2002).

⁵¹ Art. 169 de la Constitución.

⁵² Los Consejos Departamentales y Regionales, el Consejo Municipal y las Juntas Receptoras de votos son creados por la Ley Electoral a la que remite la Constitución (art. 169), pero esta nada expresa sobre el tipo de órgano electoral, su número, integración y funciones por lo que bien pueden ser integrados sin representación de los partidos si así lo dispone dicha ley. Basta una reforma de ella por hacerlo, siguiendo el espíritu del Constituyente consagrado en la Constitución que es superior en jerarquía a la Ley Electoral.

⁵³ Art. 138.8 y 170 de la Constitución y art. 6 de la Ley Electoral.

El Consejo Supremo Electoral nombra a los miembros de los Consejos Departamentales y de las Regiones Autónomas, los que a su vez nombran a los Consejos Municipales, quienes nombran a la Junta Receptora de votos. Todos ellos están integrados por un Presidente y dos miembros, todos con sus respectivos suplentes. El Presidente con sus suplentes y el primer miembro de los Consejos Electorales y de las Juntas Receptoras de Votos son designados alternativamente de entre los partidos políticos que obtuvieron el primer y segundo lugar en las elecciones generales que se hayan celebrado. El segundo miembro será designado de las ternas que presentan los partidos que participan en las elecciones⁵⁴.

Para la inscripción, votación y escrutinio cada partido o alianza que tenga candidatos inscritos tiene derecho a nombrar un fiscal con su suplente ante el Consejo Supremo Electoral, los Consejos Electorales, Juntas Receptoras de Votos y Centro de Cómputos⁵⁵.

Estos órganos electorales inferiores y subordinados al Consejo Supremo Electoral deben estar integrados por personal neutral y no por partidos políticos por las razones siguientes: el control de los órganos electorales por los partidos políticos se presta a irregularidades y fraudes; no pueden ser jueces y partes en sus propias causas; se viola el principio democrático⁵⁶; obstaculiza el pluralismo político⁵⁷ ante el peligro de que los partidos políticos quieran establecer un bipartidismo cerrado⁵⁸; el poder neutral garantiza el libre ejercicio de sufragio activo y pasivo; asegura el sufragio libre y la igualdad política⁵⁹. Esta es una interpretación de acuerdo con las diferentes disposiciones, principios y valores de la Constitución, superior en jerarquía a la Ley Electoral por lo que debe someterse a ella so pena de declararla inconstitucional en lo que la viola.

En virtud de que la Constitución es jerárquicamente superior a la Ley Electoral se declararon inconstitucionales las disposiciones siguiente de esta ley: el art. 65 numeral 9 párrafos primero y segundo que exigía la presentación del tres por ciento de firmas para que un movimiento político se convirtiera en partido político con personalidad jurídica porque ese requisito se opone al derecho de los nicaragüenses de organizar y militar en partidos políticos, con el fin de participar, ejercer y optar al poder, establecido en el art. 55 de la Constitución al pluralismo político, consagrado en el art. 5 de la misma y al libre ejercicio de los derechos políticos; el art. 77 numeral 7 que exigía la presentación del tres por ciento de

⁵⁴ Art. 16 y 24 de la Ley Electoral.

⁵⁵ Art. 28 y ss. de la Ley Electoral.

⁵⁶ Art. 1, 2, 5, 7 y otros de la Constitución.

⁵⁷ Arts. 5 y 55 de la Constitución.

⁵⁸ Arts. 2 y 51 de la Constitución.

⁵⁹ Art. 2, 27, 48 y 50 de la Constitución.

firmas de ciudadanos para la presentación de candidatos por su vinculación con el art. 65 numeral 9 párrafos primero y segundo; el art. 90 numeral 4 que facultaba al Consejo Supremo Electoral a regular las tarifas que deben cobrar los medios de comunicación durante las campañas electorales porque viola la libre empresa consagrada en el art. 99 de la Constitución; y el art. 10 numeral 17 inc. b), en el que se le concede al Consejo Supremo Electoral la facultad de cancelar la personalidad jurídica de los partidos políticos que participen en un proceso electoral nacional que no obtengan al menos el cuatro por ciento de los votos válidos en las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, excluyendo las elecciones de los diputados nacionales, departamentales y del Parlamento Centroamericano (Parlacen), las cuales comprenden el territorio nacional, por ser contraria al art. 173 de la Constitución que ordenaran la cancelación por la falta del mismo porcentaje en las elecciones de autoridades generales las que comprenden a las de Presidente, Vicepresidente de la República, diputados nacionales y el Parlacen⁶⁰.

En el mes de marzo del 2009 el colectivo denominado «Grupo Promotor de la Reforma Electoral» publicó un estudio interesante acompañado de un Anteproyecto de Ley y de Reforma a la Ley Electoral en el que se proponen cambios sustanciales al sistema electoral y a su organización, desvinculante a ésta en forma amplia del control de los partidos políticos.

Como puede observarse nuestro Poder Electoral, su organización y función pertenece a los partidos políticos, dominado por el partido mayoritario que generalmente comete irregularidades y fraudes si fuere necesario. No hemos superado la época de la Ley Dodd de 1923 herencia de la intervención de los Estados Unidos, en la que los partidos históricos (partido liberal y conservador) tenían en sus manos la organización electoral.

Es importante destacar la sentencia de las 9:00 a. m. del 29 de julio de 2010 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador, de trascendencia internacional. El destacado especialista en Derecho Electoral, Dr. Félix Ulloa, es el que promovió el proceso de inconstitucionalidad contra varias disposiciones del Código Electoral por violar la Constitución en detrimento del derecho de sufragio de los ciudadanos y su ilegítima atribución a los partidos políticos. Con relación a sus peticiones, la Sala declaró que: los ciudadanos individual o colectivamente pueden postularse para optar al cargo de diputado sin necesidad de pertenecer a ningún partido político, todo de acuerdo con la ley, porque de otra manera se limitaría a todo ciudadano optar dicho cargo; la lista cerrada y bloqueada viola el derecho al sufragio libre. Se declararon inconstitucionales varias disposiciones del Código Electoral que no cumplían con

⁶⁰ S. 10:00 a. m. del 8 de noviembre del 2002.

ambas decisiones. En la sentencia se considera también la candidatura independiente al Parlacen y se cita el caso de Yatama Vs. Nicaragua, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que si bien los partidos políticos tiene importancia para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, existen otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular.

Esta sentencia ha conmovido a los partidos políticos, los que ponen todo su empeño para que no se cumpla.

11. DISTINCIÓN ENTRE PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

Atendiendo a factores jerárquicos, se distingue entre poder constituyente y poderes constituidos⁶¹. El Poder Constituyente es el encargado de hacer o reformar la constitución. Los poderes constituidos son los establecidos por la constitución, la cual es producto del poder constituyente; estos poderes son: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Electoral (en nuestro país), encargados de las tareas ordinarias del Estado, los cuales deben ajustarse a lo establecido en la Constitución o sus reformas por los poderes constituyentes⁶².

Jorge Carpizo⁶³ plantea una original clasificación. Considera que el Poder Constituyente se concreta en dar una Constitución y en su caso reformarla a través de un referéndum. Son poderes constituidos los creados por la Constitución: el poder revisor de la Constitución, el tribunal constitucional, los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial y los órganos constitucionales autónomos. Son constituidos y no tienen entre ellos la misma jerarquía. Los primarios tienen jerarquía superior a los secundarios o, en otras palabras, los primarios tienen competencia superior a los secundarios atendiendo a la naturaleza de sus funciones.

Son primarios el órgano revisor de la Constitución y el Tribunal Constitucional. Son secundarios los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

Especificando más el orden jerárquico señala que el órgano o poder revisor de la Constitución goza de jerarquía superior a los órganos o poderes secundarios porque puede alterar la estructura de éstos, su integración y funciones e incluso crear nuevos órganos constitucionales autónomos. Por el contrario, los órganos o poderes secundarios no tienen competencia con

⁶¹ S. 9:20 a. m. del 8 de febrero de 1996, B. J. p., 40.

⁶² Para el estudio de la distinción entre poderes constituidos y constituyentes, sus competencias y controles por la Justicia Constitucional ver Iván ESCOBAR FORNOS, *La Reforma Constitucional*. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua. 2004.

⁶³ Jorge CARPIZO, *El Tribunal Constitucional y sus Límites*. Editorial Jurídica Gujly. Lima, Perú. 2009, pp. 27 y ss.

relación al órgano revisor de la constitución. Aclara con acierto que aunque el órgano revisor se integre por órganos o poderes secundarios, la naturaleza y funciones de sus actuaciones son diversas. Esto es claro, como lo dispone nuestra Constitución, en virtud de la cual la Asamblea Legislativa (poder constituido) por mayorías y procedimientos especiales puede reformar la Constitución, pudiendo apreciarse la función específica y excluyente de poder revisor de la Constitución.

El Tribunal Constitucional es jerárquicamente superior o goza de competencia superior a los poderes u órganos secundarios debido al control que tiene sobre la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de esa jerarquía superior no podría revisar o anular los actos de los órganos secundarios.

Entre los órganos secundarios no existe jerarquía alguna y lo que se plantea entre ellos es un conflicto de competencia, el que resuelve en última instancia el Tribunal Constitucional.

Finalmente expresa que los órganos o poderes constituidos primarios, lo mismo que los secundarios, son limitados y sus funciones se encuentran determinadas por la constitución.

La Teoría del Poder Constituyente tiene tres finalidades: la fundamentación política del poder constituyente originario, concibiéndolo como un poder extrajurídico, ilimitado (no sometido a normas jurídicas anteriores) y con residencia en el pueblo, es la máxima expresión del poder del pueblo, libre en el fondo y la forma; es una forma de legitimar la constitución al expresar la voluntad del pueblo en el ejercicio de la soberanía; subordina a los poderes constituidos y sus actuaciones a la constitución, colocando a la constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico.

Existen dos clases de poder constituyente, el poder constituyente originario y el poder constituyente institucional. El poder constituyente tiene límites, no se puede pensar en poderes absolutos. Tiene los límites siguientes: los derechos humanos⁶⁴; los tratados internacionales; las costumbres, cultura y aspiraciones del pueblo; la existencia de la división de poderes; el pluralismo social y político; y la eliminación de un control de la constitucionalidad de los actos del Estado.

A) Poder constituyente originario

En virtud de este poder se establece la Constitución al surgir un Estado o a romperse el orden constitucional anterior. Aparece pues este poder después de la independencia de un país, su separación de una federación,

⁶⁴ La Corte Suprema de Justicia sostiene que cualquier reforma, aunque sea total de la Constitución, que contenga regulaciones reñidas con el derecho de acceder a ejercitar cargos públicos viola los derechos humanos (S. 9:00 a. m. del 8 de marzo de 1995. B. J., p. 12).

después de un golpe de Estado, de una guerra o de una revolución. Destruído el orden constitucional anterior (suprimida la Constitución) es preciso dictar una nueva.

B) Poder constituyente institucional

El poder constituyente institucional es creado por la Constitución y se destina a la reforma total o parcial de ella.

La reforma a la Constitución se justifica porque el pueblo puede cambiar en su forma de ser y de querer, se requiere ajustar la constitución a los cambios, el juego democrático así lo exige, motivos por los cuales se puede cambiar o reformarla evitando de esta manera el rompimiento del orden constitucional a través de actos de fuerza. Es una válvula de escape para que el pueblo exprese su voluntad. La constitución no puede ser un convenio inalterable, permanentemente o, como expresa la jurisprudencia estadounidense, un pacto suicida. Esto no significa que la constitución pierda su vocación de permanencia, por el contrario, la reforma permite su conservación siempre que se proceda con la prudencia que exige este principio de respeto a la constitución.

a) Poder constituyente para la reforma total.

Este poder lo establece la propia constitución para crear una nueva, por lo que no existe una ruptura del proceso y del orden constitucional.

Nuestra Constitución, así como otras, no establece criterios, guías o conceptos para distinguir entre lo que es una reforma total o parcial. Ante tal vacío, la doctrina se dio a la tarea de presentar dos criterios, uno cuantitativo y el otro cualitativo.

En virtud del criterio cuantitativo la distinción se hace en razón del número de artículos que se reforman, que puede ser una cuarta parte, la mitad, o todos los artículos de la constitución menos uno. Este criterio se presta al libre arbitrio del constituyente y del contralor de aquél.

El criterio cualitativo no se fija en el número de artículos, sino en la importancia y naturaleza de las reformas (puede ser un artículo) y la trascendencia sobre el sistema de organización del Estado. Sería reforma total, por vía de ejemplo, suprimir o desnaturalizar en varios o un solo artículo, la división de poderes, el pluralismo político y social, convertir una constitución rígida en flexible, suprimir derechos humanos.

Esta teoría es criticada porque la Constitución no establece ninguna distinción entre reforma total y parcial ni disposición que sea irreformable. Por tal razón, cualquier disposición o disposiciones pueden ser reformables. Aun en el caso que existieran disposiciones irreformables, la doctrina sostiene que por una doble reforma se pueden suprimir disposiciones irreformables y establecer el efecto contrario, así: si se prohíbe reformar

la disposición que no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, en una primera reforma se suprime tal prohibición y luego en otra reforma se suprime el artículo que no lo permite y se establece otro que la permite. Esta es una reforma fraudulenta de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia analiza los sistemas cuantitativos y cualitativos y en una combinación de ambos sostiene que la reforma se endereza hacia una reforma parcial de la constitución cuando el número de artículos reformados es menor del total de artículos de la constitución (sistema cuantitativo) y que puede ser total en lo que se refiere a los principios fundamentales cuando afecta la existencia misma del Estado o la forma de gobierno o su inspiración democrática (criterio cualitativo). Agrega que un reordenamiento de las atribuciones de los poderes del Estado en la constitución misma o las limitaciones que se contengan en ella para el ejercicio de determinados cargos o para acceder en ellos no son violatorios de los derechos humanos o de principios constitucionales, sino que constituyen normas básicas que contribuyen a ordenar la función pública en beneficio de la colectividad. Si cualquiera de estas regulaciones constituyere la violación a los derechos humanos serían violatorias a estos derechos que se consignaran en cualquier constitución, aún cuando se procediera a una reforma total de la constitución⁶⁵.

