

# Líneas fundamentales de la nueva Ley de Amparo de Nicaragua

**SUMARIO:** I. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN: A) CONCEPTO.— B) CONDICIONES PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO.— II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.— III. CREATIVIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.— IV. LAS CUESTIONES DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LA NECESIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.— V. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: A) Los DOS GRANDES SISTEMAS JUDICIALES.— B) LOS CASOS ESPECIALES DE FRANCIA E INGLATERRA.— C) BASES FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DIFUSO.— D) INCONVENIENTES DEL SISTEMA DIFUSO.— E) CREACIÓN Y BASES DEL SISTEMA AUSTRIACO.— F) DIFERENCIAS FUNDAMENTALES DE AMBOS SISTEMAS.— G) ACERCAMIENTO ENTRE ELLOS.— H) BREVE REFERENCIA AL SISTEMA ALEMÁN, ITALIANO Y ESPAÑOL.— I) NUESTRA CLASIFICACIÓN.— VI. UNIDAD DEL AMPARO.— VII. VIAS PARA PROMOVER LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, DECRETO-LEY, DECRETO O REGLAMENTO.— VIII. RECURSO POR INCONSTITUCIONALIDAD: A) MATERIA DEL RECURSO.— B) COMPETENCIA.— C) CAPACIDAD PROCESAL.— D) LEGITIMACIÓN ACTIVA.— E) LEGITIMACIÓN PASIVA.— F) PROCEDIMIENTO.— G) EFECTOS.— IX. INCONSTITUCIONALIDAD EN CASOS CONCRETOS.— X. EL AMPARO: A) MATERIA DEL AMPARO.— B) LEGITIMACIÓN ACTIVA.— C) LEGITIMACIÓN PASIVA.— D) COMPETENCIA.— E) PROCEDIMIENTO.— F) EFECTOS.— XI. EL RECURSO DE EXHIBICIÓN PERSONAL: A) MATERIA.— B) LEGITIMACIÓN ACTIVA.— C) LEGITIMACIÓN PASIVA.— D) COMPETENCIA.— E) PROCEDIMIENTO.

## I. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

### A) CONCEPTO

El poder constituyente originario (1) emite (2) la Constitución en la que se organizan los poderes del Estado y se consagran los derechos individuales, políticos y sociales. Para realizar tan trascendental tarea

---

(1) En la doctrina se distingue entre poder constituyente y poderes constituidos. El

tendrá que recoger las realidades sociales, económicas y políticas, los valores más permanentes y arraigados la manera de ser y querer del pueblo para que la Constitución legal sea el reflejo de la real.

La Constitución es fundamental y superior. Lo primero porque sienta las bases esenciales del Estado y los derechos básicos del individuo y de la sociedad. Lo segundo es porque es la Ley de mayor jerarquía del Estado, la que representa la superlegalidad.

Dentro del orden jerárquico de las Leyes es la que ocupa el más alto rango, la Ley suprema, la super-Ley, la Ley de las Leyes como se le denomina. La Constitución y las Leyes constitucionales encabezan tal orden, siguen las Leyes, los Decretos legislativos y los Decretos con fuerza de Ley del ejecutivo, después los reglamentos y Decretos o acuerdos ejecutivos, continúan los acuerdos o resoluciones municipales y por último los casos en que se concretan las normas abstractas (resoluciones administrativas, sentencias judiciales, etc.). Estos casos concretos reciben los efectos de la actuación de la Ley y constituyen el límite inferior porque son los actos finales en la ejecución de la norma; y la Constitución, junto con las

---

primero es el encargado de estructurar el Estado y reconocer los derechos fundamentales por medio de la Constitución. Los segundos son los poderes u órganos creados por el poder constituyente para desarrollar los fines del Estado (poder ejecutivo, poder legislativo, etc.). A su vez, el poder constituyente se divide en originario y derivado (instituido). El primero es el encargado de hacer la Constitución y no tiene límites en cuanto al procedimiento que debe seguir para su elaboración, pero sí los tiene dentro del ámbito sustantivo, ya que no puede apartarse de las aspiraciones, ansias, derechos y realidades del pueblo, aunque fuera de ellos tiene libertad amplia. A este poder no se le puede imponer, por los poderes constituidos o por pactos de partidos, los principios en que debe estar inspirada la nueva Constitución, como ha sucedido en muchas ocasiones en nuestro país a través de pactos políticos partidistas (CHAMORRO-SOMOZA y AGUERO-SOMOZA). Puede surgir a raíz de un golpe de Estado o revolución mediante la convocatoria posterior a una Asamblea constituyente o bien por procedimientos pacíficos contemplados en la propia Constitución. El segundo, o sea, el poder constituyente derivado, es el encargado de hacer las reformas a la Constitución. Generalmente se le inviste de poder constituyente derivado a la Asamblea o Congreso ordinario, y en los sistemas semidirectos puede ser sometida la reforma a un referéndum. Cuando es el legislativo el encargado de hacer la reforma, puede tomar diferentes formas: Congreso en pleno (reunión de las dos Cámaras), las Cámaras ordinarias previamente renovadas al efecto mediante elección, las legislaciones ordinarias mediante procedimientos y condiciones especiales, como sucede en la Constitución sandinista. Algunos autores le niegan el carácter de poder constituyente a la Asamblea o Congreso ordinario facultado para hacer la reforma (cfr. *infra*, nota 8, R. CHAMORRO MORA, *Las constituciones políticas de Nicaragua*, Universidad Centroamericana, Managua).

(2) La titularidad de la soberanía se confunde con la titularidad del poder constituyente. Así, la puede tener el rey en las monarquías absolutas, las clases privilegiadas en la aristocracia, el pueblo y el rey en las monarquías constitucionales y el pueblo en la democracia. Por lo expuesto es posible contemplar en el Derecho comparado Constituciones denominadas otorgadas, porque es el monarca el que las da obedeciendo a su exclusiva voluntad, limitando así su poder.

Leyes constitucionales, el límite superior, pues no existe otra norma suprema que sobre ella prevalezca (3).

La Constitución le comunica unidad y validez formal al ordenamiento jurídico: la Ley ordinaria tiene que ajustarse a la Constitución, el reglamento a la Ley y la sentencia y demás actos concretos a las normas que los regulan. Sólo la Constitución no tiene sobre sí una norma superior; las demás normas se ajustan a la superior, pues ésta es condicionante de la inferior.

El principio de la supremacía de la Constitución tiene, entre otras, las consecuencias siguientes:

a) La Constitución no puede ser reformada por la Ley ordinaria. Aquí no opera el principio de que la Ley posterior deroga (expresa o tácitamente) a la anterior, aplicable a las normas de igual rango o cuando la posterior es de superior jerarquía, consagrado en los artículos 34, 35 y

---

(3) Sobre la Constitución no existe una norma superior que la condicione; pero el poder constituyente de donde emana, tal como lo expusimos en la nota número 1, tiene límites; las aspiraciones y realidades sociales, políticas y económicas, y el respeto a los derechos fundamentales no son limitaciones jurídicas, sino extrajurídicas. Sin embargo, pueden servir para apreciar la legitimidad o ilegitimidad de un Gobierno y de su Constitución. Por ejemplo: el Gobierno y Constitución sandinistas carecen de legitimidad de origen y de ejercicio. Lo primero porque el partido gobernante se hizo del poder al margen de lo acordado con su pueblo y la OEA: celebración de elecciones no libres de Presidente y Asamblea constituyente para elaborar la nueva Constitución y leyes constitucionales, lo cual vicia de ilegitimidad su producto, en lo cual está de acuerdo la doctrina (cfr. BURGOS, *Derecho mexicano constitucional*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973, págs. 286 y sigs., 376 y sigs. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Alfa, Argentina, 1953. Parte General, t. II, págs. 139 y sigs.); publicación de la nueva Constitución divorciada de la Constitución real de Nicaragua, o sea, de las aspiraciones y realidades de nuestro pueblo expresadas en su manera de ser, pensar y querer, destruyendo, apartando o aplastando los factores reales de poder que con su accionar la llegan a formar, los cuales son necesarios para la legitimación y aplicación efectiva de la constitución jurídica, según la doctrina más autorizada, expresada, entre otros, por BURGOS (*Derecho constitucional*, ob. cit., págs. 400 y sigs.) y FELIPE TENA RAMÍREZ (*Derecho constitucional mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1969, pág. 23); destrucción del capital; destrucción de la clase media; aplastamiento del proletariado y campesinado; limitación de la acción de la Iglesia católica y amenaza de destruirla mediante la creación de la Iglesia popular, que, a decir del pueblo, no es iglesia ni popular; destrucción y condena del Ejército al que le prometieron integrarlo al nuevo; etc. Lo segundo, porque la actuación del Gobierno no se hizo dentro de la Ley y del bien común de los gobernados. No se concibe una legitimación posterior por la aceptación del nuevo orden en vista de que el pueblo de Nicaragua votó por el No, unos con los pies (los del éxodo, hemorragia incontenible y mortal), otros con las armas (la resistencia, que fue parte de la cruenta guerra civil) y el resto con el estómago (los hambrientos azotados por el flagelo de la miseria, sin precedentes en nuestra historia). Últimamente el pueblo votó en elecciones libres en busca del cambio, incluyendo el constitucional en que descansaba el totalitarismo frentista (cfr. *infra*, nota 4).

36 del Título Preliminar del Código Civil. Una Ley posterior a la Constitución no la puede derogar; por el contrario, es ineficaz por oponerse a ella, ya que representa la superlegalidad del Estado (4).

Existen constituciones rígidas y flexibles. Son rígidas aquellas que no pueden ser reformadas por los mismos procedimientos de la Ley ordinaria. Son flexibles las que pueden ser reformadas por la Ley ordinaria (5).

El pueblo, haciendo uso de su poder soberano a través del poder constituyente, manifiesta en forma expresa su deseo de que la Ley fundamental que se está dando no sea reformada sin causa justificada por medio de procedimientos ordinarios que no invitan a la reflexión necesaria en este tipo de decisión. Para ello recurre al principio de la rigidez constitucional (6).

En la vida real, de los hechos, los laudables propósitos de tal distinción, fundada en la separación del poder constituyente y el poder constituido, son burlados en donde se usa y abusa de las reformas constitucionales que responden a los intereses mezquinos de minorías o del dictador y no del pueblo. Por tal motivo la Constitución inglesa, ejemplo de flexibilidad, resulta ser más rígida que las denominadas así en nuestros países, incluyendo Nicaragua (7).

---

(4) CALEMANDREI advierte la presencia de superleyes que limitan al legislador ordinario, lo que da lugar a la existencia de una superlegalidad a la cual las leyes ordinarias deben ajustarse para ser válidas. De este modo ve surgir el concepto de Ley ilegal (inconstitucional), que a primera vista parece absurdo porque la Ley aparece de por sí como legítima por definición. Así como los actos jurisdiccionales y administrativos pueden ser ilegítimos en la forma o fondo por transgredir una Ley, ésta también puede ser ilegítima por violar las normas del procedimiento legislativo u oponerse en su contenido a una norma superior (*Ilegitimidad constitucional de las leyes. Estudios sobre el proceso civil*, Ejea, Argentina, 1962, pág. 41). Cfr. *supra*, nota 3.

(5) MARIO BERNASCHINA GONZÁLEZ rechaza la validez de la teoría del poder constituyente y se pronuncia a favor de las constituciones flexibles (*Manual de Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1955, págs. 78-79). GABRIEL AMUNATEGUI favorece a las Constituciones semirrígidas (*Principios generales del Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1953, pág. 91). Son semirrígidas aquellas que si bien no pueden ser reformadas por las leyes ordinarias señalan procedimientos especiales que contienen exigencias fáciles de cumplir sin muchas dilaciones. Casi la totalidad de las Constituciones del mundo occidental son rígidas.

(6) IGNACIO BURGOS sostiene que el principio de rigidez es complementario del de supremacía de la Constitución (*Derecho constitucional mexicano*, ob. cit., págs. 422-423).

(7) En Nicaragua se han dado catorce Constituciones, tres no nacidas y dos proyectos, uno del 1 de julio de 1848 y otro de 1972 presentado por el Partido Conservador. Las reformas de algunas de ellas han provocado protestas, levantamientos y la Constitución de 1854 (que no tuvo vigencia y pretendía derogar la de 1838) dio motivo a la guerra civil, en la que intervino el filibustero WILLIAM WALKER (el filibusterismo patrocinado por el frentismo no sólo viene del Norte, sino de los cuatro puntos cardinales: toma muchas formas; principalmente el internacionalismo es blanco, negro, amarillo,

No quiero dar pábulo a pensar de que propugno por la irreformabilidad de la Constitución (Constitución pétrea de que habla KELSEN). Por el contrario, creo que como toda Ley tiene que evolucionar a la par de su pueblo e incorporar a su texto las nuevas necesidades, dejando al poder judicial buena parte de adecuarlo a cada época para evitar en la medida de lo posible toda su integridad. A lo que me opongo es al abuso que se hace con reformas innecesarias o perversas. También hay que tener mucho cuidado de no abusar encubriendo reformas o haciendo desnaturalizaciones con las Leyes interpretativas (interpretación auténtica), ahora contempladas en el artículo 62 del Estatuto General de la Asamblea Nacional.

La Constitución de los sandinistas es tímidamente rígida (semirrígida). No puede ser derogada por la Ley ordinaria. Sin embargo, la reforma parcial presenta las flexibilidades siguientes: i) En buena parte los trámites de la reforma a la Constitución y los de la Ley ordinaria son iguales por expresa disposición del artículo 192 de la Constitución y en los que difieren no son tan sustanciales las distinciones que verdaderamente inviten a la meditación, salvo en el requisito de discutir la reforma de la Constitución en dos legislaturas. ii) La Constitución, a diferencia de las anteriores, no regula los procedimientos especiales para su reforma y las comunes para la formulación y reforma de las Leyes ordinarias. Una Ley ordinaria como es el Estatuto General de la Asamblea Legislativa consagra el procedimiento legislativo de la formación y reforma de las Leyes ordinarias aplicable en buena parte a la reforma de la Constitución por el artículo citado, lo cual da pie para que mediante la modificación de la Ley ordinaria (el Estatuto) se facilite con creces la reforma de la Constitución. iii) La Asamblea ordinaria que conoce de las reformas constitucionales es unicameral lo que le comunica una rapidez poco compatible con la rigidez. iv) Las Leyes constitucionales: Ley de Amparo, Ley Electoral y Ley de Emergencia, pueden ser reformadas sin el requisito de las dos legislaturas (art. 195 Const.), lo que prácticamente las hace posibles de ser reformadas a semejanza de una Ley ordinaria en cuanto a su facilidad y rapidez.

La reforma a la Constitución puede ser parcial o total. La primera la hace la asamblea ordinaria (8) por un procedimiento al cual aludimos

---

etc.). Esto demuestra la inestabilidad política en que hemos vivido y todavía falta cambiar la Constitución sandinista porque no se ajusta a la real de nuestro pueblo. La Constitución es una obra que pretende perdurar lo más que se pueda, y hay que respetarla. Fue RADBRUCH el que dijo que una Constitución es un escudo que es tanto más estimado cuanto más arañazos y abolladuras de pasadas luchas muestra (cfr. IVÁN ESCOBAR FORNOS, "Panorama procesal", *Revista Jurídica de la Barra de Abogados*, núm. 3, 1988, págs. 37 y 47).

(8) El constituyente derivado tiene limitaciones: la misma Constitución puede establecer limitaciones, como, por ejemplo, la no reforma después de cierto plazo, la no

anteriormente. La reforma total la hace una Asamblea Constituyente convocada para tal tarea.

Puede ser objeto de referendun solamente la reforma parcial de la Constitución, según se desprende del artículo 160 de la Ley Electoral (9). Creo que se refiere este artículo a la reforma parcial porque la total la hace la Asamblea Constituyente electa por el pueblo. Lo que podría ser objeto de plebiscito es la conveniencia de hacer la reforma total, ya que es una medida de trascendencia nacional.

---

reforma bajo invasión extranjera, la no reforma del tipo de gobierno; prohibición de reformar los principios básicos o decisiones políticas fundamentales en que descansa la Constitución porque eso sólo lo puede hacer el poder constituyente originario. IGNACIO BURGOS se resiste a concederle al Congreso ordinario la calidad de poder constituyente y opina que los principios fundamentales no pueden ser modificados por él en su totalidad o cualquiera de ellos (*Derecho constitucional*, ob. cit., págs. 408, 426, 439, 442 y 443). ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN se adhiere a la idea de que el constituyente derivado no puede cambiar lo esencial del orden consagrado en la Constitución (*Tratado de Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1963, pág. 76). En cambio, FELIPE TENA RAMÍREZ le reconoce el carácter de poder constituyente a la asociación de órganos constituidos encargados de reformar o revisar la Constitución, denominándolo constituyente permanente. Hace un estudio amplio de la doctrina y legislaciones relacionadas con el tema de las facultades del poder revisor de la Constitución y señala cuatro sistemas constitucionales que han acogido las distintas opiniones doctrinales: a) las Constituciones que le conceden al constituyente derivado facultades ilimitadas de reformarla en todo o en parte, pudiendo sustituirla (Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1848, y la suiza de 1947); b) las que excluyen la revisión de los principios fundamentales (Constitución griega de 1927 y checoslovaca de 1948); las que sin referirse a los principios fundamentales no permiten la reforma de determinados preceptos (las que prohíben cambiar la forma federal de organización, la forma republicana de gobierno, etc.); d) las que sin hacer ningún pronunciamiento como las anteriores permiten su adición o reforma, como la mexicana (por nuestra parte agregamos a la sandinista). Con relación a la mexicana, opina que el poder constituyente permanente no puede formalmente dar una nueva Constitución, pero de hecho puede darse a través de las reformas. Nada escapa a su poder supremo siempre que subsista el régimen constitucional integrado por los principios que la conciencia histórica del país y de la época considere esenciales para que exista una Constitución (*Derecho constitucional mexicano*, ob. cit., págs. 51 y sigs.). En realidad, el tema es polémico. Me adhiero a la tesis de la limitación, que es la que implícitamente sigue la Constitución de los sandinistas. Distingue entre reforma parcial o total. La primera la hace la Asamblea ordinaria facultada para ello; en cambio, la segunda una Asamblea constituyente (poder constituyente originario). Carecería de objeto esta distinción y representaría una burla a la misma si se permitiera que, por reformas parciales, de hecho se pudieran cambiar los principios fundamentales en que descansa, ya sean todos o uno de ellos. No obstante, podría admitirse la reforma parcial que cambie algunos aspectos fundamentales, siempre que se actúe dentro de los límites a que está sometido el mismo poder constituyente originario cuando se someta la reforma a su referéndum, pues en éste aparecerá el pueblo dando su aprobación.

(9) La ciencia política fundada en el Estado liberal burgués es objeto de revisión en este siglo y, como consecuencia de ello, el Parlamento es una de las instituciones que recibe más reformas tras la primera y segunda guerras mundiales, pues se logró advertir que buena parte de los representantes se alejaban de su pueblo convirtiéndose en voceros de intereses particulares, familiares, de empresas o de grupos. Entonces, para asegurar

b) La Constitución consagra los medios de defensa de sus mismas disposiciones y los desarrolla fundamentalmente en la Ley de Amparo, aunque existen otros como, por ejemplo, el sistema difuso y la casación.

Sin medios de defensa, la fundamentalidad y supremacía serían una burla (10). Al gobernado hay que franquearle los institutos procesales para su defensa.

c) La competencia otorgada a los órganos estatales es indelegable.

Cada poder y sus respectivos órganos tienen señaladas sus funciones, las que no pueden ser delegadas. Por ejemplo, el legislativo no puede delegar sus funciones, salvo temporalmente en receso de la Asamblea Legislativa por permitirlo la Constitución; los jueces y Tribunales no pueden delegar la jurisdicción, ni avocarse causas pendientes, pero se permite la comisión para realizar determinadas diligencias judiciales (arts. 46, 139, 141, 187 Pr. y otros).

---

una participación efectiva y no nominal del pueblo en la formación de las leyes y en la vigilancia del cumplimiento del mandato dado a los representantes, se idearon varias figuras, entre las más conocidas las siguientes: la iniciativa popular de leyes, el veto de las leyes por el pueblo, el plebiscito popular para consulta de asuntos trascendentales, el referéndum para someter al pueblo la ratificación o rechazos de proyectos o leyes y la revocación directa o indirecta del mandato dado a los representantes (recall o revocación). La Constitución de los sandinistas en el artículo 7 habla de una República representativa y participativa; también en los artículos 168 y 170 contempla el plebiscito y el referéndum, los que son reglamentados por la Ley Electoral. De acuerdo con el artículo 159 de ésta, son objeto de plebiscito las decisiones de trascendencia que afecten los intereses fundamentales de la nación. Será objeto de referéndum el sometimiento de las leyes o reformas a la ratificación del pueblo, tanto ordinarias como constitucionales, según lo disponga el artículo 160 de la Ley Electoral. Este artículo o habla de proyectos de leyes y sí de reformas, por lo que dentro de una interpretación literal no entrarían, a menos que el vocablo "reforma" que emplea abarque a los proyectos dentro de una interpretación extensiva. La decisión de convocar a plebiscito y referéndum le corresponde en forma facultativa a la Asamblea legislativa.

