

# Constitución y Proyecto de Nación

*Julio Icaza Gallard*

## Introducción

El presente trabajo es una respuesta a la invitación que me hiciera el Centro Interuniversitario de Estudios Latinoamericanos y Caribeños (CIELAC), para desarrollar parte del contenido de un Programa integral de formación política, con el objetivo de contribuir a la formación de una nueva cultura política en Nicaragua. Meta ambiciosa y necesaria, cuya realización requiere del esfuerzo sostenido de varias generaciones; tarea impostergable, después del fracaso de una revolución, donde toda una juventud se ofrendó con generosidad incomparable, y después de la entrada a un nuevo siglo conmovido por otra revolución, la de la información, la economía y las comunicaciones.

El objetivo del Programa integral de formación política, según el CIELAC, no es la reproducción de debates académicos abstractos ni la descripción de los escenarios cotidianos en que se expresa con crudeza la política en Nicaragua. Se trata de alcanzar una dimensión ética y plural, que siembre y acreciente en los ciudadanos los principios de tolerancia, pluralismo y búsqueda de consensos. Así definido el objetivo, el estudio de la Constitución no puede limitarse a la perspectiva jurídica, en cuyo ámbito han tenido y continúan teniendo lugar debates fundamentales para el éxito o el fracaso de la transición democrática que vivimos desde 1990. No basta el análisis del significado jurídico de la Constitución y los principios fundamentales que deben informar a un Estado de Derecho, a la luz de la moderna teoría constitucionalista y del derecho positivo nicaragüense. Es imprescindible tomar en cuenta la perspectiva histórica y cultural de Occidente y de Latinoamérica, que explica las particularidades en la formación de la Nación, el Estado y el Derecho, y que con las teorías económicas sobre la dependencia y el subdesarrollo, terminan de explicar la realidad en que hoy viven más de 500 millones de latinoamericanos.

Es necesario, desde una óptica más estrictamente política, delimitar conceptos que al haberse desarrollado de una manera estrechamente relacionada, comúnmente se confunden, como Estado-Nación, Estado de Derecho, Economía de Libre Mercado y Democracia. Hay que profundizar, de manera particular, en el concepto de Nación y señalar las rupturas históricas que, sobrepuestas, sin una solución de continuidad, determinan el presente traumático de nuestra patria, la "nación intermitente" de que nos habla el filósofo Alejandro Serrano Caldera. Es necesario esbozar, al menos, aquellas creencias que, a partir de la experiencia histórica, han ido conformándose y son el fundamento vital de una tradición política caracterizada por la desconfianza y el desprecio hacia la Ley, la intolerancia y la doblez ante el ejercicio absolutista y arbitrario del poder.

Mantener el equilibrio entre teoría abstracta y experiencia diaria, entre cultura de manual y discusión de actualidad, entre debate científico y realidad que se resiste a las explicaciones racionales, no es una tarea fácil. El recurso teórico debe estar siempre en función de la necesidad presente y real de dar respuestas racionales a los problemas que enfrentamos. Por otra parte, la particularidad del momento histórico, de la transición política que vive Nicaragua, debe examinarse en el marco más amplio de las elaboraciones filosóficas y conceptuales producto de más de 5000 años de experiencia histórica y que han sustentado el desarrollo de las naciones más adelantadas del mundo occidental. Es necesario, además, desde una perspectiva dinámica, tomar en cuenta la crisis profunda que hoy atraviesan las principales instituciones políticas y jurídicas que han servido de pilares de la modernidad y, bajo este enfoque, determinar la peculiar situación de nuestros países y el doble reto histórico que enfrentan hoy.

El presente trabajo, por último, no pretende agotar los temas desarrollados ni ofrecer explicaciones totalizantes. Por el contrario, al mostrar los elementos fundamentales de cada temática se insiste en las contradicciones, en los fenómenos aún inexplicados. Más que dar respuestas o consagrar verdades, se acepta de entrada una finalidad más modesta, de carácter instrumental, que permita generar la discusión y la búsqueda de explicaciones, que invite a una respuesta colectiva a los enormes desafíos de nuestra Nicaragua. Provocar el debate: si se alcanza este objetivo, habrá sido compensado el esfuerzo invertido en estas páginas.

## 1. Concepto de Constitución

La palabra constitución tiene en nuestro lenguaje diversos significados. Constitución tiene, primeramente, una acepción equivalente a estructura, es decir, se refiere a los componentes esenciales de una cosa. Podemos así hablar de la estructura del átomo, en relación a la cantidad de electrones, neutrones y protones que lo componen. En relación a un país, su constitución se refiere al tipo de población y características del territorio, constantes históricas, temperamento político, etc. La palabra constitución puede entenderse también como forma o sistema de Gobierno: monárquico, republicano, aristocrático, democrático, unitario, federal, etc.

Constitución, así mismo, puede tener un significado dinámico y referirse al proceso permanente de cohesión de un cuerpo social. Constituir es formar. Toda sociedad está sujeta a fuerzas centrífugas y centrípetas, a fuerzas coaligantes y disgregantes. Un pueblo se constituye en Nación y en Estado en la medida en que las fuerzas aglutinantes prevalecen.

Particularmente, interesa el concepto jurídico-político de Constitución, el que iremos delineando a partir del análisis del Estado-Nación moderno, y su diferenciación de otros conceptos cercanos como Estado de Derecho, Democracia y Economía de Libre Mercado. Por el momento, será útil contar con una definición provisional, la que podríamos resumir de la siguiente manera: *Constitución es la ley fundamental y de mayor jerarquía, que dota de unidad y coherencia a todo el ordenamiento jurídico de un país, organiza, estructura y delimita al Estado y protege los derechos de las personas.*

## 2. Constitución y Estado-Nación

### 2.1 La Nación

La palabra "nación" viene del verbo latino "*nascor*", de donde a su vez deriva "*natio*", que quiere decir origen común o relación de procedencia. El término es empleado con este sentido en los textos revolucionarios franceses y en la Constitución de Cádiz.

La nación está íntimamente ligada a la palabra "pueblo" y al concepto de "soberanía"; la nación es la depositaria de la soberanía. Con la Revolución Francesa, la lealtad al Rey es suplantada por la lealtad a la patria. Cuando son suprimidos los Estados Generales y son abolidas las divisiones regionales, Francia se convierte en una nación, con leyes e instituciones comunes. Con la Revolución de 1848 varios pueblos despiertan a la conciencia nacional, principalmente Alemania e Italia, donde se inician procesos de unificación y formación de los Estados nacionales que culminan con la creación del reino italiano en 1861 y el imperio alemán en 1871.

Mancini es el gran teórico del concepto moderno de nación. La define como "*sociedad natural de hombres, con unidad de territorio, origen, costumbres e idioma, formada por la comunidad de vida y de conciencia social*".

Por nación se entiende, generalmente, una agrupación humana en la que los individuos se sienten unidos los unos a los otros, por lazos materiales y espirituales, y se consideran diferentes de los individuos que componen otras agrupaciones nacionales.

La nación es, principalmente, un concepto sociológico, aunque, como veremos más adelante, tiene un reconocimiento jurídico y una gran importancia política. La nación es la realidad sociológica sobre la que se fundamenta el Estado como realidad jurídica.

## 2. 2 La Tesis Alemana y la Tesis Francesa de Nación

La nación puede ser vista como "hecho de conciencia" (tesis francesa) o como "hecho de la Naturaleza" (tesis alemana). Para la concepción alemana o tesis objetiva, la Nación es el producto necesario de una serie de elementos objetivos como la geografía, la lengua, la religión y, principalmente, la raza. Sobre el concepto de Nación-Raza va a erigirse la ideología nacional socialista o nazi.

Según Hitler, siempre la raza más fuerte, con su invencible voluntad, es la que subyuga y domina a la más débil. Esta es una ley natural. En la base de este racismo está la idea de la evolución de las especies, regida por la eliminación de los más débiles y la supremacía de los más fuertes. Otra ley natural es que la raza más fuerte tienda a mezclarse solamente con las de su misma fuerza, rechazando a las débiles.

Según Hitler, en su libro *Mein Kampf*, el Estado es "la organización de una comunidad de seres humanos física y psicológicamente similares para la mejor facilitación del mantenimiento de sus especies y el logro del objetivo que ha sido asignado a estas especies por la Providencia".

La ideología nazi no tiene nada de original y es, más bien, un revoltijo de ideas elaboradas por otros filósofos y políticos. El mito de la raza pura y de la supremacía de la raza aria había sido elaborado con anterioridad por Gobineau. La idea de la decadencia de Occidente y el advenimiento de un nuevo imperio fue tomada de Spengler. Moeller van den Bruck proporcionó la idea del Tercer Reich. El nacional socialismo toma ideas también de filósofos de fuera de Alemania; es el caso de la filosofía de la fuerza de Georges Sorel y la concepción de "élite" de Vilfredo Pareto.

Para la concepción francesa, las naciones se forman por la influencia de factores objetivos y subjetivos o espirituales. Entre los factores objetivos están la raza, la lengua y la religión, los que no son suficientes, sin embargo, para determinar la existencia de una nación. Para que haya nación se necesitan también factores espirituales, entre los que se encuentran:

- a) Los acontecimientos históricos: guerras, calamidades, triunfos y fracasos.
- b) La comunidad de intereses, principalmente de carácter económico.
- c) Los sentimientos de parentesco espiritual, que dan a los individuos el sentimiento de pertenecer a un grupo cerrado, frente a otras naciones <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Hauriou, André. "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". Editorial Ariel. Barcelona, España. 1980. Págs. 119 a 121.

La existencia de un proyecto de vida en común es una de las ideas determinantes en el concepto de nación. El proyecto de vida en común es mucho más amplio que el pasado compartido y que la comunidad de intereses. Es algo que tiende hacia el futuro, un sueño común. Es el elemento utópico que siempre está presente en la idea de nación, como idea fuerza que mantiene cohesionado al cuerpo social y le imprime dinamismo.

### 2.3 La Nación como ideología: el Nacionalismo y la Supernación

Nacionalismo y Globalismo son las ideologías que hoy han suplantado a las viejas quimeras redentoras, los "ismos" donde se atrincheran, finalmente, la esperanza y la nostalgia, trampas de la razón donde el hombre contemporáneo da continuidad al sueño de la Arcadía y a su ímpetu mesiánico.

Nacido como reacción a la utopía de la sociedad universal, el nacionalismo constituye, así mismo, la forma más antigua de las utopías. Los componentes ideológicos del nacionalismo son más implícitos que explícitos. Su naturaleza emocional lo convierte en la más poderosa de todas las ideas políticas. Sin embargo, un somero examen de sus componentes revela el carácter ficticio de este concepto, sobre el que ha descansado el Estado moderno y se han desarrollado los imperialismos y colonialismos hasta culminar en las dos grandes guerras mundiales que sufrió la humanidad durante el Siglo XX. Tanto el comunismo que se intentó implantar en la ex Unión Soviética, como el nacional socialismo de Hitler, practican un nacionalismo expansionista, se nutren del sueño de una supernación. Por la vía, en un caso, de la superioridad racial, y por la vía, en el otro, del comunismo internacional, ambos movimientos intentaban llegar a una sola nación universal. La supernación, para unos, es voluntad divina; la supernación, para otros, es obra de las leyes inmutables de la historia. Ambos sojuzgaron por la fuerza a otras naciones y desarrollaron un concepto ficticio de supernación.

En el caso de los Estados Unidos, se desarrolló la doctrina del "Destino Manifiesto", cuyas raíces se encuentran en el puritanismo. Como sucedió más tarde en el nacional socialismo de Hitler, esta doctrina cree que los Estados Unidos de América están destinados por la Providencia a dominar el mundo; que, en virtud de un pacto con Dios, el expansionismo territorial no sólo es un derecho sino un deber. El "destino manifiesto" entronca más tarde con la doctrina Monroe y es sobrepasada por la teoría y la práctica imperialistas. Siendo en sí mismos una supernación, la dinámica expansionista de los EE.UU. se expresó en un primer momento en términos físicos, territoriales, con la adquisición de Louisiana y el despojo a México de California y Texas. Hoy, se expresa en términos de una política imperial basada en el poderío militar, indiscutible tras el desmoronamiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y en la profundización de las relaciones económicas de interdependencia, principalmente asimétricas. Siendo a la vez imperio y democracia, los Estados

Unidos parecieran condenados a tener un doble rostro, admirable hacia dentro, como ejemplo de democracia, y condenable hacia fuera, como ejemplo de dominación e incapacidad de comprensión del resto del mundo.

