

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN-León

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Derecho



Monografía para optar al Título de Licenciado en Derecho.

**“LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES COMO INSTITUCION Y SU
VIGENCIA EN LA CONSTITUCION POLITICA ACTUAL DE
NICARAGUA”**

Autores:

José Javier Trejos.

Mario Yader Reyes.

Marcos Valladares Lacayo.

Tutor:

Dr. Jorge Flavio Escorcía.

León, 2016

¡A LA LIBERTAD POR LA UNIVERSIDAD!



**“LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES COMO INSTITUCION Y SU
VIGENCIA EN LA CONSTITUCION POLITICA ACTUAL DE
NICARAGUA”**



AGRADECIMIENTOS

La culminación de nuestros estudios de Licenciatura en Derecho no sería posible sin la presencia en nuestras vidas y protección de nuestro Señor Dios a quien le agradecemos llegar a esta etapa de nuestras vidas.

También agradecemos al claustro de docentes de nuestra facultad quienes a lo largo del periodo 2012-2016 transmitieron sus conocimientos y nos enrumbaron a conocer las diferentes facetas del Derecho integrando esos conocimientos a nuestra vida profesional.

Agradecemos de manera especial a nuestro tutor Dr. Jorge Flavio Escorcía quien nos enseñó el camino a seguir en la elaboración de la presente monografía transmitiéndonos recomendaciones prácticas y metodológicas sin las cuales nos hubiese sido más difícil encontrar la ruta final de esta investigación.

José Javier Trejos

Mario Yader Reyes

Marcos Valladares Lacayo



DEDICATORIA

Dedico este trabajo monográfico primeramente a Dios quien me ha permitido cumplir unos de mis mayores deseos como era culminar los estudios de Derecho.

A la par se lo dedico a mi madre Doña Delma Trejos Moreno la persona que más me ha apoyado desde el momento de mi nacimiento hasta el presente, a mis hijas Claudia, Xaviera y Carolina quienes me llevaron de la mano a hacer el examen de admisión dándome alientos para cumplir este sueño, a mis bebes Brithany, Alejandro y Javier y de ultimo pero no menos importante a mi esposa Sandra Bellorin quien me ha acompañado por más de la mitad de mi vida y con quien he formado una bella familia.

José Javier Trejos



DEDICATORIA

Dedico este trabajo monográfico en primer lugar a Dios que siempre ha estado presente en mi vida y en la de mi familia, así como, regalarme cada día y así cumplir cada una de mis metas.

A mi esposa e hijas (Rosa y Liz) quienes me motivan y han sido mi inspiración a seguir adelante para ser un ejemplo.

A mis hermanos por su apoyo en cada momento.

A mi Madre que vive en nuestros corazones y fue mi guía.

Mario Yader Reyes



DEDICATORIA

Dedico esta monografía primeramente a nuestro Dios, sin El no sería posible nuestra vida.

A mis tíos Dr. Sergio Pichardo, Juan Carlos Pichardo, Lic. Gregorio Pichardo, a mis hijos y a mi familia principalmente a mi tía Maritza Lacayo (in memoriam), al Lic. Luis Manuel Cáceres, Lic. Efraín Miranda Espinoza, a la Dra. Gladys María Ruiz y de manera muy especial a mi Madre Mercedes Cruz Caballero.

Marcos Valladares Lacayo



ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPITULO I: LA REFORMA CONSTITUCIONAL: NATURALEZA JURÍDICA Y RELACIONES DE PODER INHERENTES A SU EJERCICIO..... | 9 |
| 1.1. El Poder de cambio constitucional como manifestación del soberano: El poder constituyente frente a los poderes constituidos..... | 9 |
| 1.1.1. <i>El Origen del poder constituyente y los poderes constituidos</i> | 10 |
| 1.1.2. <i>Las diversas acepciones del poder constituyente: El poder constituyente originario frente al poder constituyente derivado (instituido)</i> | 18 |
| 1.2. La reforma a la Constitución Política y su concepción como manifestación del poder soberano | 26 |
| 1.3. Categorías de Reforma Constitucional: reforma parcial y reforma general | 42 |
| 1.4. La mutación constitucional como vía “sui generis” para variar el sentido del texto de la Constitución Política | 50 |
| CAPITULO II: REFORMA CONSTITUCIONAL: SOBRE LA LIMITACIÓN Y LÍMITES DEL EJERCICIO DEL PODER DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL | 62 |
| 2.1. Los principales aspectos doctrinales respecto de los límites de las reformas a la Constitución Política | 62 |
| 2.1.1 <i>Limites procesales</i> | 65 |
| 2.1.2 <i>Limites sustanciales</i> | 68 |



| | |
|---|-----|
| <i>2.1.3 Los límites implícitos como construcciones teóricas fuera del texto constitucional</i> | 74 |
| <i>2.1.4 La participación popular en las reformas constitucionales: ¿Puede constituir una limitación al poder reformador?</i> | 86 |
| 2.2. El papel de la Corte Suprema de Justicia mediante la Sala de lo Constitucional como regulador y limitador de las reformas a la Constitución Política: el control <i>a priori</i> y <i>a posteriori</i> | 91 |
| <i>2.2.1 Demarcación del alcance del control a priori sobre las reformas constitucionales</i> | 98 |
| <i>2.2.2 Demarcación del alcance del control a posteriori sobre las reformas constitucionales</i> | 100 |

| | |
|--|-----|
| CAPITULO III LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA DE ACTUAL Y SUS REFORMAS | 103 |
| 3.1. Constitución política de 1987..... | 103 |
| 3.2. Reformas parciales a la Constitución de 1987 | 110 |
| 3.3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia | 122 |
| CONCLUSIONES | 127 |
| RECOMENDACIONES | 130 |
| FUENTES DEL CONOCIMIENTO | 131 |



INTRODUCCIÓN

El poder constituyente es la manifestación de la capacidad que tiene el pueblo en el ejercicio soberano de constituir un ordenamiento constitucional en el Estado de Derecho, y dicha teoría nace previo a la revolución francesa en donde se comienza a discutir la autoridad del soberano frente a los derechos del pueblo y es con Rousseau que es considerado el padre del poder constituyente y establece el famoso pacto social, esta doctrina fue desarrollada por Emmanuel Sieyés en el siglo XVIII en su obra “El Estado Llano”, el mismo Sieyés hace la siguiente reflexión “si, el mismo pueblo puede romper el orden constitucional establecido por el mismo, ya que la voluntad nacional no tiene límite”, en tal sentido vale como principio dogmático lo establecido por la constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, la cual, en su artículo primero del título VII, señala : “La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su constitución”.

El maestro Iván Escobar Fornos a este respecto nos dice:

“Sieyes parte de la idea de que la titularidad del poder constituyente pertenece a la nación. Este puede hacer, deshacer o modificar la Constitución. La titularidad se ejercita por medio de representantes extraordinarios.”¹

Con referencia a lo anterior se puede decir que las reformas a las constituciones son una necesidad del pueblo y del estado mismo para responder a cada momento histórico por lo cual nos dice el maestro Javier Pérez Royo:

¹ ESCOBAR FORNOS Iván, MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Editorial HISPAMER, colección textos jurídicos, II edición 1998, p.83.