Esta sentencia nos remite a los dos criterios para determinar el carácter parcial o total de la reforma a la Constitución, lo cual merece algunas observaciones:

a) Si se reforman más de la mitad de los artículos, las dos terceras partes o todos menos uno, nos indica que la reforma apunta a ser total y si la reforma es menor a esas cantidades sería parcial, lo que es contrario al sistema cualitativo que también sigue, en el cual basta la reforma de uno o algunos artículos que supriman decisiones políticas fundamentales para ser total.

b) Sería absurdo pensar que, cuando se reformen cerca o más de la mitad de los artículos de la Constitución, no se reformen o supriman decisiones políticas fundamentales o la identidad de la misma, de lo contrario podríamos caer en un gatopardismo de cambiar para no cambiar que no pocas veces se ha dado en nuestro constitucionalismo, en el cual se han realizado amplias reformas o dictando nuevas constituciones que no hacen más que repetir lo de otras constituciones anteriores o que simplemente se introducen nuevas figuras sin mayor trascendencia sobre el sistema anterior.

c) Para evitar este tipo de contradicciones quizás hubiera sido mejor pronunciarse definitivamente a favor del sistema cualitativo sin combinación con el cuantitativo.

⁶⁵ S. 9:00 a. m. del 8 de mayo de 1995, B. J., p. 12.

12. JERARQUÍA ENTRE PODERES

Ante de todo es conveniente referirse a la superioridad o jerarquía de los poderes del Estado entre sí y entre el poder constituyente y el tribunal constitucional.

Entre los poderes ordinarios: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no existe un orden jerárquico, todos son iguales, se controlan unos a otros en virtud de pesos y contrapesos y están sometidas sus actuaciones a la constitución y al tribunal constitucional. Sus conflictos de competencia se dirimen a través de un procedimiento especial que lo resuelve el tribunal constitucional.

El problema se presenta con relación al poder constituyente institucional y el tribunal constitucional. Jorge Carpizo⁶⁶ sostiene que si la constitución permite al tribunal constitucional pronunciarse sobre las reformas del poder constituyente, entonces el tribunal constitucional prima sobre el poder constituyente revisor.

La constitución puede atribuir al tribunal constitucional la competencia para revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional, tanto en la forma como en el fondo, pero son pocas las constituciones que así lo disponen, especialmente en el aspecto material.

Ya Hamilton en *El Federalista* (art. LXXVIII) aborda el tema⁶⁷, al referirse a la opinión de los que sostenían la superioridad de los tribunales sobre el poder legislativo cuando se les otorga la facultad de anular los actos legislativos, porque si una autoridad puede declarar nulo los actos de otra necesariamente sería superior a ella. Hamilton niega, desde la visión del sistema difuso, tal superioridad. Sostiene «que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo y que, por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido».

Afirma que negar esto es aceptar que el mandatario es superior al mandato, «que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obren en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo los que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben».

Hamilton insiste sobre el tema en el art. LXXXI⁶⁸, relacionado con la pregunta de si la Suprema Corte debe ser un tribunal independiente o una rama del legislativo.

⁶⁶ Jorge CARPIZO, *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Ob. cit., p. 80.

⁶⁷ *El Federalista*. Ob. cit., pp. 332 y ss.

⁶⁸ *El Federalista*. Ob. cit., pp. 343 y ss.

Refuta a los que se oponían a la independencia de la Suprema Corte del poder legislativo, quienes en su argumentación sostenían que en tal supuesto sería superior al poder legislativo y que al interpretar la Constitución permitirá a este tribunal darle la forma más conveniente, sobre todo porque sus resoluciones no están sujetas de ninguna manera a la revisión o rectificación del cuerpo legislativo. Agrega que a los tribunales no se les faculta directamente para interpretar las leyes de acuerdo con la Constitución, admite que la Constitución es la piedra de toque para la interpretación de las leyes, siempre que no exista una contradicción evidente, en cuyo caso deben ceder ante ella, lo que compagina con el principio del sistema difuso desarrollado por Marshall en la famosa sentencia «Marbury vs. Madison» (1803), en virtud del cual la aplicación de la disposición legislativa superior en jerarquía y desechar la inferior, es una regla de interpretación del Derecho que los jueces están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y, por consiguiente, no existe una invasión del juez en la esfera legislativa.

Este argumento lo robustecen los detractores al afirmar que en la Gran Bretaña el poder judicial reside en última instancia en la Cámara de los Lores, que es un sector de la legislatura, y que el Parlamento puede rectificar en cualquier momento por medio de una ley las decisiones de los tribunales en lo que no están conformes. Por lo tanto, los errores y usurpaciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos carecían tanto de frenos como de remedios.

Hamilton sostiene, por el contrario, que no es cierto que el Parlamento de la Gran Bretaña pueda rectificar las decisiones de sus tribunales que encuentran objetables. Agrega que ni la teoría británica ni las constituciones locales autorizan la revisión de una sentencia mediante un acto legislativo, como tampoco existe nada en la Constitución propuesta que lo prohíba. Termina expresando que una legislatura no puede, sin salirse del campo que le incumbe, revocar un pronunciamiento en un caso especial, aunque puede establecer una nueva regla para los casos futuros.

Ahora bien, ¿cómo se explica que el Tribunal Constitucional sin ser superior puede controlar a los otros poderes del Estado?. La solución ya la esbozó Hamilton al sostener que la Suprema Corte de Justicia no controla al Poder Legislativo por ser superior, sino porque aplica una regla de interpretación al preferir a la Constitución sobre la ley ordinaria.

El problema se complica con relación al poder constituyente que es superior en jerarquía y competencia al tribunal constitucional, pero creo que este no es un problema de competencia, sino de control cuando el tribunal constitucional, de acuerdo a cada ordenamiento jurídico, revisa la actuación, más o menos amplia, del poder constituyente de la reforma constitucional. El constituyente manifiesta expresamente su voluntad de que la

Constitución (su obra) sea respetada no sólo por los poderes constituidos, sino también por el poder revisor de la misma, por lo cual establece un control atribuido al Tribunal Constitucional (o la Corte Suprema en su caso) que actúa de acuerdo a las líneas generales del juicio y como tercero en el conflicto, aunque no tiene legitimidad popular directa, por lo cual se le califica de poder constituyente permanente y tribunal aristocrática de la preparación y el talento. De esto da fe la actual y amplia participación del juez constitucional en la defensa de la libertad, los derechos humanos y la democracia, lo mismo que la aceptación, por parte de la doctrina y la jurisprudencia de varios países, del control al poder constituyente de la reforma constitucional por el tribunal constitucional, como la apreciaremos en el párrafo siguiente.

13. CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL PODER CONSTITUYENTE

A) Derecho comparado

En estructura y competencia el poder constituyente es superior al tribunal constitucional, porque se deriva de él o lo puede modificar e incluso suprimir.

No obstante, partiendo de que no existen poderes absolutos ilimitados —los que constituyen un peligro—⁶⁹, es posible que la constitución contemple la competencia del tribunal constitucional para revisar en determinados supuestos la constitucionalidad, tanto de forma como de fondo, de una reforma o revisión constitucional.

Veamos algunos ejemplos de este control del Tribunal Constitucional:

a) La Constitución de Colombia de 1991 le atribuye a la Corte Constitucional en el art. 241 inc. 1 la competencia para «decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos, contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicio de procedimiento en su formación»⁷⁰.

b) La Constitución de Bolivia de 1967, reformada en 1995, en el art. 120 inc. 10, le otorga al tribunal constitucional competencia para decidir las demandas respecto a los procedimientos de la reforma constitucional⁷¹. En la actual Constitución, el art. 213 inc. 10 se dispone que el tribunal constitucional plurinacional tiene facultad para conocer y resolver la constitucionalidad del procedimiento de la reforma parcial de la constitución.

⁶⁹ Lord Acton expresa que «el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe totalmente».

⁷⁰ Jorge Carpizo entiende que este artículo se refiere tanto al referendo como al órgano revisor (*El Tribunal Constitucional y sus Límites. Ob. cit.*, p.102).

⁷¹ En el año 2001 el tribunal constitucional declaró inconstitucional el proyecto de ley de convocatoria a la Asamblea Constituyente.

c) La Constitución de Chile, en el art. 82 inc. 2, dispone que el Tribunal Constitucional resuelve «las cuestiones sobre constitucionalidad que suscita durante la tramitación de los proyectos de ley o reforma constitucional y los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. En este supuesto el tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento al Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras en cuestión, parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley». Este es un control previo.

Humberto Nogueira Alcalá⁷², sostiene que el control de constitucionalidad, «además de los aspectos procedimentales o adjetivos, se extienden a los aspectos sustantivos en virtud de que, de acuerdo con el art. 5 inc. 2, el ejercicio de la potestad constituyente tiene como límites los derechos de las personas asegurados por la constitución, así mismo por los tratados ratificados por Chile y vigentes. «Agrega que en Chile la Constitución apoya el principio de irreversibilidad en materia de derechos esenciales concretados también en la Convención Americana de Derechos Humanos». Señala otras limitaciones materiales al poder constituyente derivado, el que no puede transformar el sistema republicano y democrático en un régimen autocrático desvirtuando la seguridad de los derechos fundamentales y sus sistemas de protección; tampoco puede eliminar los controles del poder político y la separación de funciones estatales. Por lo que una reforma constitucional en ese sentido realizaría una mutación inconstitucional y contraria al orden constitucional.

d) En la República de Honduras, la Ley sobre Justicia Constitucional (23/9/2005) en su art. 76 inc. 2, dispone que la acción de inconstitucionalidad procede cuando se ponga en vigencia una reforma inconstitucional con la inobservancia de los requisitos exigidos en la Constitución de la República. Según Enrique Flores Valeriano⁷³, este inciso se refiere a la reforma constitucional «sin el requisito de la mayoría calificada de dos tercios de votos de la totalidad de los miembros del Congreso, que no haya sido ratificada en la siguiente legislatura, tal como lo exige el art. 373 de la Constitución». Según este autor sólo se permite la acción para revisar serios vicios de forma.

e) Los arts. 195 y 196 de la Constitución de Costa Rica respectivamente regulan la reforma parcial y total de ella, pero no señalan criterio de distinción entre ambos tipos de reforma, el primero de dichos artículos habla de uno o más artículos (pero no dice cuántos) y el segundo de re-

⁷² Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El Tribunal Constitucional chileno. Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. Obra colectiva. México 2009, pp. 436 y ss.

⁷³ Enrique FLORES VALERIANO, *La Justicia Constitucional en Honduras*. Litografía López, S. de R. L. Tegucigalpa, Honduras, 2006, p. 86.

forma total, dejando a primera vista la impresión que se trata de un criterio cuantitativo.

El art. 73 inc. h) de la Ley de Jurisdicción Constitucional abre la posibilidad a la Sala Constitucional de la Corte Suprema para conocer la acción de inconstitucionalidad «cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de las normas constitucionales de procedimiento al ser incorporadas al texto»⁷⁴. En otra resolución, el mismo tribunal expresa que el citado artículo sólo autoriza la revisión por violación de las normas constituciones de procedimiento, «pero no el mérito sustancial de la reforma, por ser ello una cuestión que atañe única y exclusivamente al constituyente derivado y que consecuentemente escapa de la competencia de la Sala»⁷⁵.

Otra vez la Sala Constitucional declaró inconstitucional, por vicios formales y de fondo, la reforma constitucional de 1971, que concedía financiamiento previo para las campañas políticas calculado de acuerdo con el número de votos obtenidos por cada partido político en las elecciones anteriores»⁷⁶. La razón para declarar la inconstitucionalidad es la consolidación de un cerrado partidismo que propiciaba ese tipo de financiamiento, lo que impedía el surgimiento de nuevos partidos políticos con pocas facultades económicas para sufragar los gastos electorales. En otra sentencia, también por las razones de fondo y forma, declaró inconstitucional a la reforma constitucional de 1969 al art. 132 inc. 1ro, la cual eliminaba la posibilidad de la reelección presidencial alterna que existía desde la Constitución de 1859⁷⁷.

Si la Constitución no contempla el control del poder reformador de la Constitución, es aceptable que el Tribunal Constitucional revise si se cumplieron los requisitos esenciales de forma para su validez e incluso aquellos de fondo cuando se pretende imponer una dictadura o suprimir derechos humanos esenciales (la dignidad, la libertad, la defensa de los derechos humanos, etc.).

⁷⁴ S.V.C. 2393-97.

⁷⁵ S.V.C. 6267-96.

⁷⁶ S.V.C.980-91.

⁷⁷ S.V.C. 2771-2003. El destacado constitucionalista Rubén Hernández Valle expresa, que esa inconstitucionalidad se declara por vicio de incompetencia y fortalece la institucionalidad (*Interpretación Constitucional en Costa Rica. Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. Ob. cit., p. 776 y 777). Agrega que esa incompetencia declarada por la Sala Constitucional se funda en que en la Asamblea Legislativa a través de una reforma parcial no puede desmejorar el régimen de los derechos fundamentales, como es el derecho a elegir y ser electo, pues acepta el criterio que un acto está viciado de incompetencia cuando regula determinado objeto que de acuerdo a la Constitución está sustraído a su competencia (*Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Juriscentro. San José, Costa Rica 2001, p. 371. Diario La Prensa del viernes 16 de octubre 2009).