Sobre la idea de nación no sólo se han levantado imperios: unida al reconocimiento del derecho a la autodeterminación ha servido para llevar a numerosos pueblos a su independencia. De igual importancia, como fenómeno político para los países desarrollados y en vías de desarrollo, los países pequeños son los mayormente dispuestos a este tipo de delirios. En América Latina, por ejemplo, donde las ideologías nacidas en Europa a partir de la Revolución Francesa fueron importadas y vaciadas mecánicamente en los textos constitucionales, el nacionalismo, casi siempre de la mano de un caudillo militar, ha significado y continúa significando la más importante y eficaz de las ideologías. Ese nacionalismo se ha estructurado no sólo en una comunidad de historia, lengua y religión, real o ficticia, sino sobre la base, fundamentalmente, de las guerras entre países y del antiimperialismo, de la oposición al poderoso vecino del Norte. Como elemento de diferenciación, los nacionalismos en América Latina provocaron y siguen provocando la dispersión que tuvo lugar a partir de nuestra independencia y el rechazo a la integración en unidades políticas y económicas más fuertes, que permitirían hacer de nuestros países naciones viables.

Una variante del nacionalismo son los fundamentalismos. Son una forma de nacionalismo donde el elemento religioso se erige como el factor de identidad fundamental que encierra en su círculo a la nación, la lengua, la raza y la cultura. En la era de la globalización y de la secularización universal, los fundamentalismos religiosos aparecen como aterradores vestigios de un viejo delirio: regreso al mundo de la política indiferenciada de la religión. En el fondo de los fundamentalismos de nuestra época se esconde el terror frente a un mundo que se despuebla de imágenes, el rechazo radical de lo "otro" como mecanismo de reafirmación de una identidad que se desintegra irremediamente.

#### 2.4 La Nación como Proyecto

En Nicaragua, ha sido el filósofo Alejandro Serrano Caldera quien más ha destacado la importancia de la nación como proyecto común. En su libro "La unidad en la diversidad", Serrano Caldera afirma que "La Nación más que una idea o una realidad, es un sentimiento individual y colectivo intenso, más que una noción esclarecida por la razón, es una pasión, una sensación instintiva, una necesidad de seguridad, el punto de referencia, la tierra firme de un ser todavía incierto y ambiguo, el proyecto de futuro" <sup>2</sup>. Para el filósofo nicaragüense la

---

<sup>2</sup> Serrano Caldera, Alejandro. "La unidad en la diversidad. En busca de la nación". Ediciones Progreso. Segunda edición, 1998. Managua, Nicaragua.

existencia de un proyecto global de sociedad es imprescindible para darle al país identidad y sentido de Nación. La Nación no es solamente un conjunto de valores compartidos, sino "la convergencia de metas y objetivos, organizados adecuadamente en la estrategia de un proyecto nacional"<sup>3</sup>.

El problema de América Latina, es decir, el fracaso de América Latina en adquirir su propia identidad política, estriba en la transposición del modelo de Estado-Nación europeo a nuestras tierras, sin que antes hubiese existido una nación. Para el caso específico de Nicaragua, Serrano habla de una "nación intermitente", que se expresa únicamente en los momentos más críticos de nuestra historia, cuando está a punto de perderse. Se trata de un sentimiento de nación a partir del enfrentamiento con los Estados Unidos de América, en la Guerra Nacional contra el filibustero Walker, en la gesta de Benjamín Zeledón en 1912 y de Sandino en 1925 contra la intervención militar norteamericana. El resto de nuestra historia ha sido el enfrentamiento, la autodestrucción, la guerra civil, la anarquía.

El instrumento o medio fundamental para llegar a ese proyecto de nación es un nuevo pacto social. Ese nuevo pacto social no debe confundirse con los pactos políticos, componendas o "*kupia kumis*"<sup>4</sup>, los arreglos entre partidos que no han servido sino para dar continuidad a un sistema injusto o para apuntalar al caudillo de turno. Se trata de una revisión profunda y un nuevo acuerdo entre Estado y sociedad, a la manera del originario contrato social de Rousseau, que dé estabilidad y permanencia, que permita el tránsito de esa "nación intermitente" a una "nación permanente".

Las causas de nuestra incapacidad para forjar un proyecto de nación no sólo están en nuestra viciada subcultura política, en nuestra secular intolerancia y en la voracidad y cortedad de mira de nuestras élites. Las centroamericanas, objetivamente, no son naciones viables. Hoy, como siempre, pero quizás con mayor fuerza, no como inalcanzable utopía sino como imperativo histórico, como último recurso vital, el sueño de una Centroamérica unida es inseparable de cualquier proyecto de nación particular.

Pero, el proyecto de la gran nación centroamericana parece condenado siempre al fracaso. Hoy, se desdibuja y se hunde nuevamente en las turbias aguas de la

---

<sup>3</sup> Ortega y Gasset, en "*La rebelión de las masas*", ofrece una idea similar, en relación al Estado y la Nación. "El Estado empieza -nos dice el filósofo español- cuando se obliga a convivir a grupos nativamente separados. Esta obligación no es desnuda violencia, sino que supone un proyecto iniciativo, una tarea en común que se propone a los grupos dispersos. ***Antes que nada es el Estado proyecto de un hacer y programa de colaboración***". Ortega y Gasset, José. "*La rebelión de las masas*". Revista de Occidente en Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1995. La negrita es mía. Véase también del mismo autor "*El origen deportivo del Estado*".

<sup>4</sup> "*Kupia kumi*" es una palabra compuesta de origen misquito, que se traduce como "*un solo corazón*". Se aplicó por vez primera, en la historia política de Nicaragua, a los pactos del dictador Anastasio Somoza Debayle con el Partido Conservador de Nicaragua, representado este último por el líder político Fernando Agüero Rocha, firmados el 28 de marzo de 1971.

demagogia y el escepticismo, arrollado por las poderosas fuerzas de la globalización. No es éste el lugar para abordar el análisis del repetido fracaso de los proyectos unionistas en Centroamérica; baste señalar que para una empresa de tales dimensiones, como para toda gran empresa política, se requieren dos cosas fundamentales. Por un lado, dirigentes políticos con aquello que Ortega denomina "intuición histórica"<sup>5</sup>, es decir, con el ingrediente intelectual que es esencial en todo gran político y que le permite descubrir con claridad lo que se debe hacer desde el Estado en cada momento de la historia de una nación. Por otro lado, una idea clara acerca del Estado mismo, de su papel instrumental, al servicio, no de sí mismo, sino de la nación. Del Estado, como fin en sí mismo, al Estado depredador y parásito, y del Estado perfecto al Estado totalitario, hay muy poca distancia. En resumen; primero, Centroamérica requiere estadistas y no simples gobernantes; y, segundo, sin una visión clara del papel subordinado del Estado, de su condición instrumental, jamás podremos superar los prejuicios soberanos y la poca ambición y mucha codicia que han impedido el avance de nuestros pueblos en el camino de la unidad centroamericana.

La tesis del "proyecto de Nación" debe llevarnos necesariamente, por último, a la crítica de la política moderna y su reformulación, a partir de una nueva visión del poder y la utopía. La crisis general se manifiesta en el campo de la política de muchas y diversas maneras: el desprestigio de las ideologías, la transformación de las utopías en infiernos imaginarios y reales, la desaparición de la imagen del futuro y la crítica del progreso, el Estado totalitario de fascistas y comunistas y el Estado-Mercado de los neoliberalistas, la amenaza de la guerra nuclear y la catástrofe ecológica, la anarquía en las relaciones internacionales, la sobrepoblación mundial, el agigantamiento de las diferencias entre ricos y pobres, los nuevos nacionalismos y fundamentalismos. No era éste el sueño de la civilización occidental. ¿Dónde ha estado el error?, ¿Qué debemos enmendar?, ¿A qué debe responder la nueva política? Para dar respuesta a estas preguntas es necesario revisar los postulados sobre los que ha sido estructurada la política moderna, empezando por su idea central: la noción misma de Poder.

Es notoria la escasez de estudios sobre el poder, a pesar, curiosamente, de constituir el problema fundamental objeto de la Ciencia Política. En la línea trazada por "*La anatomía del poder*" de John Kenneth Galbraith y el libro de Bertrand Russell, "*Poder: un nuevo análisis social*", "*Las tres caras del poder*", de Kenneth E. Boulding<sup>6</sup>, es uno de los más recientes análisis elaborados con profundidad y rigor sobre el tema. La tesis principal del libro de Boulding es que existen tres clases de poder: el *poder amenazador*, basado en la fuerza y la amenaza; el *poder compensador*, basado en lo económico; y el *poder integrador*, basado en la

---

<sup>5</sup> Ortega y Gasset, José. "Tríptico"; Colección Austral; Espasa Calpe, S.A. Madrid, España. 1972. Ver el ensayo "Mirabeau o el político".

<sup>6</sup> Boulding, Kenneth E. "*Las tres caras del poder*". Ediciones Paidós IBÉRICA, S. A. Barcelona, 1993.



concertación, el consenso, la legitimidad, el amor, la amistad, el respeto y la solidaridad. De los tres, el poder integrador es el fundamental. El gran error de la política moderna ha sido considerar el poder amenazador y el poder económico como los más importantes, los que no pueden sostenerse, sin embargo, sin el poder de legitimación. Hasta ahora el poder ha sido concebido, exclusivamente, como dominación de la naturaleza y de los hombres; hoy se visualiza que más que en la fuerza, el miedo o el dinero, el poder radica en la capacidad para generar armonía para unificar lo diverso, para lograr y mantener el equilibrio entre las fuerzas centrípetas y las fuerzas centrífugas que determinan el fortalecimiento o la decadencia de las sociedades. La nueva política, la política para el tiempo que vivimos, debe sustentarse en esta triple faceta del poder, dando prioridad al poder integrador, de legitimidad, de concertación y unión. Esta concepción integral del poder determina un nuevo tipo de relación del hombre con sus semejantes y del hombre con la naturaleza: una nueva concepción de la política y de la economía.

Sócrates, fundador de la Etica, y Platón, pensaban que el fin último del Estado era hacer la justicia y formar ciudadanos virtuosos. Para Aristóteles, la ética es parte de la política en sentido amplio; la política es determinada por los caracteres y virtudes de los individuos. Si con "*La Política*", de Aristóteles, se considera que nace la ciencia política, con "*El Príncipe*", de Maquiavelo, se instaura la autonomía de lo político, es decir, la idea moderna de la Política como ciencia independiente de todas las otras, y mayormente de la Etica, obediente únicamente a sus propias reglas. Se produce lo que José Gaos denomina "aculturación de la política"<sup>7</sup>. La política moderna, en cierta manera, es un regreso al sofismo, donde el logos no está en función de la verdad, sino en función del poder. Por la autonomía de la política se impone la razón de Estado, en cuyo altar han sido sacrificados millones de hombres. La nueva política, la política para hoy y ahora, debe estar fundamentada en una Filosofía, en una razón de verdad, y debe estar orientada por una Etica, por una razón de justicia. La verdad nos hace libres. Solamente una política de la verdad puede garantizar la libertad del hombre en la comunidad política. Su fin último no puede ser el poder por el poder, sino el hombre mismo, hacer comunidades y ciudadanos virtuosos: rescatando la relación necesaria entre ética y política, rescataremos también el carácter pedagógico de esta última.

La política es, antes que nada, cosa de palabras: está hecha de palabras y aún cuando se deriven de ella consecuencias reales es, en primer lugar, de manera eminente, una experiencia verbal. La crisis de la política moderna se pone de manifiesto, también, en la devaluación del discurso político. Fundar la nueva política en una razón de verdad, en una filosofía, implica "dar un sentido más puro a las palabras de la tribu". El político debe realizar, también, una labor poética.

---

<sup>7</sup> Gaos, José. "*Historia de nuestra idea del mundo*". El Colegio de México. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1983.

## 2. 5 El Estado-Nación

El inicio del constitucionalismo coincide con el nacimiento de la era moderna y del Estado-Nación que conocemos y perdura hasta nuestros días. Los dos hechos fundamentales son la Independencia americana y la Constitución de Filadelfia de 1787, por un lado, y la Revolución francesa de 1789 y la Constitución de 1791, por otro.

El Estado-Nación es una elaboración moderna y es el marco del Derecho Constitucional. Es el gran invento político-jurídico de la modernidad. Tiene sus raíces en Grecia, con la Polis o Estado-Ciudad, y en Roma, con la *Civitas*. La destrucción del Imperio romano, las invasiones bárbaras y el feudalismo, significan una larga época de retroceso en la construcción del Estado-Nación, el cual no se constituye sino hasta el Siglo XVII.

El Estado-Nación es una unidad político jurídica que nace con la Edad Moderna y que se constituye en la célula primordial, el centro alrededor del cual se construye toda la Política y el Derecho Público modernos.

Las constituciones modernas nacen con el Estado-Nación y, de esta manera, estrechamente vinculadas al pensamiento utópico. La Constitución, en tanto depósito de los sueños y anhelos de un pueblo, descansa sobre la razón y la fe en el hombre, en tanto ser capaz de fundamentar racionalmente al Estado e imprimir su voluntad al curso de la historia. Por la Constitución se define el ámbito propio del Estado y se protege la esfera individual, se garantiza el equilibrio necesario entre autoridad y libertad. Es, así, una de las grandes invenciones de Occidente y de la modernidad.