“En efecto, la reforma de la Constitución es el mecanismo jurídicamente ordenado para dar una respuesta política por parte de la sociedad a las insuficiencias que puedan detectarse en el pacto constituyente. Lo predominante en el procedimiento de reforma es la voluntad política de modificar el pacto constituyente.”²

Las reformas constitucionales forman parte de un proceso de desarrollo democrático de todo Estado Moderno permitiendo el avance de las estructuras de los Estados de Derecho organizados en torno a una Constitución Política. Así mismo la creación de tribunales como la Corte Suprema de Justicia en su Sala de lo Constitucional aseguran la supremacía de la Constitución Política y a su vez son encargados en la protección e interpretación del texto constitucional lo que ha dado aún más auge al tema de las modificaciones de las constituciones Modernas. Esto se ha manifestado en los diferentes momentos históricos de las constituciones en Nicaragua y más especialmente en la actual constitución de 1987, originándose ante este problema el hecho que las constituciones responden a los momentos históricos de la sociedad la cual es dinámica y por lo tanto la constitución de Nicaragua no debe ser estática y responder a las necesidades de la sociedad en los diferentes momentos históricos por lo que surge la discusión de los poderes constituyentes y los poderes constituidos, ante esto Klaus STERN nos dice:

*“(…) el problema del poder constituyente aparece en primer plano en el siglo XIX, en el **proceso constituyente monárquico** antes y después del Congreso de*

² PÉREZ ROYO Javier, Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 4º ed., 1997.



Viena, cuando en contraposición a Siéyès se le reconoció el pouvoir constituant no a la nación (pueblo), sino al monarca.”³

Muchas constituciones latinoamericanas reconocen la importancia e incluyen dentro de su texto constitucional la función del sistema de justicia constitucional en su control de la función pública con respecto a la supremacía de la constitución en su actuar ya sea en el ámbito administrativo como en la función reformadora de dicha constitución y también el poder constituyente reformador como su control y límites son partes del tema de la presente monografía, dicha investigación nos proporcionara conocimientos al respecto.

“Dos fenómenos caracterizan el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas del siglo XX y la primera del siglo XXI. El primero, es la implementación de una justicia constitucional, encargada de resolver los conflictos y controversias constitucionales, constituyéndose en el máximo guardián y último intérprete de la Constitución. El segundo, un proceso de reformas constitucionales, a través de asambleas constituyentes, con la tendencia de introducir profundos cambios al respectivo sistema constitucional del Estado.”⁴

El poder constituyente reformador como manifestación del poder soberano delegado en la Asamblea Nacional, es limitado a lo establecido en el texto

³ STERN Klaus, “Derecho del Estado de la República Federal Alemana”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 311.

⁴ RIVERA SANTIVAÑEZ José A. “Reformas Constitucionales y justicia Constitucional”, Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, año XV, núm. 15, pp. 125-150, 2009, p.126.



constitucional en su ejercicio de modificación de la Constitución Política de Nicaragua y en representación de la voluntad soberana del pueblo que es donde nace dicho poder. En Nicaragua las diversas reformas constitucionales que se le han realizado a la actual constitución política han generado una serie de diferencias políticas, sociales y jurídicas en la sociedad nicaragüense que ha llevado a conflictos entre los diferentes poderes del estado como El Poder Ejecutivo, El Poder Electoral, el Poder Legislativo y el Poder Judicial siendo este último el que ha dirimido dichos conflictos a través de sentencias⁵ que han contribuido a fijar los límites de las reformas Constitucionales en Nicaragua.

En nuestra investigación estableceremos los criterios a tomar en cuenta al momento de reformar una constitución ya sea Parcial o Total y los límites o limitaciones de la misma, así como los procedimientos planteados para tal efecto tal como nos dice: Marie COHENDET.

“La distinción entre revisión de la Constitución y cambio de la Constitución puede ser más formal que real. Se puede perfectamente, formalmente, revisar un gran número de artículos de la Constitución sin por tanto cambiar la Constitución”⁶.

La reforma constitucional es un tema de gran relevancia en los países, como Nicaragua, que cuentan con una Constitución Política Rígida aunque para algunos juristas como veremos más adelante la consideran semi-rígida. Lo

⁵ En el 3er capítulo de esta investigación trataremos más ampliamente estas sentencias.

⁶ COHENDET Marie A. “Droit constitutionnel”, Paris, Editions Montchrestien, 4° ed. 2008, p.397



anterior, en tanto dicha situación reviste un carácter mucho más gravoso en comparación con los ordenamientos jurídicos basados en constituciones flexibles. Con 10 Reformas realizadas a nuestra Constitución de 1987, desde su puesta en vigencia hasta la actualidad, el tema que se pretende plantear y analizar en la presente investigación, ha adquirido en los últimos años, una alta relevancia en nuestro país, mostrándonos que la Constitución Política de Nicaragua además de pretender satisfacer las necesidades de la colectividad de manera efectiva responde a las coyunturas de cada momento histórico, al respecto Klaus STERN nos dice:

“El simple número de reformas de una constitución no permite extraer consecuencia alguna acerca de su bondad o de cómo cumple su función. Es necesario siempre valorar la entidad de las reformas.”⁷

La reforma constitucional podemos entenderla como aquel procedimiento especial cuyo propósito es modificar el texto de la Constitución Política. De aquí pueden derivarse, en concordancia con los artículos 191 al 195 constitucionales, los alcances formales y prácticos que existen en relación con las dos formas de manifestación de dicho procedimiento en nuestro país: Reforma parcial y Reforma Total, en donde *“se establece en él un procedimiento especial agravado, donde quedan claramente establecidos los límites temporales y procedimentales, no así los materiales, que se derivan de otras normas y consideraciones de tipo teórico o interpretativo.”⁸*

⁷ STERN Klaus, Op. cit., p.327

⁸ CASTILLO VIQUEZ Fernando, Temas controversiales del derecho Constitucional, San José, Editorial Juricentro, 1° ed., 2011, p. 114.



José Rivera Santibáñez acerca de los procedimientos de reforma establecidos en las constituciones opina que:

“(...) una de las partes fundamentales de toda Constitución es la que regula el procedimiento de la reforma constitucional, es decir, aquellas normas constitucionales que definen la forma en que se reformará, determinan a quién corresponderá la iniciativa, quién tendrá el poder reformador, cuáles serán las ocasiones y los plazos en los que se efectuará la reforma, los mecanismos de participación ciudadana y el papel que desempeñen los órganos del poder constituido en el proceso de reforma. Dependerá de esas normas la estabilidad constitucional y el equilibrio entre la inmutabilidad irrazonable y el “reformismo” irresponsable (...).”⁹

Nuestra monografía describe el carácter doctrinario de las reformas constitucionales como institución, relacionándolas con el derecho constitucional en Nicaragua y su carácter reformador establecido en los artículos 191 al 195 constitucional, las limitaciones de esta facultad, las reformas a la constitución de 1987 y la jurisprudencia que se crea alrededor de este tema determinando los diferentes procedimientos que la doctrina y el derecho positivo establecen para tal fin, así como se aplica el poder constituyente reformador de parte de los poderes constituidos, haciendo una distinción entre el carácter originario del derivado de dicho poder constituyente.

⁹ RIVERA SANTIBAÑEZ José A. “Reformas Constitucionales y Justicia constitucional”, Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, año XV, núm. 15, p. 129, 2009.