Por otra parte, en algunas constituciones se establecen disposiciones irreformables o cláusulas pétreas. Veamos algunos ejemplos:

a) El art. 281 de la Constitución de Guatemala establece que «no podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inc. g, 186 y 187 de la Constitución, ni en forma alguna, toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la presidencia de la república ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido».

b) El art. 248 infine de la Constitución de El Salvador establece que «no podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refiere a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la república y la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república»

c) El art. 374 de la Constitución de Honduras establece que «no podrán reformarse, en ningún caso el art. 377 de la Constitución —que establece ciertos requisitos—, el procedimiento para su reforma, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente presidente de la república, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no puedan ser presidente de la república para el período subsiguiente». El entre guiones es nuestro.

En el art. 375 se establece que la Constitución no pierde su vigencia ni deja de cumplirse por fuerza o cuando fuere derogada o modificada por procedimientos distintos del que ella misma dispone y obliga a los ciudadanos a colaborar al mantenimiento y restablecimiento de la Constitución y responsabiliza de violar esta disposición a las personas y los funcionarios de gobierno comprometidos. Son sancionados y el Congreso puede confiscar todo o parte de sus bienes y los obtenidos al amparo de la usurpación de los poderes públicos.

Estas disposiciones dieron lugar al Golpe de Estado contra el Presidente Zelaya.

d) El art. 119 de la Constitución de República Dominicana establece que «no puede haber reforma sobre la forma de gobierno, el que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo».

B) Reforma aprobada por plebiscito o referéndum

Otro problema que se discute es si el tribunal constitucional puede conocer en el fondo y la forma de una reforma constitucional aprobada por un plebiscito o referéndum. La solución la podría dar la misma constitución autorizando tal control, también podría prohibirlo. Pero si la consti-

tución calla al respecto no creo que sea controlable por el Tribunal Constitucional, ni en la forma ni en el fondo, porque ya sería tarde y es el poder constituyente original el que en forma directa ya aprobó la reforma total o parcial, aunque comprendo que sus integrantes no tiene el suficiente conocimiento de la trascendencia (y también preparación para ello) que conlleva la reforma manifestada con un sí o un no, más el peligro del cesarismo democrático muy ocurrente en América Latina.

Si el referéndum se encuentra en trámites para consultarlo al pueblo es posible controlarlo por razones de forma; en cuanto al fondo es controlable solamente que implique una reforma total que la Constitución exige para ello la convocatoria a una Asamblea Constituyente que pretenda imponer una dictadura o suprima derechos humanos.

Como veremos más adelante, en Colombia se rechazó recientemente, por razones de forma, que el proyecto de ley de reforma a la Constitución sobre la tercera reelección fuera sometido a referéndum.

C) En Nicaragua

Ya expresamos que en nuestro país se distingue la reforma parcial de la reforma total de la Constitución, pero no establece criterios de diferencia entre ellas, no consagra disposiciones irreformables ni establece un control de estas reformas por la Sala Constitucional y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que es el encargado finalmente de declarar la inconstitucionalidad de la ley, sin embargo la jurisprudencia en forma contradictoria acepta dicho control.

Veamos los criterios jurisprudenciales:

a) La Corte Suprema de Justicia al analizar los sistemas cuantitativos y cualitativos, como ya lo expresamos anteriormente, hace un control sobre el fondo o materia de una reforma constitucional y establece que el reordenamiento del Estado o las limitaciones que establezca esa reforma para el ejercicio de determinados cargos o para acceder a ellos no violan los derechos humanos o principios constitucionales, pero estas regulaciones pueden ser violatorias de tales derechos y principios, aun cuando se procediere a una reforma total de la Constitución⁷⁸. Deja, pues, al arbitrio del juez constitucional, determinar cuando la reforma es parcial o total o es violatorio de los derechos humanos.

b) Sin embargo, cuatro meses después y en sentencias posteriores, la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose en la forma y también sobre el fondo, expresó que no existían cláusulas intangibles o disposiciones en la Constitución que no puedan reformarse por el poder constituyente deri-

⁷⁸ S. 9:00 a. m. del 8 de mayo de 1995, B. J., p. 12.

vado⁷⁹, y reconoció que las reformas de fondo de la Constitución no pueden ser atacadas por inconstitucionalidad, pues ello equivale equipararla a una ley ordinaria, ya que sus disposiciones forman un todo con la Constitución y esta sólo puede ser reformada total o parcialmente por el órgano competente para ello⁸⁰.

c) Dentro de la misma tendencia anterior, posteriormente la Corte Suprema de Justicia sólo establece como límite al poder constituyente derivado la incompetencia para dictar una nueva Constitución. No existen disposiciones en la parte dogmática que no puedan ser modificadas por el poder constituyente derivado y tampoco límites constitucionales sustanciales o de fondo que puedan dar fundamento a una inconstitucionalidad a menos que la misma Constitución establezca límites (cláusulas petreas digo yo). Disentí y razoné mi voto, expresando⁸¹ que la reforma debía hacerse por una Asamblea Constituyente ya que cambia la forma de gobierno presidencial por un semiparlamentario, lo que la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia posterior declara que una reforma es total y, por lo tanto, competencia de la Asamblea Constituyente, cuando afecta la existencia misma del Estado, o la forma de gobierno, o su inspiración democrática⁸².

d) En varias sentencias se permite el análisis de la forma y el fondo de las reformas constitucionales⁸³.

14. LAS *POLITICAL QUESTIONS*

Las cuestiones políticas han recibido especial atención en el *Common Law*. Se sostiene que el origen de las cuestiones políticas se encuentran en Inglaterra, pues en 1460 el duque de York promovió un juicio pretendiendo que se le declarara legítimo heredero del trono, pero los jueces decidieron que no se atrevían a entrar a conocer del tal petición porque correspondía a los lores tener conocimiento de esa materia y mediar en ella.

⁷⁹ S. 12:30 p.m. del 5 de agosto de 1996. B. J., p. 236. S. 9:20 a. m. del 8 de febrero de 1996. B. J., p. 40. S. 9:40 a. m. del 8 de febrero de 1996. B. J., p. 44. S. 12:30 p.m. del 7 de agosto de 1996. B. J., p. 242.

⁸⁰ S. 9:00 a. m. del 8 de febrero de 1996, B. J., p. 36. S. 9:40 a. m. del 8 de febrero de 1996, B. J., p. 44. S. 12:30 p. m. del 5 de agosto de 1996, B. J., p. 236. S. 12:30 p. m. del 9 de agosto de 1996, B. J., p. 242. S. 8:00 a. m. del 13 de septiembre de 1996, B. J., p. 292. S. 12:30 p. m. del 21 de agosto de 1996, B. J., p. 248.

⁸¹ S. 8:30 a.m. del 30 de agosto del 2005, en la que se declaró sin lugar el Recurso de Inconstitucionalidad de la Ley 520 de reforma parcial a la Constitución Política. Se argumentaba que esa reforma debía hacerse por una asamblea constituyente y no por el poder constituyente derivado, pues rompía el equilibrio y el control entre los poderes al establecerse en dichas reformas un gobierno asambleísta.

⁸² S. No. 8 del 8 de mayo de 1995, p. 12.

⁸³ S. 12:30 p. m. del 5 de agosto de 1996, B. J., p. 236. S. 12:30 p. m. del 7 de agosto de 1996, B. J., p. 242. S. 12:30 p. m. del 21 de agosto de 1996, B. J., p. 248.

Cuando se penetra en las cuestiones políticas se principia estudiando el Derecho de los Estados Unidos de América, muy respetuoso de la separación de poderes y de las atribuciones del Poder Ejecutivo y el Congreso.

Jefferson, uno de los padres de la Constitución, en 1804 le expresaba a John Adams que los jueces no tenían facultad para decidir sobre el Ejecutivo o viceversa, pues no existe nada en la Constitución que les otorgue esa competencia. La opinión de que la Constitución otorgue el derecho a los jueces decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no solo en su propia esfera de acción, sino también del Legislativo y el Ejecutivo, harían al poder judicial un poder despótico. Este criterio de Jefferson se opone totalmente al conocimiento de las cuestiones políticas por el poder judicial por respeto a la división de poderes, sus autónomas competencias y controles mutuos. El ejecutivo y el legislativo sólo pueden ser controlada por el electorado⁸⁴.

La veda de las cuestiones políticas, expresa Néstor Pedro Sagües⁸⁵, aparece de la mano con el control judicial de la constitucionalidad (la *judicial review* de la sentencia en el caso «Marbury vs. Madison» de 1803), como una forma de enviarle un mensaje al Congreso y al Ejecutivo, que si bien la Suprema Corte asume la competencia de declarar la inconstitucionalidad de la ley, se abstenía, en compensación, de conocer los problemas políticos.

La sentencia «Marbury vs. Madison» tuvo trascendencia universal y su ponente fue el Presidente de la Suprema Corte, John Marshall. Declaró: «La competencia de la Corte es, exclusivamente, decidir asuntos de derechos individuales, no investigar en qué forma el poder ejecutivo o sus funcionarios cumplen con los deberes que se han dejado a su discreción. Este tribunal no puede ocuparse de cuestiones que son políticas por naturaleza, o que, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponden al poder ejecutivo»⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. Segundo v. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998, pp. 605 y ss. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Editorial Civitas, S. A. Madrid, España, 1996, pp. 194 y 195. García de Enterría hace ver la lucha iniciada en el campo de Derecho Administrativo para reducir numerosas materias que se consideraban inmunes al conocimiento de los tribunales por provenir del poder político (*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. Madrid, España. Editorial Civitas, S. A. 1989).

⁸⁵ «Derecho Constitucional y Gobernabilidad. Problemática del Repliegue Acelerado o de la Desaparición de la Doctrina de las Cuestiones Políticas no Justiciables». Ponencia presentada al I Encuentro de Juristas de América Latina y el Caribe. Obra Colectiva. Fundación Alexander De Gusmao. Brasil. 2010, pp. 189 y ss.

⁸⁶ Elder WITT, *La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*. Ediciones Ger-nika S. A. México, D. F. 1995, p. 171.

La veda de las cuestiones políticas se impone porque responde al cumplimiento por parte de la justicia de la clásica división de poderes⁸⁷. La jurisprudencia de los tribunales de justicia se abstuvieron de conocer de ellas y las constituciones, sin emplear esa nominación, contemplaron algunas normas que no permitían al poder judicial de pronunciarse sobre las cuestiones políticas. La invasión de poderes que obstaculiza la teoría de la división de poderes está claramente reflejada en los artículos 113 y 114 de la Constitución de 1826 en los que se establece que las funciones de los jueces y tribunales se limitaran a la aplicación de las leyes en las causas civiles y militares, y a su vez dispone que ni la Asamblea, ni el Consejo, ni el Poder Ejecutivo podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales. Esa misma distribución cerrada de competencia se repite en los arts. 150 y 151 de la Constitución de 1938.

La Ley de Amparo de 1939 (art. 35.5), de 1950 (art. 31.5) y de 1974, (art. 41.5) disponen que no es procedente el amparo contra las resoluciones dictadas en materia electoral y en la Constitución vigente se dispone en el art. 173 in fine que de las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no hay recurso ordinario. Asimismo en el art. 51.6 de la vigente Ley Electoral se expresa que no procede el recurso de amparo contra las resoluciones dictadas en materia electoral.

En el Derecho Comparado, la Constitución de Colombia (art.41 inc. 1) dispone que el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la constitución, como sobre la convocatoria a un referéndum o a una asamblea constituyente, sólo se hará por vicios de procedimiento en su formación.

Se pensaba que otorgarle al poder judicial la competencia para pronunciarse sobre la política significaba la eliminación del gobierno del pueblo para otorgárselo al judicial que no tienen legitimidad y responsabilidad popular, lo que hoy se denomina como el gobierno de los jueces (judiciorracia) y produce la judicialización de la política.

La Constitución del Brasil de 1934 (art. 64) claramente establecía que era prohibido al Poder Judicial conocer de cuestiones exclusivamente políticas.

La Constitución de Venezuela (1961) dispone en el art. 159 que los actos legislativos de atribución exclusiva no están sometidos a veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo establecido en la constitución sobre extralimitaciones.

⁸⁷ Karl Loewenstein expresa que el control de la constitucionalidad de las leyes por el poder judicial es incompatible con la distribución de funciones entre los diferentes detentadores del poder, inamovilidad, falta de legitimación y control de los jueces por el pueblo, sin legitimación; pero por su utilidad, su prestigio y contrapeso frente al Congreso y la defensa de los derechos y libertades, es impensable suprimir en el sistema de los Estados Unidos de América (*Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, S. A. Barcelona, España. 1986, pp. 314-315).

En el constitucionalismo contemporáneo, las cartas constitucionales, sin calificarse de cuestiones políticas, contemplan amplios supuestos de cuestiones políticas controlables por la justicia constitucional como el control de la aplicación de los derechos humanos a través del recurso de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento⁸⁸, la resolución de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado⁸⁹, el procesamiento penal del Presidente y Vicepresidente de la República⁹⁰; en varios países la materia electoral, la inconstitucionalidad por omisiones legislativas o ejecutivas y otros asuntos de carácter político^{91/92/93}, como el control del poder constituyente por el tribunal constitucional aplicado anteriormente.

También la jurisprudencia constitucional avanza en el conocimiento de las cuestiones políticas. Este fenómeno se presenta a finales del siglo XIX. Por ejemplo, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, limitada en el conocimiento de las cuestiones políticas⁹⁴, inicia un cambio

⁸⁸ Arts. 160, 164 incs. 2, 3 y 4 de la Constitución.

⁸⁹ Art. 164 inc. 12. de la Constitución.

⁹⁰ Art. 334 del Código Procesal Penal.

⁹¹ Cfr. Héctor FIX ZAMUDIO, *La Justicia Constitucional y la Judicialización de la Política*. Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2001, pp. 653 y ss.