La formación del Estado-Nación en América Latina no se da sino hasta finales del Siglo XIX y principios del XX, después del largo período de anarquía y guerra civil que, con pocas excepciones, tuvo lugar tras la independencia de España. La institucionalización del Estado tuvo como fin principal consolidar la hegemonía del sector agroexportador. El presidencialismo fue la forma de gobierno preferida. Algunos países adoptaron el sistema federal: México, Argentina y Colombia (de 1863 a 1886); y Venezuela, Brasil y Centroamérica, al inicio de su independencia. En el resto de países prevalece el sistema unitario, fuertemente centralizado. El sistema administrativo se caracteriza por el patrimonialismo, el patriarcalismo y la personalización de la autoridad.

El Estado latinoamericano es el heredero del Estado patrimonial que prevaleció en el virreinato novohispano y del Estado absoluto, que antecedió al Estado liberal. Con sociedades civiles débiles, el Estado ha sido el gran motor del desarrollo, bajo una concepción filosófica positivista y una concepción del Estado heredera de Hobbes y Rousseau. A diferencia de los países anglosajones,

donde se desarrolla la tradición político filosófica iniciada por Locke, que lo considera como una concesión del ciudadano, en nuestros países el Estado es el gran padre, por quien vivimos y a quien todo le debemos y todo le pedimos. También ha sido el Estado-Botín, el gran corruptor, el Estado-Partido y el Estado-Hacienda del caudillo y del dictador, el Estado parásito y depredador.

Contra lo que generalmente puede pensarse, el Estado de las monarquías absolutas fue mucho menos grande y menos absoluto que el Estado moderno, cuya conformación se inicia a partir de la Revolución Francesa, en el marco de la democracia y la economía de libre mercado. El Estado moderno, con su dinámica interna de voraz crecimiento, ha llegado a ser la encarnación del Leviatán, la bestia bíblica utilizada por Hobbes como metáfora para describirlo. El Estado moderno se ha convertido en el “ogro filantrópico” de Octavio Paz <sup>8</sup>, una dominación sin rostro, tan real que parece irreal, dotado de ubicuidad: “El Desencarnado”, “la Impersona”, como le llama el gran ensayista mexicano. Es una dictadura abstracta, con su ejército de burócratas y sus círculos secretos de poder, sus equipos de políticos profesionales, que se reproduce tanto en el Estado de bienestar capitalista como en el Estado totalitario comunista.

Asistimos hoy al replanteamiento del papel del Estado, que muchas veces atiende más a los aspectos cuantitativos que cualitativos. Los ideólogos del neoliberalismo propugnan por una reducción máxima de sus funciones, un regreso al Estado burgués en su etapa inicial, caracterizado por el *laissez faire*. Olvidan, sin embargo, que la economía de libre mercado no funciona sin un orden legal estricto, sin reglas claras, con instituciones honestas e independientes. Si el Estado abstencionista que propugnan no es capaz de cumplir con su función normativa, la libertad de mercado se convierte en una mera fachada, bajo la cual se ocultan las alianzas mafiosas, el control monopólico y oligopólico, los negociados entre políticos y empresarios. Estado de Derecho y libertad de mercado resultan ser dos premisas inseparables.

## 2.6 El Estado-Nación frente a la Globalización

Mientras Nicaragua y gran parte de Latinoamérica continúa su búsqueda de identidad política, a través de ese frustrado proyecto de nación y nuevo pacto social, las poderosas fuerzas que empujan hacia la globalización arremeten contra el Estado-Nación. El elemento fundamental del Estado-Nación, la soberanía, se relativiza a medida que los países se hacen cada vez más interdependientes.

La palabra "globalización" es una de las palabras peor empleadas, menos definida y menos comprendida de los últimos años. Para saber de qué se trata es necesario,

---

<sup>8</sup> Paz, Octavio. “*El ogro filantrópico*”; Editorial Seix Barral, S.A. España, 1990.

primero, examinar lo que está sucediendo en diferentes dimensiones: en la dimensión de la comunicación, ecológica, económica, de la organización del trabajo, cultural y en la sociedad civil.

La globalización, por tanto, no es un fenómeno unidimensional que podamos adscribir, únicamente, al campo financiero o económico. Es, por el contrario, un fenómeno multidimensional que abarca diferentes esferas de la actividad humana.

Conviene, antes de entrar a definir qué es, diferenciar entre “globalización” y “globalismo”. La primera expresión hace referencia al fenómeno multidimensional a que nos hemos referido; con “globalismo” estaríamos aludiendo a la ideología de la globalización, que busca, premeditadamente, a través de teorías y políticas, y del control de las organizaciones financieras internacionales, el establecimiento de un único sistema económico mundial o, visto desde otro ángulo, un mercado libre mundial.

Siendo un fenómeno multidimensional, contiene, sin embargo, un denominador común. Lo determinante es que *"se ha venido abajo una premisa fundamental de la primera modernidad, a saber, la idea de vivir y actuar en los espacios cerrados y recíprocamente delimitados de los Estados nacionales y de sus respectivas sociedades nacionales"*<sup>9</sup>. En este mismo sentido, para Anthony Giddens la era de la globalización se caracteriza por *"actuar y (con)vivir superando todo tipo de separaciones (en los mundos aparentemente separados de los Estados nacionales, las religiones, las regiones y los continentes)"*.

Las fronteras todavía existen, pero las personas, el dinero, las tecnologías, la información, las mercancías, así como otro tipo de fenómenos indeseables (los emigrantes ilegales, las drogas, las armas, etc.) se mueven como si estas no existiesen.

Lo fundamental de la globalización es, por tanto, la ruptura de las sociedades y Estados en cuanto unidades territoriales recíprocamente delimitadas. La globalización cuestiona un presupuesto fundamental de la primera modernidad: aquello que Adam Smith denominó "nacionalismo metodológico". Pero, esto no implica la desaparición del Estado-Nación, sino al contrario: junto a la sociedad internacional compuesta fundamentalmente por los Estados-Naciones, surgen nuevos actores y se desarrolla otro tipo de relaciones por encima de aquéllos.

Según Wallerstein, la globalización consiste en la estructuración de un solo sistema mundial, a través de la universalización del capitalismo. El capitalismo es, como advirtieron Marx y Engels, intrínsecamente global. El aspecto más importante y donde con mayor fuerza se evidencia la relativización de la

---

<sup>9</sup> Beck, Ulrich. *“¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización”*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona, España.

soberanía, es el económico financiero. Los países en desarrollo han perdido el control de la macroeconomía, la que es dirigida y observada de manera rigurosa por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Esas políticas macroeconómicas tienen como objetivo el saneamiento de las economías nacionales (eliminación del déficit fiscal, eliminación de subsidios) y, paradójicamente, buscando fortalecer las economías nacionales provocan su desmantelamiento y, con ello, el aumento del desempleo y la pobreza.

Particularmente importante es el debate actual sobre la relación entre globalización y democracia. La democracia nace en el espacio físico del Estado Ciudad o *polis* griega y la democracia moderna nace y se desarrolla en el espacio propio del Estado-Nación. La fase sedentaria del Estado-Nación está siendo reemplazada por una etapa de gran movilidad de las poblaciones y la formación de un mercado mundial de inteligencia y mano de obra. Por otro lado, los nuevos sujetos que actúan hoy en el campo internacional, más poderosos que muchos Estados nacionales, escapan a todo control y toman sus decisiones sin consideraciones democráticas, jurídicas o morales; actúan por encima y a veces en contra del Estado-Nación, que es visto como un obstáculo a su movilidad y actuación. La crisis del Estado-Nación conlleva, por tanto, una amenaza para la democracia, tanto en el orden internacional como nacional. La pérdida del control, principalmente en las áreas de la economía y las finanzas, como sucede en la mayor parte de los países en desarrollo, y la reducción por esa vía de la capacidad y el ámbito de actuación del Estado, reduce los espacios de participación y cercena el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, los verdaderos depositarios de la soberanía.

### 3. Constitución y Estado de Derecho

#### 3.1 El Estado y el Derecho

Al hablar del Estado de Derecho debemos referirnos al Estado-Nación moderno, cuyo nacimiento se da en una época relativamente reciente. Las definiciones más corrientes coinciden en destacar los tres elementos fundamentales que integran el concepto de Estado moderno: población, territorio y soberanía. A esos elementos fundamentales se añaden otros, no menos importantes: un orden jurídico, una personalidad moral y jurídica, y una teleología particular.

No obstante la permanencia del Estado-Nación moderno, es importante advertir su crisis actual. Si existe un elemento fundamental que caracteriza a la llamada "globalización" es el de la superación de las relaciones internacionales estadocéntricas. El concepto de soberanía continúa relativizándose a

consecuencia de la cada vez mayor interdependencia económica de los países y del surgimiento de nuevos problemas y actores internacionales.

En cuanto al Derecho, la definición más generalizada es la de entenderlo como un sistema o conjunto de normas reguladoras de algunos comportamientos humanos en una determinada sociedad. Es necesario, sin embargo, profundizar un poco sobre las funciones que éste desempeña, a fin de poder entender qué es un Estado de Derecho.

El Derecho, en primera instancia, es una técnica de organización social: a través del Derecho se implanta un orden social y político, se trata de imponer un modelo de organización social. De ahí su carácter histórico. El Derecho responde a un determinado sistema de intereses y a una determinada concepción del mundo. Orden y justicia son los dos objetivos principales que el Derecho trata de alcanzar.

El Derecho también se manifiesta como un sistema de seguridad y un sistema de control social. Por control social se entiende, según Viroux<sup>10</sup>, el "conjunto de los medios y de los procedimientos por medio de los cuales un grupo o una unidad social encamina sus miembros a la adopción de los comportamientos, de las normas, de las reglas de conducta, en una palabra, de las costumbres que el grupo considera como socialmente buenas". Desde esta perspectiva, el Derecho puede operar como sistema de valores y de normas que aseguran la paz y la solidaridad, y como sistema de instituciones que sirven para dar continuidad e inculcar esos valores y normas<sup>11</sup>. Pero, el Derecho no es el único sistema de control social: también desempeñan este papel la política y la religión.

En cuanto al Derecho como sistema de seguridad, debe entenderse en contraposición a la arbitrariedad y como prevención. Lo opuesto a la arbitrariedad es el mismo sistema normativo que, por otro lado, al ser conocido permite prever los modos de actuación de los diferentes sujetos en cada situación hipotética, generando seguridad y confianza en el tráfico jurídico.

Por último, el Derecho puede verse, también, como realización de los valores de libertad y justicia.

En este último sentido, es necesario destacar la particular acogida que ha tenido en Latinoamérica y en nuestra patria el positivismo jurídico, que rechaza toda valoración metajurídica de la norma, es decir, que se atiene estrictamente al derecho vigente o "positivo". El positivismo jurídico ha contribuido al desarrollo del Estado nacional y, la más de las veces, al sostenimiento de las dictaduras

---

<sup>10</sup> Viroux, Alain. "*Léxico de Sociología*", trad. cast., Barcelona, Ed. Estela, 1964.

<sup>11</sup> Bottomore, T. B. "*Introducción a la Sociología*", trad. cast. De Jordi Solé-Tura con Prólogo de Esteban Pinilla de las Heras, Barcelona, Ed. Península, 1967.

militares que han asolado nuestro continente. En su forma extrema más benigna, se ha manifestado como culto a la letra de la Ley, que degenera con gran facilidad en el “leguleyismo”; y en su forma más odiosa y destructiva como un arma, maleable al antojo, para ser usada contra todo aquél considerado enemigo político.

### 3. 2 Las relaciones entre el Estado y el Derecho

En cuanto a las relaciones entre el Estado y el Derecho, se trata de términos diferentes, aunque íntimamente relacionados. La producción de normas jurídicas, en forma monopólica, es una característica del Estado. Pero no podemos identificar ambos términos, como lo hace Kelsen, para quien el Estado es una personificación metafórica del orden jurídico. Podemos acudir a la ya clásica diferenciación didáctica entre Estado y Derecho: Estado sin Derecho representa un Estado totalitario, un simple fenómeno de fuerza; Derecho sin Estado representa una mera ficción, una entelequia, una idealidad normativa sin efectividad; Estado igual a Derecho representa una confusión entre el todo y la parte. Estado con Derecho representa al Estado de Derecho moderno.

Es importante destacar, también, el papel normativo del Estado. El Estado ejerce el monopolio de la producción de normas jurídicas, determinando sus fuentes y el ámbito personal y espacial de aplicación de aquéllas.