Así mismo haremos una descripción de las diferentes tipos de reforma establecidos en el texto constitucional (reforma parcial y reforma total), estableceremos los límites y alcances impuestos al poder constituyente reformador tanto material como formal, y como la Corte Suprema de Justicia en Nicaragua controla el ejercicio del poder constituyente reformador asegurando el respeto y supremacía de la constitución política de Nicaragua.

Para el presente estudio se utilizó la metodología de investigación doctrinaria mediante el análisis-síntesis de la técnica documental, en donde analizaremos los principales presupuestos en atención a la reformas constitucionales, conduciendo a un análisis doctrinario, normativo y jurisdiccional sobre las reformas constitucionales, además en la constitución vigente de Nicaragua conoceremos del control constitucional que ejerce la sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

En el primer capítulo se analizara una serie de conceptos doctrinarios y la diferenciación que existe entre de los poderes constituyentes versus a los poderes constituidos. Como se dijo anteriormente, dentro del marco del ejercicio de la función legislativa de reforma a la Constitución Política, se tiene que determinados actores del poder público toman una participación preponderante. De dichos participantes interesa analizar la interrelación de sus atribuciones, estos son: el poder reformador de la Carta Magna, en relación con el concepto de poder soberano y sus diversas expresiones.

En el segundo capítulo expondremos los conceptos teóricos prácticos de los límites al poder de modificación de la constitución política entendiéndose como



tal los criterios que permiten deducir aquello que no puede ser objeto de reforma de los que sí tienen esta capacidad y distinguiremos la aplicación de procedimientos de cambio establecidos en nuestra constitución. Consistirá en el estudio y análisis de los límites y alcances (tanto materiales como formales o procedimentales) que se impondrían al poder reformador. Con motivo del estudio de la doctrina y la jurisprudencia al respecto, se tratará la cuestión de la posibilidad efectiva de limitación, en cuestiones sustanciales, al Parlamento en el ejercicio de su potestad reformadora

En el tercer capítulo describiremos las diferentes reformas a la constitución vigente en los diferentes contextos históricos y la jurisprudencia creada a través de sentencias de la sala de lo Constitucional de la Corte suprema de Justicia.

Finalmente estableceremos las conclusiones acerca de la investigación realizada y una breve recomendación acerca del proceso de reforma.



CAPITULO I: La Reforma Constitucional: Naturaleza jurídica y relaciones de poder inherentes a su ejercicio.

El análisis de la problemática que orienta esta investigación hace necesario, en primera instancia, la determinación de una serie de conceptos básicos para su desarrollo. De esta forma, en el presente título se tratará lo relativo a la diferenciación y contraste de los poderes constituyentes frente a los poderes constituidos. Igualmente, el primer concepto debe distinguirse en sus manifestaciones originaria y derivada.

Seguidamente, corresponde el análisis de la facultad de modificar la Constitución Política como manifestación del poder soberano, es decir, como manifestación de los representantes de éste. Se trata, en suma, de un estudio de las figuras del poder soberano y el poder reformador, en el ejercicio de sus funciones relacionadas con los cambios a la Constitución Política Nicaragüense.

1.1. El Poder de cambio constitucional como manifestación del soberano: El poder constituyente frente a los poderes constituidos.

Dentro del marco del ejercicio de la función legislativa de reforma a la Constitución Política, se tiene que determinados actores del poder público toman una participación preponderante. De dichos participantes interesa analizar la interrelación de sus atribuciones, estos son: el poder reformador de la Carta Magna, en relación con el concepto de poder soberano y sus diversas expresiones.



En el mismo sentido, previo a un análisis de los pormenores y características fundamentales del poder general de reforma a la Constitución Política, como atribución delegada del poder soberano, cabe el estudio de las diversas manifestaciones de dicho poder. Específicamente, se tratará lo relativo a la distinción conceptual de los poderes originarios y constituidos, en lo relativo a la modificación del texto constitucional. Los cuales tienen implicaciones diversas en cuanto al alcance de su competencia en el cambio de la Carta Magna.

1.1.1. El Origen del poder constituyente y los poderes constituidos.

Desde antaño se ha establecido una especial distinción respecto de las formas como se pueden presentar el poder de reforma a la Constitución, o sirven como su fundamento. De esta manera, se inicia hablando del poder constituyente. Para tales efectos, se remite a varios autores que a lo largo de las referencias consultadas, son siempre quienes resaltan como los principales precursores en la materia.

En este sentido, se parte de la tesis fundamental del abate *Emmanuel Joseph Sieyès*, quien es considerado por algunos autores como el “descubridor”¹⁰ del poder constituyente, o *Pouvoir Constituant*. A él, se le atribuye tal reconocimiento en virtud de haber establecido la distinción entre poder constituyente y poder constituido, durante la época de la revolución francesa (1789). Para dicho autor, el poder constituyente significa el poder de hacer una Constitución, y es la fuente de producción de normas jurídicas fundamentales. El

¹⁰ Véase, por ejemplo: STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 311.



tema constituyente, de acuerdo con él mismo, permanece en el estado de naturaleza y siempre es capaz de renovar las órdenes jurídicas previamente establecidas¹¹.

Asimismo, y según lo señala Joel COLÓN RÍOS:

“Para este autor, el poseedor legítimo del poder constituyente es la nación, que es todopoderosa y no puede ser limitada por ninguna forma de derecho positivo, sino que es la causa última de la organización política. La nación, como el portador del poder constituyente "no necesita nada más que su propia existencia para ser legal. Es la fuente de toda legitimidad".¹²

Se parte pues, del concepto de poder constituyente entendido como aquel a partir del cual se crea la Constitución y del cual proviene toda la legitimidad del texto constitucional. Esta afirmación, según señala Klaus STERN¹³, no ha dejado descansar a KELSEN, y ha provocado en él la idea de una norma originaria, a fin de que el poder constituyente fuera también jurídicamente deducible. Empero, dicha consideración debe suponerse fracasada, pues la norma originaria (en el

¹¹ Haciendo referencia a SIEYÈS y en relación a este mismo poder véase: COLÓN RÍOS Joel I.-, “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia”, *Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory*, volume 18, number 3, Wellington, 2011, pp. 365-388.

¹² SIEYÈS Emmanuel J.-, *What is the Third State?*, New York, Praeger, 1963, p.58, citado en: COLÓN RÍOS Joel I.-, *Op. cit.*, pp. 365-388.

¹³ Para Klaus STERN, a partir de la división que realiza SIEYÈS entre poder constituyente y poder constituido, se explica la posesión absoluta y definitiva de concebir un poder no constituido dentro de un estado constituido. Al respecto: STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 315.



sentido positivo) como tal, no existe, en el entendido que es imposible darle una “vinculación jurídica intraestatal positivizada”¹⁴.

Al respecto, y aunque en principio lo natural es pensar que para un poder considerado “el poder de los poderes” no puede existir tal vinculación jurídica, existen distintas teorías y posiciones al respecto que apuntan a la vinculación de dicho poder a través del derecho natural, el derecho supra positivo (STERN), así como hay otras que lo vinculan a los derechos humanos supra estatales. Al respecto, se considera que tales puntos se encuentran estrechamente ligados a ciertos aspectos relacionados con los cambios que sobre una Constitución se pueden hacer.