⁹² En Nicaragua, el juzgamiento del Primer y Segundo Jefe de Estado le correspondía a la Corte Superior de Justicia (arts. 144 inc. 6 Cn. de 1921), al Director de Estado y los funcionarios desaforados por el Senado (art. 149 Cn 1838), al Presidente de la República y funcionarios desaforados (arts. 65 inc. 5 y 68 Cn de 1854), al Presidente y demás funcionarios desaforados (arts. 82 inc. 15 y 151 Cn de 1893), al Presidente y demás funcionarios desaforados (arts. 91 inc. 7 y 170 Cn de 1905), al Presidente y demás funcionarios desaforados (arts. 113 y 114 Cn de 1911); la Cámara de diputados acusa ante la de senadores que sentencia al Presidente y demás funcionarios desaforados, pero si la conducta es punible se sigue el juicio ante la Corte Suprema (arts. 129 y 172 Cn de 1939); el mismo procedimiento contra los mismos funcionarios de la Constitución de 1939 se consagró en la Constitución de 1948 (arts. 178 y 257), pero la Corte Suprema juzga como jurado, el mismo procedimiento contra los mismos funcionarios establecido en la Constitución de 1948 se consagra en la Constitución de 1950 (art. 153 y 156), el mismo procedimiento contra los mismos funcionarios en la Constitución anterior se consagró en la Constitución de 1974 (art. 153 inc. 2 y 157 inc. 2 y 157). Cfr. Iván Escobar Fornos. Inmunidad, Inviolabilidad, Destitución e Impunidad. Editorial Hispamer. Managua, Nicaragua, 2002.

⁹³ Casos históricos en que la justicia constitucional conoció del juzgamiento de funcionarios que gozaban de inmunidad: Caso del Vicepresidente Juan Bautista Sacasa (S. 11:30 a. m. del 16 de junio de 1927, B. J. p. 5958); caso del General Emiliano Chamorro, senador vitalicio, senador suplente Abel Gallard y diputado Raúl Arana Montalban (S. 10:30 a. m. del 14 de febrero de 1955, B. J., p. 17332); caso del diputado Porfirio Molina (S.10:00 a. m. del 18 de enero de 1955, B. J., p. 17309); caso del diputado Jorge Ulises Chevez (S. 9:45 a. m. del 1 de julio de 1971, B. J., p. 99); caso del Triunvino Fernando Agüero Rocha (S. 8:30 a. m. del 11 de mayo de 1973, B. J., p. 209 a 212); caso del Presidente Arnoldo Alemán Lacayo (S. 9:30 a. m. del 15 de enero del 2009).

⁹⁴ Se consideran como cuestiones políticas no justiciables, todas respaldadas con sus decisiones y sentencias, las siguientes: En los asuntos exteriores de la nación: cuestiones que im-

en el caso «Baker vs. Carr»⁹⁵ (1962) y decide, por mayoría de seis votos contra dos, conocer y resolver, de acuerdo con la disposición constitucional de la protección equitativa, la desproporción de los distritos electorales establecidos por la legislatura de Estado de Tennessee. Con posterioridad en el caso «Powell vs. McCormack» (1969), consideró como justiciable la exclusión de la toma de posesión de un representante de la Cámara Federal por conducta impropia calificada por la misma cámara, cuando no se trata de las reglas de exclusión establecidas en la Constitución.

Estas sentencias le abren las puertas a la Corte Suprema Federal para conocer con mayor amplitud las cuestiones políticas, pero no puede considerarse que esté eliminada la restricción para conocer de ellas⁹⁶.

Néstor Pedro Sagüés, en el estudio citado varias veces, pone como ejemplo la sentencia de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, dictada en el 2004 en el caso «Zamora-Bolaños», en la cual declaró inconstitucionales el comunicado del Presidente de la República mediante el cual se adhería a la Alianza Internacional contra el Terrorismo, encabezada por los Estados Unidos, Gran Bretaña y España, y la ratificación el 22 del mismo año por otro comunicado que incluye a Costa Rica en la lista de naciones que integra la «Coalición Internacional Antiterrorista contra Saddam Hussein», y ordenó al Presidente realizar las gestiones para borrar el nombre de Costa Rica entre los aliados de la Coalición que figuraba en la página web de la Casa Blanca.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución se presta para permitir el control por la justicia constitucional por la naturaleza de sus disposiciones y la jurisprudencia no se detiene en reflexionar sobre la limitación de las cuestiones políticas. Cito algunos ejemplos de la abundante

plican el reconocimiento de naciones y gobiernos extranjeros; cuestiones relativas a la soberanía sobre una esfera determinada; cuestiones que implican la exigencia de un estado de guerra y beligerancia; el empleo de las fuerzas armadas en el extranjero; y cuestiones relativas al principio de duración de una guerra en que está comprometido los Estados Unidos; cuestiones relativas a tratados. Las cuestiones políticas no justiciables de los asuntos internos de la nación: cuestiones relativas a la garantía constitucional de la forma republicana de gobierno; cuestiones que implican la garantía constitucional contra la violencia interior; cuestiones concernientes a la calidad del legislador y la organización y procedimiento del departamento legislativo; cuestiones relativas a si las leyes han sido promulgados válidamente. (Segundo v. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*. Ob. cit., pp. 632 y 633).

⁹⁵ En 1946, la Suprema Corte en el caso *Colegrove v.s. Green* considera política la cuestión de la distribución equitativa de los distritos electorales para la elección de Congresista sobre la base del caso *Word v.s. Broom*. Se modificó 16 años después en el caso *Barker v.s. Carr*.

⁹⁶ Cfr. Héctor FIX ZAMUDIO, *Justicia Constitucional y Judicialización de la Política*. Ob. cit., pp. 550 y ss. Néstor PEDRO SAGÜES, *Derecho Constitucional y Gobernabilidad*. (Problemática del Repliegue Acelerado o de la Desaparición, de la Doctrina de las Cuestiones Políticas no Justiciables). Primer Encuentro de Juristas de América Latina Caribe. Ob. cit., p. 202.

jurisprudencia: La sentencia que se pronunció sobre la destitución de un diputado de la Asamblea Nacional decretada por el Consejo Supremo Electoral porque no había cumplido los requisitos establecidos en la Constitución para optar a tal cargo⁹⁷. Las sentencias que anulan el art. 19 de la Ley de Anual del Presupuesto General de la República dándole una nueva redacción mediante la cual se anulaba el cálculo del 6% constitucional asignado a las Universidades y Centros de Educación Técnica Superior⁹⁸. La sentencia que reconoció el uso del amparo para conocer de la omisión de Ley que la Asamblea Nacional está obligada a dictar como era la Ley Anual del Presupuesto General de la República⁹⁹. Las sentencias que sin estar reglamentada por ley el habeas data, permiten su funcionamiento mediante el amparo¹⁰⁰. La sentencia que declaró sin lugar el recurso de amparo, pero le comunica a la Asamblea Nacional organizar su Junta Directiva de manera que su composición exprese el pluralismo político y la proporcionalidad electoral de acuerdo al art. 20 de la Estatutos de la Asamblea Nacional, no obstante, tornando ambivalente la sentencia, excita a la Asamblea Nacional para que reglamente dicho artículo¹⁰¹. La sentencia que rechaza conocer de cuestiones políticas al declarar el recurso de amparo interpuesto por el triunviro, Fernando Agüero Rocha, miembro de la Junta de Gobierno provisional que terminaría al ser aprobada la nueva Constitución, por la mayoría liberal de la Asamblea Constituyente y ocho diputados del partido Conservador, al que pertenecía el recurrente, porque le habían propinado un Golpe de Estado sustituyéndolo ilegalmente de su cargo por el Dr. Edmundo Paguagua Irías. La Corte Suprema de Justicia estimó que este asunto era del conocimiento de la Asamblea Constituyente, ya que la Ley de Amparo (1950) no contemplaba el amparo contra los actos de las Cámaras Legislativas separadas o conjuntamente y mucho menos contra la Asamblea Nacional Constituyente, ni tampoco dicha ley puede ser aplicada en forma extensiva por analogía¹⁰². Las sentencias citadas con relación al control de las reformas constitucionales en Nicaragua.

15. CONTROLES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hemos visto como el Tribunal Constitucional tiene control sobre el resto de los poderes, incluyendo a los políticos como el Electoral, el Le-

⁹⁷ S. 4:50 p. m. del 13 de agosto del 2007.

⁹⁸ 1. S. No. 19 de las 3:40 p. m. del 23 de abril del 2004. S. No. 69 de la 1:45 a. m. del 23 de septiembre del 2004.

⁹⁹ S. No. 60 de las 10:40 a. m. del 18 de enero del año 2007 de la Sala Constitucional.

¹⁰⁰ S. No. 60 de las 10:40 a. m. del 18 de enero del 2007 de la Sala de lo Constitucional. S. No. 29 de las 4:50 p. m. del 13 de agosto de 2007 de la Corte Plena.

¹⁰¹ S. 9:00 a. m. del 30 de julio de 1998, p. 273 Sala Constitucional.

¹⁰² S. 8:30 a. m. del 11 de mayo de 1973, B. J. , p. 49.

gislativo, el Ejecutivo y el poder constituyente de la reforma parcial o total (poder creado por la Constitución).

¿Pero quién controla al que controla? La contestación a esta pregunta es difícil y despierta muchas dudas.

La cosa juzgada, tanto en materia de Derecho Privado como de Derecho Constitucional, debe ponerle fin al conflicto en aras de la seguridad jurídica. De aquí que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional no admita recurso alguno y, por lo tanto, no es admisible el recurso de revisión de la cosa juzgada, propio de los asuntos civiles, mercantiles y penales, pero difícil e inadecuado para la justicia constitucional.

Sin embargo, podemos encontrar algunos controles al Tribunal Constitucional:

a) En la justicia supranacional, como por ejemplo, la de la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia contra el Estado de Chile el 5 de febrero de 2001, en el famoso caso de la película la «Última Tentación de Cristo», quien necesitó reformar su ordenamiento legal y la Constitución para cumplir con dicha sentencia.

b) La opinión pública a través de debates, artículos, manifestaciones, protestas de la población.

Es importante la intervención en estos debates de los partidos políticos, la ciudadanía, la sociedad civil, los juristas, los politólogos, etc.

c) El poder constituyente derivado puede cambiar para el futuro la solución dada por el Tribunal Constitucional cuando considere que la interpretación dada a la constitución no está de acuerdo con la misma.

Jorge Carpizo¹⁰³ señala dos casos: el de la Corte Suprema sobre la enmienda XXVI de la Constitución de los Estados Unidos para superar la resolución del caso «Oregón vs. Michell» 1970, en la cual estimó que el Congreso no tenía competencia para fijar la edad de los votantes en las elecciones de las entidades federativas, para lo cual dicha enmienda autoriza a legislar sobre esa materia; en el 2007 se reformó la Constitución de México para facultar expresamente al Tribunal Electoral, de carácter nacional, a no aplicar las leyes sobre materia electoral contraria a la Constitución, superado así el criterio de la Suprema Corte de la Nación de que el Tribunal Electoral no tenía competencia para interpretar la Constitución y desaplicar las normas consideradas contrarias a la misma.

d) El control por el electorado podría ser otra forma de revisar la decisión del Tribunal Constitucional. El Estado de Colorado de los Estados Unidos en su Constitución dispone que el 5% de los inscritos en los co-

¹⁰³ Jorge CARPIZO, *El Tribunal Constitucional y sus Límites. Ob. cit.*, p. 75.

micios tenían la facultad de pedir que se sometiera a referéndum la ley que el Tribunal Supremo del Estado haya declarado inconstitucional, denominada «apelación popular de sentencia», propuesto a nivel federal por Teodoro Roosevelt en la campaña presidencial de 1912, pero sin éxito.

Es un sistema democrático, pero tiene muchas desventajas al agitar las pasiones políticas y sociales, desestabilizar al gobierno con apelaciones constantes, poniendo en tela de juicio su respeto y autoridad; además, el pueblo no está preparado para este tipo de decisiones.

e) Existen otros tipos de controles en manos del órgano político que designa a los magistrados del tribunal constitucional y del poder constituyente de las reformas constitucionales que puede reformar el Tribunal Constitucional, además la responsabilidad penal, la revocación del mandato, etc.

La otra pregunta sería: ¿puede el Poder Legislativo dejar sin efecto las sentencias del Tribunal Constitucional transcurrido el tiempo para que adquieran el carácter de cosa juzgada, en aquellos casos que en forma burda se viola la Constitución Política del Estado?

Veamos algunos casos que se han presentado en Nicaragua:

a) En sentencia de las cinco de la tarde del día 19 de octubre del 2009, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada mediante procedimientos anormales y unilateralmente integrada por magistrados afines al, decidió que el artículo 147 inc. 4 a) y b) de la Constitución —que prohíbe expresamente la reelección presidencial al que ejerciere o hubiere ejercido en cualquier tiempo en que se efectuara la elección para el período siguiente y al que hubiere ejercido por dos períodos presidenciales, y la del Vicepresidente, Alcaldes y Vicealcaldes— violaba el derecho a la igualdad, el derecho al sufragio pasivo y el derecho a la personalidad consagrados en los arts. 27, 47, 48, 50 y 51 de la Constitución, permitiendo de esta manera la reelección presidencial. Se ha considerado que esta no es una interpretación como se pretende, si no más bien una derogación de la prohibición de la reelección antes señalada. Ese día solo yo asistí al local de la Corte y el otro magistrado que me acompañaba no se apareció, aunque su presencia no hubiera cambiado el rumbo de las cosas. Esta sentencia posteriormente fue ratificada en Corte Plena.

Modifica una reforma constitucional que se había hecho a dicho artículo, que originalmente no prohibía la reelección, en contradicción con la doctrina establecida en muchas sentencias antes señaladas que disponen que una reforma constitucional no puede ser atacada en el fondo porque es parte de la misma Constitución, formando un solo todo con ella. El conflicto entre dos normas constitucionales se resuelve mediante la armonización de ellas, el principio de especialidad y la aplicación de una norma en lugar de otra de acuerdo a un test de ponderación ante el caso o

situación planteada, sin preferencia fija, pues en otro caso podía ser aplicada la norma apartada.