(10) CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE expresa que para la existencia del Estado de derecho es preciso el sometimiento de los gobernantes y gobernados al derecho que nace de la Constitución y su supremacía y que los gobernados estén en condiciones de oponer la supremacía y vigencia de la misma a las autoridades. Sin los medios de hacer efectiva la vigencia, el constitucionalismo sería una promesa irrealizable cuando no una añagaza ("Garantías constitucionales". *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1969, págs. 15 y sigs.). La supremacía de la Constitución es la base en que descansa la justicia constitucional; pero no basta darle esta superioridad jerárquica, pues es preciso crear los órganos y procedimientos adecuados que defiendan la Constitución contra sus violaciones por parte de los otros poderes y aun de los particulares, como tendremos ocasión de exponer más adelante (cfr. ALBRECHTWEBER, "La jurisdicción constitucional en Europa occidental", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1989, pág. 48; CAPPELLETTI, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pág. 310).

Expresa XIFRAS HERAS: "La imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de las competencias que les ha atribuido la Constitución, pues, como afirma ESMEIN, los diversos poderes constituidos existen en virtud de la Constitución, en la medida y bajo las condiciones con que los ha fijado: su titular no lo es de su disposición sino sólo de su ejercicio. Por la misma razón que la Constitución ha establecido poderes diversos y distintos y repartidos los atributos de la soberanía entre diversas autoridades, prohíbe implícita y necesariamente que uno de los poderes pueda descargar sobre otro su cometido y su función: de la misma manera que un poder no puede usurpar lo propio de otro, tampoco debe delegar lo suyo a uno distinto" (11).

La delegación legislativa es especialmente peligrosa porque el poder legislativo es el de más extracción popular. La Constitución de los sandinistas obliga a la Asamblea Nacional a delegar en su receso sus facultades legislativas en el Presidente de la República, salvo las relacionadas con los códigos (lo que en la práctica no tiene aplicación, pues se viven reformando solapadamente los códigos), según se desprende de los artículos 138, inciso 16, y 150, inciso 7, de la Constitución. Esta delegación es temporal. Por otra parte, el Presidente tiene iniciativa de Ley y poder para vetarlas, así como también se le permite dictar Decreto con fuerza de Ley que pueden derogar o modificar las Leyes de la Asamblea en materia fiscal y administrativa (art. 150, incisos 3 y 4, de la Constitución). En materia fiscal, pues, se aparta del principio esencial del funcionamiento de la democracia de que los impuestos deben ser creados por el poder legislativo, confirmando en consulta de la Corte Suprema de Justicia del 6 de agosto de 1954, *B.J.*, pág. 17256. Lo expuesto es permitido por la Constitución; pero junto con otras facultades concedidas al Presidente destruyen la teoría de la división de poderes.

En ocasiones el Presidente se excede en sus funciones legislativas y últimamente se ha venido delegando en forma ilegal las funciones legislativas por medio de Decretos, Leyes o Reglamentos. Para muestra un botón: *a*) por Decreto 299 del 20 de enero de 1988 (*Gaceta* núm. 23 del 3 de febrero de 1988) dictado por el Presidente de la República, se autorizó a la Corte Suprema de Justicia a crear, suprimir o fusionar juzgados de Distrito o Locales, y *b*) por Decreto 303 del 25 de enero de 1988 (*Gaceta* núm. 30 del 12 de febrero de 1988) dictado por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia puede ampliar el número de magistrados, sus calidades, competencia, jurisdicción, organización y distribución en salas especializadas de los Tribunales en apelaciones y determinar la

---

(11) Citado por IGNACIO BURGOS, *Derecho constitucional* ob. cit., pág. 415.

competencia por razón de la materia y cuantía de los juzgados de Distrito y Locales. Las medidas son muy prácticas y ágiles, pero pueden ser tachadas de inconstitucionales porque toda la materia delegada a la Corte Suprema es objeto de Ley. Ni la Asamblea Nacional (salvo la delegación temporal al Presidente), ni el Presidente en su función legislativa propia o delegada, pueden delegar sus facultades legislativas. Al presidente no se le permite delegar la propia ni sustituir la delegada.

La delegabilidad de la función legislativa debilita la teoría de la división de poderes y hasta podría destruirla cuando es amplia. Casi todas nuestras constituciones establecen el principio de la indelegabilidad de la función legislativa, pero permiten algunas excepciones (Constituciones de 1858, 1905, 1911, 1939, 1948, 1950 y 1974). Sólo la de 1893 en forma absoluta consagró el principio de la indelegabilidad, con excepción de un caso de escasa importancia. Reconocemos que existen modernas tendencias doctrinales que permiten la delegabilidad de las funciones legislativas, recogidas por algunas constituciones. Pero creemos que puede ser objeto de abuso y además rompe con el principio de la teoría de división de poderes. La delegación la admitimos sólo en materia administrativa para facilitar la marcha de la administración tal como lo requiere el Estado moderno y no en forma general, sino sobre puntos concretos que determinará la Asamblea. No aceptamos mayores concesiones.

El principio general (desarrollado en otras disposiciones) de la supremacía de la Constitución aparece consagrado en el artículo 182 de la Constitución que dice: "Artículo 182. La Constitución política es la carta fundamental de la República; las demás Leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las Leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones".

#### B) CONDICIONES PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho es una de las creaciones de mayor importancia de la Ciencia Política; aunque partiendo de WEIMAR y principalmente después de la segunda guerra mundial muchos países se organizaron bajo el estado social de derecho que incorpora y promueve la aplicación de los derechos sociales y es un auténtico Estado de Derecho.

Termina con el poder omnímodo sintetizado en expresiones como éstas: "El Estado soy yo" (LUIS XIV). "Dentro de la revolución todo, fuera de la revolución, nada" (FIDEL CASTRO). "Palo y plomo" (DANIEL ORTEGA). Significa el desplazamiento del centro de gravedad del poder político del gobierno absoluto al pueblo soberano.

Lo que se pretende con esta figura es el sometimiento del Estado al derecho que regula las actividades de los gobernantes y gobernados. El imperio del derecho es su finalidad sustancial.

Los autores han propuesto diferentes formas para asegurar el postulado del Estado de Derecho (12); pero se acepta por lo general que son cuatro las instituciones que garantizan su funcionamiento: la opinión pública; la separación de poderes; una Constitución escrita y las acciones contra los actos de las autoridades.

A continuación tendremos la oportunidad de demostrar que en la Nicaragua actual (y en la frentista) no existen las condiciones adecuadas ni el ambiente para que funcione el Estado de Derecho, por lo cual la Ley de Amparo cayó en un vacío en donde resultará ineficaz, tal como sucedió con la anterior.

#### a) *La opinión pública*

Una vigorosa opinión pública contribuye al buen funcionamiento del Estado de Derecho. Los partidos políticos, los grupos de presión, el capital, los sistemas de enseñanza, los medios de comunicación social, los sistemas electorales, deben colaborar honestamente, sin manipulaciones y monopolios, a la formación de una opinión pública sana y constructiva.

La opinión pública y el derecho a la resistencia o sublevación como último recurso, son medios políticos que sirven para defender el cumplimiento y respeto de la Constitución.

En Nicaragua no existen condiciones para su funcionamiento: buen número de los medios de comunicación social pertenecen al Estado y al frentismo, existe la libertad de prensa y de expresión (no existía durante el frentismo) pero todos los medios escritos los controla una familia proclive al sistema anterior, los partidos políticos están en crisis (durante el frentismo no podían desarrollarse), el capital está destruido, los sistemas y organismos electorales no son aceptables (13), casi toda la estructura

---

(12) ELÍAS DÍAZ señala cuatro elementos: a) imperio de la Ley; b) separación de poderes; c) sujeción de la Administración a la Ley y control judicial de la legalidad de sus actos, y d) existencia de derechos y garantías fundamentales, sus medios de defensa y realización material de los mismos (*Estado de derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1966, págs. 17 y sigs.).

(13) El negocio funcionó así: el pueblo se toma el poder por la violencia y un grupo pasa a controlar los poderes del Estado (incluyendo el electoral) y la vida económica, política y social del país. Desde esa posición de ventaja celebra elecciones no libres en las que de antemano tiene asegurado el control abrumador de los poderes legislativo y ejecutivo. Estos, a su vez, generan a los otros dos: el judicial y el electoral. Una máquina

jurídica totalitaria del frentismo se encuentra vigente, el estilo de gobernar y administrar cada día se parece más al del frentismo, no se cumplen las sentencias judiciales y de la Comisión Nacional de Revisión, en el gobierno anterior la enseñanza la controlaba y orientaba el Estado en forma partidista con consecuencias graves hasta el día de hoy, las estructuras judiciales frentistas se encuentran intactas, etc.

b) *Constitución escrita*

Es preciso una Constitución escrita que consagre los derechos fundamentales y además no se violen por el Estado (14), o bien una Constitución sólida y respetada como la inglesa.

Para el buen funcionamiento del Estado de Derecho no sólo se exige que la Constitución sea escrita, sino también rígida, porque el legislativo debe estar sometido a ella. Según parece, es de la esencia de las constituciones escritas ser rígidas (15).

---

de tal envergadura era difícil desmontar, más aún cuando se funda en el marxismo-leninismo, pues está diseñada para la dictadura y los países democráticos la aceptaban como a uno de los grandes sistemas políticos mundiales que justifican una forma diferente de vida y organización a la que debe respetarse en base al principio de la autodeterminación de los pueblos. En Nicaragua el sistema caló hondo y mucho sacrificio representará desarraigarlo.

(14) La Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua y otras de carácter internacional dan cuenta de las frecuentes y numerosas violaciones de los derechos humanos durante el régimen frentista. Actualmente también se violan. No se puede olvidar que el respeto de los derechos humanos es el trofeo ganado por el pueblo en su lucha por la libertad y no una concesión graciosa del Estado a los gobernados. Así funciona en la realidad a pesar de que el Estado y el Derecho están al servicio del hombre y no al contrario. Por eso los pueblos deben reclamarlos en una lucha a fondo y para todos porque la libertad es como virginidad que no tiene términos medios. Una vez que se obtiene ese don hay que conservarlo con celo, como Minerva con su castidad, la cual poniendo las manos a Tiresias le cegó por haberla sorprendido en el baño, aunque le concedió la visión interna y resistió los intentos de violación de Vulcano; como Diana, quien también cuidadosa de su castidad convirtió a Actión en ciervo para que fuera devorado por su propia jauría de perros porque la sorprendió bañándose en un arroyo; como Vesta, que juró ante Júpiter eterna virginidad; como la bella pastora Marcela de don Quijote, que defendió admirablemente su castidad y libertad destrozando corazones.

(15) Para SEGUNDO V. LINARES QUINTANA la concepción de la Constitución escrita exige sustancialmente que sea rígida, de lo que deduce que toda Constitución escrita es necesariamente rígida, y viceversa, aunque admite la opinión del profesor francés LAFERRIERE de que existen casos en que es posible reformar la Constitución por el mismo procedimiento de la Ley ordinaria cuando no señaló procedimientos especiales, lo que se produce en forma excepcional confirmando la regla de la rigidez de la Constitución escrita (*Tratado de Derecho constitucional*, ob. cit., Parte General, t. II, pág. 105; cfr. *supra*, nota 5).

En una flexible, el poder legislativo no tendría limitaciones en cuanto a la modificación o reforma de la Constitución en el aspecto sustantivo, aunque podría estar sometido a sus procedimientos.

Ya dejamos expresado que nuestra Constitución no tiene la rigidez necesaria; es semirrígida.

c) *Separación de poderes*

En virtud de esta teoría el poder político se descentraliza y distribuye entre órganos que tienen funciones específicas y limitadas. Así se evita que el poder quede concentrado en manos de una sola persona o grupo, o de cualquiera de los otros poderes del Estado.

Aunque ha sido objeto de muchas críticas, su funcionamiento ha brindado benéficos frutos y hasta el momento no aparece otra que la sustituya como pieza fundamental de la democracia.

La separación de poderes consagrada en la Constitución de los sandinistas es más aparente que real, pues ha creado un ejecutivo sumamente poderoso que aniquila a los otros y destruye las bases de dicha teoría (16).

d) *Acciones contra los actos de las autoridades*

Se conceden estas acciones para que los gobernadores pidan al órgano competente revisar, reformar o anular los actos ilegales o inconstitucionales que les perjudiquen. Operan estas acciones dentro de la jurisdicción constitucional y la contenciosa administrativa, dando pie a la creación de ramas autónomas del Derecho procesal bajo los nombres de Derecho procesal constitucional y Derecho procesal administrativo.

Nicaragua nunca ha tenido una jurisdicción contenciosa administrativa dentro de la cual se controle en sede judicial la legalidad de la actuación de la Administración. Se contempló en los artículos 303 y 304 de la Constitución de 1974, pero no se reglamentó. Solamente ha consagrado el amparo como medio final para impugnar las resoluciones surgidas en los procedimientos administrativos.

La ausencia de esa jurisdicción y los términos limitativos de la nueva Ley de Amparo dejan al pueblo nicaragüense sin los suficientes medios procesales para la defensa de sus derechos frente al Estado (17).

---

(16) Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Panorama procesal*, ob. cit., nota 39, pág. 47.

(17) Aunque parezca paradójico, en Nicaragua falta una revolución, pero pacífica. Una revolución para exterminar el despilfarro y la corrupción administrativa; para suprimir el ejército o reducirlo a las realidades económicas, creando en su lugar una

## II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El estudio sistemático y científico de la justicia constitucional se hace a través de la reciente rama denominada Derecho procesal constitucional, cuyo gran impulsor ha sido KELSEN con sus publicaciones, especialmente con su libro *La garantía jurisdicción de la Constitución*, publicado en 1928.

La materia que comprende esta disciplina es la siguiente: el control judicial de la constitucionalidad de las Leyes (nuestro recurso de inconstitucionalidad); los recursos y procedimientos específicos para la defensa judicial de los derechos fundamentales contra los actos del poder público, ya sean legislativos, judiciales y ejecutivos, denominada justicia constitucional de las libertades (el *Staatorechtlich Beschwerde* en Suiza, la *Beschwerde* en Austria, nuestro amparo y *habeas corpus*); el juzgamiento de los funcionarios que de acuerdo con la Constitución gozan de inmunidad; resolución de los conflictos entre ciertos órganos de poder, denominada jurisdicción constitucional orgánica; los conflictos entre las disposiciones constitucionales internas y las de carácter internacional (comunitarias e internacionales), denominada jurisdicción supranacional.

ALBRECHT WEBER (18) señala el núcleo de las competencias esenciales de la justicia constitucional; a saber: control de la constitucionalidad de las normas federales y/o estatales; conflictos federales o cuasi federales; conflictos de competencia entre órganos federales supremos; y recurso de amparo de los derechos fundamentales, con ocasión de la violación directa o indirecta de la Constitución. La presencia de cualquiera de estas competencias hace surgir la justicia constitucional y se atribuyen todas a un Tribunal Constitucional y delimitan en plenitud la competencia de éste.

Junto a los esenciales señala: los conflictos electorales (19), la adquisi-

---

policía encargada de la seguridad de las personas y del Estado y otra judicial adscrita al poder judicial; para crear la carrera judicial; para establecer una verdadera carrera administrativa (servicio civil), pues la actual es solamente la perpetuación del frentismo; para hacer una reforma agraria integral en la cual el sujeto agrario sea dueño de la tierra; para establecer una economía de mercado; para conceder la autonomía municipal; para modernizar el poder judicial; para modernizar los códigos y leyes; para crear un órgano defensor de los pobres, de los derechos humanos, del consumidor y del ambiente que desempeñe el papel de un verdadero Prometeo; etc. Para crear un Estado libre, ágil y moderno casi todo está por hacerse.

(18) "La jurisdicción constitucional en Europa occidental", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, págs. 5, 8 y 78.

(19) Son varios los sistemas de integración de los órganos electorales: a) El sistema político, caracterizado porque lo integran partidos políticos. Tiene como ventaja brindarle al elector libertad para ejercer el sufragio sin presión por parte de los poderes del Estado y además logra una efectiva fiscalización de su pureza. Pero tiene como desventaja el peligro de que se quebrante la armonía de los organismos electorales por los

ción y pérdidas de mandatos, las consultas populares, procedimientos especiales de protección de la Constitución, resolución de conflictos entre autoridades administrativas y Tribunales de Justicia o de éstos entre sí (20), así como otros procedimientos atípicos.

Resulta difícil hacer una delimitación completa de las competencias del Tribunal Constitucional, pues en su fijación juegan factores políticos, económicos y sociales, pero sí es posible señalar la materia esencial que obedece su función.

En resumen, en el sistema concentrado no todas las funciones de los Tribunales constitucionales son de jurisdicción constitucional y en el difuso la generalidad de la actividad judicial no es constitucional.

Conviene hacer una cierta referencia a la justicia internacional en donde los actos y Leyes de los estados nacionales pueden ser revisados por un Tribunal internacional (21). Poco desarrollada debido a los obstáculos que opone el concepto de soberanía. Ha tenido sus principales manifestaciones lentas y restringidas en dos sectores: derechos humanos e integración económica.

Ya fue creada la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que toma como modelo la Comisión y Corte Europea de Derechos Humanos, aunque tiene sus propias particularidades. La integración

---

apasionamientos políticos y las posibles alianzas de partidos para dañar la pureza del sufragio. b) El sistema administrativo, en virtud del cual los organismos electorales se integran con funcionarios del orden administrativo. La materia electoral es objeto de un servicio administrativo. Es peligroso porque los miembros de los organismos electorales están expuestos a las presiones del poder central. c) Sistema judicial, caracterizado porque es el poder judicial el encargado de aplicar la materia electoral. Su ventaja consiste en entregarla a personas expertas e imparciales. Pero tiene la desventaja de recargar de trabajo al poder judicial al entregarle una materia compleja y además expone al poder judicial a las presiones políticas y a las críticas *apasionadas*. d) El mixto, que es una combinación de los anteriores: los organismos electorales se constituyen con funcionarios del poder judicial, funcionarios administrativos y representantes de los partidos políticos. Con este sistema se trata de corregir los inconvenientes de los sistemas anteriores. e) Sistema de poder electoral encargado de hacer las elecciones, referendos y plebiscitos y conocer de sus impugnaciones, lo mismo que de la organización de partidos políticos. Es el sistema que sigue nuestra Constitución y Ley Electoral. Encontrar el sistema adecuado es un problema de lo más trascendental y difícil porque de su solución depende el éxito y la honestidad del proceso electoral.

(20) En nuestro país los conflictos de competencia entre los Jueces los resuelve el Tribunal Superior de ellos y en otro caso la Suprema (art. 328 Pr.). Si el conflicto se plantea entre un Juez o Tribunal y otro tipo de funcionario, lo resuelve la Suprema (art. 2.136 Pr.).

(21) Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *Justicia constitucional supranacional*, ob. cit., págs. 215 y sigs.; *Formidable problema del control judicial*, ob. cit., págs. 320 y sigs.; HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina. El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 452, 500 y sigs., 528 y sigs.

económica ha tenido poco éxito en Latinoamérica. Se creó por los países andinos según el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1966, siguiendo el modelo del Tribunal de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con competencia restringida para resolver conflictos sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias con relación a las internas.

Nicaragua se sometió a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### III. CREATIVIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El Juez constitucional realiza su labor dentro del siguiente cuadro: *a)* las Constituciones, contrariamente a las Leyes ordinarias, son generales, sintéticas, frecuentemente programáticas, vagas, ambiguas, llenas de vacíos y de conceptos generales de valor (la igualdad, la dignidad, la honradez, la democracia, etc.) por lo que el Juez tiene que completar y concretar sus disposiciones; *b)* el Juez constitucional tiene, entre otras facultades, según el sistema que se siga, la de inaplicar o declarar sin valor general de la Ley, convirtiéndose así en legislador negativo y el legislativo en positivo; *c)* la Constitución consagra las ideas fundamentales de organización política, social y económica de una nación, y *d)* de aquí que la interpretación de las normas constitucionales, principalmente las concernientes a los derechos humanos, difiere de la empleada en las Leyes ordinarias.

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

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

#### IV. LAS CUESTIONES DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y NECESIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Los dos temas se relacionan íntimamente, pues la aceptación de su necesidad también conduce a la admisión de su legalidad, ya que éste no es un problema exclusivamente teórico, abstracto, ajeno a las exigencias reales de cada época, lugar y forma de pensar.

##### A) LEGITIMIDAD

Se le niega legitimidad democrática a la legislación judicial tanto a la general como a la constitucional, ya que el Juez carece de representación popular y es irresponsable ante el electorado. El enfoque se centra en la labor creadora de derecho del Juez.

Tal línea de pensamiento, aparentemente difícil de destruir, es arduamente combatida por un fuerte sector doctrinal que esgrime poderosos argumentos; a saber:

a) El Parlamento y el ejecutivo (poderes políticos) no siempre representan el electorado y los intereses generales de la población (abstenciones electorales, sectores no aptos para votar, minorías que no logran representación en el parlamento, etc.), sus decisiones en muchas oportunidades no responden a los intereses de la mayoría y en general con frecuencia se alejan del control de sus mandatos, por lo que, teniendo en cuenta también las desviaciones del poder, se han formulado correctivos políticos (revocación del mandato, el voto de censura, etc.) y judiciales (el amparo, el recurso de inconstitucionalidad).

b) En muchos países los Magistrados son seleccionados y nombrados conjuntamente por el ejecutivo y el Congreso, lo que permite que la Magistratura no sea ajena al pensamiento político imperante y que carezcan de cierta representatividad. Los Tribunales constitucionales generalmente están integrados por Magistrados elegidos políticamente.

c) Se sostiene que los Jueces no son responsables ante los otros poderes, los particulares y el electorado de sus opiniones legales y filosóficas, contrariamente al legislativo, por lo que resulta inconcebible que Jueces no responsables controlen a políticos responsables.