Continuando con el tema del poder constituyente, y para entrar en los aspectos que nos permiten distinguir este último del poder constituido (o como se le ha denominado también en doctrina poderes instituidos); se debe decir que, apoyado en SIEYÈS, SCHMITT¹⁵ interpreta el poder constituyente como la voluntad que posee la autoridad para dictar una Constitución. Para él, es política, mandato, que procede de un ente político. En ese sentido, el poder constituyente solo puede convertirse en derecho si dicha voluntad es reconocida como algo que debe tener vigencia. Se verá entonces, que dichos aspectos del poder constituyente son básicamente su titularidad, legitimación y vinculación jurídica. Sin embargo,

¹⁴ El mismo autor señala que: “Si el poder constituyente es el poder de los poderes, no puede existir para él una vinculación jurídica intraestatal positivizada, sino únicamente una de derecho internacional o de tipo suprapositivo.”. *Ibid.*, p. 320.

¹⁵ SCHMITT Carl, *Verfassungslehre*, Berlín, 1928, p. 76, citado en: STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 315.



también existen importantes diferencias materiales y procedimentales en cuanto a la puesta en práctica de uno y otro.

En primer lugar, en cuanto al sujeto que ostenta dicho poder, SIEYÈS considera que yace en la Nación; concepto que para él es entendido al margen del Estado y de la Constitución. En efecto, con el paso de los años, la idea de que es en el pueblo en quien reside el poder constituyente logró asentarse, poco a poco, en el preámbulo de las constituciones europeas, hasta consolidarse también en muchas otras en todo el mundo.

Asimismo, es importante resaltar respecto de dicha cuestión, que a pesar que se diga que el poder constituyente le corresponde al pueblo, en la práctica, es imposible que esto sea así. De forma tal que para responder a este asunto, el tema que se debate es la titularidad del poder soberano, entendido como la capacidad de ejercer ese poder constituyente, por lo que se discute quién ostenta la representación del pueblo y de qué forma. Al respecto María del Pilar HERNÁNDEZ, señala que:

“El poder constituyente del pueblo deviene de un Congreso Constituyente originario integrado por representantes del propio pueblo; de este Congreso Constituyente originario deriva, a su vez, una asamblea proyectista, integrada por miembros escogidos del propio Congreso y encargados de elaborar un proyecto de Constitución que, debatido, dará origen a la nueva carta fundamental.”¹⁶

¹⁶ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ María del Pilar, “Reforma Constitucional y Poder Constituyente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 84, 1984, p. 923.



Como se desprende del texto anterior, evidentemente, el poder constituyente no se puede poner en práctica ni puede ser ejercido de manera directa por el pueblo, sino que existe un procedimiento representativo para su puesta en práctica. En cuanto a dicho procedimiento, vale decir que en virtud de las condiciones bajo las que éste se presenta, éste viene a considerarse como primero y originario. Por lo cual, es independiente de las normas positivas existentes y se determina a sí mismo; a diferencia de como sucede con el poder constituyente derivado, que se verá unas líneas más adelante.

Por lo pronto, interesa decir que a pesar de lo señalado anteriormente, existen formas usuales en que el poder constituyente se puede presentar: **i)** Mediante Asamblea Nacional que aprueba un proyecto, o **ii)** Asamblea Nacional que elabora un proyecto. En este último supuesto, lo normal, según Klaus STERN¹⁷, es que se presente mediante la forma de referéndum.

Otro elemento del poder constituyente originario es la *legitimación*, que en principio se entenderá como el reconocimiento del contenido de la Constitución, y con él, simultáneamente del Estado en general¹⁸. Dicha afirmación se refiere simplemente a la aceptación de los dos aspectos señalados, por parte del pueblo, el consenso del pueblo. Al respecto, Egon ZWEIG, haciendo referencia a este punto, señala que:

¹⁷ STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 318.

¹⁸ Señalamos que en principio, porque partimos del criterio de Klaus STERN al respecto, para quien: “En el Estado Constitucional de hoy el poder constituyente y la constitución por él creada no obtienen legitimidad por sí mismos exclusivamente, por su “voluntad”, como opinaban Sieyès y C. Schmitt.”. *Ibid.*, p.319.



“Por eso, sólo cuando el pueblo fue autoconsciente que era él quien otorgaba legitimidad a la autoridad, fue cuando se constituyó soberanamente en sujeto y no objeto de la historia: Ello fue posible, a partir de concebir, por un lado, la existencia de derechos naturales de todos los hombres y, por otro, la necesidad de pactar unánimemente un contrato social, que les otorgaba una potestas constituens para establecer el Estado en base a una Constitución.”¹⁹

De igual forma, Francisco DÍAZ REVORIO ha dicho que:

“Desde la perspectiva jurídico-constitucional, un texto que carece de esa legitimidad de origen, o que por su contenido resulte contrario a los parámetros de legitimidad apuntados, no debería considerarse propiamente como «Constitución», aunque actuase efectivamente como la Norma Suprema de un Estado. La cuestión de si esa Norma Suprema o Ley fundamental es válida dependerá naturalmente del concepto de validez utilizado, pero entiendo que la ausencia de legitimidad no debe ser irrelevante para el Derecho: tal norma puede estar en vigor y resultar obligatoria, pero no parece que deba admitirse como jurídicamente legítima.”²⁰

¹⁹ ZWEIG Egon, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1909, p. 2, citado en: LANDA Cesar, “La reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, 2005, p. 130.

²⁰ DÍAZ REVORIO Francisco J.-, “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?”, *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, año I, núm. I, septiembre, 2005. p. 103.



Por tanto, se hace evidente que un poder constituyente que no cuente con la debida legitimación, entendida como el consenso y aceptación del pueblo, en relación con el contenido del texto constitucional y la aceptación del Estado, no va a ser procedente.

Pretendemos dejar en claro el concepto y elementos básicos del poder Constituyente, para distinguirlo de los poderes constituidos y que esto sirva como guía para establecer las bases respecto del tema de la reforma constitucional. En atención a esto, y habiendo analizado los elementos que permiten caracterizar el poder constituyente, se procederá a continuación, a realizar un examen sobre las principales cuestiones para distinguir entre este último y los poderes constituidos que se han señalado.

En primer lugar, el poder constituyente no se encuentra directamente vinculado a la Constitución, sino que es creador en sí mismo de la Norma Fundamental; y los poderes por él creados sí son poderes vinculados a la Constitución, pues son creados por ella. Sobre estos últimos se establece, también, que sólo pueden ser ejercidos constitucionalmente, tal como los ha establecido el poder constituyente y en estricto apego a las disposiciones respectivas.

Asimismo, el poder constituyente originario, por sus características propias es considerado extra constitucional, mientras que los poderes constituidos son estimados poderes de la Constitución. En este sentido, Jorge CARPIZO indica que:



“Mientras el poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución. Mientras que el poder constituyente es el poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución. Mientras que el poder constituyente, en principio, es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos se encuentran completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de la competencia que les señala la Constitución (...). Mientras que la función del poder constituyente se concreta en darse una Constitución y, en su caso, reformarla a través de referendos, los poderes constituidos poseen múltiples funciones.”²¹

Para Carl Schmitt el poder constituyente es la “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz para adoptar la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la existencia política”²²

ESCOBAR FORNOS define algunas características del poder constituyente:

- 1. Originario, porque no hay otro anterior y superior. Como consecuencia fundamenta y le da validez al ordenamiento jurídico.*
- 2. Es extraordinario, porque no aparece con frecuencia, sólo excepcionalmente.*

²¹ CARPIZO Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la Reforma Constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México DF, núm. 12, julio-diciembre, pp. 21-67, 2009, p. 26.