Ni es el caso de dos disposiciones contradictorias constitucionales coetáneamente establecidas, en cuyo caso se aceptó por un tiempo hacer preferentemente una interpretación armonizándolas, después eliminar una disposición y aplicar la otra (interpretatio abrogan) que se ajusta a los principios y valores constitucionales, aplicando la regla de la especialidad de la norma o anulando las dos normas y proceder a la integración. Es la aplicación de la doctrina de Otto Bachof¹⁰⁴ de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, tesis ya abandonada¹⁰⁵ y en boga en los inicios de la transición posterior a la segunda Guerra Mundial.

Viene al caso citar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que consideró que es un falso (fraudulento) argumento otorgar a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma¹⁰⁶.

b) En varias sentencias, dictadas entre el día 19 de octubre del 2009 y 14 de abril del 2010, la Sala de lo Constitucional, también mediante procedimientos anómalos, declaró que el Decreto No. 3-2010 del Poder Ejecutivo, mediante el cual se proroga el plazo de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los Magistrados del Consejo Supremo Electoral, de los miembros de la Contraloría General de la República y otros funcionarios, estaba ajustado a la Constitución en virtud de una disposición transitoria (art. 201 párrafo 2 Cn) que claramente ya había cumplido la función para la cual fue establecida, violando así la Constitución que establece que dichos funcionarios deben ser nombrados por la Asamblea Nacional por la mayoría calificada una vez que se les haya vencido el plazo de acuerdo al art. 138 incs. 7, 8 y 9. de la Constitución. Pero lo cómico del asunto es que el Presidente de la Asamblea, líder de la cúpula del Frente Sandinista de Liberación Nacional, en la cuestión de competencia constitucional que promovió contra el Gobierno Sandinista, alega claramente que es la Asamblea Nacional la que tiene competencia para nombrar a los funcionarios aludidos de acuerdo a la Constitución comprometiendo así a su bancada a sostener tal criterio, pero cuando se presentó el proyecto de ley para derogar dicho decreto fue rechazado por la bancada sandinista.

En sentencia de las 8:30 a. m. del 28 de septiembre del corriente año, la inexistente Corte Plena, completada con conjueces ilegalmente convo-

¹⁰⁴ Otto BACHOF, *Normas Constitucionales Inconstitucionales*. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2010.

¹⁰⁵ Abandonada por el propio Bachof (Cfr. Presentación a su obra por Domingo García Belaunde y Francisco Javier Días Revorio, pp. 17 y 18).

¹⁰⁶ S. del 25 de enero de 2006.

cadás, declaró legal el mencionado decreto y la vigencia de la disposición transitoria contenida en el art. 201 de la Constitución.

Para cerrar el ciclo de sentencias (creo yo, a lo mejor faltan), la supuesta Corte Plena, con los conjueces, dictó la sentencia de las 2:00 p. m. del 30 de septiembre de 2010, como todas las otras repletas de citas de legislaciones, autores y sentencias extranjeras de varios países (México, España, Alemania, Francia, Austria, Italia y Argentina), contradictorias entre sí, sin ninguna aplicación en Nicaragua y más bien en evidente contradicción con nuestro ordenamiento constitucional y ordinario. Además esta confusión no deja ver los argumentos relacionados con nuestra Constitución, con el propósito de esconderlos, por ser, como ya hemos visto, absurdos y peligrosos.

En esta sentencia se ratifica y se le concede efectos erga omnes a la sentencia N.º 504 de las 5:00 p.m. del 19 de octubre de 2010, dictada unilateralmente, por la Sala Constitucional, sobre la cual no se conocían sus consideraciones, solo su parte resolutive, en la cual se suprimen de un solo tajo los incisos a) y b) del párrafo segundo del art. 147 de la Constitución que se encabeza así: «No pueda ser candidato a Presidente ni Vice-Presidente de la República»: a) El que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que lo hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) El Vice-Presidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente.» Se suprime la parte final del art. 178 de la Constitución que dice: «El Alcalde y el Vice-Alcalde sólo podrán ser reelectos por un período. La reelección de Alcalde y Vice-Alcalde no podrá ser el período inmediato siguiente». También suprime el art. 180 de la Ley Electoral de rango constitucional que no permite la inscripción prohibida por las disposiciones suprimidas, así como también declara inaplicables cualquier disposición de ley de rango constitucional, ley ordinaria, decreto o norma que traten de revivir las disposiciones suprimidas.

En resumen, se permite la reelección del Presidente de la República indefinidamente; la posibilidad que el Vicepresidente o el llamado a reemplazarlo se reelija indefinidamente como Vicepresidente y que pueda ser candidato a la Presidencia de la República, a pesar de haber ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente; y la posibilidad de que los Alcaldes y Vicealcaldes puedan reelegirse indefinidamente.

En la sentencia N.º 504 se dijo que se violaban el derecho de igualdad y se le discriminaba al Presidente de la República, a los Alcaldes y Vice-

alcaldes porque a ellos se les privaba del derecho a la reelección y a otros se les permitía en elecciones populares directas (Diputados ante la Asamblea Nacional y al Parlamen, miembros de los Consejos Regionales de la Costa Atlántica) y de elección indirecta (magistrados de la Corte Suprema, Fiscal de la República, miembros de la Contraloría General de la República, Procurador de Derechos Humanos y otros).

Este trato desigual no es cierto. El constituyente puede condicionar, de acuerdo a la naturaleza del cargo, la experiencia histórica, el principio democrático, el acceso a la función pública. Por ejemplo, la reelección es prohibida en algunos países, lo mismo que en Nicaragua, porque ha sido motivo de graves inestabilidades; la reelección de los diputados en algunos países es permitida para lograr, en base a la experiencia, un mayor control al Ejecutivo, el más fuerte de los poderes en nuestros países, aunque en otros no es permitida porque no la han necesitado como instrumento de control; los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para cumplir su misión en forma independiente necesitan de inmunidad y de un plazo prolongado en su cargo o formando parte de la carrera judicial. Ya la Corte Suprema lo había expresado claramente que no existe tal desigualdad en sentencia de las 9:30 a. m. del 29 de mayo de 1995, B. J., p. 30, firmada por la magistrado Alba Luz Ramos, que dice: «Consideró el Tribunal que tanto en la Constitución Política como en otras leyes se establecen regulaciones para el ejercicio de determinados cargos o para acceder a determinadas funciones dentro del Estado. Estas regulaciones, que constituyen verdaderas limitaciones, no son violatorias de los derechos humanos, sino que contribuyen a ordenar la función pública en beneficio de la colectividad. Las regulaciones contra las cuales se ha recurrido no violan de ninguna manera la Constitución Política, por lo que no cabe más que declararlo así en esta resolución. De acuerdo con lo anteriormente considerado, debe declararse sin lugar el amparo interpuesto». La magistrada Ramos había expresado este criterio en varias sentencias en la que se declaró improcedente los recursos interpuestos porque le correspondía al Poder Electoral conocer de la materia de inhabilitaciones de los cargos públicos¹⁰⁷.

Sentado lo anterior, debe señalarse que en su redacción original, el art. 201 párr. 2º Cn. de 1987 fue una disposición transitoria que estableció «Los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral y las demás autoridades y funcionarios de los diversos Poderes continuarán en el ejercicio de sus cargos mientras no tomen posesión quienes deben sustituirlos de acuerdo a la Constitución».

¹⁰⁷ S. 9:00 a. m. del 8 de febrero de 1996, B. J., p. 36. S. 9:40 a. m. del 8 de febrero de 1996, B. J., p. 44. S. 12:30 p. m. del 5 de agosto de 1996, B. J., p. 236. S. 12:30 p. m. del 21 de agosto de 1996, B. J., p. 248. S. 12:30 p. m. del 21 de agosto de 1996, B. J., p. 248.

La finalidad de esta disposición no era otra que mantener la estabilidad orgánica del Estado ante la transformación jurídica producida por la adopción de la entonces nueva Constitución que venía a sustituir al Estatuto Fundamental y al Estatuto de Derechos y Garantía de 1979, que venían sirviendo de Carta Magna.

Es evidente que se trata de una disposición transitoria, pues mientras no se designaran las nuevas autoridades conforme a la nueva Constitución, resultaba indispensable mantener en sus cargos a los designados según los citados Estatutos, aun cuando estos ya no estaban en vigor; y una vez que fueron nombrados esos funcionarios, la citada norma transitoria cumplió su papel y quedó ya sin contenido ni vigencia, pues se trataba de una situación que únicamente podía producirse en esa ocasión.

De lo dicho fluye que no hay necesidad jurídica o práctica de derogar esa u otra disposición transitoria, pues la esencia de ellas es su carácter temporal: a nadie podría ocurrírsele que se necesite una derogación especial una norma que ya ha cumplido la finalidad especialísima para la que fue creada.

Además, asumir la postura de que esta norma transitoria permanece en vigencia, es dejar sin contenido ni razón de ser al propio texto constitucional que regula la designación de esos funcionarios, lo que resulta claramente absurdo y entraña un Golpe de Estado dirigido contra la Asamblea Nacional, órgano constitucionalmente encargado de elegir a estos funcionarios.

Igual puede sostenerse de las disposiciones transitorias contenidas en el art. 2 de la Ley de Reforma Constitucional de 1995 y la del art. 8 de la Ley de Reforma Constitucional 2000.

Los diputados sandinista Ana Rosa Acevedo Vásquez y Rafael Solís Cerda en ese entonces sostenían con firmeza el carácter transitorio del art. 201 de la Constitución. La primera con relación a la transición del estatuto a la Constitución de 1987, y el segundp con relación a la reforma constitucional de 1990.

Ahora, se le pretende dar apariencia de vigencia al citado artículo transitorio mediante una nueva publicación de la Constitución, aplicando el art. 141 de la Constitución y pretendiendo usar el sistema del Digesto Legislativo, en La Gaceta, Diario Oficial, hecha en forma ilegal, pero esa publicación no le otorga ningún valor: el muerto, muerto está. El valor de esa disposición solamente es histórico.

La Constitución y la reforma se publican en La Gaceta, Diario Oficial, una sola vez, y las autoridades correspondientes pueden ordenar ediciones de la misma, sin necesidad de enviarla nuevamente a la Gaceta. El art. 141 de la Constitución autoriza tal publicación de las reformas de las leyes ordinarias en texto refundido y no de la Constitución. Así lo dispone en todo su texto, el que se refiere expresamente a las leyes ordinarias.

La reforma a las disposiciones constitucionales son expresas de acuerdo con el art. 192, lo cual evita los problemas de las derogaciones tácitas que se presentan en las leyes ordinarias. La reforma se incorpora a la Constitución, y si existen antinomias entre las disposiciones del texto reformado se solucionan a través de reglas especiales de hermenéutica por el Tribunal Constitucional y no a través del sistema del Digesto de nuestro ordenamiento jurídico, atribuido a la Asamblea Nacional, por su ley orgánica, mediante el cual se somete al plenario para determinar la legislación vigente en el país. Este es un procedimiento muy delicado y creo que no pude ser aplicado con relación al ordenamiento constitucional, es sumamente peligroso y estaríamos creando un nuevo poder constituyente permanente. Por ejemplo, sería absurdo pensar que en el plenario se derogaran por desuso los arts. 81 y 166 de la Constitución que respectivamente regulan la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y de los legos en la organización de los tribunales de justicia, al comprobarse que nunca han sido aplicados, pero puede reformar, de acuerdo con el procedimiento correspondiente, los artículos del Código de Procedimiento Civil que regulan el jurado civil y la promesa decisoria porque en realidad están en desuso. Por otra parte, en la nueva publicación se borra de la Constitución el párrafo 2 del numeral 6 del art. 150 de la Constitución declarando inaplicable por la Corte Suprema de Justicia por sentencia de los 8: 13 a.m. del 30 de agosto del 2005, como si la Corte fuera un poder constituyente con facultades para reformar o derogar la Constitución.

Estas sentencias han sido dictadas, como ya expresamos, contra los procedimientos establecidos en las leyes para dictar sentencias y contra la misma Constitución, pues fueron pronunciadas, primero por magistrados suplentes que no estaban autorizados para ello, ya que en la misma audiencia estaban presente el propietario y su suplente¹⁰⁸, y segundo con la presencia de ex-magistrados a los que se les había vencido el período. Por otra parte, empleando procedimientos muy irregulares, se declaró en forma sorpresiva que las citadas sentencias ya estaban firmes y pasadas en

¹⁰⁸ Por sentencia de las 10:45 a. m. del 12 de mayo de 2010, la Sala de lo Constitucional declaró que el sustituto en el ejercicio de la diputación, por negarse a ejercerla el Expresidente de la República, no era el verdadero Vicepresidente electo junto con el Presidente en las elecciones populares anteriores, como lo exige la Constitución, recayendo en un insulso personaje (Peypoyo) de nuestro folklore nacional que por suerte y sus vínculos familiares todo lo obtiene sin esfuerzo. Dicha sentencia la suscribieron el magistrado propietario y el suplente, con lo que se forma una mayoría de tres a dos, pero si se le resta al suplente se produce un empate y no existe sentencia. Similar caso se dio en la sentencia dictada por la Sala Primera de la Suprema Corte de México el 26 de julio de 1958, la que fue suscrita por el ministro sustituto y el sustituido, produciéndose una mayoría de tres a dos, pero restado el voto del sustituto se produce un empate y en opinión de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el resultado es una no sentencia, una inexistencia de sentencia (Clínica Procesal. Editorial Porrúa, S. A. México. 1982, p. 48).

autoridad de cosa juzgada por confirmación de la Corte Plena. Después incorporaron ilegalmente a los conjuces.