### 3. 3 Estado de Derecho, economía de libre mercado y democracia: el sufragio universal y la división de poderes

La sociedad de mercado llevó, primeramente, al Estado liberal y, tardíamente, al Estado democrático. Para Schumpeter, la democracia moderna es un producto histórico vinculado causalmente al capitalismo<sup>12</sup>. De esta manera se explica que el sufragio universal no se haya reconocido hasta bien entrado el Siglo XIX. Las nacionalidades coincidieron con la Revolución Industrial y el nacimiento del capitalismo. Las constituciones surgieron como columnas vertebrales del nuevo Estado-Nación liberal y como consecuencia del desarrollo económico capitalista, precondiciones de la democracia. La democracia es la extrapolación o el reflejo de la libre competencia económica en el campo de lo político, donde líderes, ideologías y programas de Gobierno compiten por el voto de las mayorías.

La economía de libre mercado, desde los orígenes del capitalismo, se ha desarrollado en función del fortalecimiento del Estado-Nación. El crecimiento de

---

<sup>12</sup> Schumpeter, Joseph A. “*Capitalism, Socialism and Democracy*”. Nueva York, Harper, 1947, Págs. 296 y 297.

las economías domésticas y la tendencia a configurar un sólo mercado mundial rompen las fronteras nacionales y ponen en crisis el Estado-Nación como unidad fundamental.

La Democracia se refiere a un tipo de régimen político, mientras que el Estado de Derecho es una realidad eminentemente jurídica. Esta distinción es importante a propósito de la doctrina de la división de poderes de Montesquieu. La división de poderes es un principio que, aunque consagrado en todas las constituciones democráticas, está referido al objeto de la Ciencia Política. "Nació la doctrina de Montesquieu por inspiración política -nos dice Nicolás Pérez Serrano- y para conseguir, mediante una intencional organización del Estado, finalidades políticas" <sup>13</sup>. También Kelsen piensa que el concepto de la "separación de poderes" designa un principio de organización política, es un postulado político encaminado a buscar la estructura más conveniente del Estado y uno de los elementos específicos de la democracia. Para Schmitt, por último, se trata de un "principio orgánico" en la estructura jurídica del moderno Estado burgués de Derecho.

Para Schumpeter, democracia es "el procedimiento institucional para llegar a decisiones políticas en que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto del pueblo" <sup>14</sup>. Desde este punto de vista, existen dos dimensiones cruciales para la existencia de una democracia: la libre competencia y la participación. Pero, dado el carácter polisémico del concepto, es innegable, por otro lado, que en la idea de democracia está implícita la idea de igualdad y de limitación del poder y que ésta encierra un componente utópico. La democracia moderna es más que una forma de gobierno: es una permanente creación colectiva. Para elegir, responsablemente, los ciudadanos deben informarse y debatir, deben convertirse en hombres públicos. La democracia es "una pedagogía activa de discusiones abiertas y estudios conjuntos", como la conceptualiza José Luis Aranguren <sup>15</sup>. Para el gran politólogo español, la democracia "no es un *status* en el que pueda un pueblo cómodamente instalarse. Es una conquista ético-política de cada día, que sólo a través de una autocrítica, siempre vigilante, puede mantenerse. Es más una *aspiración* que una *posesión*. Es, como decía Kant de la moral en general, una *tarea infinita* en la que, si no se progresa, se retrocede, pues incluso, lo ya ganado ha de reconquistarse cada día".

### 3. 4 El Estado de Derecho

El Artículo Tercero de la Constitución Francesa de 1791 recoge la consagración literal perfecta de la filosofía que inspira al Estado de Derecho o nuevo régimen: "No

---

<sup>13</sup> Pérez Serrano, Nicolás. "Tratado de Derecho Político". Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1984.

<sup>14</sup> Huntington, Samuel P. "The third wave". University of Oklahoma Press. U.S.A. 1993.

<sup>15</sup> Aranguren, José Luis L. "Ética y Política". Biblioteca Nueva, S. L. Madrid, 1996.



hay en Francia autoridad superior a la de la ley. El rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia". En términos generales, Estado de Derecho es aquel que está subordinado a la ley, la que a su vez es expresión de la voluntad general, como lo proclamó Rousseau. En el Estado-Policía imperaba el antiguo principio de *Regis Voluntas Suprema Lex* ("la voluntad del Rey es la suprema ley"), el cual viene a ser sustituido por el principio de superioridad de la ley como expresión de la voluntad general. Esto se produce en Francia, Alemania e Inglaterra de distinta manera.

La Constitución Francesa de 1791 consagra el principio de primacía de la ley como expresión de la voluntad general. Esta es la idea de Rousseau: *la ley es la expresión de la voluntad general*, por lo que el órgano legislativo, proveniente de la elección popular, es el máximo órgano del Estado, el primero de los poderes. Con posterioridad a este principio de primacía de la ley se añade el principio de la seguridad jurídica, seguridad que está en función de conocer las consecuencias de los actos propios y los límites y reacciones del Estado, en base a normas de conocimiento público que no pueden ser cambiadas arbitrariamente.

En la segunda parte de este trabajo habremos de ahondar en lo que es un Estado de Derecho. Baste, por el momento, dar una definición amplia de este concepto. Estado de Derecho es *"el Estado en que el ejercicio del poder en todas sus direcciones está sometido a reglas jurídicas que aseguran las libertades y derechos de los ciudadanos frente al Estado mismo"*<sup>16</sup>.

#### 4. Constitución y Pacto Social

Si bien el Estado moderno se edifica sobre la nación, como históricamente ocurrió en los países europeos, en el caso de los Estados Unidos de América el Estado-Nación nace con la Independencia y la Constitución de Filadelfia. Esta es la primera Constitución de donde nace todo el constitucionalismo moderno.

El principio de supremacía de la Constitución y la consagración de una Tabla de Derechos del ciudadano frente al Estado, derivan del pensamiento iusnaturalista, de la creencia en la existencia de un orden normativo superior, la ley natural, que es inalienable, imprescriptible, objetiva y universal, como lo definió Santo Tomás de Aquino. Los antecedentes de la Tabla de Derechos están en la Carta Magna inglesa, con la novedad de que los derechos que aquélla reconocía únicamente a la nobleza son ahora reconocidos a todos los ciudadanos.

La otra idea que permea a la Constitución de Filadelfia es la idea de pacto, con un sentido religioso de alianza entre el pueblo y Dios, y la otra característica que

---

<sup>16</sup> Latorre, Angel. "Introducción al Derecho". Editorial Ariel, S.A. Barcelona; 1992.

destaca es su forma escrita. Entre las causas suele señalarse las Cartas de Colonización, por las que fueron fundadas las colonias inglesas originales, bien por el Gobierno inglés, bien por las compañías comerciales o por grupos de emigrantes. También influye de forma decisiva el pensamiento de los filósofos pactistas (Hobbes, Locke y Rousseau), para quienes la Constitución representa la renovación del Pacto Social, que dio origen al Estado.

Aún cuando la teoría del Pacto Social es hoy, desde el punto de vista científico, insostenible, en el origen del Estado está siempre presente un elemento consensual que es insoslayable. Desde el punto de vista del Estado, como institución y fundación, la Constitución representa una renovación del acto fundacional, la concreción de un consenso al que deberán seguir un número importante de adhesiones. Como destaca Hauriou, "La operación constituyente es una renovación de la fundación del Estado, efectuada esta vez con la participación activa y consciente de la Nación" <sup>17</sup>.

En el caso de la Constitución de Filadelfia y de los numerosos Estados que accedieron a la independencia en el marco del proceso de descolonización, auspiciado por la Resolución 1514 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la operación constituyente y el nacimiento del Estado independiente se producen en una misma operación y momento.

Consenso, pacto social o político, la operación constituyente presupone la existencia de una negociación, la determinación de un conjunto de derechos y obligaciones que deben responder a los diferentes y, a veces, contrarios intereses. El deterioro del consenso original y la reducción del número de adhesiones que debe darse permanentemente en el tiempo, determinan la necesidad de la renovación periódica del acuerdo social, que debe traducirse en términos jurídico-constitucionales. Al arreglo político, debe seguir la labor legislativa constituyente, como expresión de un equilibrio de intereses capaz de dar a la comunidad política estabilidad y permanencia. Es en este sentido que Renán considera la existencia de una nación como un "plebiscito cotidiano". Donde -debemos agregar-, no caben términos medios: se ganan adhesiones o se deteriora el consenso, o se fortalece el Estado-Nación o se debilita <sup>18</sup>.

La negociación política para un nuevo Pacto Social no debe confundirse con las componendas y pactos entre partidos y caudillos, como ha sido frecuente en la historia latinoamericana y, particularmente, en la de Centroamérica <sup>19</sup>. Un Pacto

---

<sup>17</sup> Hauriou, André. *Ob. cit.*, Pág. 348.

<sup>18</sup> Ortega y Gasset, José. "La rebelión de las masas"; Colección Austral; Espasa Calpe, S.A. Madrid, España. 1972.

<sup>19</sup> Centroamérica nace, entre muchas calamidades, con un fraude y una componenda. En las primeras elecciones para Presidente de la República Federal de Centro-América, aprobada la Constitución de 1824, compitieron don José Cecilio del Valle y don Manuel José Arce, considerados como "servil" o "moderado", uno, y como "fiebre" o "liberal", el otro. Una negociación política llevó a la anulación de

Social debe ser expresión de la Nación, y no de un limitado número de partidos políticos que, por su misma naturaleza, persiguen un fin egoísta, una ventaja para su clientela política. Los acuerdos entre partidos no son por sí mismos condenables, al contrario: el diálogo entre las fuerzas políticas del país debería ser permanente y los acuerdos deseables, en la medida en que contribuyan a la seguridad y estabilidad y a dar solución a los problemas nacionales. El problema surge cuando el pacto persigue satisfacer intereses o ambiciones personales o de partido y para ello se burla o distorsiona la ley; cuando los líderes firmantes se arrojan la representación del interés nacional y transan sobre materias de gran trascendencia, obviando los procedimientos democráticos de legitimación. Por otra parte, es necesario tomar en cuenta que, históricamente, la componenda en nuestros países no ha tenido como objeto sentar nuevas bases, bases perennes, para la convivencia, en función del bien común, la estabilidad y la paz. Ha tenido más bien características de tregua; ha sido una continuación de la guerra por medios políticos, como se ha llegado a definir la política nicaragüense, invirtiendo los términos de la famosa frase con que Karl von Clausewitz definía la guerra.

## 5. Latinoamérica: la dicotomía entre el mundo real y el mundo legal

Latinoamérica surge a la independencia bajo la influencia de las Constituciones francesa y norteamericana. Nuestros países adoptan, sin adaptar, los principios contenidos en éstas. Sin embargo, se trata de elaboraciones jurídicas que han sido producto de una evolución histórica distinta. Adoptamos constituciones y leyes republicanas en realidades sociales y económicas con un estadio de desarrollo diferente, sin ningún tipo de revolución industrial, con relaciones de producción eminentemente agrarias y semif feudales. Se produce así una escisión entre el mundo real y el mundo legal. La legalidad es utilizada para encubrir una situación de profunda desigualdad y deviene, en consecuencia, en una ideología y un programa político; detrás de cada guerra civil hay un conflicto de constituciones.

---

los resultados de la votación popular directa, que favorecían a Valle, y a la elección indirecta de don Manuel José Arce. Respecto de este vergonzoso capítulo de nuestra historia, Marure nos explica: "Conforme a la convocatoria de 5 de Mayo de 1824, los pueblos habían emitido ya sus sufragios para la elección de Primer presidente de la República y demás autoridades federales. Los corifeos de uno y otro partido, a quienes no podía ser indiferente este asunto, habían trabajado día y noche para darle éxito conforme a sus deseos: todos los conatos se dirigían a que el Congreso verificase la elección, y no fuese ésta un resultado de la votación popular...Así concluyó este negocio a satisfacción de los dos bandos que preponderaban en el Congreso: unos y otros creían haber engañado a sus contrarios, y todos se lisonjaban con la esperanza de dominar a la nación por medio de su primer magistrado, y de convertir a éste en instrumento de miras personales o de intereses de partido". Marure, Alejandro. *"Bosquejo histórico de las Revoluciones de Centro-América, desde 1811 hasta 1834"*. Tipografía El Progreso. Guatemala, 1877.

Esta dicotomía entre el mundo real y el mundo legal tiene sus raíces en la época de la "colonia". Las relaciones entre la corona española y los virreinos de América se caracterizaron por esta dualidad, en la que las distancias, la complejidad de los sistemas burocráticos y los poderosos intereses en pugna determinaron que muchas de las cédulas reales dirigidas a proteger los derechos de los indígenas y a humanizar su trato, así como a regular todo otro tipo de asuntos, no se aplicaran. Los virreyes, gobernadores y capitanes generales de la época solían poner dichas cédulas sobre sus cabezas, al tiempo que expresaban el famoso "se acata pero no se cumple". La dualidad no fue solamente jurídica sino, también, económica e histórica. Como nos dice Carlos Fuentes, en "El Espejo Enterrado", la España imperial se convirtió en la colonia de la Europa capitalista y América en una colonia de una colonia. "Desde nuestra fundación -dice el escritor mexicano- fuimos dos entidades bien distintas: lo que aparentábamos ser y lo que realmente éramos. Compartimos esta dualidad entre la apariencia y el ser con España, la madre patria"<sup>20</sup>.