No obstante, tal modo de opinar es rechazado con fuertes argumentos; a saber: i) La libertad de expresión y el carácter público del proceso permiten al pueblo controlar la buena marcha de la administración de justicia y vuelve al Juez objeto de críticas y responsable socialmente. El Juez está abierto a la crítica externa y la actuación de su legalidad se puede controlar fácilmente, pues la Sentencia tiene que ser motivada. Por

otra parte, tiene responsabilidad civil, disciplinaria y penal. ii) El nombramiento periódico de los Magistrados asegura una vinculación con la sociedad y la política imperante. iii) La actuación del Juez en el proceso es altamente participativa y en contacto directo con la realidad, pues actúa ante casos reales y a petición e impulso de las partes.

d) La democracia y representatividad de los Tribunales aumenta mediante la protección a los grupos marginados que no han podido acceder a las ramas políticas. Esta defensa es más favorable dentro de un proceso judicial, en que las partes actúan en pie de igualdad, lo que no ocurre ante otros órganos. Dentro de este proceso encuentran la protección política que no hallan en otra parte.

e) La legitimidad de la justicia no es electoral, aunque en algunos países ciertos Jueces son escogidos en elección popular. Su legitimidad depende de su forma bastante segura y aceptable de decidir: sentencia un órgano independiente e imparcial; éste actúa a petición de parte ante casos reales; las partes tienen intervención en pie de igualdad; su decisión se ajusta a lo probado y alegado por las partes.

f) Un sistema de justicia activa y creadora contribuye a mantener un sano equilibrio de poderes frente a las ramas políticas. La democracia no funciona simplemente bajo la idea de las mayorías, pues es preciso completarla con otras instituciones útiles a su funcionamiento.

CAPPELLETTI (22) sostiene que las épocas más gloriosas de la civilización europea se han caracterizado por un profundo y competitivo pluralismo de fuentes de creación del derecho, entre las cuales ocupa una posición importante la creación del derecho por los Jueces y recuerda a los grandes creadores del derecho como son los pretores romanos, los jurisperitos, los Tribunales de mercaderes que crearon el derecho comercial de la época moderna (23). Agrega que a esa creatividad sucede un período de estancamiento con la codificación, en que el único derecho es el escrito, visión que ya no responde a la verdad ante un nuevo pluralismo.

## B) NECESIDAD

Dos argumentos principales se esgrimen en favor de su necesidad: es un instrumento de equilibrio frente al crecimiento del legislativo y el ejecutivo; y la aceptación generalizada de declaraciones de derechos.

---

(22) *Formidable problema del control judicial*, ob. cit., págs. 278 y sigs.

(23) En los países totalitarios regidos por el comunismo la fuente preponderante del Derecho es la Ley (cfr. V. KUDRIAVTSEV y otros, *Introducción al Derecho soviético*, Editorial Progreso, Moscú, 1988, págs. 21 y sigs.; RENÉ DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, S.A., Madrid, 1968, págs. 159 y sigs.

a) *Instrumento de equilibrio*

Las funciones normales del Estado son administrar, legislar y hacer justicia; pero con el correr del tiempo, bajo la influencia de las nuevas doctrinas sociales, asume funciones de otra índole y así lo vemos aparecer como fabricante, mercader, agricultor y hasta como benefactor, sin éxito pues la realidad ha demostrado que es un mal administrador. Estas nuevas funciones lo dotan de un gran poder económico, político y social, generalmente en manos de una burocracia política omnipresente (aunque distante de su pueblo) que cree ser dueña de la verdad.

El primer mal es el consabido crecimiento y el segundo la desarmonía de ese crecimiento. La actividad legislativa se intensifica, pues así lo exige el carácter interventor del Estado. Sin embargo, los Parlamentos son objeto actualmente de desconfianza: su afán de intervenir en múltiples objetos lo sitúa en condiciones de no poder atenderlos y paradójicamente terminan abdicando en el ejecutivo; los Parlamentos generalmente responden a intereses locales o de grupo, alejándose de sus mandantes; en el desarrollo social no son tan eficaces como se piensa, pues no son pocas las Leyes que llegan tarde, que no responden a la realidad, que son contradictorias, etc. En fin no se puede esperar que todo lo solucione el Parlamento. El ejecutivo también crece y en ocasiones parece hipertrofiado en detrimento de los otros poderes. El judicial se encuentra sin recursos humanos y económicos, sin una efectiva independencia y en general temeroso de intervenir en el control de los otros poderes.

El surgimiento de poderosos grupos políticos, económicos y sociales justifican la consagración de la justicia constitucional en su aspecto del amparo para que el individuo pueda defenderse también de ellos frente a la violación de sus derechos.

Ante esta situación es necesaria no sólo la justicia constitucional sino también la contenciosa administrativa como contrapeso al crecimiento del legislativo y el ejecutivo, lo que permite a las personas defenderse de un estado poderoso que todo lo controla.

No vaya a creerse que la justicia constitucional sólo se justifica ante el peligro del Estado gigante. En el Estado meramente observador también existe tal peligro, aunque es menor.

b) *Generalización de las declaraciones de derechos*

Tanto a nivel internacional como nacional en la mayoría de los países que han emitido declaraciones de derechos, individuales y sociales. En la casi totalidad de las constituciones se incorporan pasando a formar la

parte dogmática de ellas. Algunas, como la nuestra, incorporan a su cuerpo varias declaraciones internacionales, dándoles rango constitucional.

Pero no basta la simple declaración de derechos para asegurar el cumplimiento de los mismos. Es preciso la creación de órganos que aseguren su cumplimiento y ese órgano tendrá que ser judicial, el menos peligroso y el más idóneo según lo ha demostrado la realidad práctica. Son órganos independientes encargados de controlar a los poderes políticos. Un órgano político no puede servir para el control del cumplimiento de tales declaraciones.

Como ya hemos visto existen Tribunales judiciales nacionales e internacionales encargados de verificar el cumplimiento de esas declaraciones.

Este control constituye una de las partes más importantes de la justicia constitucional, en donde los Jueces principalmente crean derechos. También es un importante factor de crecimiento del poder judicial.

## V. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

### A) LOS DOS GRANDES SISTEMAS JUDICIALES

Los dos grandes sistemas judiciales, el difuso o norteamericano y el concentrado o austríaco (denominado también europeo), han contribuido en forma extraordinaria al desarrollo de la justicia constitucional, dando pie a una expansión sin precedentes hasta llegar a Yugoslavia (24). El primero inspiró a la mayoría de los países latinoamericanos y algunos de Europa, a muchas de las excolonias inglesas (Australia, Canadá y la India) y al Japón, aunque en el viejo continente no rinde buenos resultados (25); el segundo prevalece en Europa y principia a tener aplicación en algunos países latinoamericanos (Guatemala, Perú y Ecuador). En resumen, el difuso se extiende sobre la Commonwealth, Japón, Suiza, Noruega, Dinamarca, Suecia, Alemania de Weimar e Italia de 1948-1956. El austríaco inspira al sistema de Italia, Alemania, Chipre, Turquía, Checoslovaquia de 1920, España, Guatemala, Perú y Ecuador.

---

(24) Si en Francia la teoría de la división de poderes impide el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, por el contrario en los países socialistas el rechazo de esta teoría lo impide, pues se considera que el poder único y supremo está en la Asamblea popular surgida del pueblo, lo que no permite el control judicial (cfr. CAPPELLETTI, *Control judicial de las leyes*, ob. cit., págs. 31 y sigs.).

(25) Tiene un papel modesto en los países escandinavos y es un fracaso en los otros países del *civil law*, excepto en Suiza, pero con limitaciones (cfr. CAPPELLETTI, *Control judicial de las leyes*, ob. cit., págs. 56 y sigs.).

JAMES A. GRANT (26) sostiene que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las Leyes es una contribución de las Américas a la Ciencia Política, afirmación no compartida por CAPPELLETTI por considerarla una verdad parcial (27).

Reconoce que hasta la revisión judicial norteamericana no existió un sistema similar, por lo que con la Constitución norteamericana se inició la época del constitucionalismo bajo la concepción de la supremacía de la Constitución sobre las Leyes ordinarias, pues la Constitución norteamericana es el arquetipo de las rígidas contrapuestas a las flexibles.

No obstante, se reconoce que existen antecedentes: el precedente ateniense que distingue entre *nomos* (Ley) y *pséfisma* (Decreto) y la invalidez de éstos cuando son contrarios a los primeros, considerados superiores en jerarquía, por lo que el Juez no estaba obligado a fallar de acuerdo a un Decreto contrario a la Ley; la concepción medieval del derecho y la justicia que distinguió entre dos órdenes de normas: el de *jusnaturalis*, superior e inderogable, y el *juspositivum*, que no podía estar en contra del primero; la escuela jusnaturalista de los siglos XVII y XVIII que va desde GROTIUS a ROUSSEAU; la doctrina de la llamada *heurense imprisance* del Rey de violar las Leyes (la feliz impotencia del soberano legislador de dictar Leyes que hoy se llamarían inconstitucionales), la doctrina de lord COKE de garantizar por medio de los Jueces la supremacía de la *common law* contra las arbitrariedades del Soberano y del Parlamento; y, aunque parezca paradójico, la doctrina (contraria a la de COKE) de la supremacía del Parlamento, que no permite revisión judicial de las Leyes, vigentes todavía en Inglaterra e impuesta por la gloriosa Revolución de 1688, la que condujo a los Jueces coloniales a controlar la supremacía de las Leyes del reino sobre las coloniales, sistema que posteriormente se aplicó para controlar la validez de las Leyes contrarias a las constituciones o cartas de los nuevos Estados independientes y después de la Constitución Federal de 1787.

#### B) LOS CASOS ESPECIALES DE FRANCIA E INGLATERRA

Francia e Inglaterra no se han incorporado a la corriente de la revisión judicial debido a sus propias condiciones internas.

---

(26) *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política* (publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, México, 1963, pág. 24).

(27) *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, ob. cit., págs. 43 y sigs.

a) *Francia*

El constitucionalismo francés rechaza el control judicial de la constitucionalidad de las Leyes, admitiendo, por el contrario, uno de carácter político. Por ejemplo, en la Constitución del 3 de diciembre de 1799 se confiaba el control al Senado Conservador, en la Constitución del 14 de enero de 1852 al Senado, en la del 27 de octubre de 1946 al Comité Constitucional (con carácter de control preventivo) y en la del 4 de octubre de 1958 al Consejo Constitucional, siempre con carácter preventivo durante el breve tiempo que media entre la aprobación por el Parlamento y la promulgación, más dinámica y efectivo que el anterior. La doctrina señala varias razones de carácter histórico, político y práctico; a saber.

i) El prejuicio hacia los Jueces (Parlamento) del antiguo régimen por sus abusos e interferencias en la esfera de acción de otros poderes.

Si bien los parlamentos controlaban el poder absoluto del Rey imponiendo su poder de revisión sobre los Decretos del Soberano negando la aplicación de aquellos que eran incompatibles con las Leyes fundamentales del reino, están integrados por una casta prepotente, poderosa, abusiva y conservadora, opuesta a cualquier reforma por leve que fuere, dispuesta a defender sus privilegios e intereses, entre ellos la venalidad (28), o sea, la venta y herencia del oficio y el pago de los particulares para recibir justicia, todo lo cual despertó profunda antipatía en el ánimo de los revolucionarios, a causa de lo cual muchos de ellos fueron llevados a la guillotina, aunque no lo esperado porque cantidades de ellos huyeron al exilio.

ii) La tesis de la estricta separación de poderes que prevaleció en la idea de los revolucionarios no dejaba margen para interferencias o controles del poder judicial sobre el legislativo y el ejecutivo, como puede advertirse en la famosa Ley revolucionaria 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial que sentó las bases del sistema judicial francés y los de él derivados.

Por el contrario, la versión americana de la teoría de la división de poderes, descrita como *checks and balance*, es más flexible y da lugar a una revisión judicial de las actuaciones legislativas y administrativas y a la intervención del ejecutivo y legislativo en la selección y nombramiento de los magistrados.

iii) La concepción revolucionaria de la supremacía y la infabilidad de la Ley por ser producto del legislativo que es representante del pueblo.

Por otra parte, el poder judicial fue degradado. MONTESQUIEU enume-

---

(28) El principio de la venalidad lo suprimió la Revolución por Ley 16 de 24 de agosto de 1790.

ró al judicial como uno de los tres poderes, pero decía que en cierto sentido era nulo.

Los revolucionarios franceses desconfiaban del poder judicial hasta el extremo de no permitirle a los Jueces la interpretación de la Ley, a diferencia de los revolucionarios americanos que confiaban en los Jueces, pero siempre procuraban mantener un adecuado equilibrio de poderes.

iv) En Francia se ha sentido más la necesidad de defenderse del ejecutivo y del judicial, a través del Consejo de Estado y la Corte de Casación, que del poder legislativo, de tal manera que cuando se decidió imponer límites al poder legislativo se aumentaron los poderes del ejecutivo en lugar de los del judicial, como se hizo en la Constitución de 1958 (29).

La mejor manera de controlar la actuación del poder ejecutivo y legislativo es a través de una organización independiente. Los autocontroles de los órganos políticos generalmente son ineficientes. Es difícil concebir un verdadero y libre control del mismo órgano controlado, principalmente en el mismo seno de los citados poderes, porque el primero mientras más organizado es, su jerarquización es más estricta y el segundo es considerado como el más representativo y supremo. Esto explica la ineficacia de todos los sistemas políticos como los consagrados en las Constituciones francesas de 1799, 1852 y 1945 y en los países socialistas.

Francia avanza considerablemente en el control de la actuación administrativa por medio del Consejo de Estado que ha llegado a ser de un simple departamento interno de la administración un órgano judicial independiente, considerado un alto Tribunal como la Corte de Casación.

Impulsada por la necesidad de las nuevas corrientes doctrinales, Francia dio sus primeros pasos dentro de la revisión judicial constitucional; a saber: el Consejo de Estado ha llegado a ser un órgano casi judicial y se encarga de revisar la inconstitucionalidad de las Leyes parlamentarias que violan los derechos fundamentales; por una enmienda constitucional de 1974 se legitimó a las minorías parlamentarias para impugnar la legislación

---

(29) Al Parlamento se le señaló una lista de materias de su competencia y el resto pasó a ser competencia del *porvoir réglementaire*, o sea, de las facultades legislativas autónomas del Ejecutivo. De esta manera, por ejemplo, inconcebible entre nosotros, a principios de los años setenta el Ejecutivo decretó un nuevo Código de Procedimiento Civil, dando al traste con uno de los cinco napoleónicos (Civil y Procedimiento Civil, Penal e Instrucción Criminal y Comercial), con una antigüedad mayor del siglo y medio. El desmoronamiento del quinteto principió con el reemplazo de la Instrucción Criminal por el Procedimiento Penal de 3 de diciembre de 1957 y 23 de diciembre de 1958 (cfr. CAPPELLETTI, *Formidable problema del control judicial*, ob. cit., págs. 250 y 251; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, "Bases para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense", *Código Procesal Civil*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, pág. 2).

ante el Consejo Constitucional. Por eso sostienen algunos juristas franceses que el sistema es tan efectivo como el de los otros países vecinos de Europa. Sin embargo, tiene graves limitaciones: las personas afectadas en sus derechos fundamentales no están legitimadas para recurrir ante el Consejo Constitucional, pues solamente no menos de 60 ciudadanos están legitimados para recurrir, lo mismo que unas pocas entidades en función del interés general; el acto legislativo sólo puede ser atacado durante el corto plazo que media entre su aprobación y promulgación, por lo que una vez promulgada la Ley ningún Juez puede dejarla de aplicar bajo el pretexto de que es contraria a la Constitución.

Por otra parte es importante destacar que algunos juristas franceses famosos se han pronunciado a favor del sistema difuso.

b) *Inglaterra*

En este país el camino transitado es otro. No adopta la versión francesa de la separación estricta de poderes que no permite la interferencia de los Jueces en la actuación legislativa y administrativa, ni existía odio contra los Jueces; por el contrario, gozaban (y gozan) de prestigio sobre todo en su labor de protección de las libertades individuales, lo que impidió fuerte resistencia al establecimiento de la revisión judicial sobre la actuación administrativa. Sin embargo, el principio de la supremacía absoluta del Parlamento, que según el conocimiento proverbio puede hacer cualquier cosa excepto transformar en hombre a una mujer o a una mujer en hombre, impide la revisión judicial de las Leyes, pues esta revisión, según BLACKOTONES, equivale a poner el poder judicial por encima del legislativo lo que es subversivo en todo gobierno.

Ya vimos cómo la Revolución de 1688 impuso la tesis de la supremacía parlamentaria y termina con la de COKE.

La supremacía parlamentaria se encuentra habitualmente vigente, pero según CAPPELLETTI (30) se la han abierto brechas: a) el Derecho comunitario (Comunidad Europea) se aplica en forma directa, uniforme y prevalente sobre las Leyes nacionales, atribuyéndosele a los Jueces nacionales la facultad de rechazarlas cuando sean contrarias a la legislación comunitaria. Por otra parte, los problemas de interpretación los decide en última instancia y con efectos definidos para todos los miembros el Tribunal Europeo de Justicia. Este no es un control constitucional, pero sí un

---

(30) "¿Renegar de Montesquieu? La expresión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, págs. 29 y sigs.

debilitamiento de la supremacía absoluta de la Ley parlamentaria, y b) en Inglaterra rige la Convención europea y sus órganos de justicia se encargan de controlar su cumplimiento ante las quejas presentadas por cualquier ciudadano contra actos y Leyes violatorios de los derechos consagrados en ella, por lo que sostiene el citado autor que solo resta un pequeño paso para afirmar que la Convención es parte de la Ley inglesa y que quizá vinculante para el Parlamento y que los Tribunales británicos deben hacerla cumplir para que sus Sentencias no sean condenadas por el Tribunal Internacional del Convenio.

#### C) BASES FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DIFUSO

El arquetipo del sistema difuso descansa sobre las bases siguientes:

a) Aplicar la disposición legislativa superior en jerarquía y desechar la inferior es una regla de interpretación del derecho que los Jueces están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y por consiguiente no existe una invasión del Juez en la esfera legislativa.

b) Cualquier Juez está investido del poder de no aplicar la Ley contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte, en cualquier caso sometido a su conocimiento (vía incidental o indirecta). La inconstitucionalidad se puede presentar en todo tipo de procedimiento judicial y no existe un procedimiento especial para dilucidar la materia constitucional, pues se discute, tramita y falla dentro del juicio en que se plantea y llega a los Tribunales superiores a través de los recursos corrientes. La cuestión se falla en la Sentencia definitiva. La denominación vía incidental se puede prestar a confusión pues también sugiere accesoriedad y en realidad la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema difuso es principal, ya que se falla en la Sentencia definitiva del juicio y forma parte de la premisa mayor del silogismo que constituye dicha Sentencia.

c) La cuestión de inconstitucionalidad no se puede proponer por vía de acción, ajena a un conflicto judicial. Esto no quiere decir que el actor en la vía judicial no puede promover la inconstitucionalidad de una Ley que le perjudica.

d) La Sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley tiene efectos sólo con relación al caso concreto (inaplicabilidad al caso concreto), pero por el *stare decisis* produce efectos generales.

En los Estados Unidos los efectos generales de la Sentencia provienen del *stare decisis*, figura necesaria dentro de la concepción del derecho en ese país, en donde no existe un sistema de normas cerradas que el Juez

debe de interpretar e integrar, sino un conjunto de reglas concretas derivadas de los casos definidos. El Juez es creativo en la solución del conflicto y como existen infinidad de Jueces y Tribunales (todos creadores del derecho) es preciso, por razones de seguridad y unidad del derecho, vincular al Juez a sus propias decisiones y a la de los otros Jueces de igual o superior jerarquía, lo que en última instancia realiza la Corte Suprema.

El Juez norteamericano se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Suprema no por el temor de que su resolución sea revocada, como sucede en nuestro sistema, sino para no apartarse del derecho vigente.

#### D) INCONVENIENTES DEL SISTEMA DIFUSO

El sistema difuso en los países en donde no existe el *stare decisis* presenta serios inconvenientes que provocan incertidumbres y conflictos entre órganos; a saber:

a) El mismo u otro Juez que declara la inconstitucionalidad puede aplicarla posteriormente o viceversa.

b) Pueden surgir diferentes interpretaciones a la Constitución entre órganos de diverso tipo, como, por ejemplo, entre la justicia ordinaria y la administrativa.

c) También se pueden presentar contrastes de opiniones entre Tribunales inferiores y superiores debido a que los primeros generalmente están formados por personas jóvenes y menos apegadas al pasado y posiblemente dispuestos a declarar la inconstitucionalidad, en cambio los segundos más conservadores inclinados a mantener la constitucionalidad.

d) A pesar de que en un caso concreto anterior ya se declaró la inconstitucionalidad de la Ley, cualquier otra persona extraña al juicio anterior que tenga interés en que no se le aplique tendrá que promover un nuevo proceso.

Estos inconvenientes han sido evitados en los Estados Unidos y en los otros países del *common law* en los cuales rige el *stare decisis*; pero persiste en los sistemas de base romanista. Podrían solucionarse otorgándole efectos generales a la Sentencia de la Corte Suprema, pero en tal caso surgiría un sistema mixto situado a mitad del camino entre el difuso y el austríaco.