Estos son casos que rebasan todos los planteamientos normales a que me he referido y quizás merezcan un tratamiento especial. Ya en Nicaragua existen dos proyectos de ley presentados ante la Asamblea Nacional para derogar el Decreto Ejecutivo al que se ha hecho referencia, lo mismo que la oficiosa reforma a la Constitución que hizo la mencionada Sala sobre la reelección del Presidente de la República, Vicepresidentes, Alcaldes, Vicealcaldes. No creo que sea necesaria una ley para declarar la inexistencia, basta una resolución o declaración legislativa o una resolución del poder electoral o judicial, porque no existe cosa juzgada por impedirlo la inexistencia.

En los Estados Unidos de América, el Congreso se ha visto en la necesidad de corregir por medio de una ley (*Submerged Lands Act*) que revocó la atribución a la Unión de los pagos de petróleo en el terreno costero, decretada por el Tribunal «United States vs. California». En 1957, el Congreso por ley limitó al mínimo las repercusiones de la sentencia de la Suprema Corte (caso «Jeneks vs. United States»), en la que el acusado ante un tribunal federal fue autorizado a inspeccionar los informes secretos hechos por los agentes porque afectaba sobre lo testimoniado por los funcionarios en el proceso¹⁰⁹.

Cuestión diferente es la facultad del Tribunal Constitucional para cambiar en el futuro la jurisprudencia sentada sobre la constitucionalidad de una ley o sobre aspectos de hecho de la misma, al declararla posteriormente inconstitucional por el cambio evolutivo de las circunstancias que la rodean o sobre algunos supuestos de hecho que la vuelva inconstitucional dejándola constitucional para otros. También existen sistemas, como el nuestro, en que la declaración de constitucionalidad produce cosa juzgada general por lo que una ley declarada constitucional hoy, mañana no se puede declarar inconstitucional¹¹⁰.

Son muy frecuentes en América Latina las violaciones, fraudes y abusos de la Constitución las que han causado crisis institucional, políticas, sociales e intelectuales y la aprobación de centenares de constituciones y sus reformas¹¹¹. El fraude constitucional cambiando el ordenamiento constitu-

¹⁰⁹ Cfr. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución. Ob. cit.*, p. 314. «La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos». *Revista de Estudios Políticos*, N.º 133, enero-febrero de 1964, Madrid, España 1964, pp. 68-75. Hamilton no acepta esta solución, pues como vimos anteriormente, sostiene que la legislatura por ley no puede revocar una decisión judicial en un caso especial, pero jamás pudo imaginarse casos tan graves como los señalados.

¹¹⁰ Art. 19 de la Ley de Amparo.

¹¹¹ Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Violación, fraude y abuso de la Ley y la Constitución*. Estudios Jurídicos. *Ob. cit.*, T. I, p. 413 y ss. Pedro DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991, pp. 291 y ss.

cional por uno nuevo se dio en la Alemania de la Constitución de Weimar mediante el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial, lo que forzó al Parlamento a concederle al sistema nazi poderes constituyentes. Hitler, el Führer del III Reich, sin reformar la Constitución de Weimar, creó un Estado totalitario y destruyó dicha Constitución, sin quebramiento formal de la legalidad.

Pero las violaciones, abusos y fraudes a la Constitución no terminan aquí. Actualmente la Corte Suprema de Justicia esta desintegrada en su organización administrativa y jurisdiccional porque se venció el plazo para que fueran electos y no han sido nombrados nuevamente los magistrados que integran el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial, las cuatro Salas de la Corte (Penal, Civil, Constitucional y Contencioso Administrativo) y el Presidente y Vicepresidente de la Corte Suprema. Además se les venció el plazo constitucional a dos magistrados de la Corte Suprema de Justicia los que, a pesar de ello, continúan actuando en este Alto Tribunal, amparados en las citadas sentencias, quedando por lo tanto solo doce magistrados constitucionalmente nombrados por la Asamblea Nacional.

Ante la oposición de seis magistrados, los otros seis, con la colaboración de los dos magistrados de plazo constitucional vencido, han llamado a formar parte del cuerpo de la magistratura a los Conjueces, otorgándoles el rango de propietarios, que constitucionalmente no tienen esa naturaleza, pues ellos actúan solamente por ausencia, inhibición o recusación de los propietarios. Es importante aclarar que los seis magistrados opositores excluidos están presentes y han manifestado su voluntad de conocer y sentenciar los casos, pero a pesar de ello fueron llamados los Conjueces. La causa fue el rechazo a los votos razonados a sus sentencias, negándonos el derecho a disentir, lo que representa una violación a la Constitución y a la independencia de los magistrados.

Estos Conjueces están contemplados en el art. 163 de la Constitución, pero no existe reglamentación para su implementación y aplicación, solamente existe en Proyecto de Ley en la Asamblea Nacional. No obstante, los seis magistrados, juntos con los de plazo constitucional vencido, arrojándose funciones legislativas, violando el principio de la división de poderes, reglamentó por un acuerdo la disposición constitucional, que solamente puede desarrollar la Asamblea Nacional, a su gusto y antojo el funcionamiento de los Conjueces para desplazar y obligar a renunciar a los otros seis magistrados que se oponen a tal despropósito. Los jueces y magistrados reciben su investidura para conocer y juzgar los casos que se le presentan de la Constitución y la ley¹¹². Por otra parte, todas las personas tienen

¹¹² Art. 34 inc. 2 y 158 de nuestra Constitución.

el derecho de ser juzgados por su juez natural que es el establecido por la ley, con anterioridad al acto o hecho que motivan su actuación e investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que originó su actuación. Asimismo este principio impide las modificaciones y cambio arbitrario de los titulares del órgano jurisdiccional (jueces o tribunales *ad-hoc*)¹¹³.

En el caso de los mencionados Conjueces, como ya expresamos, no reciben su investidura de la ley, sino de la voluntad arbitraria del grupo de los ocho, todo lo cual vicia de inexistencia cualquier resolución o sentencia firmada por estos Conjueces usurpadores.

Para justificar nuestra eliminación por los ilegales conjueces ocuparon un pasaje de uno de mis libros relacionado con los suplentes del Consejo Supremo Electoral que nada tiene de igual o similar con los conjueces, confundiendo lo negro con lo blanco, lo bueno con lo malo, pues aquel órgano está integrado por siete magistrados propietarios y tres magistrados suplentes nombrados por la Asamblea Nacional ante la cual toman posesión (art. 138 inc. 8, 170, 178 Cn). Tanto los propietarios como los suplentes son magistrados y ambos gozan de inmunidad (art. 172 Cn). El magistrado electoral propietario en caso de ausencia debe señalar a su suplente y si no lo hace es lógico que se llame directamente al suplente porque la emisión equivale a renunciar a tal facultad. El llamado es temporal.

Los conjueces, en cambio, no son magistrados, no forman parte de la Corte Suprema, no gozan de inmunidad (art. 162 Cn), no forman parte de la Carrera Judicial (art. 3 de la Ley de Carrera Judicial) y ni siquiera aparecen como auxiliares de la justicia (art. 169 y sigts. de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Son llamados exclusivamente por ausencia, excusa, renuncia o implicancia del propietario (art. 163 Cn) y falta ley para que puedan ser incorporados a sus funciones. No están investidos los Conjueces actualmente de potestad jurisdiccional para dictar sentencias.

El llamado de estos Conjueces es temporal, a diferencia del suplente del Consejo Supremo Electoral, cuya función es permanente.

Tampoco existe ausencia por parte de los magistrados destituidos, rechazo para integrar Salas, trabajar y dictar sentencias. Por el contrario, siempre hemos manifestado la voluntad de trabajar, ejercer nuestros derechos, firmar sentencia y disentir en su caso, prueba de ello es la considerable cantidad de sentencias que se han proyectado y otras revisadas de los demás magistrados.

¹¹³ Art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas. Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Art. 14. a. b. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas que forman parte de nuestra Constitución de acuerdo con el art. 46.

Las razones indicadas demuestran claramente que no tiene nada que ver el caso de los magistrados del Consejo Supremo Electoral con el de los Conjuces de la Corte Suprema de Justicia. Repito basta una simple lectura de la Constitución para darse cuenta de que no existe semejanza alguna.

Hay que agregar más: Actualmente la Corte Suprema de Justicia está dictando resoluciones en los que el grupo de los ocho denomina «Corte Plena»: De acuerdo con el art. 163 de nuestra Constitución la Corte Suprema de Justicia se integra en Salas conforme la ley y solamente se le concede a la Corte Plena la facultad de resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado; el resto de las competencias están establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la manera siguiente: la Sala Civil conoce de esta materia en casación civil; la Sala Penal conoce de esta materia en casación penal; la Sala Constitucional del amparo y de ciertas cuestiones de competencias entre los poderes del Estado y otras competencias; y la Sala de lo Contencioso Administrativo conoce de esta materia. Ni la Constitución ni la Ley Orgánica ni ninguna otra ley autorizan a la Corte Plena a conocer de dichas materias, lo que corresponde en último recurso a las Salas. Lo que decida la supuesta Corte Plena es inexistente, igual sería si fallaran en Sala o el grupo de los ocho y los Conjuces. Esta situación es grave para la seguridad jurídica, fatal para la paz social, política e institucional, lo mismo que para la inversión interna y externa. Es la destrucción de la santidad de la cosa juzgada, lo cual deja sin solución los casos que decidan¹¹⁴.

¹¹⁴ En la nota infra 107 nos referimos al caso de la destitución ilegal de cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Una vez que recuperaron su cargo declararon que todas las providencias y decisiones dictadas con intervención de los magistrados usurpadores adolecen de los mismos vicios inherentes a su propia incapacidad, siempre que los interesados no hubiesen cubierto las nulidades con su propia aquiescencia. (S.12 m. del 18 de agosto de 1927, B. J., p. 6068. S. 12 m del 9 de agosto de 1927, B. J., p. 6058. S. 12 m. del 27 de agosto de 1927, B.J., p. 6076. Esta misma Corte declaró que no era procedente la nulidad de la sentencia impugnada firmada por los magistrados ilegales porque el interesado manifestó su aquiescencia, ya que en el conflicto entre la rigidez de los principios y los beneficios de la paz social debe mantenerse la validez de las fallos de los jueces de facto si hay aquiescencia (S. 12:00 m. del 2 de septiembre de 1927, B. J., p. 6076. S. 8:11 a. m. del 27 de octubre de 1927, B. J., p. 6192. S. 11:00 a. m. del 1 de febrero de 1930, B. J., p. 7287). En estas sentencias que no declararon la nulidad de la sentencia firmada por los magistrados de facto, los magistrados legalmente electos en la época de los facto, sostuvieron que aceptaban la declaración de nulidad por las razones siguientes: que contra las sentencias firmes de la Corte Suprema de Justicia no cabe recurso alguno (art. 508) y que la elección por el Congreso (se refieren a los de facto) ante que les venciera el plazo a los legítimos magistrados destituidos no implica ninguna nulidad, ni de sus resoluciones, la que no puede ser declarada por ninguna otro poder (se refieren al poder judicial) que no fuera el Congreso mismo, aceptando así la tesis de que el caso actual

Los actos procesales pueden ser inexistentes, nulos absolutamente o nulos relativamente. Esta distinción es la misma que se hace en el Derecho Civil y es trasladado al procesal. El acto inexistente no nace a la vida jurídica, queda como simple hecho: por lo que una «sentencia dictada por quien no es juez no es una sentencia, sino una no sentencia... el acto no solo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse... no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado: quod non est confirmare nequit», como expresa Couture.

Son actos o procedimientos inexistentes, por ejemplo: el juicio o recurso tramitado ante quien no es juez o magistrado (los ex magistrados y conjueces), la sentencia sin firma, el juicio en que cualquiera de las partes no está representada por su verdadero representante; el juicio en que no se emplazó al demandado.

La inexistencia es irrenunciable, imprescriptible y puede declararse de oficio, como consecuencia, los interesados siempre conservan su acción para pedirla.

Los actos procesales son absolutamente nulos porque sus elementos esenciales adolecen de graves vicios, de tal manera que se puede declarar de oficio, pero debe ser declarada, a diferencia de la inexistencia que no necesita ser declarada.

En la nulidad relativa existen vicios de los actos procesales, pero no tan graves, por lo que sólo cuando causan perjuicio pueden ser inválidos y se pueden convalidar mediante aceptación del perjudicado. En el proceso este tipo de nulidad es la que aparece con más frecuencia, razón por la cual algunos autores sostienen que es la única que opera en el proceso.

De acuerdo con lo expuesto y la diversidad de criterios en torno a los tipos de nulidades es conveniente atender a cada legislación para determinar los tipos de nulidades y sus efectos.

Los ejemplos propuestos de inexistencia no son los fáciles de los manuales de enseñanza, se presentan con cierta frecuencia en la realidad y uno de ellos concreta la literatura shakespereana en el famoso caso del Mercader de Venecia en el que es sentenciado el judío Shylock por Porcia, considerada como no sentencia, sin que jamás pueda convalidarse y adquirir el carácter de cosa juzgada.