La historia de América Latina puede verse como una historia de rupturas y superposiciones, desde la conquista que rompió con el orden cultural indígena y trasplantó la organización política administrativa, la religión y las costumbres de la España imperial, hasta la independencia, que adoptó, sin adaptar, las instituciones políticas republicanas.

El proceso de independencia de la América española representa, a la vez, un proceso de disgregación y dispersión. Los primeros gobiernos revolucionarios, inspirados por los principios de las revoluciones francesa y americana, son pronto disueltos por las luchas locales dirigidas por caudillos, por la anarquía, y sustituidos por regímenes autocráticos.

Frente a las dudas de nuestra capacidad de ser independientes, los líderes de la independencia de Centroamérica vislumbraron el camino de la Federación, no como un resultado deliberado de Estados-Naciones constituidos, que se unen a fin de obtener más fácilmente sus altos objetivos, sino como intento de constitución de un Estado-Nación que no existía, como pura superestructura ideológica que buscaba llenar un vacío y responder a la situación de abandono y orfandad en que, de pronto, se veían nuestros pueblos.

Lo que habría de pervivir por mucho tiempo no fue el espíritu revolucionario, republicano y constitucionalista, sino la añoranza absolutista monárquica, caricaturizada en los tiranuelos de charreteras y medallas que asolaron a nuestros países.

En las discusiones de la primera Asamblea Constituyente de nuestra historia como naciones, solamente una voz acertó en señalar la verdad, después de vencer

---

<sup>20</sup> Fuentes, Carlos. "El espejo enterrado". Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

la oposición de los legisladores a que se le escuchase. "Para establecer una forma de gobierno es necesario aplicarla al estado actual del pueblo" -advirtió Francisco Córdova, el famoso "Cordovita", diputado por Santa Ana y Metapán, en medio de las discusiones sobre la fracasada Constitución Federal de Centroamérica <sup>21</sup>.

Un Estado, dice Ortega y Gasset, comienza por ser una obra de imaginación absoluta: *"un pueblo es capaz de Estado en la medida en que sepa imaginar"*. Necesitamos, pues, imaginación para dotarnos de un sistema jurídico apegado a nuestra realidad, a la medida de nuestras necesidades y anhelos, a la medida de nuestros vicios y virtudes. Generalmente, hemos adoptado sin adaptar, hemos copiado sistemas jurídicos surgidos en lugares y condiciones históricas diferentes, inútiles para dirimir nuestros conflictos políticos y sociales. Nuestras Constituciones han sido, más que ley fundamental para unificar y profundizar la concordia, para cohesionarnos como Nación, banderas de guerra y fuentes del odio fratricida.

El divorcio entre realidad y legalidad se expresa en el orden individual y social, a través de la hipocresía y la mentira, erigidas en modelo de conducta. La picaresca, con su ingenio tragicómico, inunda las plazas de España y se embarca en los galeones que vienen a recoger el oro y la plata de América. En América, el indio subyugado y el mestizo ninguneado, en un limbo, hacen burla de chapetones, peninsulares y criollos. En "El Güegüense" se representa la doble actitud de defensa ante la dominación injusta y extraña, concentrada en la farsa: la crítica burlesca y la falsa adulación. Dual por naturaleza, ingeniosa forma de resistencia y de sobrevivencia ante el poder arbitrario, ironía y burla, el Güegüense es, también, símbolo de la doblez humana. La hipocresía es nuestra forma predilecta de defensa o ataque.

Trasplantado a nuestras fértiles tierras, el "pícaro", despojado de su gracia e ingeniosidad y de su espíritu rebelde y subversivo, degeneró en el "vivo" o "vivián". Lo que era un sistema defensivo frente a estructuras injustas y arbitrarias se ha convertido en un cínico ventajismo que recorre de arriba a abajo nuestras sociedades, contagiando la mala fe y la trampa, y corroyendo la seguridad en las relaciones humanas. "¿Hasta dónde -se pregunta Pablo Antonio Cuadra, en "El Nicaragüense"- los fracasos sociales y políticos del nicaragüense son el resultado de "pasarse de vivo?". La política es reflejo y producto de la sociedad: si hemos de reformar la política debemos abordar, en primer lugar, la reforma de la sociedad. Es más, la reforma de la sociedad es requisito indispensable de la "reforma social", y su omisión, la razón fundamental del fracaso de esta última.

---

<sup>21</sup> Chamorro, Pedro Joaquín. *"Historia de la Federación de la América Central"*. Ediciones Cultura Hispánica; Madrid, 1951.

## 6. El Estado de Derecho en la Constitución Política de Nicaragua

### 6.1 Orígenes de la actual Constitución

El origen de la actual Constitución Política de Nicaragua se remonta al Estatuto Fundamental y al Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, aprobados por la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional el 20 y 21 de agosto de 1979, respectivamente. El Estatuto Fundamental y el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses fueron los primeros actos legislativos de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional que el 19 de julio de 1979, tras su derrocamiento por las armas, sustituyó al dictador Anastasio Somoza Debayle. El Estatuto Fundamental derogó la Constitución Política y las Leyes Constitucionales anteriores, disolvió las Cámaras de Diputados y Senadores y la Corte Suprema de Justicia. También organizó un Consejo de Estado, donde se deseó estuvieran representadas las organizaciones políticas, populares, sindicales, gremiales y sociales. Fue la Junta de Gobierno, y no este Consejo de Estado, sin embargo, quien retuvo y ejerció el poder constituyente originario, pues de ella surgieron los dos Estatutos Fundamentales que sirvieron de leyes máximas hasta la aprobación por una Asamblea Constituyente, en 1987, de la actual Constitución Política de Nicaragua.

En junio de 1995, la Asamblea Nacional aprobó la Ley Número 192, por la que se reformaron 65 artículos, a través del procedimiento de Reforma Parcial. La reforma parcial, en la práctica, fue equivalente a una reforma total; pero ese fue el procedimiento necesariamente a seguir a fin de que, políticamente, se llegase a concretar. La mayoría de las reformas supusieron cambios de gran importancia en la democratización del Estado, reduciendo los poderes del Ejecutivo y fortaleciendo las facultades del Legislativo, ampliando las libertades y mejorando la tutela y protección de los derechos humanos, terminando de diseñar los principios fundamentales del Estado de Derecho, como veremos a continuación en el presente trabajo. Particular importancia revistió la consagración, a nivel constitucional, de las funciones de la Contraloría General de la República.

Una segunda Reforma Parcial de la Constitución fue aprobada por la Asamblea Nacional, a través de la Ley 330 del 18 de enero del 2000. Sus alcances, sin embargo, no han sido tan importantes y fundamentales como los de la anterior, girando, primordialmente, sobre materias electorales y ampliación de los miembros de los poderes judicial y electoral. Respecto de las reformas electorales, es deseable que éstas se apliquen con un criterio inclusivo y no discriminatorio, en consonancia con la fragilidad de la transición histórica que vive Nicaragua y el interés común de fortalecer la democracia y la participación ciudadana. Está por verse, por último, la efectividad y objetividad del cambio introducido en la estructura de la Contraloría

General de la República, que pasó de un órgano unipersonal a ser un órgano colegiado.

## 6.2 El principio de Legalidad

El principio de legalidad, en sentido amplio, cubre toda la esfera de la actividad social. En las relaciones entre particulares, el principio es exclusivo: todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. En la esfera penal, se explicita en el requerimiento de legalidad, juridicidad y tipificación del delito y la pena, así como de los procedimientos criminales. En la esfera administrativa, en la subordinación de todos los funcionarios públicos a la Constitución y las leyes, y en la normación por éstas de todas sus atribuciones. Dentro de esta última esfera, en el campo específicamente financiero, en la regulación por ley de la creación y los elementos fundamentales que componen los impuestos o tributos, así como el presupuesto general del Estado.

Pero, no basta con el principio de legalidad para estar frente a un Estado de Derecho. Hay otros principios que, como el de la jerarquía de la norma jurídica, la supremacía de la Constitución y la responsabilidad del Estado, así como el sistema de recursos que integran el control constitucional y lo Contencioso-Administrativo, son fundamentales para la existencia de un Estado de Derecho.

En la Constitución nicaragüense, el principio de legalidad está recogido en todas sus vertientes. El Artículo 32 de la Constitución Política dice: "Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe". Todo el Capítulo I del Título IV está dedicado a los derechos individuales, que son los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de expresión, el derecho de libre circulación, derecho a la vida privada, a la inviolabilidad de domicilio, a la no discriminación, entre otros. Se trata de los derechos humanos fundamentales, garantizados además por diferentes instrumentos de Derecho Internacional. El Artículo 32 consagra, fundamentalmente, el principio de la autonomía de la voluntad de los particulares.

Tenemos además, el principio de legalidad penal, recogido en el Artículo 33 de la Constitución, que dice: "Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo a un procedimiento legal". Este Artículo de la Constitución fue reformado, aunque el principio, tal y como ha sido citado, permaneció intacto. Principio de legalidad en cuanto al delito, la pena y el debido proceso. En los subsiguientes artículos se consagra una serie de garantías de procedimiento.

El principio de legalidad administrativa es recogido en el Artículo 183, que reza: "Ningún poder del Estado, organismo de Gobierno o funcionario tendrá otra

autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las Leyes de la República". Este principio, también está recogido en el Artículo 130, párrafo uno, reformado, que dice: "La nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes". La reforma de este párrafo consistió, fundamentalmente, en definir el Estado nicaragüense como un Estado Social de Derecho. Igualmente se recoge el principio de legalidad administrativa en el Artículo 150, numeral uno, referido expresamente al Titular del Poder Ejecutivo. Este Artículo decía: "Son atribuciones del Presidente de la República las siguientes: 1) Cumplir y hacer cumplir la Constitución política y las leyes". Tras las reformas constitucionales, esta parte del Artículo 150 ha quedado redactada de la siguiente manera: "Son atribuciones del Presidente de la República, las siguientes: 1) Cumplir la Constitución Política y las leyes, y hacer que los funcionarios bajo su dependencia también las cumplan". El cambio es positivo y evidente, pues no es función que le corresponda al Presidente "hacer cumplir las leyes", sino del Poder Judicial, ya que las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado "corresponden, exclusivamente, al poder judicial" (Artículo 159, párrafo segundo, reformado).

En materia de legalidad financiera, el nuevo Artículo 138 establece como atribuciones de la Asamblea Nacional la de "Crear, aprobar, modificar o suprimir tributos, y aprobar planes de arbitrios municipales" (párrafo 27), así como "Conocer, discutir y aprobar el proyecto de Ley Anual de Presupuesto General de la República, y ser informada, periódicamente, de su ejercicio conforme al procedimiento establecido en la Constitución y en la ley" (párrafo 6). Las reformas constitucionales crearon prácticamente todo un nuevo Capítulo III (De las finanzas públicas) en el Título VI (Economía Nacional, Reforma Agraria y Finanzas Públicas), dejando intacto el viejo Artículo 115, por el cual se determina que "Los impuestos deben ser creados por ley que establezca su incidencia, tipo impositivo y las garantías a los contribuyentes. El Estado no obligará a pagar impuestos que previamente no estén establecidos en una ley". Con la formulación de los nuevos Artículos 112, 113 y 114, la permanencia del 115 y la reforma, en el Artículo 150, del antiguo numeral 4, que otorgaba al Presidente de la República la atribución de "dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley en materia de carácter fiscal y administrativo", restringiéndola a las materias administrativas, queda claramente definido el principio de legalidad financiera, en su doble aspecto, tributario y presupuestario.

La doble atribución, al ejecutivo y al legislativo, por parte de la Constitución del 87, de potestades en materia tributaria, originó durante la Presidencia de Doña Violeta Barrios de Chamorro, una grave confrontación entre ambos poderes, aferrándose el primero a una interpretación estrictamente positivista y contraria a los principios histórico políticos y jurídicos que, en materia fiscal, se han desarrollado y tienen plena vigencia en los modernos Estados de Derecho. No obstante lo anteriormente afirmado, el Poder Ejecutivo conserva, de acuerdo a las reformas de 1995, importantes facultades relacionadas con ésta y otras materias, como la de dictar



decretos ejecutivos en materia administrativa (párrafo 4); elaborar el proyecto de Ley de Presupuesto General de la República, presentarlo a consideración de la Asamblea Nacional para su aprobación, sancionarlo y publicarlo una vez aprobado (párrafo 5); reglamentar las leyes que lo requieran, en un plazo no mayor de sesenta días (párrafo 10), potestad que puede incluir la reglamentación de leyes creadoras de impuestos, por delegación expresa de la Asamblea Nacional; y dirigir la economía del país, determinando la política y el programa económico y social (párrafo 13).