#### E) CREACIÓN Y BASES DEL SISTEMA AUSTRÍACO

Varios factores contribuyeron en Europa al surgimiento del sistema concentrado: la modesta aplicación del sistema difuso en los países escan-

dinavos y su fracaso en los otros países del *civil law*; los inconvenientes ya vistos; el carácter extraño del *stare decisis* para poder adoptarlo; el carácter conservador de los Jueces comunes de carrera que, aunque capacitados y con prestigio de muchos siglos en la aplicación del derecho, carecían de la idoneidad para administrar la justicia constitucional que requiere de mayor atrevimiento, creatividad y voluntad política.

Por eso se pensó en la creación de un Tribunal especial, de carácter judicial, encargado fundamentalmente de controlar la constitucionalidad de las Leyes, sobre las bases siguientes:

a) Los Jueces ordinarios no pueden conocer de la constitucionalidad de las Leyes como manifestación de su poder de interpretarlas, ni bajo ninguna otra razón, sino una Corte Constitucional que, dentro del sistema de pesos y contrapesos, controla al poder legislativo para que respete la supremacía de la Constitución, lo que evidentemente constituye una función política.

En los sistemas de Italia, Alemania y demás que se inspiraron en el austriaco no se les permite a los Jueces ordinarios conocer sobre la constitucionalidad, sea por la vía de acción o de excepción.

b) Originalmente (1920) el control se daba solamente en la vía principal, esto es, mediante una acción especial directa cuyo objeto exclusivo es plantear la inconstitucionalidad de la Ley ante la Corte Constitucional. Están legitimados para ejercitar esta acción órganos políticos y no judiciales tales como el Gobierno Federal y los Lánders, el primero para pedir el control de la legitimidad constitucional de Leyes de los Lánders y los últimos para el control de las Leyes federales.

Solamente estos dos órganos constitucionales estaban legitimados, pero a partir de la reforma de 1929, se permite que en forma incidental dos altos órganos judiciales ordinarios planteen la cuestión de constitucionalidad de una Ley aplicable en forma relevante al caso que se encuentra bajo su conocimiento, pero los Jueces inferiores jamás pueden negar la aplicación de la Ley cuestionada de institucional.

Estos dos órganos superiores legitimados son: la Corte Suprema (Obers-ter Gerichtshof) para asuntos civiles y penales y la Corte Suprema para asuntos administrativos (Werwaltungsgerichtshof). No están legitimadas para proponer la acción especial de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad es abstracta, ajena a todo caso concreto y, como consecuencia, no presupone ninguna Sentencia judicial que impugnar.

Cuando la inconstitucionalidad es promovida por las Cortes Superiores, se suspende la aplicación de la Ley y se concede intervención ante la Corte Constitucional a las partes interesadas en el caso concreto a los

gobiernos interesados en la constitucionalidad de las Leyes (Gobierno Federal o Lánders).

Se admite, pues, la vía de acción y la incidental, por eso se dice que es un sistema híbrido.

c) La Sentencia que dicta la Corte Constitucional tiene efectos generales, o sea, elimina del derecho vigente a la Ley declarada inconstitucional.

d) La Sentencia sólo tiene efecto para el futuro, aunque posteriormente (1929) se reconoció que la Ley inconstitucional no tiene aplicación al caso concreto y que la Ley derogada vuelve a entrar a regir cuando así se disponga, dos situaciones que constituyen excepciones al principio de la no retroactividad.

El sistema original aplicó estrictamente el principio de la no retroactividad de la Sentencia que declara inconstitucional a la Ley y, por tanto, los hechos verificados durante la vigencia de ésta son válidos y eficaces. La reforma de 1929, con criterio más práctico que teórico, a fin de legitimar a las dos cortes judiciales en la postulación de la inconstitucionalidad de las Leyes, dispuso que la Ley inconstitucional no es aplicable al caso concreto, como se dijo anteriormente.

#### F) DIFERENCIAS FUNDAMENTALES DE AMBOS SISTEMAS

Aunque la doctrina observa un acercamiento entre ambos sistemas, no por esto se borran las diferencias fundamentales. Veamos cuáles son:

a) El sistema difuso es descentralizado, pues conoce de la constitucionalidad cualquier Juez, sin distinción de jerarquía, que ante su despacho se tramita un caso concreto propio de su competencia; en cambio, el austríaco es concentrado, pues la Corte Constitucional tiene el monopolio del conocimiento sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, privando de esa función a los Jueces y cortes judiciales ordinarias.

b) En el sistema difuso se conoce en forma indirecta (excepcional o incidental, llamada también) sobre la constitucionalidad de la Ley, pues surge con ocasión del caso concreto pendiente de trámite y fallo ante los Tribunales de Justicia, por lo que no existe un procedimiento especial, ni se permite la acción abstracta y directa; en cambio, en el austríaco se emplea la vía directa mediante acción abstracta y procedimiento especial ante la Corte Constitucional, aunque con posterioridad a la reforma se emplea la vía incidental, pero sólo están legitimadas las dos cortes superiores y no los Jueces inferiores.

c) En el sistema difuso la Ley inconstitucional es absolutamente nula por oponerse a una norma superior (constitucional) y, como consecuencia, no se anula dicha Ley con la Sentencia, sino solamente declara la nulidad preexistente de la misma y tiene efectos retroactivos (*ex tunc*); en cambio en el sistema austríaco la Sentencia anula la Ley que hasta el momento era válida y eficaz y tiene efectos para el futuro (*ex nunc*) a partir de su publicación, pero la Corte puede posponer su eficacia a una fecha posterior, no mayor de un año en Austria y seis meses en Turquía.

d) En el sistema difuso la Sentencia tiene eficacia sólo con relación al caso concreto con ocasión del cual se planteó la cuestión constitucional, no obstante en Estados Unidos y sus seguidores por el *stare decisis* adquiere efectos generales; en cambio el austríaco la Sentencia tiene efectos generales. La doctrina europea considera al sistema austríaco más completo que el difuso, pues en éste es posible que muchas Leyes escapen al control constitucional porque difícilmente se prestan a discusión en los casos concretos pendientes ante los Jueces y Tribunales; pero también más peligroso, pues sin la prudencia y sabiduría (la que tiene la Corte Suprema de Norteamérica) se corre el riesgo de que el Tribunal se convierta en una grave amenaza política al intervenir en el poder legislativo directamente o indirectamente en el ejecutivo.

#### G) ACERCAMIENTO DE AMBOS SISTEMAS

En la doctrina se observa un acercamiento de los dos grandes sistemas; a saber: la naturaleza judicial de ambos; los efectos generales de las Sentencias en ambos sistemas; la aceptación de la vía incidental en el sistema austríaco, aunque restringida; el funcionamiento casi exclusivamente constitucional de la Corte Suprema norteamericana y la orientación política de sus decisiones; la adopción de sistemas mixtos; la adopción en algunos países latinoamericanos del sistema austríaco; y la aceptación parcial en las constituciones alemana, italiana y austríaca del sistema de los *cheks and balances* en lugar de la versión francesa de la separación rígida de poder.

Se sostiene que los sistemas italiano y alemán en cierto sentido se encuentran en medio camino entre el austríaco y americano (31), lo cual no es compartido por algunos autores (32).

(31) Cfr. CAPPELLETTI, *Control judicial de las leyes*, ob. cit., pág. 85.

(32) Cfr. FRANCISCO RUBIO LLÓRENTE, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril 1988, pág. 25.

## H) BREVE REFERENCIA AL SISTEMA ALEMÁN, ITALIANO Y ESPAÑOL

En Italia, Alemania y España la cuestión de constitucionalidad se puede plantear ante un Tribunal constitucional tanto en la vía incidental como principal. La vía incidental, superando al sistema austríaco, la pueden promover todos los Jueces y Tribunales, en cambio en el austríaco en la vía incidental sólo están legitimados los órganos superiores judiciales.

En Italia la aplicación preferente de la Constitución provoca una prejudicialidad constitucional que paraliza el juicio ante los Tribunales de justicia en espera de la decisión del Tribunal especial (Corte Constitucional), el cual no se pronuncia sobre el fondo del caso discutido sino solamente sobre la constitucionalidad de la Ley que se pretende aplicar.

La inconstitucionalidad no se puede plantear directamente ante la Corte Constitucional, pues surge con ocasión de un conflicto pendiente de decisión ante los Tribunales ordinarios de justicia. No obstante, la Corte Constitucional es el único Tribunal que en forma exclusiva puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la Ley.

En España de dos maneras puede plantearse la inconstitucionalidad de la Ley: *a)* mediante una prejudicialidad constitucional surgida en un juicio pendiente de decisión ante los Jueces o Tribunales. La inconstitucionalidad la puede apreciar el Juez o Tribunal de oficio o a petición de parte, pero sólo esas autoridades la pueden plantear ante el Tribunal Constitucional, lo cual ha sido objeto de crítica (art. 35 y sigs.), y *b)* mediante el recurso directo de inconstitucionalidad de la Ley, disposición normativa o acto con fuerza de Ley ante el Tribunal Constitucional, pero sólo están legitimados; el Presidente del Gobierno; el Defensor del Pueblo; cincuenta Diputados; cincuenta Senadores; y los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades autónomas en lo que puedan ser afectados en su autonomía (art. 35 y sigs.).

Como puede apreciarse, en ambos sistemas no existe pureza.

Son prejudiciales aquellas cuestiones de influencia en la decisión del proceso cuyo conocimiento pertenece a otra jurisdicción.

Dos son los elementos que deben concurrir: influencia de la cuestión prejudicial en el proceso y que el conocimiento de ella pertenezca a la autoridad de una jurisdicción diferente a la que conoce del juicio en que surge (33). Pueden ser penales, constitucionales, administrativas, laborales,

---

(33) Nuestras leyes contemplan algunos casos de prejudicialidad. Por ejemplo, el artículo 427 Pr. establece la prejudicialidad penal autorizando a los Jueces y Tribunales a suspender los juicios civiles cuando la existencia de un delito fuere el fundamento preciso de la Sentencia que debe dictarse en aquellos o fuere de influencia notoria. Los artículos 1.198 y 1.199 Pr. contemplan la prejudicialidad penal para el caso especial de

etcétera. Surgen a causa de la existencia de diferentes jurisdicciones para administrar justicia.

### 1. Nuestra clasificación

Son muchas las clasificaciones que se han formulado sobre los sistemas de control de constitucionalidad de las Leyes (34).

Intentaremos desarrollar con fines didácticos, de acuerdo a la doctrina y legislaciones que se han dado sobre la materia, la clasificación siguiente:

#### a) Atendiendo a su extensión

##### i) Con alcance general

En virtud de este sistema la Ley inconstitucional es invalidada con carácter general (*erga omnes*). Desaparece como Ley para siempre. En resumen, la Ley deja de ser Ley.

---

la falsedad de un documento cuando éste fuere indispensable para la prueba en el juicio civil (cfr. JAIME GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, M. Aguilar, Madrid, 1948, págs. 954 y sigs.; JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Editorial Temis, Colombia, 1985, págs. 68 y sigs.; ALCALÁ ZAMORA CASTILLO y RICARDO LEVENE, *Derecho procesal penal*, ob. cit., t. I, págs. 231 y sigs.; CALAMANDREI, *Ilegitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 67 y sigs.).

(34) CALAMANDREI hace la clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes así: 1) Atendiendo al objeto: a) Formal. Por violación del procedimiento de formación de las leyes (error *in procedendum*). b) Material. Por violación del contenido de la Constitución (error *in iudicando*). 2) Atendiendo al órgano: a) Judicial (difuso). Todos los órganos del poder judicial controlan la constitucionalidad de las leyes; b) Autónomo o concentrado. Controla un único y especial órgano instituido con esa atribución exclusiva colocado en forma preminente y fuera de cualquier otro orden de órganos. 3) Atendiendo la legitimación: a) Incidental. Se propone en forma prejudicial por quien es parte de una controversia concreta al momento de aplicarse la Ley tachada de inconstitucionalidad. b) Principal. Cuando se propone como tema separado y principal de la petición. Se pone directamente en cuestión la inconstitucionalidad de la Ley sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial. 4) Por la extensión de sus efectos: a) Efectos generales. La ilegitimidad conduce a invalidar la Ley *erga omnes*, haciéndola perder para siempre su eficacia normativa general y *abstracta*. b) Efecto especial. La inconstitucionalidad se limita a declarar la Ley inaplicable al caso concreto, limitando sus efectos sólo a este caso. 5) Por la naturaleza de los efectos: a) Efectos declarativos. La declaración de certeza (la Sentencia que declara la inconstitucionalidad) opera retroactivamente sobre una nulidad preexistente (*ex tunc*). b) Efectos constitutivos. Con efectos anulatorios o de ineficacia que valen para el futuro (*ex nunc*); pero respeta en cuanto al pasado la validez de la Ley ilegítima (*El control de constitucionalidad bajo el ordenamiento derogado*, ob. cit., t. III, págs. 29 y sigs.). CAPPELLETTI, atendiendo al perfil subjetivo u orgánico, distingue dos sistemas: el difuso o americano o el austriaco o europeo, pero reconoce un mixto como el de México e Irlanda (*Control judicial de las leyes*, ob. cit., págs. 60-61).

Tienen alcance general en cuanto a la inconstitucionalidad de la Ley: la Constitución austríaca de 1920; la cubana de 1940 (35); los recursos directos de inconstitucionalidad de Colombia, Venezuela y España (también lo acepta en la vía prejudicial constitucional); los sistemas italiano y alemán; en general todos los inspirados en el sistema austríaco; y nuestras Leyes de Amparo de 1948, 1950 y 1974.

Lo acoge la vigente Ley de Amparo en el recurso de inconstitucionalidad y se incorpora al sistema difuso como tendremos ocasión de demostrar (arts. 4, 19, 20 y 21 LA).

De acuerdo con el artículo XXXVII del Título Preliminar del Código Civil la derogación de la Ley derogatoria no restablece la primera Ley, a no ser que la última lo prescriba expresamente.

Esta regla no se aplica en el supuesto de inconstitucionalidad de la Ley, pues la Sentencia no es derogatoria, sino declarativa de la inconstitucionalidad de la Ley, preexistente a dicha Sentencia.

Existen dos sistemas: el austríaco en el que una vez eliminada la Ley inconstitucional entran de nuevo en vigor las Leyes que le preexistan, salvo lo dispuesto en sentido contrario por la Corte Constitucional; en el otro sistema las Leyes derogadas expresa o tácitamente por la Ley declarada inconstitucional entran de nuevo en vigencia sin necesidad de ningún acto o manifestación de la Asamblea Legislativa o de la Corte. Este último sistema es el que se ajusta a nuestras Leyes, por lo cual debe aplicarse a pesar de no existir disposición expresa.

## ii) Alcance particular

En este sistema, la Sentencia se limita a declarar inaplicable la Ley al caso concreto y con relación a los contendientes; pero no desaparece como Ley, continúa vigente. Por eso la Sentencia que declara la inconstitucionalidad carece de efectos *erga omnes* y se desenvuelve dentro de los efectos relativos de la cosa juzgada (efectos entre las partes). No existe, pues, una declaración general de nulidad como en el sistema anterior. De donde se infiere que la Ley declarada inconstitucional puede ser posteriormente considerada válida por el mismo u otros Jueces o viceversa. Entonces se da el caso de lo que hoy se estima inconstitucional mañana no lo sea o viceversa. Esto crea inconvenientes que pueden dar pie a la incertidumbre

---

(35) Artículo 194 (cfr. RAFAEL PÉREZ Lovo, *Código Civil y Constitución*, Cultural, S.A., La Habana, 1944). El régimen comunista ha dado una nueva Constitución en 1976 y un nuevo Código Civil en 1987.

en la actuación de las personas con base a la Ley declarada inconstitucional y a la realización de fraudes.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia es obligatoria (*stare decisis*) la Ley declarada inconstitucional en la práctica queda derogada y hasta es suprimida de las recopilaciones de Leyes vigentes y aunque así no se haga aparece como una Ley muerta (en Estados Unidos, por ejemplo).

Ha sido seguido por nuestras Leyes de Amparo de 1893, 1911 y 1939 y dentro del control difuso de la constitucionalidad de las Leyes, con excepción del actual.

iii) Alcance mixto

Resulta de la combinación de los dos anteriores y funciona así: cuando la inconstitucionalidad es por el quebrantamiento de los trámites de la formación de la Ley, la nulidad de ésta es absoluta y como tal desaparece del ordenamiento jurídico para siempre, ya no seguirá rigiendo como Ley (alcance general); cuando la violación se produce contra disposiciones materiales, la Sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley sólo produce efectos en el caso concreto (alcance particular).

Es el sistema del Tribunal de Garantías de España de 1933 (36).

b) *Atendiendo a la naturaleza del órgano*

i) Sistema de control político

El control del cumplimiento de la Constitución es entregado a un órgano político que puede ser uno de la estructura normal del Estado o uno creado especialmente.

Corresponde a la primera forma: el Presidente del Reich de la Constitución Alemana de Weimar; el Congreso y Senado de la Constitución Federal de 1824; el Poder Legislativo en la Constitución de 1838.

Se encuentra dentro de la segunda forma: el Senado conservador de la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1779 y las demás anteriormente citadas y el Consejo representativo de nuestra Constitución de 1826.

---

(36) Cfr. ALCALÁ ZAMORA CASTILLO y RICARDO LEVENE, *Derecho procesal penal*, Guillermo Koaft, Ltda. Argentina, 1945, t. I, págs. 195 y sigs.; ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales. Ensayos de Derecho procesal* Revista de Jurisprudencia Argentina, S.A., 1944, págs. 503 y sigs.

Se aparta al poder judicial porque se piensa que esta función es política y le corresponde a un órgano de esa naturaleza. Además se estima conveniente alejar al poder judicial de las pasiones y conflictos políticos, dañinos a la buena administración de justicia. Tiene algunos simpatizantes.

No es aconsejable, más en nuestro medio, la adopción de un sistema como éste, pues se presta al juego político partidista y a las consecuencias que trae, y el autocontrol, como el francés, no rinde buenos frutos. Poca aceptación legislativa tiene, sobre todo en Latinoamérica.

## ii) Sistema de control judicial

Es el sistema más aceptable por las razones siguientes: la oposición de la Ley o de cualquier acto a la Constitución es una cuestión jurídica que corresponde resolver a órganos judiciales mediante la aplicación preferente de este cuerpo superior de Leyes; los funcionarios judiciales son los mejor capacitados e imparciales para esa labor; el poder legislativo y el ejecutivo generalmente son los sujetos pasivos contra los que se dirige el amparo, lo cual les quita imparcialidad para conocer; el poder judicial es menos peligroso que los poderes políticos (legislativo y ejecutivo), más capacitado y ofrece mejores garantías.

### — Sistema de control por los Tribunales ordinarios

La defensa de la Constitución se entrega a la jurisdicción ordinaria, ya sea en forma difusa (conocimiento por todos los Jueces y Tribunales) o directa mediante el conocimiento de la cuestión constitucional por un órgano determinado del mismo poder judicial que tenga la mayor jerarquía como la Corte Suprema de Justicia (37).

Es el que sigue Estados Unidos (38) y la mayoría de los países latinoamericanos en su versión difusa y en menor medida la vía directa. Nica-

---

(37) La Constitución cubana de 1940 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales encargado de conocer de la inconstitucionalidad, pero era una Sala del Tribunal Supremo de Justicia que formaba parte de la justicia ordinaria, como puede verse en los artículos 171 y 172.

(38) La facultad de la Corte Suprema de Justicia no aparece a texto expreso en la Constitución. Es creación jurisprudencial de este Tribunal. Se deduce de las interpretaciones amplias del artículo 6, que establece que "la presente Constitución y las leyes de los Estados Unidos serán hechas, *en consecuencia*, según la Ley suprema del país". El uso de la expresión en "consecuencia" se interpreta en el sentido de que las leyes deben ser hechas de acuerdo a la Constitución.

ragua consagra el difuso, pero complementado con el recurso de amparo directo ante la Corte Suprema y la casación ante este mismo Tribunal, como veremos más adelante.

— Sistema de control por un Tribunal especial

La defensa de la Constitución ha cobrado una formidable importancia pasando a ser parte principal de la nueva rama denominada Derecho procesal constitucional y sirvió de base para crear Tribunales jurisdiccionales especiales como los de Austria, Alemania, Italia, España y Guatemala (39).

No dudamos que el Derecho procesal constitucional tenga autonomía (principios propios, importancia reconocida y Ley especial: la de Amparo en nuestro medio) y de que son muchos los países que contemplan procedimientos defensivos de la integridad constitucional. Pero la autonomía de una rama procesal no necesariamente conduce a la creación de órganos especiales encargados de aplicarla, pues donde no se justifica podría traer complicaciones y gastos innecesarios. Por ejemplo, cuando existe una legislación procesal civil y constitucional ágil y moderna y Jueces ordinarios capaces, hay que meditar muy seriamente para crear nuevos Tribunales especializados.

Tampoco la autonomía de una rama sustantiva trae aparejada necesariamente la creación de una nueva rama procesal y el establecimiento de Tribunales especiales. Por ejemplo, no ha sido necesario crear Tribunales especializados y una rama procesal comercial, ni una Ley especial que la regule, para la aplicación del Derecho comercial, cuya importancia en la vida moderna es indiscutible. A pesar de ello generalmente en la mayoría de los países son los Tribunales ordinarios los que siguen conociendo de esos negocios mediante la aplicación del procedimiento civil con sus necesarias variantes. Debemos reconocer que en algunos países se han creado Tribunales mercantiles y Leyes especialmente sobre procedimiento mercantil, pero con posterioridad suprimidas (España).