²² Teoría de la Constitución. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982, pag. 86.



3. *Es autónomo, porque no tiene límites o condicionamientos. No existen poderes constituyentes con límites, aunque como veremos la moderna doctrina le señala límites.*
4. *Es discontinuo, porque surge esporádicamente y vuelve a reposar.*²³

1.1.2. Las diversas acepciones del poder constituyente: El poder constituyente originario frente al poder constituyente derivado (instituido).

Se ha entendido generalmente en doctrina que existen dos manifestaciones del poder constituyente, que bajo diversas etiquetas, se hace referencia a los mismos fenómenos jurídicos. Se considera pertinente entonces, entrar a conocer sobre el importante aporte en la materia obra de BONNARD y VEDEL. Dicho desarrollo se encuentra en relación con la introducción por primera vez del concepto de poder constituyente instituido (concepto clave de nuestra investigación). En este sentido, según lo señala Kemal GÖZLER,

“En un artículo publicado en la Revista de Derecho Público en 1942, el consagró la distinción entre estos dos poderes constituyentes bajo la doble denominación de "poder constituyente originario" y "poder constituyente instituido". Desde Roger Bonnard la distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado (instituido) se ha convertido en un clásico de la doctrina francesa de derecho constitucional. Sin embargo, el poder constituyente "instituido" de Roger Bonnard fue así rebautizado por Georges Vedel como el poder constituyente "derivado". Nos parece que la denominación

²³ ESCOBAR FORNOS Iván, *Op. cit.*, p.p. 81-82.



de poder constituyente "derivada" se usa más comúnmente que la de poder constituyente "instituido”²⁴.

El poder constituyente, de este modo, empieza a ser explicado a partir de una doble consideración: en su manifestación originaria, y aquella de naturaleza derivada. De forma que esta clasificación es la que será utilizada para efectos del estudio aquí realizado²⁵. Esto por explicar de mejor manera la realidad fáctica del funcionamiento de los procedimientos de reforma.

Dado lo anterior, resta el cuestionamiento de cómo pueden distinguirse estas dos categorías determinadas doctrinalmente. Partiendo de una distinción básica, Kemal GÖZLER señala que se pueden identificar dos grandes corrientes doctrinarias para realizar una separación conceptual entre el poder constituyente originario y derivado: una de carácter material y otra formal.

En primer término, la concepción material de la distinción de los poderes que se han venido mencionando parte de una noción mayoritariamente iusnaturalista. Con representantes como SCHMITT y Olivier BEAUD, postula una marcada diferenciación entre ambas potestades, inicialmente delineada por el aspecto

²⁴ GÖZLER Kernal, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2 volumes, 1997, p.53. www.anayasa.gen.tr/these.htm. Consultada el 12/02/2016

²⁵ No obstante lo anterior, existen diversas clasificaciones terminológicas para la diferenciación del poder constituyente originario del derivado. El primero ha sido denominado como “poder constituyente”, “poder constituyente inicial”, o “poder constituyente stricto sensu”. Por su parte la segunda categoría en cuestión también ha sido llamada “poder constituyente instituido”, “poder constituyente constituido”, “poder de revisión constitucional”, “poder de revisión de la constitución”, o “poder de revisión”. Al respecto: *Ibid.*, pp. 12-13.



sustancial del poder en cuestión. De forma que la materia que será reformada puede implicar que, en un caso específico, el poder constituyente derivado no sea competente para ejercer tal labor²⁶. Desde esta tesis, el poder constituyente originario debería reformar o modificar aquello que está vedado para el poder “inferior”; dada su “condición especial” en la jerarquía de normas de la Constitución que esta hipótesis implicaría.

La tesis que nos interesa desarrollar aquí, constituye la distinción formal entre los poderes en estudio. Uno de los puntos centrales de dicha postura, liderada por autores como CARRÉ DE MALBERG, BURDEAU y BONNARD, puede resumirse bajo la siguiente afirmación de Kemal GÖZLER:

*“Según la teoría positivista, lo único que importa es la forma de ejercicio del poder constituyente. Si se ejerce dentro del marco constitucional, es el poder constituyente derivado y si se ejerce fuera de este marco, se trata de un poder constituyente originario. La materia sobre la cual este poder se ejerce no tiene ninguna importancia.”*²⁷

Lo anterior implica que la distinción parte de la ubicación del ejercicio del poder constituyente en cuestión. De forma tal que, si se encuentra dentro del marco jurídico de una constitución vigente, se estará ante un poder de naturaleza

²⁶ En consecuencia de dicho postulado, aparecen otras características de dicha posición: i) la titularidad efectiva del poder constituyente originario únicamente puede estar directamente en manos del pueblo y ii) el poder constituyente originario puede ser ejercido en el marco constitucional, en cuanto a la modificación de los contenidos de la Carta Magna que se consideren fuera de la competencia del poder constituyente derivado. Al respecto: *Ibid.*, pp. 33-35.

²⁷ *Ibid.*, p. 27.1



derivada. Por su parte ante la ausencia de dicho sistema jurídico-constitucional, aparece la denominación de poder constituyente originario.

En todo caso, precisando en la distinción apuntada entre los dos conceptos aquí analizados, puede establecerse una serie de diferencias sustanciales que esclarecen el objetivo del presente apartado. Kemal GÖZLER²⁸ indica, entre otros aspectos: **i)** el poder constituyente originario es de carácter extra-jurídico, mientras aquel de tipo derivado es evidentemente jurídico, previsto en el ordenamiento constitucional; **ii)** en cuanto a la titularidad, la del primer término aludido, está determinada por circunstancias de fuerza, en el segundo caso, por la propia Constitución (bajo las normas que determinen y prevean su propia reforma).

Creemos que es pertinente mencionar la postura de Rubén HERNÁNDEZ VALLE al respecto, quien ha tomado un camino distinto a la hora de referirse al tema. Dicho autor, realiza una distinción adicional, entre el poder constituyente derivado y los poderes de reforma parcial a la Constitución, para quien tampoco son lo mismo²⁹.