Particularmente, nos interesa profundizar en el concepto del principio de legalidad, desde un punto de vista general y, de manera específica, en lo que se refiere a la esfera política-administrativa. Hemos visto cómo la Constitución habla de sujeción de los Poderes del Estado a la Constitución y las leyes. En la actualidad, el principio de legalidad se entiende como subordinación de los actos estatales, no sólo a la Constitución y las leyes emanadas del órgano legislativo (la Asamblea Nacional o Parlamento), sino también el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad, a las normas generales, universales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive procedentes de esa misma autoridad. La Administración tiene un poder reglamentario, por el cual se autolimita, dicta las reglas de su funcionamiento, y esas normas reglamentarias precedentes son de cumplimiento imperativo. El Estado está obligado no sólo a respetar la Constitución y las leyes emanadas del poder legislativo, sino también a respetar sus propias normas. El Poder Ejecutivo puede derogar y reformar los reglamentos dictados por él mismo, pero no infringirlos mientras estén vigentes. Y lo mismo sucede con los Consejos Municipales. A esto se le denomina "autovinculación", es decir, la sujeción de las autoridades a sus propias normas.

El principio de legalidad, por tanto, aplicado a la Administración, impone a las autoridades administrativas la obligación de ceñir todas sus decisiones a lo que se denomina "bloque jurídico", esto es, al conjunto de reglas jurídicas preestablecidas, contenidas en la Constitución, las leyes formalmente aprobadas por la Asamblea Nacional, los decretos-ley y decretos del Presidente, los Tratados, los Reglamentos, las ordenanzas municipales y las demás fuentes no escritas del derecho, incluyendo los principios generales que informan el ordenamiento jurídico.

Es requisito de un Estado de Derecho que el Estado subordine todos sus actos a la Constitución y las leyes y, así mismo, que la Administración se obligue por las normas que ella misma dicta, que sea el primer súbdito de la ley y de sus propias disposiciones. Esto último es necesario, porque de lo contrario estaríamos ante un Estado arbitrario que hoy impone una norma y mañana es el primero en incumplirla, generando con ello injusticia e inseguridad.

### 6.3 Las excepciones al principio de legalidad

Son tres las principales teorías que se han desarrollado para justificar las excepciones al principio de legalidad: la teoría de los poderes discrecionales, la teoría de las circunstancias excepcionales y la teoría de los actos de Gobierno.

La *Teoría de los Poderes Discrecionales* la resume Michoud, cuando dice que "hay poder discrecional siempre que una autoridad actúe libremente, sin que su conducta le sea dictada de antemano por una regla de derecho". Sin embargo, la doctrina insiste en que la discrecionalidad debe venir dada por la Ley. La potestad discrecional no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limiten la actividad de la administración, sino en la atribución, por la ley, de una libertad de apreciación.

La *Teoría de las Circunstancias Excepcionales* se funda en que el deber primordial de la administración es asegurar el mantenimiento del orden público. Sin embargo, esto debe estar regulado también por la ley. En nuestro caso existe una Ley de Emergencia, de rango constitucional, que dice bajo qué circunstancias y qué tipo de garantías pueden ser suspendidas. El Artículo 185, reformado, de la Constitución Política, dice expresamente que "El Presidente de la República en Consejo de Ministros podrá decretar para la totalidad o parte del territorio nacional y por tiempo determinado y prorrogable, la suspensión de derechos y garantías cuando así lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas o en caso de catástrofe nacional. La Ley de Emergencia regulará sus modalidades". El Artículo 186, que no fue modificado, por su parte, establece aquellos derechos y garantías individuales, políticos, sociales, de familia y laborales que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia.

Es digno de observar que la Ley de Emergencia es, en su mayor parte, innecesaria e inoperante; conclusión a que nos lleva un somero examen de ésta. La facultad que otorga al Presidente de la República el Artículo 185 de la Constitución, y que también recoge el Artículo 150, Numeral 9, reformados, debe respetar las siguientes condiciones: primera, debe estar fundada en cualquiera de las causas enumeradas en el Artículo 185 (seguridad de la nación, condiciones económicas o catástrofe); segunda, la establecida en el Artículo 186, que determina los derechos y garantías ciudadanas que no pueden ser suspendidos bajo ninguna condición o circunstancia; tercera, la establecida en el Artículo 185, *ab initio*, en el sentido de que la decisión del Presidente debe darse en Consejo de Ministros; cuarta, la establecida también en el anterior Artículo, en el sentido de que debe ser por tiempo limitado y prorrogable; y, quinta, la establecida en el Artículo 150, Numeral 9, en el sentido de que el Presidente debe enviar el Decreto correspondiente de suspensión de derechos y garantías a la Asamblea Nacional, en un plazo no mayor de setenta y dos horas (la Constitución de 1987 establecía un plazo no mayor de cuarenta y cinco días, que fue reducido en las reformas de 1995) para su aprobación, modificación o rechazo.

La Ley de Emergencia, con excepción de la causal de guerra, que podría englobarse en la de seguridad nacional, y las obligaciones que impone al Presidente de informar a la Asamblea Nacional sobre las providencias tomadas durante el Estado de Emergencia, una vez cesado éste, a los Secretarios Generales de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, que también se derivan de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Nicaragua, muy poco añade a lo ya dispuesto en la misma Constitución. Y afirmo esto porque las facultades reguladas en cada modalidad de Estado de Emergencia vienen determinadas por un "podrá ejercer", es decir, son en el fondo posibilidades que, en ningún momento, representan un *númerus clausus*, sino una enumeración abierta y a manera de ejemplos. En ningún momento se puede interpretar que las medidas descritas en los Artículos 10, 11 y 12 de la Ley, son las únicas que puede tomar el Presidente en cada una de las modalidades del Estado de Emergencia, pues la facultad que le otorga el Artículo 185 de la Constitución es amplia y está limitada, únicamente, por las condiciones descritas con anterioridad.

La *Teoría de los Actos de Gobierno* ha pasado por diversas etapas evolutivas en Francia: el período del móvil político, el período del objeto o naturaleza del acto (actos de función gubernamental y de función administrativa) y el período de la lista jurisprudencial (aquellos que el Consejo de Estado y el Tribunal de los Conflictos consideran que deben estar, por razones de conveniencia, substraídos a todo debate ante los Tribunales). En España, por ejemplo, la Ley Contencioso-Administrativa excluye las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad del interior del Estado y mando y organización militar. Pero, se trata de materias expresamente definidas y excluidas, también, por la ley.

#### 6. 4 El principio de jerarquía normativa

El otro gran principio del Estado de Derecho es el de la jerarquía normativa. "El orden jurídico, especialmente, aquel cuya personificación constituye el Estado - afirma el jurista vienés Hans Kelsen en su obra "Teoría General del Derecho y del Estado"- no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se encuentran una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas está constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es, precisamente, la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico"<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Kelsen, Hans; "Teoría General del Derecho y del Estado". Textos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1988.

En esta larga cita de Kelsen se recoge uno de los principios generales fundamentales de todo ordenamiento jurídico y de todo Estado de Derecho: el principio de la jerarquía normativa y de la supremacía de la Constitución como norma fundamental. Este principio es estudiado en los cursos de Introducción al Estudio del Derecho y es conocido como "pirámide de Kelsen".

La Constitución de 1987 no decía cuál era la jerarquía normativa. ¿Qué prevalecía, la ley formalmente aprobada por la Asamblea Nacional o el Decreto con fuerza de ley del Ejecutivo? Había un vacío constitucional que se proyectó en problemas reales. Por ejemplo, ya hicimos referencia al debate que se originó entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en torno a la potestad de crear impuestos. El Artículo 115 de la Constitución dispone que "los impuestos deben ser creados por ley que establezca su incidencia, tipo impositivo y las garantías a los contribuyentes. El Estado no obligará a pagar impuestos que previamente no estén establecidos en una ley". Por otro lado, el Artículo 150, Numeral 4, de la Constitución del 87, establecía que "Son atribuciones del Presidente de la República las siguientes: ... 4. Dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley en materia de carácter fiscal y administrativo". Es evidente que no se podía interpretar esta facultad del Ejecutivo más que como una facultad reglamentaria, subordinada en todo caso a las leyes de la Asamblea. La discusión fue zanjada con las reformas de 1995, al establecer claramente el nuevo Artículo 114, que "Corresponde exclusivamente y de forma indelegable a la Asamblea Nacional la potestad de crear, aprobar, modificar o suprimir tributos. El sistema tributario debe tomar en consideración la distribución de la riqueza y de las rentas". Esto no implica, como ya hemos expresado en otro lugar, que la Asamblea no pueda delegar en el Poder Ejecutivo la reglamentación de un impuesto, siempre y cuando los elementos fundamentales que lo componen hayan sido regulados por ley.

Las reformas constitucionales de 1995 no solamente conservaron el viejo artículo 182 que establece el principio de supremacía de la Constitución sobre las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones, sino que, además, plasmaron en el nuevo Artículo 141, párrafo 10, el principio de que "Las leyes sólo se derogan o se reforman por otras leyes", principio ya recogido en nuestro viejo Código Civil.

La teoría general del Derecho es clara, en cuanto el orden jerárquico es Constitución, Leyes y Decretos formalmente aprobados por el Legislativo, Decretos Leyes y Decretos del Ejecutivo, reglamentos y ordenanzas municipales. La Ley de Amparo, en su Artículo 2, dice que "El Recurso por Inconstitucionalidad procede contra toda Ley, Decreto Ley, Decreto o Reglamento que se oponga a la Constitución Política". Debemos entender que éste es un orden jerárquico, recogido en la Constitución misma, en su Artículo 187, por el que crea el Recurso por Inconstitucionalidad.

El Artículo 194 del Código de Procedimiento Civil dice que "Los Tribunales y jueces aplicarán de preferencia: primero, La Constitución; segundo, Las leyes y decretos legislativos; y tercero, Los acuerdos y decretos ejecutivos". Por otra parte, como ya hemos expresado, el Artículo XXXIV del Título Preliminar del Código Civil establece que "La Ley puede ser derogada total o parcialmente por otra ley", principio recogido de manera más enfática en el nuevo Artículo 141 de la Constitución. Es una lástima que las reformas constitucionales de 1995 no hayan establecido con toda claridad la jerarquía normativa que, por ejemplo, recoge nuestro viejo Código de Procedimiento Civil.

## 6.5 El principio de Supremacía de la Constitución

Desde un punto de vista jurídico, constitución es la "*norma normarum*", la norma fundamental, de la que deriva todo el ordenamiento jurídico de un país. Es la "*Gründnorm*" del punto de vista kelseniano: norma cuya validez no puede derivar de otra superior y que representa la fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden jurídico.

Es importante hacer referencia a los dos sentidos que la palabra Constitución tiene desde el punto de vista jurídico. En sentido formal, Constitución se refiere a un documento solemne, normalmente escrito, que solamente puede ser modificado mediante la observancia de procedimientos especiales, cuyo fin último es dificultar dicha modificación, procurando la estabilidad y permanencia en el tiempo de dichas normas. En sentido material, Constitución se refiere al conjunto de preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales, es decir, de las leyes ordinarias.

El Artículo VI, cláusula Segunda, de la Constitución Federal de los EE. UU. de 1787 dice: "*This Constitution...shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby...*". Este principio fue consagrado por primera vez por el juez John Marshall, en el famoso caso *Marbury versus Madison*, en 1803, como el principio de supremacía de la Constitución. Por él, también los jueces pueden y deben no aplicar las leyes contrarias a la Constitución.

El principio de superioridad de la norma fundamental o Constitución está claramente expresado en la Constitución misma, en su Artículo 182, que dice: "La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones". El principio está claramente reconocido y existe un sistema de control constitucional, conformado por los Recursos de Inconstitucionalidad y el Recurso de Amparo.

El principio de supremacía de la Constitución abarca, en nuestro sistema, las llamadas Leyes Constitucionales que, de acuerdo con el Artículo 184 de la Constitución, son tres: la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo. Estas leyes siguen estando subordinadas a la Constitución Política, pero están por encima de las leyes ordinarias y el resto del ordenamiento jurídico.

También están por encima de las leyes ordinarias, pero subordinadas a la Constitución y las Leyes Constitucionales, la Ley de Municipios y la Ley de Autonomía de las Regiones del Atlántico de Nicaragua, las cuales requieren de una mayoría cualificada para su reforma.

Es importante resaltar, sin embargo, que el principio de jerarquía normativa no sólo se refiere a la supremacía de la Constitución sobre todo el resto de normas, sino que, y vuelvo a citar las palabras de Kelsen, "no puede haber ninguna contradicción entre dos normas que pertenecen a diferentes niveles del ordenamiento legal. La unidad de éste no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho". El principio de supremacía de la Constitución es sólo parte de un principio más general, el de que ninguna norma de rango inferior puede contradecir a una de rango superior.