No creo que amerite el control de la constitucionalidad la creación de un Tribunal especial, por lo menos en nuestro país, pues sería manejado por los poderes políticos.

Se podría argumentar a favor del Tribunal especial expresando que

---

(39) En Guatemala existe la Corte de Constitucionalidad compuesta de doce miembros, pero no actúa con carácter permanente. Se integra cuando la demanda es interpuesta (cfr. MARIO AGUIRRE GODOY, *Derecho procesal civil*, Guatemala, 1982, t. II, vol. I, págs. 490 y sigs.).

con él se logra la especialidad, se atienden más casos y se asegura una participación más dinámica, efectiva y sin temores de la justicia en el control de la constitucionalidad. Pero todas estas cualidades se pueden obtener para los Tribunales ordinarios por diferentes medios: creación de una sala especializada en la Corte Suprema, aumento del número de Magistrados, mejoramiento de locales, preparación del personal, garantía de independencia, etc. (40).

c) *Atendiendo a las formas de proponerlo*

i) Sistema difuso

En virtud de este sistema todos los Jueces y Tribunales de la justicia ordinarios, desde el de más inferior jerarquía hasta el Tribunal Supremo, pueden en la Sentencia definitiva del juicio aplicar de preferencia la Constitución desechando la Ley que se opone a ella. El interesado tiene a su favor los recursos ordinarios para *atacar* la Sentencia y el extraordinario de casación en el fondo cuando se violó la Constitución por aplicación de una norma contraria a ella.

El conflicto de la inconstitucionalidad se puede promover de oficio o a petición de partes. Son dos formas de proceder de este sistema. Pueden ir acompañadas o separadas.

Cuando el Juez o Tribunal inferior es el que declara la inconstitucionalidad, sus decisiones generalmente no forman jurisprudencia. Se soluciona este problema enviando el Tribunal inferior copia de la Sentencia para que la corte suprema de justicia se pronuncie sobre la inconstitucionalidad y así formar jurisprudencia.

Por ejemplo, en la Ley de 2 de julio de 1912 se disponía que los Jueces (locales o de distrito) o Tribunales (Tribunales de Apelación) que hubieren dictado Sentencia en la que se negó la aplicación de una Ley por juzgarla inconstitucional y que hizo tránsito a cosa juzgada, debían enviarla a la Corte Suprema a los propósitos del recurso de casación en interés de la Ley (41), es decir, con el fin de que ese Tribunal se pronuncie y establezca

---

(40) En Europa la creación de un Tribunal especial constitucional ha tenido éxito, pero no creo que se logre en nuestro país porque son otras las realidades.

(41) La casación tiene las finalidades siguientes: a) La defensa del derecho objetivo mediante la aplicación correcta de la Ley por los Jueces y Tribunales, con lo cual se pretende conseguir seguridad jurídica, la igualdad ante la Ley y la supremacía del órgano legislativo. Es la función nomofilática. b) Uniformar la jurisprudencia, con lo cual también se logra seguridad e igualdad ante la Ley. En la casación en interés de la

jurisprudencia, pero ésta no afecta lo decidido definitivamente *inter partes*. Si la Corte Suprema declara que la Ley es constitucional en nada beneficia la parte interesada que así lo sostenía en el juicio.

Este es el sistema que ha seguido nuestro derecho, acompañado de la casación y del recurso directo de amparo interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia contra las Leyes, Decretos y actos de las autoridades que no sean judiciales.

En algunos países la proposición de la inconstitucionalidad ante Jueces o Tribunales inferiores suspende la tramitación del juicio y se traslada a la Corte Suprema la decisión de la inconstitucionalidad. Constituye una excepción de previo pronunciamiento que la falla este Alto Tribunal, aunque en ciertas legislaciones no provoca la suspensión pero el Juez debe fallar de acuerdo con la decisión constitucional, pero éste ya no es propiamente el sistema difuso.

## ii) Sistema directo ante Tribunal especial constitucional

Aquí la acción de inconstitucionalidad se entabla directamente ante un Tribunal especial y único encargado de conocer de esa materia. La inconstitucionalidad es el objeto principal de la acción y no es preciso que surja con ocasión de una controversia especial.

---

Ley (o denuncias de oficio como la denomina CALAMANDREI, *Casación civil*, Ejea, Argentina, 1959, pág. 60) los efectos y propósitos se logran para el futuro porque la Sentencia casada en virtud de este recurso sigue surtiendo efecto entre las partes. Por el contrario, la Sentencia dictada por la Corte Suprema servirá para decidir de acuerdo a su criterio otros casos semejantes. Este tipo de casación ha sido objeto de crítica, y CALAMANDREI en la citada obra (pág. 62) se abstiene de abordarla porque aparece desprovista de toda importancia práctica al punto de ser abolida del proceso penal. MANUEL IBÁÑEZ FRECHAM se alegra de que en su país no se haya acogido y la califica de casación simbólica (*Los recursos en el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 271 y 272). ALCALÁ ZAMORA la combate duramente (*Clínica procesal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, págs. 76 y sigs.). En realidad, la casación en interés de la Ley ha caído en desuso por su ineficacia práctica, se encuentra desprestigiada por el grave contraste entre la Sentencia de casación y la del Tribunal de Instancia declarada injusta, pero que a pesar de ello conserva su fuerza vinculante y tiene sustitutos. En materia constitucional este tipo de consulta es efectiva y beneficiosa. Antes de la Ley de 2 de julio de 1912 se podía usar del recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ministerio Público para discutir la inconstitucionalidad. Aunque prácticamente ya no es necesario, aún sigue vigente este medio (cfr. *infra*, nota 68).

## iii) Sistema directo ante la Corte Suprema

Nuestras Leyes de Amparo han permitido que se recurra directamente ante la Corte Suprema de Justicia contra las resoluciones o actos de las autoridades no judiciales que apliquen disposiciones contrarias a la Constitución o que sin aplicar las Leyes también las violen. Pero no es un Tribunal especial que conocen, sino uno de la justicia ordinaria, el de mayor jerarquía.

Este sistema tiene dos variantes:

- La constitucionalidad puede ser propuesta por cualquier ciudadano independientemente de resultar perjudicado directamente. Es una acción abstracta independiente de un caso concreto.

Lo que legitima al proponente es simplemente la existencia de la oposición de la Ley a la Constitución. Es lo que se conoce bajo el nombre de acción popular o pública.

La acción popular también se da en los sistemas de recursos directos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema como en Colombia (42), Venezuela (43) y Nicaragua, aunque en nuestro país la actual Ley de Amparo la ha suprimido en forma ilegal como tendremos ocasión de señalar más adelante.

La acción popular se ha extendido a El Salvador, Panamá y algunas provincias argentinas.

- La inconstitucionalidad sólo puede ser pedida por la parte perjudicada o amenazada de serlo por la Ley.

d) *Sistemas declarativos y constitutivos*

## i) Sistema declarativo

En virtud de este sistema, la Ley declarada inconstitucional es nula desde su aprobación (*ab initio*). Nace nula. Tal forma de operar de la nulidad le comunica a la Sentencia naturaleza declarativa con plenos

---

(42) Cfr. JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN, *La defensa judicial de la Constitución*, Editorial Temis, Bogotá, 1971, págs. 110 y sigs.; Tuno ENRIQUE TASCÓN, *Derecho constitucional colombiano*, Editorial La Gran Colombia, 1944, págs. 295 y sigs.

(43) Cfr. HUMBERTO J. LAROCHE, *Derecho constitucional general*, Maracaibo, 1969, págs. 110 y sigs.; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción general al régimen del derecho de amparo a los deberes y garantías constitucionales", págs. 11 y sigs., y CARLOS H. AYALA CORAO, "La acción de amparo constitucional en Venezuela", pág. 111 y sigs., ambos en *Ley de Amparo, derechos y garantías constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

efectos retroactivos al tiempo en que se produjo la nulidad por la colisión entre la Ley y la Constitución (*ex tunc*). La Sentencia se limita a declarar que en ese momento surgió la nulidad. No existe la creación de una situación jurídica nueva (44). De todo lo cual se infiere que la Ley desaparece para el pasado y para el futuro.

Al no ser Ley desde su nacimiento, carece de efectos para conceder derechos y protección jurídica e imponer deberes a los que actuaron de conformidad a ella. Por ejemplo, si fue condenado con base a una Ley que posteriormente se declaró inconstitucional no tengo que expiar la pena aunque exista Sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, pues en supuestos como éstos no se respeta.

Aplicado este sistema en forma rigurosa da pie a algunas injusticias y deja huérfanos de protección a actos que lo merecen. Por eso se propugna a favor de su suavización. Pongamos un ejemplo: si realizo un acto considerado lícito con base en una Ley declarada posteriormente inconstitucional y ese acto ha dejado de ser lícito porque la Ley anterior que pretendió derogar aquélla lo estima ilícito, deberé ser sancionado. La razón es muy sencilla: la Ley que se pretendió derogar siempre existió y de acuerdo a su texto el acto que realicé es ilícito y en base a ella tendré que ser sancionado. Por el contrario, la Ley inconstitucional en base a la cual actué nunca existió.

A fin de moderar esos rigores algunos autores han propuesto considerar la Ley inconstitucional como anulable y no nula (45). Esto nos llevaría a sostener que la Ley produjo efectos a los que se le deben protección, por lo que en el caso expuesto el acto que realicé será lícito y no podré ser sancionado. Pero en realidad esta posición más bien corresponde al sistema que a continuación desarrollaré.

También se propone la aplicación de principios o figuras jurídicas

---

(44) Cfr. COUTURE, *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva. Estudios de Derecho procesal civil*, Ediar, Argentina, 1949, t. II, págs. 357 y sigs.; *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Argentina, 1974, págs. 314 y sigs. En síntesis, sostiene que toda Sentencia contiene una declaración del derecho como antecedente lógico que es de la decisión principal, incluyendo las que no dan lugar a la demanda porque declaran la inexistencia del derecho que el actor pretende y las de condena y constitutivas por cuanto se llega a ese tipo de decisión después de considerar y declarar la existencia de la circunstancia que determinaron la condena o la constitución de un Estado jurídicamente nuevo. Pero la Sentencia de mera declaración no va más allá de esa decisión, la que tiene por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho. Acepta como declarativas o de mera declaración: la que declara la existencia de la falsedad de un documento, la que declara la inexistencia de una obligación, la de jactancia y la que reconoce la prescripción adquisitiva.

(45) CALAMANDREI llega a aceptar que en el sistema declarativo existe una nulidad de la Ley y en el constitutivo una anulabilidad de la misma (*Ilegitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 95 y sigs.).

como el error común, la legitimación, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la cosa juzgada excepto en lo penal.

La tendencia doctrinal se encamina hacia la suavización de los principios de la no retroactividad y de la retroactividad, teniendo en cuenta un justo equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. Ya vimos cómo se hizo en Austria (modestamente) con relación al primero y ahora con relación al segundo, en donde se permite la consolidación, con base a los principios señalados en el párrafo anterior, de ciertas situaciones fundadas en una Ley posteriormente declarada inconstitucional con la finalidad de respetar la paz social y la estabilidad y certeza de las relaciones y situaciones jurídicas.

## ii) Sistema constitutivo

A diferencia del anterior, la Ley declarada inconstitucional sólo desaparece para el futuro (*ex nunc*). Se aplica a los actos y hechos realizados antes de ser declarada inconstitucional. No existen efectos declarativos y retroactivos de la Sentencia que declara la nulidad; por el contrario, produce efectos constitutivos y para el futuro.

El efecto que produce esta Sentencia equivale al que surge de la derogación de la Ley: la Ley anterior se aplica para los actos o hechos realizados antes de la derogación y la nueva Ley a los futuros. La nueva Ley en esta técnica carece de efectos retroactivos.

En el sistema anterior se considera a la Ley inconstitucional como inexistente o nula absolutamente desde que se produjo la colisión. Por el contrario, en éste se considera anulable y, por lo tanto, existía y era válida hasta que se dictó la Sentencia que la anula (anulabilidad), lo que equivale en sus efectos a una derogación a partir de este momento. Se aplican a este sistema las mismas reglas que rigen para el conflicto de Leyes en el tiempo.

Este sistema también tiene sus inconvenientes y se presta a injusticias. Por esto se ha pretendido, con el fin de corregirlo, darle ciertos efectos retroactivos.

Lo sigue la actual Ley de Amparo (art. 18).

En realidad de verdad sólo existen propiamente hablando dos sistemas: el político y el jurisdiccional, los demás con características que pueden o no acompañar a uno o a otro. Pero como el sistema político carece de aceptación y no lo seguimos, nos limitamos a exponer la posibilidad de combinación de ciertas características en los sistemas generales judiciales.

Es posible que algunas de estas características estén presentes o no en los sistemas judiciales; pero generalmente, por razones de lógica, van acompañados así: el sistema de los Tribunales ordinarios es difuso, surgen

con ocasión de una controversia judicial, se limita a disponer la inaplicabilidad al caso de la Ley inconstitucional y es declarativo con efectos retroactivos; el sistema de los Tribunales especiales es directo, con efectos generales y constitutivos. Estos sistemas son antitéticos.

e) *Sistema de nuestro constitucionalismo*

Nuestro constitucionalismo ha formulado un mecanismo completo de control del cumplimiento de la Constitución, respaldado por una abundante jurisprudencia que con bastante conocimiento ha manejado nuestros juristas y juzgadores (46).

Este control se ha hecho a través del amparo (47), la casación en el fondo, forma y en interés de la Ley, la aplicación preferente de la Constitución por Jueces y Magistrados (forma difusa) y mediante el sometimiento del conflicto a la Corte Suprema cuando el ejecutivo veta de inconstitucionalidad un proyecto de Ley (control preventivo). A excepción del último, la legislación actualmente vigente admite los restantes medios de control.

Generalmente nuestro amparo ha tenido las aplicaciones siguientes:

- i) Amparo contra Leyes, Decretos o Reglamentos al aplicarse al agraviado por autoridades no judiciales, del cual conoce la Corte Suprema.
- ii) Amparo contra disposiciones, resoluciones, órdenes o actos de

---

(46) No se ha hecho un estudio ni existen estadísticas confiables sobre la eficacia práctica del amparo en todas sus manifestaciones. Lo mismo sucede en Latinoamérica, aunque se han hecho algunos intentos. Dos grandes obstáculos se le han interpuesto: la desorbitada amplitud de las cuestiones no justiciables que no son controlables, a las que la doctrina ha opuesto los conceptos correctivos de razonabilidad y desvío de poder, y los constantes estados de emergencia. Con el renacer de la democracia se espera un mejor futuro de amparo (cfr. FIX-ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, ob. cit., págs. 522 y 523). Sólo un caso en que se declaró la inconstitucionalidad registra nuestra jurisprudencia y el *habeas corpus* funciona mejor a pesar de los serios obstáculos que se ponen.

(47) Nuestro amparo se consagró en la Constitución de 1893 y lo reglamentó la Ley de Amparo de 29 de agosto de 1894. Se inspiró en el mexicano, aunque tiene sus diferencias y particularidades. La jurisprudencia y autores como GONZÁLEZ PÉREZ y FIX ZAMUDIO reconocen esa procedencia. Fue el segundo país, después de El Salvador, en adoptarlo (cfr. FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, ob. cit., págs. 463 y 475; IVÁN ESCOBAR FORNOS, *El amparo*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, págs. 7 y sigs.). El amparo mexicano es multifinalitorio, lo que va en detrimento de su identidad sirve de *habeas corpus*; de recurso de inconstitucionalidad contra las leyes; como proceso administrativo contra las resoluciones o actos de las autoridades administrativas cuando no pueden impugnarse ante un Tribunal administrativo; como casación; como instrumento tutelar de los campesinos (amparo social agrario).

autoridades no judiciales interpuesto por el agraviado o amenazado de serlo, del cual conoce también la Corte Suprema.

iii) Amparo contra actos restrictivos de la libertad personal por las autoridades (exhibición personal), del cual conoce la Sala de lo Criminal del Tribunal de Apelaciones correspondientes.

iv) Amparo contra actos restrictivos de la libertad personal por particulares (amparito), interpuesto ante los Juzgados de Distrito de lo Penal (48).

v) Amparo contra el auto de prisión del cual conoce la Sala de lo Criminal del Tribunal de Apelaciones correspondiente.

La actual Ley de Amparo suprimió el v) y el iv) lo absorbió el iii).

## VI. UNIDAD DEL AMPARO

Con anterioridad se dijo que el amparo tiene varias manifestaciones. Lógicamente, por razones de importancia, facilidad y economía, en cada una de ellas pueden variar los procedimientos, reglas y competencias. No obstante, aparecen vinculadas por elementos comunes fundamentales que le comunican unidad al amparo: el fin (el control del cumplimiento de la Constitución) es el mismo; principios y reglas fundamentales de aplicación general; una sola Ley las regula. Existe un anchuroso campo común a todas ellas que orgánicamente las une. En resumen, el amparo es uno con manifestaciones específicas.

En *La Gaceta* número 5 del 9 de enero de 1987 se publica la vigente Constitución y en *La Gaceta* número 24 del 20 de diciembre de 1988 la Ley de Amparo (49). Los artículos 187, 188 y 198 de la Constitución establecen

---

(48) Nuestro amparo, como el mexicano y los que de él se derivan, sólo se da contra las autoridades; pero últimamente (iniciado el movimiento por la jurisprudencia argentina) se acepta su procedencia contra los particulares (personas naturales o jurídicas o grupos de personas), como sucede en Venezuela, Bolivia y Uruguay por violación de cualquier derecho o libertad consagrado en la Constitución (cfr. FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, ob. cit., págs. 467 y sigs.; CARLOS N. AMAYA CORA, *La acción de amparo constitucional en Venezuela*, ob. cit., págs. 137 y sigs.).

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

tres recursos: el de inconstitucionalidad contra Leyes, Decretos o Reglamentos; el de amparo; y el de exhibición personal (50). Estos debían ser regulados por una Ley de Amparo con rango constitucional, según lo disponen los artículos 184 y 190 de la Constitución.

Tal distinción y la forma en que se desarrolló en la Ley se apartan del concepto unitario del amparo, lo cual repercute en detrimento de la técnica legislativa empleada, de la claridad y de los fines del amparo.

Las dos primeras Leyes de Amparo (1894 y 1911) participan de esa distinción y no podemos criticarlas porque son los primeros experimentos. Pero a partir de la Ley de Amparo de 1939 se eliminó y bajo el nombre común de amparo regula todas sus manifestaciones. De aquí que la Corte Suprema haya dicho que el amparo y la inconstitucionalidad son un mismo recurso (51).

#### VII. VIAS PARA PROMOVER LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, DECRETO-LEY, DECRETO O REGLAMENTO

La vigente Ley de Amparo señala tres vías para acusar de inconstitucionales esos cuerpos legales:

- a) El recurso directo por inconstitucionalidad. Su objeto principal y directo es que se declare la inconstitucionalidad.
- b) El recurso de amparo cuando la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento considerado inconstitucional se le haya aplicado al agraviado por actos de una autoridad no judicial.
- c) La aplicación preferente de la Constitución y el rechazo de la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento inconstitucional por el Juez o Tribunal que conoce de un caso concreto en asuntos de su competencia. Sistema difuso en donde se plantea de oficio o a petición de parte.

---

(50) El Partido Popular Social Cristiano presentó a la Asamblea un proyecto de Ley de Amparo que por encargo del mismo preparé desinteresadamente, inspirado en principios y orientaciones modernas del proceso y particularmente del amparo: acción popular, impulso oficial, pruebas de oficio recabadas por el Tribunal, suplencia de la queja, responsabilidad y sanciones adecuadas a los funcionarios que no cumplan con las resoluciones judiciales, sana crítica y lista abierta, participación activa del Tribunal en el proceso, principio de celeridad, principio de buena fe, división y ordenamiento técnico y racional de las materias, epígrafe en cada artículo que indica la materia regulada, etc. En general, se aparta de la concepción individualista del amparo que lo limita y se adopta una más colectiva, pues se concede la acción popular, los efectos de la inconstitucionalidad son generales y se establece una posición más activa de los Tribunales en el proceso y en la búsqueda de la verdad material, sin confirmarse con la formal. No incorporé la oralidad por estimar que no era el momento oportuno.

(51) S. 10:30 a.m. del 13 de agosto de 1962, *B.J.*, pág. 366.

El vencimiento del plazo de los sesenta días establecido en el artículo 10 de la Ley de Amparo sin interponer el recurso directo de inconstitucionalidad no cierra las puertas para que se pueda volver a plantear el tema por el perjudicado en cualquiera de las vías señaladas en las letras *b)* y *c)*. La única sanción que puede deducirse de la no interposición del recurso dentro del término de Ley es la extinción del derecho de todos los ciudadanos de interponerlo por aplicación del principio general de preclusión porque no es una sanción expresamente impuesta. Ni la Constitución, ni la Ley de Amparo establecen como pena la conversión del cuerpo legal nulo en válido y la extinción de la oportunidad de discutirse posteriormente su inconstitucionalidad. De haberlo querido el legislador expresamente hubiera contemplado esa sanción, como hizo en el recurso de amparo en donde el artículo 51, inciso 3, de la Ley de Amparo lo estima improcedente cuando ha mediado aceptación tácita del agraviado por no recurrir dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto ofensivo (art. 26 LA).

Sería inconcebible que por la decadencia de ese plazo, la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento inconstitucional, viciado de nulidad, purgará su vicio, como si se hubiera bañado en el Jordán. La Ley de Amparo no se pronuncia a favor de tal aberración; por el contrario abre otras oportunidades para promover la inconstitucionalidad.