Su posición es, en síntesis, que el poder constituyente derivado difiere del poder de reforma parcial, en tanto que el primero únicamente enfrenta limitaciones de carácter procedimental en cuanto a su composición, organización y

²⁸ *Ibid.*, pp. 21-25

²⁹ HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El control de constitucionalidad de los procedimientos de modificación constitucional”, *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/33.pdf>, consultado el 11 de diciembre del 2015.



funcionamiento; mientras que el segundo debe desenvolverse dentro del marco que fija el derecho de la Constitución, siendo parcial y reglamentado (constituido). En efecto, Rubén HERNÁNDEZ VALLE expresamente señala que:

“La única limitación del poder constituyente derivado radica en la ley de su convocatoria, la cual regula sus mecanismos de elección, su número de integrantes y sus procedimientos de funcionamiento y, desde luego, la norma constitucional que consagra y autoriza eventualmente su ejercicio, por lo que una ley de convocatoria a una asamblea constituyente aprobada en contraposición a esa normativa podría ser anulada por vicios procedimentales de inconstitucionalidad, por tratarse de un límite formal y no material.”³⁰

Se debe aclarar, que existen otras posturas un poco más afines con nuestro planteamiento. Lo anterior, debido a que se cree que dicha tesis carece de una precisión terminológica, en cuanto a la forma como se refiere a ambos poderes. Esto por cuanto se estima más acertada la consideración del poder de reformar, modificar o sustituir la Constitución como poder constituyente (el cual, como se vio, puede tener diversas manifestaciones). Así las cosas, consideramos tener suficientes elementos para afirmar que el poder constituyente originario es aquel poder (extra-jurídico), sobre el cual se produce una Constitución. Mientras que el poder constituyente derivado puede entenderse como aquel que es creado por una Constitución, pero que, a su vez, está facultado por la misma para revisarla o

³⁰ *Ibid.* p. 859.



modificarla. Para reforzar lo anterior, se cita a Marie COHENDET, quien al respecto señala:

“El poder constituyente originario es el que pertenece al órgano (por lo general la gente en una democracia) que está autorizado a adoptar la Constitución. También significa la facultad de adoptar la Constitución. Con la adopción de la Constitución, el soberano prevé como y a quien se le otorgará el poder constituyente derivado, es decir, la facultad de modificar la Constitución”.³¹

En adición a esto, se debe recordar que la teoría respecto del poder constituyente no es una sola. En ese sentido y como se ha dicho, se han establecido distintas denominaciones y categorizaciones doctrinarias en torno a la distinción entre un poder y otro. Conviene resaltar, además de lo ya mencionado, lo observado por Luis SÁNCHEZ AGESTA en relación con esta distinción:

*“a) A diferencia del poder constituyente genuino o revolucionario, el poder constituyente constituido (**derivado**) encuentra su legitimidad en la legalidad de su función, regulada por la Constitución. Su autoridad deriva de la misma Constitución que ha de reformar.*

b) El fundamento de su eficacia es el respeto al Derecho existente y a las formas legales establecidas; más que de su legitimidad cabe hablar de su legalidad.

c) Está, por último, en una curiosa posición de supraordinación y subordinación respecto al derecho establecido. No puede decirse que sea anterior a todo derecho, puesto que se funda en la Constitución, pero por otra parte la domina

³¹ COHENDET Marie A., *Op. cit.*, p. 398.



en cuanto puede reformarla o sustituirla incluso en aquellos preceptos que establecen la competencia constituyente del propio órgano de reforma.”³²

El extracto citado consiste en el fondo en la misma delimitación antes explicada entre un poder extra-jurídico, frente otro de naturaleza estrictamente jurídica. Esto con el claro objetivo de diferenciar entre el fenómeno constituyente originario del derivado, respectivamente.

Empero, analizando el criterio recién citado³³, existen autores como Luis Antonio SOBRADO que hacen referencia a una determinada división doctrinal que se da entre aquellos que le atribuyen naturaleza de “constituyente” sólo al poder constituyente originario y no así al poder reforma o de cambio. En este sentido, para ejemplificar dicho punto, se considera necesario citar la posición de José GONZÁLEZ ENCINAR, quien, en atención a la crítica que realiza del análisis de Pedro DE VEGA (sobre quien Luis Antonio SOBRADO se refiere de manera detallada en su tesis doctoral), señala lo siguiente:

“Es probablemente el haber partido de una separación conceptual excesivamente rígida entre poder constituyente y poder constituido lo que más

³² SÁNCHEZ AGESTA Luis, *Principios de Teoría Política*, Madrid, Edersa, 7º ed., 2º Reimpr., 1986, p. 334, citado por SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Madrid, Tesis para optar por el título de Doctor en derecho, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989, p.187.

³³ Especialmente en cuanto al punto b) de dicho extracto, debido a que la condición de poder previsto constitucionalmente y activado por los mecanismos determinados por la propia norma fundamental, ha provocado posiciones contrarias a su consideración como un poder constituyente, dejando esta etiqueta únicamente para el que aquí hemos denominado como “poder constituyente originario”.



dificulta a DE VEGA el desarrollo de sus conclusiones porque en la medida en que nuestra constitución no establece límites materiales específicos al poder de reforma, en la medida en que los límites materiales del poder de reforma son los mismos que los del poder constituyente, lo único que diferencia en realidad a uno de otro es que mientras el poder constituyente puede hacerlo todo menos dejar de hacer una constitución, el poder de reforma puede hacerlo todo menos lo que ya está hecho: constituir un Estado. Poder constituyente y poder de reforma no son en realidad dos poderes diferentes, sino el mismo poder en momentos distintos.”³⁴

En síntesis, para terminar de definir esta postura al respecto, se estima procedente citar la conclusión de Luis Antonio SOBRADO, con quien, al respecto, se coincide plenamente:

“Las normas que contiene una Constitución sobre la reforma constitucional – consecuencia de la juridificación de la soberanía popular- constituyen reglas sobre la formación de la voluntad soberana, preceptos que disciplinan la configuración o – permítaseme la expresión- la “Constitución” del poder constituyente; pero no deben limitar el contenido de esa voluntad, porque “el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución”.”³⁵

³⁴ GONZÁLEZ ENCINAR José J.-, “La Constitución y su Reforma”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 6, No. 17, mayo-agosto 1986, p. 369, citado por SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.187.

³⁵ *Ibid.*, p.202., citando algunas ideas de ARAGÓN Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p.31.



En atención al análisis anterior, se puede deducir con anticipación (sin entrar propiamente a analizar el tema de los límites Constitucionales del cual hablaremos en el capítulo II), que si bien, existen diferencias nominales y pragmáticas respecto de la forma como se presenta un poder y otro; en el fondo se trata de la misma posibilidad de cambiar la Constitución. Sin embargo, en la práctica uno se manifiesta *a priori* y el otro *a posteriori*.

Lo anterior implica que se considera al poder constituyente como el único participante en los procedimientos de reforma (o cambio) de la Constitución Política. El punto fundamental constituye en precisar que dicho poder constituyente encuentra un *desdoblamiento* cuando se ve establecido en el marco de una Constitución. Pero entonces como expresión del poder soberano, a través del Parlamento, se establece en una posición superior a los poderes constituidos como tales. Es por esto que para el presente análisis se coincide con la postura de tener, por una parte, al *poder constituyente originario*, y por otra, una vez contemplado constitucionalmente como poder de reforma, al *poder constituyente derivado* (o instituido).

1.2. La reforma a la Constitución Política y su concepción como manifestación del poder soberano.

En el estudio de los procedimientos de reforma o revisión constitucional debe hacerse mención, antes que todo, del origen de dicha atribución. Esta es concebida como una manifestación directa del poder soberano delegado en los sujetos públicos señalados al efecto por la propia Norma Fundamental. Lo cual



es debido al hecho de que el control que, posteriormente, pueda ejercerse sobre esta función reformadora constituye un punto problemático en el marco de las relaciones que se suscitan como consecuencia de aquella.