El argumento se desarrolla así: Bessanio necesitaba tres mil ducados para contraer matrimonio con Porcia, bella y pretendida por muchos enamorados, incluso príncipes. Su buen amigo Antonio, mercader de Venecia,

de los dos magistrados de plazo vencido que operan en la Corte Suprema de Justicia, pueden ser separados por medio de una ley o decreto de la Asamblea Nacional. Esta doctrina de la aquiescencia no reconoce la inexistencia de los actos procesales. Es cierto que nuestro Código Civil no regula la inexistencia de los actos jurídicos, pero esto no es argumento para inaplicar la inexistencia a los actos procesales, lo que sería sumamente peligroso en nuestros países.

es el encargado de proveerlos, pero carecía de dinero efectivo por haberlo invertido en barcos que navegaban en asuntos de negocios, por lo que recurre a conseguir un préstamo con el judío Shylock, en el cual sirvió de fiador de Bessanio. El préstamo se documentó en un pagaré autorizado por escribano, en el cual se incorporó como cláusula penal por el incumplimiento, el derecho del prestamista a cortar una libra de carne del cuerpo de Antonio. Las expediciones de las naves fracasan y además se venció el plazo de tres meses del pagaré para pagar la deuda, por lo que Shylock lo demandó ante los tribunales de Venecia, rígidos en la aplicación de la justicia, puesto que del cumplimiento de los convenios depende la riqueza de la ciudad y de todas las naciones. El encargado de sentenciar (*amicus curiae* dicen algunos autores) era un joven doctor en leyes, el cual es suplantado por Porcia, sin tener, por supuesto, ninguna investidura jurisdiccional y además interesada en absolver a Antonio, pues conocía el caso y la crueldad de Shylock.

A Shylock se le pide clemencia y hasta se le ofrece pagarle seis mil ducados, pero no acepta por odiar a Antonio, que lo denigraba y prestaba sin interés para salvar a los deudores del usurero, por lo que pedía con insistencia la libra de carne de Antonio. Porcia le expresa Shylock que tiene derecho de cortar una libra de carne, ni más ni menos, de cualquier parte del cuerpo, incluyendo del pecho, pero si no cumplía con lo anterior o se vertía una gota de sangre cristiana, lo que no está previsto (interpretación literal) en el convenio, sus tierras y bienes serán confiscados en beneficio del Estado de Venecia. Ante esa advertencia Shylock acepta que le paguen tres veces el valor del pagaré y dejen marchar a Antonio, por lo que Bessanio ofrece el dinero, pero Porcia insiste en el cumplimiento de la cláusula penal y sus graves consecuencias para Shylock, quien ante la decisión acepta solamente el pago del principal y que lo dejen libre. Bessanio ofrece eso, pero Porcia insiste nuevamente en la cláusula penal, en virtud de lo cual Shylock expresa que ante el tribunal no hay que discutir (desistimiento).

Porcia le expresa Shylock que aguarde porque existen otros cargos en su contra, pues, como extranjero, atentó contra la vida de un ciudadano, por lo que, de acuerdo con las leyes, una mitad de sus bienes pertenecía a la persona contra la cual conspiró (Antonio) y la otra mitad al Estado y que su vida dependía de la misericordia del Dux, quien decide perdonarle la vida y en cuanto a sus bienes una mitad pertenece a Antonio y la otra mitad al tesoro público, pero que con su humildad se puede transformar en multa. Porcia se opone a transformar en multa la mitad de Antonio, a quien le pide si esta dispuesto a concederle algún perdón. Este le pide al Dux y al tribunal que no se imponga la multa con que pensaba sustituir la confiscación de la mitad de sus bienes, y que mitad que le correspondía le

conceda el simple uso para entregarla a su muerte al caballero que recientemente raptó a la hija de Shylock, bajo las condiciones de que se vuelva cristiano y haga ante el tribunal una donación legal de todo lo que posea en el momento de su muerte a su yerno Lorenzo y a su hija. Ante lo expuesto Shylock se siente impotente, vencido y acepta, el escribano redacta el acta de la donación, el judío sale del tribunal, promete cumplir las condiciones y pide que le lleven a su casa el acta para firmarla¹¹⁵.

Este caso se estudia desde el punto de vista sustancial y formal. Desde el primero se sostiene que aquí entran en juego los principios del abuso del Derecho, la no aplicación estricta del derecho, la no aceptación de cláusulas inmorales en los convenios, para que los jueces las anulen o corrijan. Desde el segundo se sostiene con acierto que la sentencia es inexistente, una no sentencia.

Creo que el caso nuestro de la actual desorganización de la Corte Suprema de Justicia y la presencia ilegal de los Conjueces, provoca la inexistencia de las sentencias que dicten. El criterio de la inexistencia de los actos procesales lo siguen numerosos autores: Chiovenda que afirma que si es discutible la distinción de los autores del Derecho Civil entre los actos nulos e inexistentes, en el proceso es teórica y práctica para el mismo. La aplicación de la inexistencia en el proceso es aceptada por Carnelutti, Redenti, Rocco, Calamandrei¹¹⁶.

¹¹⁵ En el proceso no cabe la legítima defensa en causa propia o en favor de tercero aunque el propósito del seudo juzgador sea justo, porque el juez tiene que ser un tercero imparcial que resuelva el conflicto. Porcia no podía ser juez imparcial porque defendía intereses propios, era juez y parte. Lo propio puede decidirse del Alcalde de Zalamea, Pedro Crespo, personaje del Alcalde de Salamea de Pedro Calderon de la Barca, quien condenó a muerte al Capitán Álvaro de Atayde, porque violó a su hija Isabel, destruyendo su honor y el de la familia, a pesar de no ser juez competente e imponerle la pena del garrote y no a la degollación, en virtud de que así lo exigía el fuero militar. Don López de Figueroa, con brillantes argumentos militares, religiosos, políticos y legales, trata de convencer a Crespo, pero en éste prevalecen más los sentimientos de justicia y de honor. «Don López: ¿Sabéis que estáis obligado a sufrir, por se quien soiy, estas cargas? Pedro Crespo: Con mi hacienda, pero con mi honor no. Al rey la hacienda y la vida se ha de dar, pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios». El rey Felipe II, después que Crespo le explica el caso, termina aceptando la ejecución ya realizada a pesar de no tener competencia para ello, porque si erró lo menos, acierta en lo principal y lo declaró Alcalde perpetuo (Cfr. para profundizar Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Legítima Defensa y Proceso*. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1992. T II, p. 605 y ss. Proceso, Autocomposición y Auto-defensa. México, Imprenta Universitaria. 1996).

¹¹⁶ Cfr. Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1974, pp. 377 y ss. p. 393 y ss. Hernando DEVIS ECHANDIA, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1964, T. IV, pp. 284 y ss. Piero CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil*. Ejea, Buenos Aires, Argentina. 1962, T. III, pp. 297 y ss. Manuel IBÁÑEZ FROCHAM, *Tratado de los Recursos en el Derecho Procesal*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires. 1957, pp. 169 y ss. Rudolf VON IHRING, *Lucha*

Al momento de escribirse estas líneas, el grupo de los ocho ha destituido registradores, jueces y presidentes de sala de tribunales de apelaciones, varios magistrados y jueces están sometidos a procedimientos disciplinarios con amenazas de ser destituidos, todo por no obedecer a sus mandatos; a los letrados, miembros de la carrera judicial y funcionarios administrativos que no comulga con sus ideas no se les ha pagado el sueldo y demás prestaciones, algunos de ellos ya destituidos y otros han sido amenazados.

A los seis magistrados disidentes no se les paga el sueldo y sus prestaciones, se les amenaza y humilla en todo los sentidos y a su personal de apoyo se les niega su salario y son marginados. Esto nos recuerda la pena que se aplicaba en el Derecho Penal romano por los delitos de envenenamiento, peculado y otros, que consistían en la prohibición del agua, el fuego y otros elementos indispensables para la vida, en virtud de la cual se obligaba al condenado al destierro o deportación «voluntaria», pues a ningún ciudadano romano podía perder su ciudadanía sin su voluntad. Una forma perversa de darle solución a la violación de un derecho. Esta interdicción del agua y el fuego se nos aplicó (estando libre de toda culpa, inocentes) por los culpables para obligarnos a renunciar.

Todo esto es un golpe al Poder Judicial, su independencia interna y externa desaparece y se produce una sumisión al Poder Ejecutivo. El juez o tribunal debe obedecer a la cúpula de la Corte Suprema y la cúpula al Poder Ejecutivo. El Estado de Derecho colapsó en Nicaragua: el Poder Judicial destruido, por las razones expresadas; el Poder Electoral destruido porque los magistrados del Consejo Supremo Electoral se le venció su período constitucional y no han sido nombrados por la Asamblea Nacional; la Contraloría General de la República destruida porque ya se venció el plazo constitucional a sus miembros y no han sido nombrados por la Asamblea Nacional y ésta se encuentra neutralizada y permeada por la corrupción. Todos estos poderes y órganos constitucionales son controlados por el Poder Ejecutivo que concentran todo el poder del Estado en una sola persona: el Presidente.

La inamovilidad y la garantía de un salario justo, estable, digno de los jueces y magistrados, es la base fundamental de la independencia del poder judicial, sin depender esas garantías del capricho del legislador¹¹⁷. Así lo exige Hamilton en «El Federalista» en los artículos LXXVIII y LXXIX, nuestra Constitución vigente en los arts. 129, 158, 159, 162, y 165, los

por el Derecho. Estudios Jurídicos. Editorial Heliasta, S. R. L. Buenos Aires, Argentina. 1974, p. 55 y ss.

¹¹⁷ En nuestras constituciones de 1939 (art. 262), 1950 (art. 239) y 1974 (art. 313) se dispone que «no podrán suprimirse o disminuirse los sueldos correspondientes al Poder Judicial en forma que perjudique a cualquiera de sus miembros, ni demorarse el pago de ellos».

constitucionalistas, procesalistas, filósofos del Derecho, los juristas en general y la Corte Suprema de Justicia que —después del Golpe de Estado del General Emiliano Chamorro¹¹⁸ en virtud del cual se destituyeron varios magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, nombrándose otros, se trasladaron a otros magistrados de las Cortes de Apelaciones sin su voluntad a lugares no deseados— y ya integrada por los magistrados anteriormente destituidos, declaró inconstitucionales las leyes y decretos de destitución y traslados, anuló sentencias suscritas por los magistrados usurpadores y sostuvo que la inamovilidad de los jueces y magistrados es fundamental para la independencia del Poder Judicial^{119/120}.

Ya hemos demostrado hasta la saciedad que la crisis inconstitucional y su irradiación en los otros poderes tienen su origen principalmente en el poder judicial (el plan para la reelección y la prórroga del plazo de los funcionarios de plazo vencido fue concertado por los cuatro poderes, concebido, dirigido y sellado por el judicial), debido a las arbitrarias sentencias de un grupo de magistrados, las cuales hemos impugnado punto por punto con argumentos incontestables, en la misma Corte Suprema y en los

¹¹⁸ Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *El Constitucionalismo Nicaragüense*. Editorial Hispamer. T. II, pp. 49 y ss.

¹¹⁹ S. 12 m. del 27 de agosto de 1927, B. J., p. 6076. En esta sentencia se dijo que la Corte Suprema es el árbitro real de la supremacía de la Constitución, con exclusión de cualquier poder. Agrega que la inamovilidad «es la garantía de la justicia misma que se debe encontrar protegida en la independencia de los jueces, quienes deben tener su libertad de acción segura, para afianzar el coraje de resistir los alagos y amenazas de donde quiera que vengan y poder castigar al culpable por muy poderosos que sean y para no oír otras voces que los de su propia conciencia (Garsonnet)». En S. 12. m. del 18 de agosto de 1927, B. J., p. 6068 se declaró nula la sentencia de las 11:00 a.m. del 1 de junio de 1927. La S. de las 11:00 a. m. del 18 de febrero de 1929 firmada por funcionarios de facto fue declarada nula por S. 11:00 a. m. del 1 de febrero de 1930, B. J., p. 7280.

¹²⁰ Las ambiciones del Gral. Emiliano Chamorro, el golpista, para ser Presidente de la República, lo llevaron a cometer graves errores que complicaron más su delicada situación. Eliminó a varios diputados liberales e incorporó a otros que habían perdido las elecciones, destituyó por medio de un decreto legislativo a los magistrados electos constitucionalmente Joaquín Cuadra Zavala, Carlos A. Morales, Manuel Pérez Alonso y Modesto Valle porque habían acogido un amparo interpuesto por el magistrado Pastor Luna, el cual había sido trasladado ilegalmente de una región a otra; lo incorporaron como Senador y después el Congreso lo nombró Presidente de la República. Envío a Washintong para gestionar su reconocimiento al Dr. Carlos Cuadra Pasos y los historiadores han expresado que se había logrado avance, pero con el Golpe de Estado al Poder Judicial perdió toda esperanza de reconocimientos. Es importante tener presente que la doctrina tobar (en homenaje a su creador el canciller ecuatoriano Carlos R. Tovar) cuyo proponente estableció la tesis de que un gobierno revolucionario sólo debería ser reconocido después del sufragio popular, doctrina reconocida por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador en el tratado de 1907 y en el tratado de Paz y Amistad de 1923. Cfr. Wagner MENEZES, *Derecho Internacional en América Latina*. Fundación Alexandre de Gusmao. Brasilia, 2010, pp. 147 y 148.

más importantes foros nacionales e internacionales, a los cuales agradecemos. Pero es muy triste no sentirse suficientemente respaldado ante la represión arbitraria del poder. No podemos percibir si es por inexperiencia o intencionalmente que la oposición (no sólo los partidos o movimientos políticos, sino también la sociedad civil y en general los que se oponen al gobierno) no ve el árbol envenenado por ver desordenadamente la montaña, se dedica a las simples protestas mediáticas, hablan y hablan hasta allí no más, y no ataca el problema ante los diferentes factores de poderes políticos, económicos y sociales, más bien se dividieron sus integrantes como tontos útiles (o se hacen los tontos), desperdiciando lo más efectivo y real que se había hecho en contra del Estado fallido.