Como consecuencia de lo expuesto, si dejo transcurrir el plazo de los sesenta días sin interponer el recurso directo de inconstitucionalidad puedo plantear de nuevo la inconstitucionalidad de la Ley por medio del amparo o en la vía judicial. Si dejo transcurrir los plazos del recurso de inconstitucionalidad y de amparo, podré promover posteriormente la inconstitucionalidad en la vía judicial, pues la aceptación tácita por no recurrir de amparo dentro del término legal sólo me perjudicará para proponer nuevamente otro amparo sobre el mismo caso (art. 51, inc. 3, LA); mayor razón existe cuando promuevo la inconstitucionalidad en otros casos concretos.

En resumen, una Ley, Decreto-ley, Decreto o Reglamento es posible de ser acusado de inconstitucional en la forma indicada anteriormente mientras la Corte Suprema no declare a través de los recursos legales su constitucionalidad de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Amparo. Hasta este momento sale del Jordán purificado. Esta declaración no tendrá fuerza legal si la hace por medio de consulta.

## VIII. RECURSO POR INCONSTITUCIONALIDAD

## A) MATERIA DEL RECURSO

a) *Su objeto*

Este recurso tiene como objeto directo y principal la declaración de la inconstitucionalidad de la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento por oponerse a la Constitución. Así se desprende de los artículos 2, 6, 7 de la Ley de Amparo y otros. No es preciso que de previo se encuentre pendiente de Resolución ante las autoridades administrativas o judiciales en caso concreto.

La materia regulada en la Ley de Amparo es amplia. Veamos lo que abarca:

i) Dentro del concepto de ley se comprende: las que dicta la Asamblea Nacional; las que dicta el Presidente por delegación de aquélla al recesar; las que dicta el Presidente en materia fiscal o administrativa sin necesidad de delegación, denominados decretos ejecutivos con fuerza de Ley por el artículo 150, inciso 3, de la Constitución; y los tratados internacionales (52).

ii) En el Decreto entran todas las disposiciones generales y abstractas dictadas por cualquier autoridad. Los planes de arbitrio y ordenanzas municipales podrían incluirse dentro del concepto de Decreto.

iii) El Decreto-Ley no existe en nuestra Constitución, por lo que se ha excedido la Ley de Amparo al dar como supuesto que es legal decretarlas. La Constitución anterior los autorizaba en el artículo 190, inciso 10.

---

(52) Existen disposiciones constitucionales, generalmente de carácter programáticas, que encierran derechos económicos y sociales para cuya aplicación efectiva en ciertos supuestos es preciso la erogación de recursos económicos y/o la actividad de los poderes políticos (leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, etc.). Piénsese en aquellas que promueven la vivienda, la salud, la educación, etc. Las disposiciones constitucionales pueden ser violadas por omisión cuando la autoridad no hace lo preceptuado, y ante tal situación no se puede negar protección al perjudicado en Derecho económico y social por la omisión reglamentaria, la cual debe ser llenada por el Tribunal. Sin embargo, el control judicial en tales supuestos no es determinante de la acción que deben tomar los otros poderes y los Tribunales deben actuar con prudencia. La Constitución del Perú de 1979, en disposición transitoria, preceptúa que los preceptos constitucionales que representan gastos e inversiones se aplicarán progresivamente y el presupuesto anual cubrirá tal cumplimiento. El control y efectividad a los derechos económicos y sociales constituye un gran reto de la democracia moderna (cfr. JORGE MARIO GARCÍA, *La constitución y su función en el desarrollo y defensa de los derechos humanos*. Educación y derechos humanos, Libre Libre, Costa Rica, 1986, págs. 101 y sigs.).

Estos Decretos se dictan por el Presidente sin delegación del legislativo, en casos de necesidad y urgencia.

Los usan los gobiernos *de facto* para gobernar. Tras la caída del gobierno de SOMOZA fueron empleados. Ya no existe razón para seguirlos dictando y además carecen de respaldo constitucional.

Cuando el ejecutivo dicta Decretos por delegación del legislativo, generalmente en circunstancias anómalas (guerra, epidemia, crisis económica, etc.), la doctrina los denomina Decretos con fuerza de Ley. Tampoco los contempla la Constitución y más bien los confunde con las Leyes en el artículo 150, inciso 3, de la Constitución.

El Presidente no necesita echar manos de los Decretos-Leyes, ni de los Decretos con fuerza de Ley porque puede legislar en materia fiscal y administrativa, en receso de la Asamblea Nacional se le delega la función legislativa y en caso de necesidad puede decretar el estado de emergencia que le concede poderes absolutos de acuerdo con la nueva Ley de Emergencia (*Gaceta* núm. 198 del 19 de octubre de 1988).

iv) El Reglamento es un Decreto que en algunos países se puede impugnar en la jurisdicción contenciosa administrativa, pero como nosotros no la tenemos se hace en el recurso de inconstitucionalidad y de amparo.

Muchos administrativistas (53) se pronuncian a favor del control contencioso administrativo, aunque reconocen que algunos países siguen todavía el control constitucional.

#### b) *Vicios denunciables*

Los artículos 187 de la Constitución y 2 de la Ley de Amparo, que desarrollan en parte el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 182 de la Constitución, señalan, sin hacer distinciones, como motivo del recurso, la oposición de la Ley, Decreto, Decreto-Ley y Reglamento a la Constitución. Procede pues, cualquiera que sea la naturaleza de la norma constitucional violada. Bien puede ser de procedimiento, de organización o sustantiva.

En la doctrina se conocen dos tipos de vicios que afectan a las Leyes: los que provienen por haberse violado las reglas de procedimiento establecidas en la Constitución para la formación de la Ley (error *in proceden-*

---

(53) GONZÁLEZ PÉREZ se pronuncia a favor del control a través de lo contencioso-administrativo (*ob. cit.*, págs. 179 y sigs.).

*dum*); y los que provienen de la oposición de la Ley a las disposiciones sustantivas constitucionales (*error in iudicando*) (54).

Los dos tipos de errores son cubiertos por la Ley de Amparo como lo expresamos al comienzo de éste párrafo.

Son pocos los artículos constitucionales de procedimiento relacionados con los cuerpos legales que son objeto del recurso y, como consecuencia, se reduce su campo de acción. Por ejemplo, en la Constitución vigente se eliminaron casi todas las reglas de procedimiento de la formación de las Leyes ordinarias que existían en las constituciones anteriores.

Pero existen ciertas normas de procedimiento que permiten interponer el recurso por su violación: el artículo 140 que establece el derecho de iniciativa; los artículos 141 y 143 que consagran el quorum; y los artículos 138, inciso 6, y 150, incisos 4 y 7, que conceden facultades legislativas al Presidente, pero le señalan límites que pueden ser controlados por este recurso.

El amparo en todas sus manifestaciones es un instrumento procesal que desarrolla y hace efectivo el principio de la supremacía constitucional consagrado en el artículo 182 de la Constitución. Esta supremacía y el amparo que la garantiza deben cubrir a toda la Constitución y no a una parte de ellos, cualquier que sea su naturaleza, contengan o no derechos o garantías fundamentales, deben ser protegidos por el amparo, mediante la acumulación de las Leyes, Decretos-Leyes, Decretos, Reglamentos, órdenes, acuerdos, disposiciones y órdenes que los violen. Deben ser protegidos no sólo los derechos y garantías consagradas en la parte dogmática de la Constitución, sino también la parte orgánica, y las Leyes constitucionales, en resumen toda la Constitución (55).

---

(54) La Ley de Amparo de 1948 admitió expresamente la inconstitucionalidad de la Ley por defecto de forma y de fondo. Lo fundamental de todo sistema moderno es que se permita la impugnación por violación de disposiciones sustantivas. Muchos países admiten el control por ambos motivos, pero se dan casos de algunos que sólo aceptan el control judicial por motivos de forma, como sucedió en Italia bajo el flexible estatuto Albertino de 1848 y se admite aún en los sistemas en que se rechaza el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Nuestra Corte Suprema se ha inclinado a rechazar los recursos fundados en irregularidades de forma (ver *infra*, nota 56).

(55) La doctrina moderna sobre el amparo respalda la tesis de la defensa total de la constitución por medio del amparo. Por ejemplo, IGNACIO BURGOS, destacado amparista mexicano, en donde esta institución se la ha dado legislativamente un tratamiento individualista circunscribiéndolo a la defensa de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, expresa: "La restricción practicada por los legisladores del 57 y 17 en lo concerniente al juicio de amparo viene a desnaturalizar el alcance propio y sustancial del mismo, ya que aquél, por esencia, debe ser un medio de control de toda la Constitución y no sólo, como sucede en nuestro actual y próximo pasado régimen constitucional, de determinados preceptos" (*El juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1957, págs. 202). En la página 214 de esta obra hace una formulación general

No obstante lo expuesto, en virtud de la nueva Ley de Amparo y artículos 188 y 189 de la Constitución nuestro amparo en todas sus manifestaciones sólo garantiza en forma primordial y directa una parte del articulado de la Constitución, la que contiene los derechos y garantías. Veamos: el recurso de inconstitucionalidad de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Amparo sólo puede interponerse por el perjudicado en sus derechos constitucionales, o sea, cuando han sido violadas disposiciones constitucionales que los consagran y no cuando la violación sólo fue de derechos de otra naturaleza, pues en éste supuesto debe existir la violación de otra disposición constitucional que contenga un derecho o garantía, no basta el perjuicio de cualquier bien o derecho; el recurso de amparo sólo se da por violación de los derechos y garantías consagrados en la Constitución (art. 23 LA); la exhibición personal en sus dos modalidades (contra las autoridades y los particulares) se otorga por violación de la libertad y seguridad personales.

En un sistema de marcada estructura individualista en el cual el individuo es el principal y directamente defendido y la Constitución en forma secundaria a través de la actividad y protección de los intereses de aquél. Pero ha sido superado por una concepción más socialista del derecho que estima la defensa de la Constitución como un objeto fundamental y de interés general, por lo que se, sin perjuicio de la protección del individuo, se concede acción popular, la ley inconstitucional es declarada nula y en general el proceso constitucional es inquisitivo.

El sistema vigente es contrario a la idea general que contempla el artículo 182 de la Constitución, a la acción popular consagrada en el artículo 187 de la Constitución, a la doctrina dominante y a nuestro constitucionalismo que no ha conocido una restricción semejante, ni siquiera en la primera Ley de Amparo dictada con ocasión de la Revolución Liberal.

Estos límites en que se desenvuelve el actual amparo, nos permiten vislumbrar un rechazo de los recursos fundados en violaciones de normas de procedimiento, porque la Corte Suprema podría argumentar que no se han violado derechos fundamentales con un cuerpo legal que adolece de tales vicios (56). Pero el artículo 6 de la Ley de Amparo se opone a los

---

de amparo: "Procede el juicio de amparo contra toda Ley o acto de cualquier autoridad que viole cualquier precepto constitucional, siempre y cuando dicha violación se resuelva en un agravio personal. No llega a la acción popular, pero cubre a toda la constitución a través de la acción de los agraviados".

(56) La Corte Suprema en algunas Sentencias ha sostenido que los requisitos de forma o de procedimiento no dan motivo para el amparo, pues no dañan en sus derechos y garantías al quejoso (S. 11:30 a.m. del 25 de enero de 1928, *B.J.*, pág. 6238; S. 10 a.m.

artículos 182 y 187 de la Constitución, por lo que puede ser declarado inconstitucional y dejar abierto el paso para que prospere el recurso.

La procedencia de los recursos de inconstitucionalidad y amparo fundados solamente en violaciones de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, no se ajusta a ella. Ya vimos que el artículo 6 de la Ley de Amparo se opone a los artículos 182 y 187 de la Constitución. Por otra parte, el artículo 188 de la Constitución, que solamente otorga el amparo por violación de los derechos y garantías constitucionales, está en contradicción por el artículo 182 de la Constitución. En esta contradicción prevalece este último, pues el primero no es más que el medio de desarrollar la idea general que impera en el artículo 182 de la Constitución. Por manera que es preciso establecer el amparo en todas sus manifestaciones como un medio para proteger el articulado completo de la Constitución y no sólo de una parte, como lo demanda este documento legal.

c) *Inconstitucionalidad de algunas Leyes, Decretos y de la nueva Ley de Amparo*

Existen varias Leyes, Decretos y Decretos-Leyes dictados, unos antes y otros con posterioridad a la Constitución, pero antes de que entrara en vigencia la Ley de Amparo (Ley de Municipalidades que viola la autonomía municipal, etc.) que se oponen a la carta fundamental.

Es conveniente advertir que después de la caída del gobierno de SOMOZA no existió amparo contra las Leyes y Decretos. Este surge con el nombre de recurso de inconstitucionalidad en la reciente Constitución y posterior Ley de Amparo.

Todos esos Decretos y Leyes pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad. Con relación a las normas dictadas con anterioridad a la Constitución puede existir duda, pues podría argüirse que contra Leyes derogadas no cabe el recurso y el artículo 198 de la Constitución las derogó tácitamente. Creo que es un problema de constitucionalidad que puede discutirse dentro del recurso de inconstitucionalidad, pues los artículos 2 de la Ley de Amparo, 182 y 187 no distinguen, para los efectos del recurso, entre Leyes anteriores o posteriores a la Constitución. Además la más autorizada doctrina lo confirma (57).

---

del 6 de agosto de 1929, *B.J.*, pág. 7097; S. 12 m. del 27 de septiembre de 1929, *B.J.*, pág. 7163; cfr. *supra*, nota 54).

(57) Cfr. CALAMANDREI, *Ilegitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 106 y 144; *Primera Sentencia de la Corte Constitucional*, ob. cit., t. III, págs. 185 y sigs. En este estudio comenta elogiosamente la doctrina de la Corte formulada en su

¿Pero, a todas esas Leyes y Decretos se les aplica el plazo preclusivo de sesenta días establecido en la Ley de Amparo para interponer el recurso contado a partir de la publicación de la Ley o Decreto?

Terminantemente contesto que no, por dos razones: ese plazo es para las Leyes futuras y no para las anteriores a la Ley de Amparo a las cuales lógicamente no se puede aplicar; en las disposiciones transitorias, que es donde pudo establecerse un plazo preclusivo para ese grupo de normas, o establecer la improcedencia del recurso, no se hizo. En resumen se puede recurrir contra cualquiera de tales normas y Decretos en cualquier tiempo.

La propia Ley de Amparo puede ser tachada de inconstitucional en virtud de que:

- No fue dictada por la Asamblea Constituyente como lo exige el artículo 184 de la Constitución. En el texto de ella aparece que fue dictada por la Asamblea Nacional y no por la Constituyente (ya no se guardan ni siquiera las apariencias). El Gobierno en sesión solemne dio por concluidas las funciones de la Asamblea Constituyente, antes de que se aprobaran las Leyes constitucionales.

Esta Ley puede valer como ordinaria por aplicación de la teoría de la conversión del acto nulo. Pero nadie se atrevería a impugnarla porque peor es no tenerla. Mejor es conservarla aunque sea aparentemente con rango constitucional.

Lo mismo puede decirse de las Leyes de Emergencia y Electoral.

- Violó el artículo 187 de la Constitución que consagra expresamente la acción popular para promover el recurso de inconstitucionalidad. Todos los ciudadanos perjudicados o no pueden interponer el recurso por el único y suficiente motivo de que la norma o normas impugnadas se oponen a la Constitución, es una acción abstracta.

Contrariando lo expuesto, los artículos 6 y 11, inciso 4, de la Ley de Amparo exigen el perjuicio, directo o indirecto, para interponer el recurso.

---

primera Sentencia a favor del control de la ilegitimidad de las leyes anteriores a la Constitución y que permitió la caída de muchas leyes fascistas. Destaca que la Sentencia se funda en dos razones para rechazar la tesis de que la ilegitimidad constitucional se limita a las leyes posteriores a la Constitución: un textual (*ubi lex non distinguit*) y otro ilógico, pues la relación de prevalencia entre la Constitución y las leyes ordinarias no se basa en razón de sucesión cronológica, sino siempre en una diversidad intrínseca de autoridad en la gradación de las fuentes jurídicas (cfr. ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho constitucional*, ob. cit., t. III, pág. 438; CAPPELLETTI, *Justicia constitucional comparada*, ob. cit., págs. 136-137).

Son dos sistemas antitéticos que se rechazan. El sistema de la acción popular se funda en una concepción publicista y social del amparo y la acción es abstracta; y el de la acción en manos del agraviado en una concepción privada e individualista del mismo y la acción es causal, lo que supone un caso concreto.

Como ya expresamos, el plazo preclusivo de sesenta días señalado en la Ley de Amparo para interponerlo es contrario a la acción popular establecida en el artículo 187 de la Constitución. Esta acción funciona sin el plazo preclusivo porque su objetivo es ampliar las posibilidades de denunciar las violaciones a la Constitución mediante el otorgamiento de la acción a todos los ciudadanos sin trabas que las hagan nugatorias.

Se encuentran otras violaciones a la Constitución que en el lugar oportuno se señalarán.

No nos debe extrañar que una Ley constitucional sea impugnada por oponerse a la Constitución porque, en primer lugar, son Leyes ordinarias que se incorporan a ella para recibir su protección frente a las reformas de las Leyes también ordinarias y no para autodestruirse, por lo que no la pueden contrariar; en segundo lugar, si las mismas reformas a la Constitución, en donde interviene el poder constituyente, pueden ser tachadas de inconstitucionales según lo confirma la doctrina (58), con mayor razón las Leyes constitucionales que la contradicen.

#### B) COMPETENCIA

De acuerdo con los artículos 164, inciso 3, de la Constitución y 8 de la Ley de Amparo la Corte Suprema es la competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad. Se mantiene la antigua tradición de nuestro constitucionalismo.

#### C) CAPACIDAD PROCESAL

Los artículos 187 de la Constitución y 6 de la Ley de Amparo conceden el derecho de interponer el amparo a los ciudadanos. Es un derecho

---

(58) Cfr. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *ob. cit.*, Parte General, t. II, págs. 143 y sigs. En Colombia la acción popular de inconstitucionalidad se da contra las reformas a la Constitución por defecto de forma (cfr. FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, *ob. cit.*, págs. 493 y sigs.; JAIME SANTÍN GREIFFENSTEUN, *La defensa judicial de la Constitución*, Editorial Temis, Colombia, 1971, págs. 178 y sigs.; *La inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución se dan cuando son contrarias a los principios fundamentales* (ver *supra*, nota 8) o violatorias de las reglas de procedimiento.

otorgado exclusivamente a los ciudadanos. Podría calificarse como un derecho ciudadano de carácter público. Ahora bien, son ciudadanos los nicaragüenses que hubieren cumplido los dieciséis años (art. 47 Const.).

En virtud de lo expuesto los de dieciséis años tiene capacidad procesal para interponer personalmente, sin necesidad de la asistencia de su representante legal, el recurso de inconstitucionalidad. Es una excepción a la capacidad procesal que se adquiere a los veintiún años.

Esta capacidad junto con la acción popular constituyen los dos pilares fundamentales en que descansaba la amplitud del recurso, pero se trocó en restricción al suprimirse ésta.

En el proyecto del PPSC la acción popular se concede en forma amplia a cualquier ciudadano, grupo de ciudadanos, uniones y organizaciones, con o sin personalidad jurídica.

Los que tienen suspendidos sus derechos ciudadanos no pueden interponer este recurso.

#### D) LEGITIMACIÓN JURÍDICA

Sólo el ciudadano o ciudadanos perjudicados directa o indirectamente están legitimados para interponer este recurso. Así lo establecen los artículos 6 y 11 de la Ley de Amparo. El extranjero no tiene legitimación para interponerlo, lo mismo que las personas jurídicas por no gozar de tal calidad.

Estas disposiciones, como expresamos, violan el artículo 187 de la Constitución que establece la acción popular, por lo que es posible que sean impugnadas de inconstitucionales.

Desde un principio el gobierno se propuso reducir la eficacia de este recurso, pues en el proyecto original de Constitución sólo se lo concedió al Presidente de la República, al Presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente del Consejo Supremo Electoral en asuntos de su competencia, a treinta y cinco representantes de la Asamblea Nacional y a diez mil ciudadanos (59).

Parece que por presiones aceptó la acción popular, pero arrepentido la suprimió en abierta violación a la Constitución y en general le ha puesto obstáculos al recurso: plazo corto y preclusivo de sesenta días para su interposición y posibilidad de rechazarlo desde el inicio.

Es indiscutible que existió el propósito de no dejarlo funcionar.

En el proyecto del PPSC se estableció la acción popular en todas las

---

(59) Suplemento del diario *Barricada* del 5 de septiembre de 1986.

manifestaciones del amparo. Nuestro constitucionalismo ha concedido acción popular en la exhibición personal y en el amparito, dos manifestaciones importantes del amparo. Antes de la Constitución sandinista he sostenido la tesis de la acción popular (60) a pesar de la oposición de algunos autores (61) y del temor de que se llenen los Tribunales de expedientes que hagan imposible su tramitación y fallo, muchos de ellos iniciados infundadamente. Algunos países, como ya dijimos, han concedido la acción popular para el recurso de inconstitucionalidad y esto es una prueba de que puede funcionar. No hay que tenerle temor.