Primeramente, todo análisis de una Constitución Política, y como consecuencia la capacidad de realizar modificaciones sobre ésta, deriva del cuestionamiento de la ubicación del poder político³⁶. De este modo, en el marco de un Estado democrático de Derecho se entiende que tal poder:

“(...) pertenece a todo el conjunto de individuos ya sea directamente o por intermedio de mandatarios.”³⁷

Tal soberanía, entendida como el poder racional que configura de manera originaria la estructura estatal, determina de forma definitiva la existencia de un poder constituyente originario que pueda dar nacimiento a una Constitución Política. Dicho de otro modo, la titularidad del poder que delega el soberano se establece como el punto de partida de la función constituyente. Al respecto señala Javier PÉREZ ROYO:

“(...) el poder constituyente está indisociablemente unido a una determinada concepción de la soberanía, sin la cual no puede existir. Hasta que no se ha dado respuesta a la cuestión de donde reside el poder, no se puede obtener una

³⁶ GASSIOT Olivier R. *Notas del Curso de Derecho Constitucional (I, II, III y IV)*, San José, Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009-2010.

³⁷ *Ibíd.*



respuesta a la cuestión del poder constituyente. De ahí que dicho poder haya estado unido a la afirmación de la soberanía nacional o de la soberanía popular.”³⁸

Al respecto, ROUSSEAU señalaba que la “Voluntad General” es emanada de una Asamblea compuesta por todos los ciudadanos, los cuales son, a su vez, gobernantes y gobernados (de ellos emanan las leyes y ellos mismos deben obedecerlas y respetarlas).³⁹ Tal identidad entre gobernantes y gobernados marca y distingue el concepto de soberanía popular. La cual, según señala el doctor Olivier GASSIOT, reside en el pueblo, se encuentra dividida entre ellos en partes iguales⁴⁰.

Por su parte la soberanía nacional refiere, en su concepción clásica, a una transferencia del poder por parte del concepto indeterminado de la “Nación”, hacia sus representantes, los cuales responden ante el mismo soberano, si bien de modo más atenuado que en el caso de la soberanía popular. El poder soberano reside de forma general en dicha construcción y éste es “transferido” de modo que un poder constituyente determina la organización y estructura de un Estado por medio de un texto constituido al efecto. En este supuesto, el poder de reforma a dicha normativa originaria resulta indirectamente de la ubicación del poder político que fue delegado.

³⁸ PÉREZ ROYO Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 4º ed., 1997, p. 113.

³⁹ ROUSSEAU Jean J., *El contrato social*, San José, Editorial Nueva Década, 1º ed., traducción, introducción y notas de Manuel Formoso, 1988, pp. 10-11.

⁴⁰ GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*



Lo anterior, en tanto dicha función, que se entiende enmarcada bajo el término de poder constituyente derivado, es tradicionalmente entendida como inscrita dentro de un marco organizacional previamente establecido por el poder constituyente originario (se ha utilizado en doctrina también el término de funciones *cuasi-constituyentes*). En dicho sentido, la relación poder soberano-poder constituyente (y como consecuencia, poder de reforma constitucional), puede entenderse en los términos que señala Jorge CARPIZO:

“El titular del poder constituyente es el mismo titular de la soberanía. En este sentido, poder constituyente, soberanía y pueblo son términos intercambiables. Esta es la base, principio y fin de cualquier teoría o planteamiento democrático. El poder constituyente se ejerce en función inmediata de la soberanía que reside en el pueblo, el cual no puede desprenderse de esta potestad, dado que la soberanía es al pueblo lo que la libertad al hombre.”⁴¹

Con base en lo anterior, se tiene, entonces, que la función legislativa de reforma puede explicarse de la siguiente manera:

En primer término, a través de la teoría de soberanía nacional⁴² (que por ejemplo, impera en Nicaragua), con base en la cual se determina que el parlamento ejerce

⁴¹ CARPIZO Jorge, *Op. cit.*, p. 26.

⁴² No obstante, se ha entendido que actualmente ambos sistemas se han entremezclado, por lo que la distinción entre estos ha perdido cierta utilidad, de modo que resulta más práctico realizar el análisis para cada caso concreto: “Hoy día, el debate soberanía nacional-soberanía popular es cada vez más un discurso formal y la distinción se ha vuelto inútil. A pesar de las incompatibilidades teóricas (...), las



un mandato de representación en el ejercicio de las funciones de reforma constitucional que le confiere el mismo cuerpo de la Carta Magna, dicho mandato, al provenir de un ente o agrupación indeterminada (“Nación”), tiene una serie de consecuencias que señala Olivier GASSIOT: *“Al ser la Nación una abstracción, su voluntad debe ser manifestada por los individuos que hablarán en su nombre. Los electores confieren a sus elegidos un mandato de representación de la nación o mando representativo (y no un mandato imperativo (...)).”*⁴³ El voto es concebido, de esta suerte, como una función del electorado, por lo que el representante de tal voluntad de la Nación *“(...) tiene el derecho de representar a la Nación como él lo crea más conveniente (...).”*⁴⁴ Es por esto que la sanción directa o inmediata no existe, con la única posibilidad para los electores de manifestar su inconformidad a través de la no reelección. Por su parte, el mismo autor señala las características del mandato imperativo consecuencia de la adopción de un modelo de soberanía popular: *“Toda idea de representación como tal, es dejada de lado. Las relaciones entre el elector y los elegidos son angostas, el delegado, tiene instrucciones precisas. (...) Durante su mandato deben dar cuenta de sus acciones a sus electores. (...) Los electores disponen, en todo momento, de un derecho de revocación de la persona a quien han elegido.”*⁴⁵

actuales democracias, en su gran mayoría, combinan elementos de ambos sistemas para adaptarlos a sus realidades.”. Al respecto, consultar: GASSIOT Olivier R.-, *Op. cit.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*



Esta concepción aparece estrechamente ligada al poder constituyente, “*En su origen la teoría y la práctica del poder constituyente aparece conectada con la afirmación de la soberanía nacional. Los textos de los revolucionarios franceses (...) así lo resaltan de manera expresa.*”⁴⁶

Tal afirmación implica que sin la determinación de la titularidad del poder soberano pierde fuerza la posibilidad de la existencia de una Constitución entendida bajo tal exigencia. Lo anterior, bajo el supuesto de un concepto más amplio de legitimidad, que, a su vez, determina la necesidad de un adecuado proceso constituyente⁴⁷.

Así, dentro del marco democrático se determinan ambos requisitos para el efectivo ejercicio del poder constituyente de manera originaria en tanto se derive de la voluntad soberana la delegación de tal función. Puede observarse que lo dicho tiene un claro reflejo en el siguiente extracto del autor citado *supra*:

“El proceso, por tanto, no es menos importante que la titularidad. Es verdad que sin titularidad democrática del poder constituyente no hay proceso constituyente

⁴⁶ PÉREZ ROYO Javier, *Op. cit.*, p. 113.