El sacrificio de nuestra marginación arbitraria en la Corte Suprema era válido mientras acomodaba sus intereses a la crítica situación del país, creyendo infantilmente que obtendrían ventajas políticas y de otra índole, pero cuando los «opositores» sintieron los graves efectos de las destructivas sentencias contra la seguridad jurídica y además el avance peligroso del Estado de facto, hasta llegaron a expresar algunos miembros que debimos haber estado incorporados en la Corte para oponernos, contradiciendo su criterio inicial, ahora nos critican porque volvemos para defender la integridad física, el honor, la libertad, los derechos humanos y la propiedad (el tuyo y el mío) de las personas. Las acciones, recursos y reclamos están franqueados a los ciudadanos, interesados o partes para reclamar la violación de sus derechos políticos y comunes, en la vía nacional e internacional, la inexistencia de las sentencias firmadas por los exmagistrados, los conjueces y las otras dictadas en forma anómala, pero no lo hacen ¿Cuál es la razón? ¿Será ignorancia, consentimiento o conciencia de que todo está perdido o confusión ante tanta información engañosa?

Nuestro voto disidente reclamando la inexistencia queda incorporado en cada sentencia, por lo que queda en manos de los interesados hacer la impugnación, pues son las partes legítimas para ello, los jueces no son parte. Los que hoy nos critican están preparándose para las elecciones de autoridades supremas organizadas por el Consejo Supremo Electoral reconociendo su legalidad y existencia, al cual nosotros hemos declarado inexistente, mostrando el doble estándar de moralidad de sus decisiones: lo que es malo para nosotros, es bueno para ellos, y lamentablemente en esto también han participado ciertos medios de información de ultra derecha conservadora que, incapaz de plantear el tema y dar la solución, nos culpan de lo que hemos hecho, encargándose de confundir y engañar al pueblo con falsa información, encubriendo oscuros intereses políticos y económicos. Ahora en editoriales y crónicas contradictorias, por un lado le niegan legalidad al Consejo Supremo Electoral y, por el otro, lo reconocen al justificar la necesidad de conocer a las elecciones para que no su-

ceda al perjudicial obstrucción de la Venezuela de Hugo Chávez, mostrando la doble moral. La autodenominada «verdadera oposición» y los medios patrocinan un candidato, llamado de consenso y unidad nacional, y como el Partido Liberal Constitucionalista, que nos propuso para la magistratura, tiene su candidato, todo lo que hagamos es malo, si estamos fuera es malo, si estamos dentro es malo, engaña y dividen al pueblo, el ataque es contra nosotros y no contra el Frente Sandinista, de esa manera fortalecen y le hacen el juego fácil a su hijo legítimo que cada día se parece más a su padre amantísimo.

Nosotros hicimos nuestro sacrificio, pero no tuvo el eco nacional, nadie fue capaz de emularnos cerrando negocios, realizando huelgas de solidaridad, protestas pacíficas en las calles. No lo hacían porque eso era prestigiar al Partido Liberal Constitucionalista y su candidato. ¡Qué mezquidad!

La unión es necesaria más ahora ante un Frente Sandinista experimentado, con mañas, sin guerra, apoyada por el bloque populista de Suramérica, principalmente por Venezuela, con dinero y un poder absoluto y extraordinario fuera del Estado de Derecho. Para eso necesitamos un candidato experimentado, con músculo de triunfo y coraje para ganar demostrado en elecciones primarias de los partidos de la oposición, acompañado un programa de gobierno de profundo aliento en el tiempo y el espacio. No es correcto decir «quiero ganar con este candidato», sino decir «este es el mejor en una contienda contra el poderoso Frente Sandinista».

Es difícil trabajar así, pero lo hemos hecho patrióticamente. No se tuvo la fuerza suficiente para que se convirtiera la crisis en un problema nacional e internacional como lo pedimos, no hubo eco. Seis meses imploramos ayuda: pocas voces nos dieron apoyo y confianza, nos sentimos en soledad. La historia, paciente maestra de la verdad, descubrirá las causas.

16. AMPLITUD DEL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE PRUDENCIA Y PREVISIBILIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Durante más de doscientos años al juez constitucional se le han atribuido numerosas atribuciones y competencias convirtiendo a la justicia constitucional en un poderoso órgano constitucional, defendido por unos y temido por otros. Sin agotarlas, enumeramos algunas: decide el conflicto de competencia entre los poderes del Estado, las municipalidades entre sí o con el gobierno central u órgano del Estado, entre éste y las Regiones Autónomas; asume buena parte de la materia electoral; juzga al Presidente de la República y otros altos funcionarios; controla plebiscitos y el referéndum; asesora a varios órganos del Estado y contesta consultas; controla incompetencias, incompatibilidades e inhibiciones de los funcionarios;

controla la actuación de los poderes del Estado e incluso al poder constituyente de la reforma a la constitución¹²¹; se le concede iniciativa para reformar la Constitución, como lo establece la Constitución de Panamá; el lenguaje constitucional evoluciona y se acomodado al tiempo, la naturaleza general, vaga, ambigua, indeterminada de las normas constitucionales; la imposibilidad del ordenamiento jurídico del poder regular los nuevos casos que el avance de la ciencia, la tecnología y la comunicación producen (muerte digna, la reproducción asistida, cultivo de células madres, clonación, etc.), le permiten al juez constitucional ampliar su facultad de interpretación mediante la relectura, la remodelación, de dichas normas, ajustándolas a los nuevos tiempos y exigencias de la sociedad.

Por medio de la justicia constitucional no sólo se defiende la división de poderes y los derechos económicos, sociales y culturales necesarios para el ejercicio de aquellos y el funcionamiento de la democracia y su gobernabilidad, sino que también produce cambios fundamentales en la realidad económica, cultural, social y política de un país, promueve con eficacia la democracia y gobernabilidad, la seguridad, la paz social, la aplicación de los derechos humanos y la convivencia pacífica. Esta misión puede realizarse, principalmente a través del amparo y el recurso de inconstitucionalidad o cualquier otro establecido. Por otra parte, el Derecho modera, suaviza y racionaliza al poder político para evitar el poder absoluto o dictatorial, todo en el marco de la constitución, dentro del cual puede jugar libremente.

La justicia constitucional paulatinamente viene controlando las cuestiones calificadas como políticas, anteriormente sustraídas a su conocimiento. Hoy, pues, se ven reducidas.

El control del poder en gran parte le corresponde a la justicia constitucional. De aquí que como el Tribunal Constitucional es el que controla la constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado de acuerdo a la constitución, se ha discutido, principalmente entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, si el órgano de control debe ser político de origen popular y neutral como el Jefe de Estado (tesis de Schmitt) o un órgano especial como el Tribunal Constitucional (tesis de Kelsen).

La jurisdicción constitucional en manos de la justicia constitucional ordinaria o un tribunal constitucional trae como consecuencia no una judicialización de la política, sino de una politización de la justicia, según Schmitt, pero Kelsen se pronuncia a favor del control jurisdiccional de la constitucionalidad porque no se puede ser juez de su propia causa (Jefe

¹²¹ Domingo García Belaunde recomienda prudencia ante los excesos del Tribunal Constitucional, el que no es un apoderado general con poderes ilimitados, generalísimos podríamos decir nosotros en Nicaragua (*El Derecho Procesal Constitucional en Perspectivas*. Editorial Idemsa. Lima, Perú, 2009, p. 311).

de Estado) y la función del Tribunal Constitucional no difiere de la judicial en la concretización de las leyes.

El nuevo juez, principalmente el constitucional, no es un juzgador atado a la letra de la Constitución, por el contrario es factor de cambio y órgano de control. Sus poderes son muy amplios por lo que deben ejercerlos con prudencia y previsibilidad para evitar o aumentar los conflictos.

Veamos algunos ejemplos de cómo la intervención de la justicia constitucional puede agravar o evitar el conflicto.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala dictó tres importantes resoluciones —entre el 25 de mayo y el 25 de junio de 1993— con motivo del Golpe de Estado del Presidente Jorge Antonio Serrano mediante decreto del 25 de mayo en el que se dejaban sin efecto una cantidad considerable de artículos de la Constitución, Ley de Amparo, Ley Electoral, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y de Partidos Políticos, la disolución del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad.

Ese mismo día se anuló dicho decreto (con el nombre Normas Temporales de Gobierno) por romper el orden constitucional y se ordenó la publicación de la sentencia. La sentencia no se publicó pero el Ejército apoyó a la Corte de Constitucionalidad y ésta requirió al Ministerio de Defensa para que se le diera auxilio. El Presidente abandonó el país y el Vicepresidente pretendió asumir la Presidencia, pero la Corte se lo impidió por su complicidad en la intentona golpista, y en su lugar se nombró a otro¹²².

La Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela mediante varias sentencias del 23 de octubre 2007, 20 de noviembre 2007 y 22 de noviembre 2007, entre otras, rechazaron sin argumentos aceptables los recursos de impugnación de las reformas constitucionales. En ellos se alegaban violaciones de forma y de fondo, entre ellas la reelección y la violación a los derechos fundamentales de los venezolanos y la indefinida reelección a favor del Presidente Hugo Chávez Frías, a pesar de los contundentes y bien razonables argumentos de la impugnación. Por otra parte, la reforma se hizo por la Asamblea Nacional como depositaria de la reforma constitucional más un referéndum aprobatorio que solo recibió el voto favorable del 28 % de los votantes inscritos en el Registro Electoral (victoria pírrica) y no a través de una Asamblea Constituyente porque cambiaba el sistema de Estado democrático —como lo sostuvo con anterioridad la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 19 de mayo de 2000— plural y social de Derecho por un

¹²² Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA, «Justicia constitucional y defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala en 1993. Cuestiones Constitucionales». *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México 2000, pp. 1 y ss.

Estado socialista, centralizado, militar y con una economía en poder del Estado. Por estas razones fue calificada esta reforma como fraudulenta, como lo expresó con anterioridad la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de noviembre de 2006. Se argumentó además que se violó el derecho de los ciudadanos para solicitar ante la justicia constitucional la supremacía de la Constitución¹²³.

El Tribunal Constitucional del Perú resolvió el proceso de inconstitucionalidad mediante sentencia del 27 de septiembre de 1996 contra la Ley de Interpretación Auténtica (Ley N.º 26657) por la cual, haciendo una peregrina interpretación del art. 112 de la Constitución, se habilitaba al Presidente Alberto Fujimori para reelegirse por tercera vez consecutiva. Tres magistrados se pronunciaron por la inaplicabilidad de dicha ley. Por venganza política estos tres magistrados fueron destituidos por el Pleno del Congreso por mayoría de votos, pero posteriormente Fujimori debió huir del país¹²⁴.

La Corte Constitucional de Colombia por sentencia C-141 del 2010 declaró inexecutable en su totalidad la Ley 1354 del 2009, mediante la cual se convocaba a un referéndum constitucional y se sometía a la consideración del pueblo con un proyecto de reforma constitucional para permitir que quien haya sido elegido Presidente de la República por dos períodos constitucionales pueda ser elegido únicamente para otro período, por razones de vicios de procedimientos, pero recordando la jurisprudencia de la Corte Constitucional de que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar la Constitución, mas no para sustituirla, por lo que todo cambio de la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformativo. Esta reforma tenía por objeto brindar una tercera de reelección consecutiva al Presidente Álvaro Uribe Vélez. Este fallo es un ejemplo de independencia del Tribunal Constitucional, el que llama a la paz, al crecimiento económico, a la confianza, al fortalecimiento de la democracia y el mejoramiento de la gobernabilidad y el Estado de Derecho.

En Bolivia y Ecuador los Tribunales Constitucionales han pasado dolorosos y difíciles ataques en el proceso de cambio político y constitucional.

En el proceso constituyente para la aprobación de una nueva constitución impulsada en Bolivia por el Presidente Evo Morales, se enjuició pe-

¹²³ Carlos AYALA CORAO y Jesús M. CASALES, «La Evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005». Estudios constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. Año 6 N.º 2. 2008, p. 435 y sigt. Allan. R. BREWER CARIAS, *El Juez Constitucional V. S. La Supremacía Constitucional*. El Juez constitucional en el siglo XX. Obra Colectiva Coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César de Jesús Molina Suárez. Unam y Suprema Corte de Justicia de México. México, 2009. tomo I. p. 385 y ss.

¹²⁴ Cfr Ernesto BLUME FORTÍN, *El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú*. Editorial Adrus. Lima Perú. 2009, pp. 334 y ss.

nalmente a los magistrados del Tribunal Constitucional por haber destituido a magistrados interinos de la Corte Suprema, designados por el gobierno, con el argumento de que cometieron delitos al dictar resoluciones contrarias a las leyes, incumplimiento de deberes, impedir o estorbar el ejercicio de funciones.

En el Ecuador, dentro del proceso constituyente encabezado por Rafael Correa para el cambio político y de constitución, el Tribunal Constitucional sufrió fuertes golpes. En diciembre de 2004, el Congreso destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional en abierta violación a la Constitución.

En Venezuela, Bolivia y Ecuador el ejecutivo dentro de un hiperpresidencialismo populista manejado por un caudillo, controla a los restantes poderes y órganos constitucionales. Así es su organización constitucional y legal, como el ejercicio caprichoso del poder por el líder, quien somete a control al poder judicial, al Tribunal Constitucional, a la organización y sistema electoral¹²⁵. Lo peor es que se usa la justicia para la persecución de los opositores políticos.

¹²⁵ Se usa el *gerrymandering* con referencia al gobernador de Massachusetts que en 1812 promulgó una ley para debilitar a la oposición dándole a un partido político una representación mayor que la que le corresponde al número de votos o excluyendo a otros grupos o zonas. Funciona así: concentra la votación del partido de la oposición en pocos distritos electorales, dando lugar que el otro partido pueda dispersar su voto en varios distritos electorales donde puede ganar con mayorías pequeñas, obteniendo así mayor representación con menos votos; se excluyen ciertos grupos o zonas de acuerdo al trazado de los distritos electorales; no reajustar los distritos electorales de acuerdo al ingreso de nuevos ciudadanos, lo que da lugar a que los distritos electorales que se ven reducidos de ciudadanos continúen prevaleciendo sobre los distritos en que ingresaron. En Venezuela se denunció el uso del *gerrymandering* y otras maniobras electorales.