Los sandinistas más por temor al riesgo de ver muchas Leyes o Decretos declarados inconstitucionales que de llenar a la Corte Suprema de Recursos, suprimieron la acción popular, establecieron un plazo preclusivo corto y un sistema de inadmisibilidades que descabeza el recurso desde el umbral, por cuestiones de fondo y forma. No se ha entendido que, por una parte, a través del amparo solo la Ley Castrillo (62) ha sido declarada inconstitucional (yo no conozco otra); y, por otra, los Jueces y Tribunales en el sistema difuso casi nunca entran a controlar la constitucionalidad de los cuerpos legales que aplican, lo cual no es correcto, pero así es.

En los Boletines Judiciales, por el contrario, abundan los reclamos y se conceden protecciones a favor de los perjudicados por violaciones a la Constitución por actos, hechos y órdenes de las autoridades no judiciales. También se brinda bastante protección en la exhibición personal (no la necesaria) y el amparo contra el auto de prisión, hoy suprimido.

#### E) LEGITIMACIÓN PASIVA

El recurso se dirige contra el titular del órgano que emitió la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento. Así lo dispone el artículo 7 de la Ley de Amparo. Por ejemplo, si la Ley la emitió la Asamblea Nacional se dirige contra el Presidente que es su representante (art. 23 del Estatuto General de la Asamblea Nacional). Se interpone contra el presidente de la República cuando éste emita una Ley (ya sea en sus funciones legislativas propias, ya sea en sus funciones legislativas delegadas), Decreto, Decreto-

---

(60) Cfr. *El amparo*, ob. cit., pág. 81.

(61) CALAMANDREI, *Ilegitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 69 y sigs.; HÉCTOR FIX ZAMUDÍO, *Juicio de amparo*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, pág. 119.

(62) Sentencia 12 m. del 8 de agosto de 1918, *B.J.*, pág. 2034. Se declara inconstitucional por imponer penas más que correccionales sin intervención del Jurado y además invadía la jurisdicción civil y penal.

Ley, o Reglamento. Contra el Ministro cuando en la Ley se le concedió la facultad de dictar el Reglamento, como últimamente se acostumbra.

## F) PROCEDIMIENTO

### a) *Interposición del recurso*

El segundo párrafo del artículo 11 de la Ley de Amparo señala los elementos que debe contener el escrito de interposición del recurso.

La Ley de Amparo carece de disposiciones que, a diferencia del proyecto del PPSC, concedan al recurrente una oportunidad para corregir los errores u omisiones de ellos. Sólo le otorga oportunidad en el artículo 12, para llenar las omisiones formales.

### b) *Admisibilidad*

Los conceptos de admisibilidad y fundabilidad son aplicables tanto a la demanda como a los recursos. A manera de introducción me referiré a la admisibilidad porque la doctrina asimila el amparo a una u otra de las últimas figuras, pues su naturaleza es dudosa. Algunos dicen que es un recurso, otros que es una demanda, quienes es una acción-impugnación haciendo participar de una naturaleza mixta (de la acción y del recurso) (63).

La admisibilidad de la demanda o del medio impugnativo (recurso) exige que se cumplan los requisitos procesales para que puedan ser tramitados y fallados en el fondo (64). Por ejemplo, son requisitos de admisibilidad de la demanda las exigencias de los artículos 1.021 y 1.024 Pr. y el Juez de oficio, según lo dispone el artículo 1.035 Pr., puede rechazar la demanda que no contenga los tres primeros requisitos señalados en el 1.021 o cuando fuere ininteligible u oscura; son requisitos de admisibilidad del recurso de apelación: recurrir dentro del término de Ley, ser apelable la Sentencia, tener interés jurídico el apelante, ausencia de pacto de no apelar, que no se interponga en forma condicional. Los controla el Juez a

---

(63) Se considera por un sector doctrinal minoritario, pero respaldado por autores destacados, que la jurisdicción constitucional es voluntaria, no contenciosa (cfr. CAPPELLETTI, *Breves explicaciones de otros problemas y conclusión*, ob. cit., pág. 107).

(64) Cfr. ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., t. III, pág. 273; CALAMANDREI, *La acción*, págs. 56 y sigs.; *El proceso*, págs. 349 y sigs.; *Estudios*, ob. cit., t. I.

*quo* y el tribunal *ad quem*, quien aún de oficio los puede denunciar y en cualquier tiempo aunque haya admitido provisionalmente el recurso (65). Nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere a ellos usando indistintamente los vocablos admisión y procedencia del recurso.

El trámite de la admisibilidad y la exigencia de fundar el recurso (expresar los agravios es el escrito de interposición) (66) son medios usados para impedir la interposición de recursos maliciosos o temerarios, sin viabilidad.

El trámite de la admisibilidad se realiza *ad limine*, constituyendo la puerta de entrada en donde se controla la posibilidad de acceso a trámite de la demanda o recurso, pero sin prejuzgar el fondo del asunto.

La fundabilidad se refiere a las razones jurídicas que se invocan en la demanda o recurso y de cuyo acreditamiento y justicia dependerá el éxito de los mismos. En la demanda son: existencia de un derecho, interés y legitimación activa y pasiva. Generalmente las razones del recurso se fundan en normas de derecho material, pero hay casos en que son de carácter procesal y la Sentencia que decida aplicará esas normas.

Al concepto de admisibilidad de la demanda se le ha dado por algunos autores gran amplitud (67), comprendiendo muchas figuras. Se consideran que forman parte de él: la capacidad procesal y la capacidad para ser parte, la jurisdicción y competencia, los requisitos formales de la demanda, los requisitos fiscales, la legitimación, el interés y las imposibilidades judiciales de atender desde el umbral la pretensión del demandante.

En la mayoría de las legislaciones no se aprecian y fallan *ad limine* las inadmisibilidades de la demanda. Son objeto de excepciones dilatorias puestas al servicio del demandado por aplicación del principio dispositivo, pero en algunos códigos la omisión de cualquier elemento del contenido de la demanda provoca su rechazo desde el inicio aún de oficio por el Juez. Es importante destacar que el fondo o mérito del asunto, lo mismo que sus presupuestos: existencias de un derecho, interés (legítimo, actual y lícito) y la legitimación en la causa activa y pasiva deben ser fallados en la Sentencia definitiva, como quiera que atañen a la fundabilidad y la acción es autónoma (se otorga al que tiene o no tiene el derecho sustancial invocado) y vista por el Derecho procesal moderno como un Derecho humano fundamental, ya que concede el poder de solicitar la actividad jurisdiccional para pedir justicia. Como es lógico y puede observarse, las

---

(65) Artículo 2.002 Pr.

(66) Cfr. ENRIQUE VESCOVI, *Derecho procesal. Recursos*, Ediciones Idea, Montevideo, 1985, t. VI, pág. 34.

(67) Cfr. VÍCTOR FAIRÉN GUILLEN, *Demanda. Nueva enciclopedia jurídica*, F. Seix Editor, Barcelona, 1954, t. VI, págs. 738 y sigs.

inadmisibilidades de la demanda y del recurso tienen tratamientos diferentes: las primeras se tramitan y como regla general no se fallan *ad limine*; las segundas se fallan *ad limine*, sin o con escasos trámites.

No obstante, algunas se aprecian y fallan en el umbral; la incompetencia absoluta denunciada de oficio por el Juez (art. 827, inc. 2, Pr.); la falta de solvencia fiscal; la falta de los tres requisitos del artículo 1.021 Pr. o cuando la demanda fuere ininteligible u oscura. El obstáculo legal que imposibilita la tutela jurídica (pedir divorcio vincular donde no existe) y la invocación de una causa torpe para fundar la pretensión (reclamar deudas de juegos prohibidos) se estiman como motivos de inadmisibilidad. En estos dos últimos casos se admite por excepción, dada la naturaleza de ellos, que el Juez desde el inicio rechace la demanda pronunciándose sobre el fondo del asunto.

La nueva Ley de Amparo distingue la admisibilidad de los requisitos de forma del recurso de inconstitucionalidad. Establece el trámite de admisibilidad más con el propósito de que no funcione que el de evitar recursos maliciosos o temerarios, pues se le conceden facultades al Tribunal para apreciar en vía de inadmisibilidad cuestiones vinculantes al fondo que en el amparo, más asimilable a la acción que al recurso, deben dejarse para la decisión de la Sentencia definitiva.

Cuando faltan los requisitos de forma, el Tribunal, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley de Amparo, le señala al recurrente un plazo de cinco días para que llene las omisiones del recurso bajo apercibimiento de tenerlo por no interpuesto sino lo hiciere. Estos requisitos son: que el recurso se redacte en español, que sea por escrito y en papel sellado y que se acompañen sendas copias para el funcionamiento contra quien se dirige y el Procurador General de la República, quien participa como parte. Interpuesto en forma el recurso, el Tribunal dentro de quince días se pronuncia sobre la admisibilidad con base en los artículos 6, 10, 11, 12, 13 y 19 de la Ley de Amparo. La resolución que tome será rechazando el recurso si hubieren causas de inadmisibilidad y en caso contrario ordenará su tramitación. Así lo dispone el artículo 14 de la Ley de Amparo.

Veamos cuáles son las causas de inadmisibilidad contempladas en los citados artículos:

i) Artículo 6 de la Ley de Amparo

Este artículo, que establece fundamentalmente la legitimación activa, señala tres condiciones para este recurso; a saber:

— Que se interponga por un ciudadano.

Este es un presupuesto de admisibilidad por lo que si el recurso

lo interpone un extranjero, una persona jurídica o un ciudadano que tiene suspendido sus derechos, el Tribunal lo puede declarar inadmisibile desde la entrada.

- Que el recurrente resulte perjudicado en forma directa o indirecta en sus derechos constitucionales.

Ya vimos que este requisito del perjuicio personal al recurrente es inconstitucional por oponerse a la acción popular consagrada en la Constitución. Pero en el supuesto que no lo fuere, creo que es un exceso de la Ley considerar al interés como una cuestión de admisibilidad controlable en el umbral como se hace en los recursos propiamente dichos, por las razones siguientes: el amparo tiene más de acción que de recurso y, como consecuencia, el interés para obrar debe ser tratado en forma diferente a la del recurso. En cada uno de ellos el interés para obrar se aprecia y falla en forma diferente. En la acción el interés para obrar es objeto de decisión de la Sentencia definitiva o cuando menos, como sucede en Brasil y Venezuela (excepción de inadmisibilidad), objeto, junto con algunos de los otros presupuestos de fondo o condiciones de la acción, de una excepción de previo y especial pronunciamiento, porque la acción en virtud de su autonomía se concede al que tiene o no tiene la razón. En el recurso el derecho a la impugnación lo tienen las partes que han actuado previamente en el proceso y la medida del interés lo da el agravio que consta en el expediente, por lo que se puede apreciar y decidir en el umbral como condición de admisibilidad sin peligro de prejuzgar el fondo del asunto. Además no se trata del ejercicio inicial de la acción y de juzgarla en el inicio, sino de la realización de un acto procesal dentro del proceso. Claro está que cuando es un tercero el que recurre se puede abrir un incidente para acreditar el interés y en base a su resultado conceder o denegar el recurso.

En resumen, en su afán de impedir el funcionamiento del amparo, partiendo de que es un recurso, estima como condición de admisibilidad el interés para obrar.

La Ley de Amparo habla de que la norma recurrida perjudique los derechos constitucionales del recurrente. Por manera que si el cuerpo legal impugnado que se opone a la Constitución no viola derechos consagrados en la misma, el recurso puede ser declarado inadmisibile aunque se oponga a otras disposiciones de la Constitución. Otra limitación del recurso que no aparece en el artículo 187 de la Constitución por lo que en esta parte puede ser tachada de inconstitucional la Ley de Amparo.

- Que se recurra contra una Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento. Si no se recurre contra un cuerpo legal de esa especie se puede declarar inadmisibile el recurso, a menos que la naturaleza del mismo sea el objeto principal de la impugnación, en cuyo caso debe fallarse en la Sentencia definitiva.

ii) Artículo 10

Este artículo señala sesenta días para interponer el recurso contados desde la fecha en que entra en vigencia el cuerpo normativo impugnado. Si no se recurre tempestivamente se declara la indamisibilidad.

iii) Artículo 11

Este artículo en su primera parte señala los requisitos de forma del recurso y en su segunda el contenido del mismo.

Sostengo esto porque el artículo 14 no expresa que todo lo establecido en el artículo 11, al cual remite, sea objeto de inadmisibilidad. Lo que se deduce de su redacción es una remisión para que se busquen estos motivos en el citado artículo.

De acuerdo con lo expuesto la omisión de un requisito de forma da lugar a que el Tribunal mande a llenar el vacío. Por el contrario, la omisión de uno de los elementos que debe contener el recurso, señalados en el párrafo segundo del artículo 11, es causa de inadmisibilidad.

iv) Artículo 12

La remisión que hace el artículo 14 al 12 es innecesaria y antitécnica. Si el recurrente no llenó las omisiones que el Tribunal le ordenó que hiciera, el recurso se tendrá por no interpuesto. La resolución será teniéndolo así y no declarándolo inadmisibile.

Además esos son requisitos formales que tienen un tratamiento diferente a la inadmisibilidad por el propio artículo 12.

v) Artículo 13

El artículo 13 restablece que el recurso puede interponerse personalmente o por medio de apoderado. Si se hiciere en esta última forma el

apoderado debe estar especialmente facultado para ello en escritura pública otorgada ante Notario domiciliado en Nicaragua.

Por lo expuesto, si el apoderado no tuviere facultades suficientes o el poder no fue otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua el Tribunal declarará la inadmisibilidad.

Esta es otra traba que se le pone al recurso. Bien es sabido que como un millón de nicaragüenses se encuentran fuera de Nicaragua y que a los Notarios nicaragüenses les privó el frentismo del derecho de cartular fuera del país. Para interponerlo tenían que venir al país y hacerlo personalmente o por apoderado, pero a la mayoría les resultaba prácticamente imposible. Actualmente se les permite cartular en el extranjero, pero no es ahí donde ejercen su función (no están a mano del afectado) y existe la prohibición de poder otorgar el poder ante notario extranjero por lo que siempre permanece la peligrosa restricción. Este requisito viola la libertad de salir y entrar a la República que tienen todos los nicaragüenses de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución y la igualdad de los mismos consagradas en el artículo 27 de la Constitución. Asimismo mengua el derecho de defensa. Por esta razón también puede ser acusada de inconstitucional la Ley de Amparo.

#### vi) Artículo 19

Este artículo establece que la Sentencia que declara inconstitucional o constitucional una Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento, o una parte de éstos, produce cosa juzgada general.

Si la Ley en todo o en parte fue declarada inconstitucional con anterioridad y se pretende en el nuevo recurso discutir nuevamente su inconstitucionalidad, se declarará inadmisibile el recurso por falta de interés. También se declarará inadmisibile el recurso si la Ley en todo o en parte ya fue declarada constitucional en un anterior recurso y se tratare en el nuevo declararla inconstitucional.

De lo expuesto fácilmente se deduce que la admisibilidad, con excepción del fondo o mérito del conflicto (constitucionalidad o inconstitucionalidad), todo lo abarca, el fondo y la forma: la capacidad procesal y la capacidad para ser parte; ilegitimidad de personería; interés para obrar; materia de la impugnación; tiempo de la interposición; elementos del escrito de interposición; y control de la cosa juzgada sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad declarada con anterioridad.

b) *Otros trámites*

Admitido el recurso, el Tribunal pedirá informe al funcionario en contra del que se interpuso, el cual lo dará dentro de quince días del notificado (art. 15 LA). Si el Tribunal necesitare algún dato para resolver, dictará la providencia ordenando su obtención con intervención de las partes (art. 18 LA). La procuraduría dictaminará sobre el recurso dentro de seis días y después el Tribunal fallará dentro de sesenta días (art. 17 LA).

En este recurso la confrontación sobre la que decide el Tribunal se da entre la Constitución y el cuerpo legal impugnado (68). Como ambos

---

(68) Tanto el amparo como la casación son instrumentos de lucha a favor del cumplimiento del Derecho, pero diferentes. En el primero, la confrontación se da entre el acto o cuerpo legal (de inferior jerarquía) y la Constitución (de superior jerarquía) y se juzga sobre la validez de los primeros en base a la conformidad con ésta. Es un sistema de control externo encomendado al poder judicial en el cual el Estado deposita su confianza. En la segunda, entre la Sentencia y la Ley, y se juzga sobre la legalidad de ésta (control de la legalidad). Es un sistema de control interno de carácter jurídico, aunque originalmente fue externo y político del legislativo sobre el judicial, a quien los revolucionarios franceses no le tenían confianza. No obstante, ALCALÁ ZAMORA CASTILLO encuentra una semejanza entre el recurso de inconstitucionalidad y la casación. El primero persigue constatar la conformidad de una Ley con la Constitución y el segundo la de una Sentencia con la Ley aplicable al caso discutido. De aquí que así como la casación admite la impugnación por errores *in procedendum* e *in iudicandum*, el de inconstitucionalidad procede por violaciones materiales y formales. En nuestro sistema ocupamos a la casación para acusar de inconstitucionales a las leyes (*Tribunal de Garantías Constitucionales*, ob. cit., pág. 513. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., t. III, pág. 316). Las semejanzas que tengan en manera alguna borran las notables diferencias. Sin embargo, no son incompatibles; los revolucionarios franceses crearon la casación como un instrumento de control constitucional, pues el Tribunal de Casación originalmente era un órgano político adscrito al poder legislativo para que el poder judicial no invadiera, aun en vías de interpretación, el campo de acción del poder legislativo, con la finalidad de que se cumpliera estrictamente la teoría de la separación de poderes, por lo que para cumplir con esta separación tampoco interpretaba la Ley y no se pronunciaba sobre la decisión del asunto, limitándose en caso de infracción a anular y reenviar el asunto; en México el amparo abarca a los dos y en Nicaragua existe una Ley de Amparo que consagra el recurso de inconstitucionalidad de la Ley y en virtud de la causal primera del recurso de casación en el fondo se puede denunciar tal inconstitucionalidad, lo cual está autorizado por la misma Ley de Amparo (art. 20). No se vaya a creer que al dejar de tener vigencia la Constitución anterior quedó derogada dicha causal porque en realidad sólo cayó el orden jerárquico en que descansaba el sistema que al entrar en vigor la nueva Constitución volvió a funcionar (cfr. MARIO CAPPELLETTI, *Control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, págs. 37 y sigs.; DANILO MANZANARES ENRÍQUEZ, *Causales de casación en el fondo*. Tesis doctoral, León, Nicaragua, 1961, págs. 15-16; "Opinión de la Corte Suprema", en *B.J.* de 1915, págs. 939 y 740). En España, en donde el amparo se concede también contra las resoluciones judiciales violatorias de las libertades y derechos constitucionales, es considerado por algunos autores como un recurso especial de casación limitado a examinar la aplicación e

forman parte del Derecho no necesitan probarse, por lo que basta citar en el escrito de interposición el concepto de violación y la fecha de publicación y vigencia del cuerpo legal impugnado. Es nada o poco lo que tiene que probarse en este recurso, por lo que la Ley no contempla ningún término probatorio.

#### G) EFECTOS

De acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley de Amparo la inconstitucionalidad produce efectos para el futuro (a partir de la Sentencia que la declara) y en forma general, de manera que la Ley, Decreto-Ley o Reglamento dejan de ser tales como si hubieren sido derogados, desaparecen de la legislación nacional.

También la Sentencia que declara la constitucionalidad produce cosa juzgada general (art. 19, inc. 2, LA). Lo cual significa que será constitucional para todos sin que pueda volverse a discutir su inconstitucionalidad, en base a lo cual el Tribunal puede rechazar de plano el recurso (arts. 14 y 19 LA).

El Tribunal de oficio puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del resto del cuerpo de normas cuando se impugnó una parte del mismo.

El carácter constitutivo (efectos *ex nunc*) que le imprime la Ley de Amparo a la Sentencia es contrario al efecto declarativo que se desprende del artículo 182 de la Constitución que a texto expreso dispone que no tienen valor alguno las Leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se opongan a la Constitución. Se consagra la nulidad absoluta con el objeto que la defensa de la Constitución sea completa. Este resultado sólo lo puede dar la Sentencia declarativa con efectos retroactivos. Con la retroactividad del sistema declarativo se borran todos los efectos de la Ley declarada inconstitucional, por eso expresa el citado artículo que no tendrán efecto alguno. En resumen, la Constitución consagra el sistema declarativo con los naturales efectos retroactivos. En este punto también puede ser tachada de inconstitucional la Ley de Amparo.

Pero no sólo choca con la Constitución, sino también comete el error de no proveer de correctivos al sistema constitutivo. Veamos: si realizó una acción tipificada como punitiva por una Ley y ésta es declarada con posterioridad inconstitucional, como tal declaración sólo tiene efectos para el futuro (sistema constitutivo de la Ley de Amparo) será juzgado y

---

interpretación hecha por los Tribunales ordinarios de las normas constitucionales reguladoras de los derechos constitucionales (cfr. JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, "El amparo", *RCDI*, núm. 559, julio-agosto 1990, pág. 88).

penado de acuerdo a ella a pesar de haber sido declarada inconstitucional. Por el contrario, en el sistema declarativo se sobreseerá a mi favor en el procedimiento y si ya fui condenado se revisará el proceso para dejarme en libertad porque la Sentencia tiene efectos retroactivos que borran los efectos basados de la Ley inconstitucional.

Para casos como éstos se debió contemplar algún correctivo que le diera efecto retroactivo a la Sentencia. En España, el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional aplica la retroactividad en sanciones administrativas y las reglas de la retroactividad penal en sanciones de este tipo. Dice así: "Artículo 40.1: Las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los *procesos penales o contencioso-administrativos referente a un procedimiento sancionador* en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión o limitación de la responsabilidad".