## 6. 6 El control constitucional

Particular importancia reviste en un Estado de Derecho el control judicial de la constitucionalidad de las leyes o la "judicial review of the constitutionality of legislation" como se llama esta importantísima institución nacida con la Constitución de Filadelfia. El principio de supremacía de la Constitución sobre las demás leyes es proclamado, por primera vez, por el Juez John Marshall, en el caso *Marbury versus Madison*, ya citado, de la siguiente manera: *"el sagrado principio que se sostiene que es esencial a todas las constituciones escritas, de que una ley repugnante a la Constitución es nula, y de que los órganos judiciales, como también los otros órganos, están vinculados por el texto constitucional"*.

De los EE.UU. pasa este principio a México, Suiza, Noruega y Dinamarca, siendo hoy reconocido universalmente por las naciones. Ya hicimos referencia al Artículo VI, cláusula Segunda, de la Constitución Federal norteamericana de 1787, que establece que la Constitución será la suprema ley del país y los jueces en cada Estado estarán obligados a obedecerla. Este principio de supremacía de la Constitución está claramente recogido en el Artículo 182 de nuestra Constitución Política, que establece: *"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"*.

La nulidad de las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se opongan a la Constitución no es automática. Se requiere de un sistema o procedimiento para hacer efectiva esa nulidad. El principio general de supremacía de la Constitución ha sido universalmente aceptado en las Constituciones europeas y latinoamericanas. No ha sucedido lo mismo con la forma de ejercer el control de este principio.

En general, los sistemas de control constitucional pueden reducirse a dos: el sistema difuso o "*americano*" y el sistema concentrado o "*austríaco*". En el *sistema difuso*, el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales, que lo ejercitan de manera incidental, cuando deben tomar una decisión en relación a los asuntos que son llevados a su jurisdicción. Este sistema, aplicado a un régimen de derecho escrito, presenta el riesgo de producir sentencias contradictorias en relación a una misma norma de rango inferior a la Constitución, la cual puede ser anulada por un Tribunal y aplicada por otro. En el *sistema concentrado*, el poder de control se encuentra radicado en un sólo órgano, que puede ser el máximo tribunal, o uno especial. Este sistema deriva de la Constitución austríaca de 1920, elaborada sobre la base de un proyecto preparado por el ilustre jurista vienés Hans Kelsen.

Al sistema difuso parece responder el Artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, que obliga a los jueces aplicar, prioritariamente, las normas de la Constitución. El Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por otra parte, habla del "Control Constitucional en caso concreto". Se trata del control ejercido por la Autoridad Judicial, a través de la declaración de inaplicabilidad de un precepto contrario a la Constitución y de cuya validez depende el fallo. Cuando una de las partes alega inconstitucionalidad de un precepto, en el marco de un juicio, el Juez debe pronunciarse necesariamente. Declarada la inaplicabilidad, el Juez debe remitir el asunto a la Corte Suprema de Justicia, la cual puede ratificar la resolución y, en cuyo caso, la norma es inaplicable en todos los casos similares, es decir, adquiere efectos *erga omnes*. Si a estas disposiciones añadimos el recurso por inconstitucionalidad, regulado en la Ley de Amparo, el que es resuelto por la Corte Suprema de Justicia en pleno, concluimos que el sistema nicaragüense de control constitucional es de naturaleza mixta, es decir, contiene elementos del sistema difuso y elementos del sistema concentrado.

La Ley de Amparo regula tres tipos de recursos: el recurso por inconstitucionalidad, el recurso de amparo y el recurso de exhibición personal o de *habeas corpus*. El Capítulo II del Título X de la Constitución Política está dedicado al "Control Constitucional" y también se refiere a estos tres recursos.

Dice el Artículo 1 de la Ley de Amparo que su fin es "mantener y restablecer la supremacía de la Constitución Política". No estamos hablando del principio de legalidad, sino de una parte de éste, aquella que determina la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

El Recurso por Inconstitucionalidad procede, según el Artículo 2 de la Ley de Amparo, "contra toda Ley, Decreto Ley, Decreto o Reglamento que se oponga a la Constitución Política". La contradicción debe ser directa, de la norma inferior respecto a la Constitución. No se habla, sin embargo, de la contradicción entre un reglamento, por ejemplo, y una Ley. Debemos acudir a la Constitución misma para resolver este problema, al Artículo 183 que somete a todos los Poderes del Estado a la Constitución y las Leyes. En teoría, sin embargo, es posible la contradicción entre un reglamento ministerial y un Decreto Ejecutivo con fuerza de Ley, por lo que el Recurso de Amparo no basta para garantizar, debidamente, el principio de jerarquía normativa.

El Recurso de Amparo procede, según el Artículo 3 de la misma Ley, "en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución". En el recurso por Inconstitucionalidad lo que se protege es el principio abstracto de supremacía de la Constitución. En el Amparo se protege este mismo principio, pero de manera concreta, ligado a los derechos y garantías individuales consagrados en la Constitución. Por eso, el Recurso por Inconstitucionalidad puede ser interpuesto por cualquier ciudadano, en vista de que existe un interés público en mantener y garantizar el principio de supremacía constitucional. En cambio, el Recurso de Amparo sólo puede interponerlo la persona agraviada. Debe existir un agravio o el riesgo de un agravio, por acción u omisión. Por ello, los efectos de la sentencia son distintos. En el primer recurso, la inaplicabilidad de la Ley, Decreto Ley, Decreto o reglamento o la disposición o disposiciones impugnadas, es decir, la anulación (efectos *erga omnes*). En el segundo recurso, la sentencia únicamente ampara al agraviado, le restituye el pleno goce de los derechos transgredidos (amparo frente a actos positivos) u obliga a las autoridades o funcionarios a que actúen en el sentido de respetar la ley o garantía de que se trate (amparo frente a omisiones). Por último, el recurso por inconstitucionalidad se interpone contra actos generales de carácter normativo (leyes, decretos leyes, decretos o reglamentos), mientras que el Recurso de Amparo cabe contra toda disposición general de carácter normativo o simples actos o disposiciones individuales.

En el Recurso de Amparo existe el mismo problema que en el Recurso por Inconstitucionalidad: tenemos que acudir a la Constitución para garantizar el principio de legalidad aplicado a las leyes.

Esta falla ha sido corregida, parcialmente, por las reformas constitucionales de 1995. En efecto, el nuevo Artículo 163 establece, en su párrafo segundo, que "La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas con un número no menor de tres magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso-Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos magistrados. La Corte Plena conocerá y resolverá los recursos por



inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado". El Artículo 164, Numeral 10, reformado, por su parte define como una de las funciones de la Corte Suprema de Justicia, la de "conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública y entre particulares". Se crea la Sala de lo Contencioso-Administrativo, pero no ha sido promulgada, todavía, una ley de lo Contencioso-Administrativo que regule el ejercicio de esta jurisdicción y del correspondiente recurso.

La explicación de esta falla es de naturaleza histórico-política. La Constitución aprobada el 9 de enero de 1987 fue diseñada para hacer posible un tipo de relación entre los Ministros -muchos de los cuales eran comandantes o miembros de la Dirección Nacional del Frente Sandinista- y el Presidente *inter pares*, más horizontal y de coordinación, que vertical o jerárquica. Las tendencias feudales en la Administración Pública de los Estados hispanoamericanos constituyen la regla general. Las raíces de este estilo particular de gobernar están alimentadas por el caudillismo y sus causas se remontan a las estructuras de Gobierno vigentes en la colonia, donde Virreyes, Oidores, Gobernadores, Capitanes Generales y Alcaldes Mayores cumplían todo tipo de funciones y estaban organizados en una forma jerárquica cuyo fin no era el control mutuo con la finalidad de morigerar el ejercicio del poder, sino la afirmación de los poderes del Rey como árbitro absoluto, encargado de dirimir, en última instancia, todo tipo de discordias.

Por otra parte, las pugnas por parcelas de poder a lo interno de las burocracias, los celos interagenciales, son una característica de las democracias modernas y un mal que pareciera inevitable.

El Recurso de Amparo, según el Artículo 51, Numeral 2 de la Ley de Amparo, anterior a las reformas de la Ley 205 de 1995, era improcedente "cuando la infracción producida por el acto reclamado sea irreparable, material o jurídicamente". Esta disposición, de mucha gravedad, introducía una norma en blanco, por la cual podían tener lugar todo tipo de arbitrariedades. Era, por otra parte, reflejo de una enorme falla de nuestro sistema legal: la ausencia de un sistema de responsabilidad del Estado. La Constitución de 1987 era reflejo de un Estado irresponsable, que respondía a un concepto absoluto y drástico de la soberanía, a una concepción absolutista del Estado.

La Ley Número 205 del 6 de septiembre de 1995 pretende corregir, parcialmente, esta grave situación, al establecer en el nuevo numeral 3 del Artículo 51 reformado de la Ley de Amparo, que no procede dicho recurso "Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado o éste se haya consumado de modo irreparable". El concepto de "consumación irreparable" del acto administrativo continúa siendo vago e indeterminado; responde a un sistema que ignora la existencia de un régimen de responsabilidad del Estado y que adolece de la falta de una jurisdicción contencioso

administrativa, en contradicción con las reformas constitucionales introducidas por la Ley 192 de julio de 1995, a las que nos referiremos más adelante, cuando hablemos de la responsabilidad del Estado.

## 6.7 El principio de Responsabilidad del Estado

Dice Legaz y Lecambra que "un sistema de responsabilidad de la Administración es esencial a la existencia de un Estado de Derecho".

La responsabilidad del Estado ha sufrido, como el mismo Estado de Derecho, una evolución histórica. Primero predominó la idea de irresponsabilidad de la potencia pública: el Estado sólo era responsable cuando actuaba como persona privada. Dice el profesor Armando Rizo Oyanguren: "En todos los Estados modernos han sido repudiados los principios sobre los que tradicionalmente se fundaba la irresponsabilidad del Estado". Y agrega: "La responsabilidad del Estado no puede ser regida por los principios tradicionales del Derecho Civil. Por ello, el Derecho Público ha tratado de construir una teoría que preste fundamento a la obligación del Estado de resarcir o indemnizar a los particulares por los daños que pueden sufrir en su patrimonio con motivo de la actuación del poder público"<sup>23</sup>.

La irresponsabilidad del Estado prevalece en Francia a mediados del Siglo XIX. Para LaFerrière, "lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación". La responsabilidad tenía lugar sólo cuando el Estado actuaba como persona privada. Hoy, en Francia, la responsabilidad es la norma general, y la irresponsabilidad la excepción.

Lo mismo sucedía en Italia, cuya doctrina distingue en la actuación del Estado los actos de gestión y los actos de imperio, los primeros sujetos al Derecho privado y los últimos al Derecho Público. La Constitución italiana de 1947 declara que los funcionarios públicos son directamente responsables de los actos realizados en violación al derecho y agrega que, en tales casos, "la responsabilidad civil se extiende al Estado y los entes públicos". La responsabilidad es del Estado para evitar que en ningún caso, por falta de patrimonio del funcionario, quede sin reparar el agravio.

En Inglaterra prevalecía el principio "*the King can do no wrong*", hasta que una ley de 1947 consagró la responsabilidad de la Corona. Esta tradición inglesa prevalecía en los Estados Unidos de América. En este país prevalecía el principio de responsabilidad del funcionario público y no de la administración. Sin embargo, la

---

<sup>23</sup> Rizo Oyanguren, Armando; "*Manual Elemental de Derecho Administrativo*". Editorial Universitaria. León, 1992.

"*Federal Court Claims Act*", promulgada en 1946, estableció la posibilidad de demandar ante los tribunales a la administración federal por hechos ilícitos.

El fundamento doctrinario de la responsabilidad del Estado se encuentra en el principio de igualdad ante las cargas públicas, principio derivado del de igualdad ante la ley.

Citando al Profesor Eloy Lares Martínez <sup>24</sup>, habría que distinguir entre la responsabilidad del Estado por faltas y la responsabilidad por riesgos. La primera, es comúnmente aceptada y se produce tras la comprobación de que el acto administrativo ha sido ilegal, procediéndose a su anulación y a la reparación. La segunda, resulta de una simple relación de causalidad entre el daño y el acto administrativo. El perjuicio debe ser considerado como una "sobrecarga" para el agraviado, en relación a la generalidad de los administrados y, además, debe ser permanente y no accidental. Este último tipo de responsabilidad no es, generalmente, aceptada, por temor de afectar excesivamente el patrimonio fiscal.

Por último, habrá que distinguir también entre responsabilidad del Estado derivada de la función administrativa, responsabilidad del Estado derivada de la función legislativa y responsabilidad del Estado derivada de la función judicial. La primera ha sido aceptada por todos los modernos Estados de Derecho. No así las dos últimas.

En nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad del Estado existe en el ámbito civil, cuando éste actúa como una persona privada, en pie de igualdad frente a los particulares. En el ámbito del Derecho Público, el Artículo 153 de la Constitución Política establece que "Los Ministros, Viceministros, Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales son responsables de sus actos, de conformidad con la Constitución y las leyes". El Artículo 131, reformado en 1995, establece en su párrafo segundo el principio de responsabilidad del Estado, que estaba ausente en la Constitución de 1987, al expresar que, y cito, "El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión".