Creo que, para suavizar este rigor, podría aplicarse la regla de la retroactividad penal beneficiosa al reo contemplada en los artículos 38 de la Constitución y 14 Pn. al caso expuesto, pues se ajusta más al sistema declarativo consagrado en el artículo 182 de la Constitución que es el que debe aplicarse para restablecer en este punto la supremacía de la Constitución y el principio penal *indubio pro reo*.

El caso del ejemplo contempla una situación diferente a la retroactividad penal. En la retroactividad penal existen dos Leyes ordinarias, la más rigurosa (la antigua) y la nueva más favorable al reo. En el caso del ejemplo existe la Constitución (antigua Ley) y una Ley posterior declarada inconstitucional por lo que no puede aplicarse la regla de la retroactividad penal. Es Ley más favorable que se aplica retroactivamente aquélla que elimina el carácter delictivo de la acción o rebaja la pena o en general beneficia al reo.

El Proyecto del PPSC establece el sistema declarativo con las correspondientes correcciones para suavizarlo. Creo que se consagra el sistema constitutivo con el propósito de no restituir en sus derechos a cantidad de personas perjudicadas por Leyes inconstitucionales.

## IX. INCONSTITUCIONALIDAD EN CASOS CONCRETOS

Bajo este epígrafe el capítulo cuarto de la Ley de Amparo contempla la posibilidad de alegar en casación y en el amparo la inconstitucionalidad

de la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento, indica algunas reglas de procedimiento y señala los efectos de la Sentencia que se pronuncia en esos recursos.

Se contemplan dos formas de declarar la inconstitucionalidad: dentro de un juicio mediante Sentencia dictada por cualquier Juez o Tribunal: Jueces locales, Jueces de distrito, Tribunales de apelación y Corte Suprema de Justicia (arts. 5, inc. 1, 20 y 21 LA), conocido como sistema difuso; en el recurso de amparo que conoce directamente la Corte Suprema, sin que exista con anterioridad juicio ante autoridades judiciales (art. 20 LA).

La inconstitucionalidad declarada por la Corte Suprema en casación o amparo tiene efectos futuros y generales. Si la Sentencia pronuncia un Juez o Tribunal inferior y no pudiere llegar a casación porque no se recurrió o porque no admite ese recurso, deberá enviarse a la Corte Suprema para que se pronuncie sobre el punto de la inconstitucionalidad. Si es confirmada, la Sentencia confirmatoria produce efectos futuros y generales. No está de más señalar que la Sentencia dictada por los Jueces o Tribunales inferiores no sienta jurisprudencia ni anula todo o parte del cuerpo legal declarado inconstitucional, sólo resultará inaplicable al caso concreto. La Suprema es la única competente para dictar una Sentencia con esos trascendentales efectos.

La Ley no dispuso nada expresamente con relación a los efectos de la resolución de la Corte Suprema sobre la Sentencia de los Jueces o Tribunales inferiores. Si se confirma la inconstitucionalidad no afecta a la Sentencia del Tribunal inferior y sus efectos son para el futuro, lo que también refuerza lo expuesto primeramente. Si la Sentencia declara la inconstitucionalidad de la Ley considerada constitucional por el Juez o Tribunal *a quo* no se modifican los efectos que produjo entre las partes la Sentencia del Tribunal inferior por aplicación de la Ley de 2 de julio de 1912.

Cuando conoce la Corte Suprema en virtud del amparo la declaración de inconstitucionalidad también produce efectos futuros y generales.

Debemos reconocer que la consagración de los efectos generales en el sistema difuso es un avance, pues no existe en las anteriores Leyes (69).

En el sistema difuso se puede proceder a petición de parte o de oficio.

---

(69) Cuando entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil y la Ley de 2 de julio de 1912, el sistema de nuestro amparo era el de la inaplicabilidad de la Ley declarada inconstitucional al caso concreto y sin efectos generales, y no hay razón para creer que el Código haya implantado otro diferente al permitirle a los Jueces y Tribunales en el artículo 194 Pr. aplicar con preferencia la Constitución y rechazar las leyes estimadas inconstitucionales. Todavía en 1936 la Corte Suprema decía que nuestro sistema constitucional no permitía invalidar la Ley de modo general (S. 11 a.m. del 20 de mayo de 1936, *B.J.*, pág. 9318).

El Juez o Tribunal lo hace en la primera forma cuando la inconstitucionalidad del cuerpo legal la pide una de las partes del proceso mediante solicitud en tal sentido. Para proceder en la segunda forma lo autorizan los artículos 182 de la Constitución, 194 Pr. y 5 de la Ley de Amparo. La Suprema ha mantenido este criterio desde hace mucho tiempo fundado en disposiciones semejantes al artículo 182 de la Constitución que sienta el principio de la supremacía de la Constitución (70).

Para impugnar las violaciones de la Constitución hechas por la Sentencia, existe una causal autónoma y es la primera de la casación en el fondo (art. 2.057, inc. 1, Pr.). La jurisprudencia ha limitado el alcance de esta causal a los supuestos en que la violación a la Constitución es directa y no a través de Leyes o códigos ordinarios (71), en cuyo caso sabe aplicar la causal 2 del artículo 2.057 Pr. Lo correcto es aplicar la causal 1 de este artículo cuando se violen directamente las disposiciones constitucionales y cuando se aplica una Ley inconstitucional (72).

No conozco antecedente de esta causal en el derecho comparado y la doctrina dominante en Nicaragua le niega razón de existir; pues con la causal segunda se pueden impugnar las violaciones a la Constitución. Se funda en las razones siguientes: importancia de mantener la supremacía de la Constitución; el hecho de que con esta causal se aclara la duda de si era o no procedente el recurso fundado en normas constitucionales, pues se pensaba que carecían de aplicación directa e inmediata, lo cual no es cierto, sobre todo en constituciones modernas que, a diferencia de las clásicas, contienen un buen número de derechos y garantías de aplicación inmediata.

¿Cuáles son los efectos de la declaración de constitucionalidad parcial o total del cuerpo legal emitida por la Corte Suprema de Justicia en las vías expuestas? Creo que también son generales y no pueden volverse a discutir y para ello aplicamos el artículo 19 de la Ley de Amparo.

---

(70) Sentencias 12 m. del 3 de mayo de 1921, *B.J.*, pág. 3286, y 9:30 a.m. del 30 de agosto de 1970, *B.J.*, pág. 20074.

(71) Sentencias 11 a.m. del 22 de febrero de 1966, *B.J.*, pág. 41; 9:45 a.m. del 2 de febrero de 1967, *B.J.*, pág. 41; 11 a.m. del 12 de mayo de 1967, *B.J.*, pág. 75; 8:30 a.m. del 5 de septiembre de 1967, *B.J.*, pág. 175; 10:35 a.m. del 22 de diciembre de 1967, *B.J.*, pág. 258; 8:30 a.m. del 13 de agosto de 1970, *B.J.*, pág. 186; 9:45 a.m. del 15 de diciembre de 1971, *B.J.*, pág. 242; 10 a.m. del 24 de febrero de 1972, *B.J.*, pág. 14; 9:45 a.m. del 14 de marzo de 1972, *B.J.*, pág. 39; 8:30 a.m. del 15 de agosto de 1972, *B.J.*, pág. 190; 12 m. del 9 de marzo de 1961, *B.J.*, pág. 20328, y 10 a.m. del 21 de abril de 1961, *B.J.*, pág. 30396.

(72) Cfr. ARÍSTIDES SOMARRIBA V., *Casación en el fondo*. Tesis doctoral, León, 1947, págs. 43 y sigs.; DANILO MANZANARES E., *Causales de casación en el fondo*, ob. cit., págs. 11 y sigs.; "Opinión de la Suprema", publicada en el *BJ.* de 1915, págs. 739 y 740.

El mencionado capítulo no tiene razón de ser. El sistema difuso debe ser regulado por la Constitución y el Código de Procedimiento Civil (73) y lo referente al amparo debe pasar al capítulo que lo reglamenta.

No obstante, se justifica la inserción provisional del sistema difuso porque la Constitución lo omitió y representa mucho tenerlo aunque sea provisionalmente en una Ley constitucional. Es verdad que se encuentra consagrado en el artículo 194 Pr., pero siempre necesita de un respaldo constitucional para su funcionamiento más duradero y firme.

## X. EL AMPARO

### A) MATERIA

El amparo se interpone contra toda disposición, acto o resolución y en general toda acción u omisión de autoridades no judiciales o sus agentes, a menos que las judiciales actúen en funciones administrativas, que violen o traten de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Así lo dispone el artículo 23 de la Ley de Amparo.

### B) LEGITIMACIÓN ACTIVA

Se interpone por la persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en peligro inminente de serlo por disposición, acto, resolución, acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagradas en la Constitución (art. 23 LA). Lo pueden interponer nacionales y extranjeros.

Ya vimos que la reducción del amparo a la violación de los derechos y garantías constitucionales establecida en los artículos 3, 23 de la Ley de Amparo; 164, inciso 3, y 188 de la Constitución choca con la amplitud de protección de toda y cada una de las partes de la Constitución consagrada en el artículo 182 de la Constitución, pero que prevalecía éste. El cercenamiento hecho al amparo es muy grande, lo mismo que el que sufrió el de inconstitucionalidad al exigirse la misma violación de esos derechos y garantías (art. 6 LA). Con estas medidas y el debilitamiento del Juez ejecutor en la exhibición personal, se le han cortado las dos manos al amparo en general con consecuencias graves como si lo mismo se le hiciera a un pintor.

---

(73) El sistema difuso era regulado antes del frentismo en el artículo 194 Pr., en el artículo 311 Cn. y en la Ley de 2 de julio de 1912.

### C) LEGITIMACIÓN PASIVA

Se interpone en contra del funcionario o autoridad que emitió el acto impugnado de violatorio de la Constitución, contra el agente ejecutor o contra ambos (art. 24 LA).

Se recoge la doctrina y tradición de nuestro constitucionalismo en esta disposición, por lo que la jurisprudencia y opiniones anteriores a esta nueva Ley son aplicables.

### D) COMPETENCIA

La Corte Suprema de Justicia es la competente para conocer y fallar el amparo; pero la Ley de Amparo comisionó al Tribunal de Apelaciones donde no hay salas o a la sala civil de éstos donde existen para que instruya las primeras actuaciones hasta la suspensión del acto inclusive (art. 25 LA). Se concede tal comisión para facilitar la interposición y ciertos trámites del recurso.

Este artículo habla de conocer de estas primeras diligencias, lo cual es excesiva afirmación, porque de acuerdo al artículo 160, inciso 3, de la Constitución a la Corte Suprema le corresponde el conocimiento y fallo del amparo. La atribución concedida al Tribunal de Apelaciones sólo la podemos apreciar como una comisión judicial hecha por la Ley.

### E) TRAMITACIÓN

El recurso se interpone por escrito en papel común, acompañando sendas copias para las autoridades responsables y el Procurador General de Justicia, que es parte. El interesado tiene treinta días para hacerlo, contados desde la notificación o conocimiento del acto. Este plazo se puede ampliar por razón de la distancia (arts. 26 y 27, inc. 1, y 30 LA).

El segundo párrafo del artículo 27 de la Ley de Amparo señala los elementos que debe contener el escrito de interposición. Ninguna novedad trae, solamente vale la pena destacar dos circunstancias. Se permite la interposición por medio de apoderado especialmente autorizado, sin la limitación del artículo 13 de la Ley de Amparo que exige al otorgante comparecer ante un Notario domiciliado en Nicaragua y representa un avance sobre la Ley de Amparo anterior que exigía la presencia en el país del agraviado para que quedara interpuesto. Aunque es menos amplia que la de 1974 que permiten su interposición con poder general judicial sin

especial autorización. Por otra parte, se contempló el silencio administrativo, aunque no dice si la circunstancia de no fallar equivale a una resolución confirmativa o denegativa, simplemente concede el derecho de recurrir de amparo si la autoridad de la última instancia no resuelve dentro del término legal. La regulación es muy útil sobre todo en estos últimos tiempos donde es ya un estilo de actuación no decidir las peticiones que los interesados hacen a las autoridades, burlándose del derecho de petición consagrado en el artículo 52 de la Constitución.

El funcionario señalado como responsable debe rendir un informe y su falta es tenida como presunción de ser cierto el acto reclamado.

El Procurador General de Justicia y las personas que pueden ser afectadas por la resolución tienen intervención en el amparo.

Se pena con deserción la no comparecencia del recurrente dentro del término de tres días ante la Corte Suprema.

La Ley regula la suspensión del acto como medida precautelar.

Sigue en esto a las Leyes anteriores.

El artículo 43 de la Ley de Amparo dispone que si el Tribunal no encontrare datos suficientes para fallar el amparo lo abrirá a prueba por diez días. Será admisible toda clase de prueba y puede el Tribunal recabarlas de oficio si lo considera conveniente.

Buena parte del material probatorio aparece en las diligencias levantadas por la autoridad responsable, las cuales tendrán que ser enviadas al Tribunal. El citado artículo le permite a éste fallar de acuerdo a los datos que arrojan las diligencias y las que con posterioridad se pudieran aportar sin necesidad de abrir la prueba. Aplicar el citado artículo atendiendo su sentido literal resulta peligroso. Por una parte, las pruebas aportadas en las diligencias administrativas por el funcionario culpable no son recibidas con las garantías necesarias. Por otra parte, debe abrirse a prueba el amparo siempre que existan hechos dudosos o contravertidos, a menos que la discusión sólo verse sobre la constitucionalidad del acto y no sobre los hechos del conflicto, pues no debemos olvidar que el amparo tiene más de juicio que de recurso, en el cual es necesario la prueba. El amparo no tiene una simple función revisora del acto de la autoridad, en la cual no sea necesario el término de prueba.

No se establecen sanciones adecuadas para la retardación de la justicia y el incumplimiento de las resoluciones del Tribunal. En el Proyecto del PPSC se hizo una regulación detallada de las responsabilidades del Tribunal Sentenciador y de las autoridades responsables o encargadas de hacer cumplir las resoluciones. Para tal fin se tipificaron varios delitos y se establecieron multas y otras sanciones. Se contempla, como medida novedosa, la separación de los magistrados que no resolvieron en tiempo el amparo.

Es muy importante la regulación amplia y eficaz de las responsabilidades y sanciones para que el amparo funciones mejor y se ejecuten sus resoluciones.

En el artículo 5 de la Ley de Amparo se consagran varias orientaciones generales y principios procesales, aplicables a los tres recursos que regula La Ley de Amparo; a saber: la participación activa del Juez o Tribunal en el recurso, inclusive en el cumplimiento de las resoluciones; y la aplicación de los principios procesales de economía, buena fe, igualdad, publicidad y celeridad.

El citado artículo no contiene más que una enumeración de principios con escasa aplicación, pues no se desarrollan en el resto del articulado de la Ley de Amparo. Por el contrario, algunos son violados como hemos visto: el de economía porque se exige papel sellado para interponer el recurso de inconstitucionalidad; el de igualdad al obligar prácticamente a los nicaragüenses que se encuentren en el extranjero a venir a Nicaragua para interponer el citado recurso.

El proceso constitucional es inquisitivo (74), dada la naturaleza esencialmente pública de las normas que protege (las constitucionales) y la indisponibilidad de las mismas.

Partiendo de tal carácter, podemos estructurarlo sobre los principios y bases siguientes: consagración de la acción popular; dirección y participación activa del Juez; indisponibilidad del objeto; impulso oficial; búsqueda de la verdad material (a esto contribuye la prueba oficiosa, la lista abierta y la sana crítica); aplicación de los principio de concentración, publicidad, buena fe y oralidad.

La Ley de Amparo sandinista está lejos de ajustarse a tales lineamientos. Por el contrario, el Proyecto del PPSC se aproxima a ellos.

#### F) EFECTOS

La Sentencia que se dicta en el amparo sólo tiene efectos con relación al caso controvertido (art. 44 LA), que son los efectos relativos de la cosa juzgada.

Si el acto reclamado fuere positivo la Sentencia que acoge el amparo restituye al quejoso en sus derechos mediante el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes de la violación. Si fuere negativo, la autoridad será obligada a respetar la Ley o garantía y a cumplir con lo que ésta exija (art. 45 LA).

---

(74) Cfr. CALAMANDREI, *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudio sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, págs. 225 y sigs.

## XI. EL RECURSO DE EXHIBICIÓN PERSONAL

## A) MATERIA

Este recurso tiene por objeto proteger la libertad, integridad y seguridad de las personas consagradas, entre otros, en los artículos 25, 31 y 35 de la Constitución. La violación de esas garantías da origen a este recurso (75).

## B) LEGITIMACIÓN ACTIVA

Se concede a favor del que sufre la violación o amenaza y lo puede promover éste o cualquier habitante de la República (acción popular) por escrito, carta, telegrama o verbalmente (art. 52 LA). Cuando es contra un particular sólo se permite por escrito o verbal (art. 74 LA).

## C) LEGITIMACIÓN PASIVA

La exhibición personal se da tanto contra las autoridades como contra los particulares por actos restrictivos de la libertad personal. En las Leyes anteriores aparecían en forma separada. Esta unión ha provocado ciertas oscuridades en la distribución de capítulos y ubicación de artículos, lo que refleja falta de mejor técnica.

## D) COMPETENCIA

Cuando la exhibición se da contra actos de autoridad por detención ilegal conoce el Tribunal de Apelaciones o la Sala Penal en su caso. Se

---

(75) Ante la ausencia de procedimientos especiales se ha echado mano en Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Perú y Brasil) del *habeas corpus* (exhibición personal) como instrumento de protección de todos los derechos consagrados en la Constitución, a excepción en algunos países de los de carácter económico. Por otra parte, se ha ocupado el amparo como *habeas corpus*, asimismo como medio de protección de todos los derechos fundamentales, con excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus* que funciona paralelamente con él. En nuestro país, bajo la Ley de Amparo, funcionan el recurso de inconstitucionalidad de la Ley, el amparo propiamente dicho y el *habeas corpus*. Este fue consagrado en el Código de Instrucción Criminal de 1879, posteriormente absorbido por las leyes de amparo, pues técnicamente pertenece al Derecho procesal constitucional y no al proceso penal (cfr. VÍCTOR MANUEL ORDÓÑEZ, *La defensa de la libertad personal en Nicaragua*, Universidad Centroamericana, Managua, 1989).

nombrar para cumplimentar la exhibición a un Juez Ejecutor. Si el recurso se concede contra un particular es el Juez Penal respectivo, el que personalmente o por delegado cumplimentará la exhibición.

#### E) PROCEDIMIENTO

Nada especial y digno de comentarse y menos de elogiarse existe en la nueva Ley de Amparo. Por el contrario, existen evidentes inconvenientes. Por ejemplo:

a) Cuando la exhibición se pide por amenazas de detención ilegal de previo se solicita informe a la autoridad responsable, en vez de nombrar inmediatamente al Juez Ejecutor, con palpable pérdida de tiempo y grave riesgo para la seguridad e integridad del quejoso.

b) Se debilita la independencia del Juez Ejecutor, pieza fundamental de la exhibición personal, pues éste puede ser acusado por la autoridad responsable ante el Tribunal de Apelaciones cuando estime que se ha excedido en su atribución o resuelto contra Ley expresa y se establece como sanción una multa del 25 por 100 de sus ingresos y otras responsabilidades. También lo puede juzgar de oficio dicho Tribunal por las mismas razones (arts. 67 y 83 LA). Cuando el Tribunal no está contaminado por la política la situación no es peligrosa, pero en caso contrario resulta fatal pues es quien interpreta y decide lo que expresa la Ley.

A lo anterior se puede agregar como medida de hostigamiento y ablandamiento contra ciertos ejecutores el envío frecuente de casos, ya que el cargo es obligatorio bajo la sanción de ser juzgado por desobediencia y multado con el 25 por 100 de sus ingresos (art. 59 LA).

Todas las anteriores medidas tienen por objeto ablandar a los ejecutores y obligarlos a seguir las orientaciones del Tribunal.

c) La exhibición funciona junto con la Ley de Funciones de la Policía Sandinista (Ley 65 publicada en *La Gaceta* núm. 44 del 26 de diciembre de 1989) que todavía aplican las autoridades de policía a pesar de oponerse a los artículos 158, 159 y 160 de la Constitución que le conceden al poder judicial la exclusividad de administrar justicia. En virtud de esa Ley se prolonga por nueve días la detención de las personas en poder de la policía y, como consecuencia, el ejecutor no puede liberar al detenido en ese período.

En conclusión es necesario dictar una nueva Ley de Amparo ajustada a nuestra realidad y a los principios del Derecho procesal constitucional, o cuando menos a la Constitución sandinista.

## CONCLUSIÓN

El amparo puede ser estructurado sobre las bases y principios siguientes:

- a) Consagración de la acción popular en dos de sus principales manifestaciones: la exhibición personal y la inconstitucionalidad de la Ley.
- b) Dirección y participación activa del Juez durante todo el curso de su tramitación y ejecución.
- c) Indisponibilidad de su objeto.
- d) Impulsa oficial y eliminación de la caducidad como modo de extinguirlo.
- e) Búsqueda de la verdad material. A esto contribuye el establecimiento de la prueba oficiosa, la lista abierta de los medios de prueba y la sana crítica como sistema de apreciarlos.
- f) Aplicación de los principios de concentración, publicidad, buena fe y oralidad.

DR. IVÁN ESCOBAR FORNOS

Profesor de Universidad  
(Guatemala)