Por lo general, las Constituciones asignan una responsabilidad principal al funcionario, mientras que el Estado tiene solamente una responsabilidad subsidiaria o solidaria.

En el párrafo tercero, del mismo Artículo, se establece, y cito, que "Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la

---

<sup>24</sup> Lares Martínez, Eloy; "*Manual de Derecho Administrativo*". Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1986.

violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones. También son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo. Las funciones civiles no podrán ser militarizadas. El servicio civil y la carrera administrativa serán reguladas por la ley".

Tras las reformas de 1995, se adscribe nuestro sistema jurídico a la tesis de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios. Es más, la del Estado no es una responsabilidad subsidiaria, respecto a la del funcionario, sino directa y principal. Es discutible si la fórmula adoptada en las reformas constituye un avance. El principio generalmente aceptado es el de la responsabilidad subsidiaria o solidaria, por cuanto lo contrario puede significar, en la práctica, una puerta abierta o invitación al funcionario para la comisión de faltas; por otro lado, se deja abierta, también, la utilización de criterios y consideraciones políticas a la hora de decidir si el Estado repite o no contra el funcionario o empleado público. Por otra parte, excepción hecha de los casos de fuerza mayor, el sistema establecido en las reformas de 1995 pareciera ser el de la llamada responsabilidad por riesgos, originada en una simple relación de causa efecto entre el acto administrativo y el daño o perjuicio, sin que el acto deba constituir una falta para producirla. Quedan, por último, excluidas la responsabilidad derivada de actos judiciales y la responsabilidad de actos legislativos, las cuales han venido abriéndose paso en las legislaciones de los países más avanzados.

Esta importantísima reforma constitucional, a la que sin duda califico como de las más relevantes y trascendentales, sólo puede hacerse efectiva a través de la promulgación de una Ley de lo Contencioso Administrativo, que regule el régimen de responsabilidad del Estado diseñado en las reformas y el ejercicio del recurso correspondiente.

La Ley de Amparo, reformada por la Ley Número 205, establece en su Artículo 51 que no procede el Recurso de Amparo, entre otros casos, "cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado o éste se haya consumado de modo irreparable". El viejo Artículo 51 establecía la improcedencia del Recurso de Amparo cuando la infracción producida por el acto reclamado fuese "irreparable, material o jurídicamente". Esta disposición era un completo contrasentido y no hacía más que consagrar el principio de irresponsabilidad del Estado, prevaleciente en la Constitución de 1987. Permítasenos insistir en que toda infracción es reparable, siempre y cuando el daño producido sea cuantificable en dinero. Peor era el supuesto de una infracción irreparable jurídicamente: el derecho se tiene, o no se tiene, y si se tiene debe prevalecer, respetándose y haciéndose efectivo. La reforma de esta disposición introducida por la Ley Número 205, como ya hemos expresado, mantiene el concepto de "consumación irreparable del acto", inadmisibles en un régimen jurídico que ha aceptado la responsabilidad del Estado y, a través de la creación de la Sala de

lo Contencioso-Administrativo en la Corte Suprema de Justicia y la obligación de la administración de justicia de garantizar el principio de legalidad, la jurisdicción contencioso administrativa.

Escritas estas líneas, el proyecto de Ley sobre la materia, preparado por la Corte Suprema de Justicia y que durmió en los banquillos de los legisladores durante varios años, finalmente, fue aprobado por la Asamblea Nacional. Con la entrada en vigencia de la Ley Número 350, “Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Números 140 y 141, del 25 y 26 de julio de 2000, respectivamente, se corona el Estado de Derecho en Nicaragua.

El análisis pormenorizado de la Ley Número 350 exigiría extendernos más allá de los límites acordados para el presente trabajo. Cabe destacar, sin embargo, que la citada Ley reitera y desarrolla el régimen de responsabilidad introducido por las reformas de 1995 en nuestra Constitución Política. Así, el Artículo 14 de la Ley configura un ámbito de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo bastante amplio, incluyendo los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones, situaciones y simples vías de hecho de la Administración pública. Este mismo Artículo añade que “El examen de la legalidad de los actos y disposiciones generales de la Administración Pública comprenderá cualquier infracción del ordenamiento jurídico y de los principios generales del derecho, incluso la falta de competencia, el quebrantamiento de las formalidades esenciales y la desviación de poder”, con lo que se cubre con suficiente amplitud el principio de legalidad aplicado a la Administración. Es notable, también, la superación de la tradición positivista, al incluir los principios generales del Derecho como parte del bloque jurídico a que debe estar sujeto el Estado. La responsabilidad por riesgos es consagrada en el Artículo 15, Numeral 2, que extiende la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo a “las cuestiones que se suscitaren sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública por los daños y lesiones que sufrieren los particulares en sus bienes, derechos e intereses, como consecuencia de las actuaciones, omisiones o vías de hecho de sus funcionarios y empleados, sin importar cuál sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se deriven”.

La vigencia de la Ley Número 350, por último, será diez meses después de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial, y será aplicable únicamente a las actuaciones, resoluciones, vías de hecho u omisiones de la Administración Pública posteriores a su entrada en vigencia (Artículo 138).

## 6.8 La institución del Ombudsman

Esta exposición sobre el Estado de Derecho quedaría incompleta de no hacer, al menos, una breve referencia a la institución del *Ombudsman*, cuyo origen se remonta

a la Suecia del Siglo XVI y que, en la actualidad, representa en los sistemas jurídicos latinos, uno de los mecanismos más eficaces de protección a los derechos individuales frente al Estado.

Es conocida la histórica situación de indefensión en que ha vivido el ciudadano en nuestros países, frente al poder casi omnímodo del Estado. Ejemplos de la actualidad sobran: impuestos por doquier; tasas por el cobro de servicios cada vez más ineficientes, como la basura, la luz eléctrica, el aeropuerto, y los teléfonos. Hemos hablado de la necesidad de organizar la jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que implica, a su vez, organizar un régimen de responsabilidad del Estado. Pero, el acceso a los Tribunales siempre representa elevados costos económicos, pago de abogados y gestores, obtención de certificados, papeleos, etc. Por lo general, los recursos contencioso-administrativos tienen un mínimo de cuantía, inaccesible para la mayoría de los ciudadanos de este país y, por otro lado, son demasiado complicados para un campesino o un trabajador de la ciudad, quienes fácilmente sentirán frustrada su fe en la justicia ante la complejidad de los mecanismos burocráticos. Se necesitan formas más accesibles y ágiles para atender las constantes violaciones a los derechos humanos que se producen como consecuencia de la masificación, el agigantamiento del Estado y el irrespeto de los políticos.

El *Ombudsman* centraba su actividad en la fiscalización de la administración pública, a fin de mantener informado al rey sobre la marcha de la justicia que se impartía en su nombre.

El Profesor Donald Rowat nos ofrece una definición excelente del Ombudsman o Defensor del Pueblo: "es un funcionario independiente del Poder Legislativo, por lo general establecido en la Constitución con el objeto de fiscalizar las actividades de las autoridades administrativas, que se ocupa de recibir quejas específicas del público contra las injusticias y errores cometidos por la administración; con poder para investigar, criticar, hacer recomendaciones sin efectos obligatorios, rendir informes, dando a la publicidad las acciones administrativas"<sup>25</sup>.

La palabra "*Ombudsman*" significa "Comisionado del Parlamento", "representante" o "protector". El "*Justitie Ombudsman*" se caracteriza por su relación cercana al "Riksdag" o Parlamento, quien lo nombra. No obstante la obligación de informe anual al Parlamento, el Ombudsman es independiente; el Parlamento sólo puede darle directivas de carácter general y no instrucciones específicas. Al comienzo se trataba de un órgano unipersonal. En 1967 se creó una institución colegiada de tres Ombudsman y en 1976 se establecieron cuatro.

El procedimiento se caracteriza por la ausencia total de formalismos, siendo suficiente la dirección, el nombre y la firma del denunciante. Se garantiza la confidencialidad de la información para evitar represalias. El *Ombudsman*, a

---

<sup>25</sup> Rowat, Donald C.; "*El Ombudsman, el Defensor del Ciudadano*". México, 1973.

discreción, juzgará si acepta o no la queja. En caso de aceptarla ejerce su potestad investigadora con amplitud. Las autoridades y funcionarios deben dar la información y asistencia que el *Ombudsman* les solicite, pudiendo éste imponer sanciones de hasta 1000 coronas en apoyo de sus peticiones, de explicaciones o de información. No cabe oponer a esta facultad la excepción del secreto administrativo u oficial; solamente cabe la excepción de seguridad nacional.

El fallo del *Ombudsman* puede consistir en desestimar la queja o darle la razón al ciudadano. En este último caso puede haber una simple amonestación al funcionario o puede llevarlo a los Tribunales. En la práctica, prevalecen las amonestaciones y recomendaciones, para que los funcionarios anulen las decisiones ilegales o corrijan los procedimientos. Este tipo de recomendaciones no son imperativas, pero son acatadas en la mayoría de los casos. El *Ombudsman* tiene un status similar al de un Magistrado de la Corte Suprema.

En Suecia existe otro tipo de *Ombudsman* que no es nombrado por el Parlamento, pero que desempeña labores similares a las descritas en campos específicos. Existe, por ejemplo, el *Ombudsman* de los Consumidores, el *Ombudsman* de la Libertad Económica, el *Ombudsman* de la Prensa y el *Ombudsman* para la igualdad de Sexo.

En América Latina la institución del *Ombudsman* está teniendo una aceptación creciente. Ejemplos de *Ombudsman* son: la Contraloría General Comunal creada por el Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires el 17 de octubre de 1985; el Defensor del Habitante, que vino a sustituir a la Procuraduría de los Derechos Humanos en Costa Rica; el Procurador de los Derechos Humanos establecido en el Artículo 274 de la Constitución guatemalteca del 31 de mayo de 1985. En México, el primer caso se dio el 29 de mayo de 1985, con la creación del *Ombudsman* Universitario o Defensor de los Derechos Universitarios, por parte del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México. A partir de allí, se ha establecido en diferentes Estados y esferas locales.

Las Reformas Constitucionales introducidas por la Ley 192 del 4 de julio de 1995, significaron un avance importante al crear la institución del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, a través del numeral 30 del nuevo Artículo 138. Lamentablemente, las reformas no definen las funciones de esta importante institución, expresando simplemente que "la ley regulará su funcionamiento". Esta es una falla grave, puesto que las funciones del Procurador debieron quedar establecidas constitucionalmente, a fin de no quedar sujetas a cambios legales que puedan responder a determinadas coyunturas e intereses político-partidarios y garantice, así, su total independencia de los poderes del Estado. No se trata de exigir al ciudadano que sea electo por la Asamblea para este alto cargo, una apoliticidad absoluta; se trata de, más bien, exigir y garantizar una absoluta independencia en el ejercicio de sus facultades, las cuales deben estar, exclusivamente, al servicio de la defensa de los derechos de la persona.

Las atribuciones de la Procuraduría de los Derechos Humanos fueron definidas con posterioridad a través de la Ley Número 212, del 13 de diciembre de 1995, las cuales pueden ser reformadas por otra ley ordinaria.

Las atribuciones del Procurador de los Derechos Humanos vienen determinadas en el Capítulo V de la citada Ley, con un carácter amplio. Entre ellas destacan la de orientar e instruir a las personas sobre el ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, libertades y garantías ante los agentes de la administración pública; la de investigar actuaciones de la administración pública de oficio o por denuncia para esclarecer los actos u omisiones que vulneren los derechos humanos, y la de solicitar la suspensión y la destitución de autoridades y funcionarios (Artículo 18, numerales 2, 5 y 6). El Artículo 20 establece que “las atribuciones se extienden a los actos y resoluciones de cualquier funcionario o persona que preste servicios en la administración pública, sin excepciones de ninguna naturaleza”.

## 7. Estado de Derecho, Gobernabilidad y Nuevo Orden Mundial

Debemos advertir, por último, que en un mundo cada vez más interdependiente y globalizado, la gobernabilidad de los Estados se ve seriamente amenazada por factores de carácter internacional, como el crimen organizado, la especulación financiera desenfrenada y los flujos migratorios provocados por el hambre y la guerra. En esta era de la globalización, los Estados nacionales se ven cada día más forzados a la cooperación transnacional para poder aplicar el derecho nacional. No estamos propugnando un Estado supranacional, sino subrayando la necesidad de un nuevo orden internacional, de un nuevo pacto social universal que haga equitativos los flujos económicos, que ponga límites a la especulación financiera y democratice el avance tecnológico y las comunicaciones, que haga frente de manera efectiva al crimen internacional, que libere a la humanidad de la pobreza y la desigualdad, sobre la base de un derecho internacional fortalecido. La aldea global en que se ha convertido el mundo, requiere cada vez más de un ordenamiento jurídico internacional y de organizaciones que garanticen la gobernabilidad global y la gobernabilidad nacional.