⁴⁷ El término proceso constituyente implica, según PÉREZ ROYO: “(...) *la decisión popular es condición necesaria del proceso constituyente. Pero no es condición suficiente. Para que también lo sea, dicha decisión tiene que ser una suerte de certificado final de un proceso de fabricación en el que se han tenido que cubrir previamente una serie de fases. Sin ellas, el momento de la decisión popular, no es que pueda ser, sino que muy probablemente es un momento de falsificación de la auténtica voluntad popular, un momento de manipulación de la misma.*”. Al respecto: *Ibid.*, p. 116.



digno de tal nombre. Pero lo mismo ocurre a la inversa. Tiene que darse una coincidencia de ambos.”⁴⁸

Como consecuencia, resulta que la función de revisión de la Constitución puede entenderse por medio de la teoría de la representación. Dicho postulado se presenta como consecuencia directa de asimilar la soberanía como poder que reside de forma exclusiva en la Nación. Esto, por cuanto tal teoría implica que:

“Existe un soberano, diferente de los gobernantes, pero que no puede ejercer por sí mismo el poder, es decir la soberanía. Él no puede tampoco transferirla a otro, ya que en este caso él dejaría de ser el soberano (es en este sentido que decimos que la soberanía es inalienable). Establecemos entonces una distinción entre la herencia o principio de soberanía que reside en el soberano, ya sea la nación o el pueblo, y su ejercicio que puede ser delegado en sus representantes.”⁴⁹

De modo que la manifestación del poder creador el texto constitucional es, en su origen, generalmente *delegado* o *atribuido* por la Nación. La cual, como “sujeto” detentador de la soberanía, la delega al Poder Legislativo de una determinada organización estatal. Dicha labor es realizada a través del establecimiento de un marco constitucional que, como se señaló, tiene en una de sus funciones primordiales la determinación de las facultades y funciones de los órganos

⁴⁸ *Ibid.*, p. 116.

⁴⁹ GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*



estatales (entre éstas la de reforma o modificación a la propia Constitución Política).

Con base en lo anterior, tratando específicamente el caso de Nicaragua, se debe precisar que, según el artículo 2 de la Constitución Política se establece que *“La soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político, cultural y social de la nación. El poder soberano lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse esta representación (...)*⁵⁰ Así, es que nuestra Constitución delega la atribución de reforma a la Asamblea Legislativa, lo anterior en consideración de los numerales constitucionales 191 al 195, que determinan a la misma como el sujeto encargado de llevar a cabo dichos procedimientos y de tramitar los proyectos correspondientes.

Ahora bien, los procedimientos establecidos con el objetivo de modificar el sentido del texto de la Constitución Política toman importancia cuando se parte de la distinción conceptual entre las constituciones rígidas y aquellas de carácter flexible. El procedimiento agravado que caracteriza a las primeras (en contraposición a un procedimiento de modificación equivalente al de las propias leyes ordinarias, consecuencia de la segunda acepción), otorga una considerable

⁵⁰ Asamblea Nacional de Nicaragua, “Constitución Política de la Republica de Nicaragua con sus Reformas incorporadas”, publicada en La Gaceta diario oficial de Nicaragua N° 32 el 18 de febrero del 2014.



relevancia a las reformas constitucionales, por su incidencia en la propia conformación del ordenamiento jurídico desde su cúspide. Esto es, la dificultad que representa en los sistemas con una norma fundamental de carácter rígido, da una mayor dimensión y relevancia a las reformas constitucionales dentro del marco político, económico y social de un Estado de Derecho.

Al respecto es importante notar lo dicho por Daniel MONTERO:

“Si las normas constitucionales pueden ser modificadas por el Legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes, estamos frente a una Constitución flexible. Pero si las normas constitucionales están colocadas por encima o fuera del alcance del poder Legislativo ordinario, en razón de que, habiendo sido dictadas por una autoridad superior – Asamblea Constituyente – no pueden cambiarse si no por ella, estamos frente a una Constitución rígida.”⁵¹

Como puede desprenderse claramente del extracto anterior, el procedimiento reforzado constituye el criterio diferenciador principal entre ambas categorías de textos constitucionales. Mientras que en el caso de los sistemas de naturaleza flexible las normas constitucionales se encuentran en dicho sentido en el mismo rango que la ley ordinaria, los ordenamientos constitucionales rígidos ubican las normas de la Constitución en un “peldaño” superior. Por lo cual, se impone una serie de regulaciones de carácter formal-procedimental que garantizan la supremacía de tales disposiciones.

⁵¹ MONTERO ZENDEJAS Daniel, *Derecho Constitucional Comparado*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 115.



Es, por esta razón, que en el contexto del ordenamiento jurídico nicaragüense, cuya base es una Constitución Política rígida, el concepto de reforma constitucional puede resumirse tal y como lo define Fernando CASTILLO:

“(...) un procedimiento especial agravado cuyo propósito es modificar el texto de la CP (Constitución Política).”⁵²

Igualmente, a modo de complemento, puede citarse la definición más comprensiva de Javier PÉREZ ROYO, cuando afirma que:

“En efecto, la reforma de la Constitución es el mecanismo jurídicamente ordenado para dar una respuesta política por parte de la sociedad a las insuficiencias que puedan detectarse en el pacto constituyente. Lo predominante en el procedimiento de reforma es la voluntad política de modificar el pacto constituyente.”⁵³

Debe rescatarse la inclusión de un importante matiz político (en contraposición a lo estrictamente jurídico), que se encuentra presente dentro de la tramitación de las modificaciones constitucionales. Debido a que las fuerzas políticas dominantes dentro de un Estado (y específicamente en el Parlamento) son las que tienen una posición ventajosa dentro del esquema de reforma constitucional diseñado por la Carta Magna de Nicaragua⁵⁴, a mayor capacidad de acercar

⁵² CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 118.

⁵³ PÉREZ ROYO Javier, *Op. cit.*, p. 477.

⁵⁴ Lo anterior puede comprenderse con la simple verificación de los requerimientos procesales de los artículos 191 al 195 constitucionales. Estos determinan distintos procedimientos que requieren de diversas clases de votaciones en el seno de la Asamblea Legislativa. Lógicamente, las fuerzas políticas



voluntades en el seno de la discusión legislativa, mayor posibilidad de reformar la Constitución Política. Como es sabido, tal labor dista de ser sencilla, por lo que las mayorías parlamentarias (y los partidos que representan), poseen una mayor capacidad desde este punto de vista.

Ahora bien, a pesar de que los sistemas constitucionales rígidos, en cuanto a su sistema de reformas constitucionales, prevén una mayor complejidad en la tramitación de las modificaciones que se pretendan, esto no obsta la necesidad de resguardar un adecuado equilibrio. Tal objetivo busca que se impida que la norma fundamental de un Estado se transforme en un texto pétreo e inmodificable, o por el contrario, en un documento excesivamente flexible.

El balance en la posibilidad de modificar una Constitución, sin perjuicio de las distinciones teóricas antes apuntadas entre textos “rígidos” y flexibles”, ha sido objeto de debate desde la promulgación de las primeras constituciones sistematizadas. Sobre este aspecto, José RIVERA denota algunos ejemplos que son clarificadores al respecto:

“Así, al aprobar la primera Constitución escrita y sistematizada, como es la de Estados Unidos, se generó un profundo debate doctrinal sobre si se debió adoptar un procedimiento flexible o rígido para reformar la Constitución; en el debate surgieron dos corrientes absolutamente contrapuestas; una sostuvo la

dominantes estarán en mejor posición para conseguir el consenso que se exige constitucionalmente para tramitar proyectos de reforma a la Constitución Política.



flexibilidad y otra la rigidez del procedimiento de reforma (...). Los franceses no estuvieron exentos del debate, pero al final introdujeron una norma expresa en el artículo 28 de la Constitución de 1793, en la que se declaró que “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”; un principio que expresa la sentida necesidad de evitar una Constitución inmutable que mutile a las generaciones posteriores a la que creó la Ley Fundamental, su derecho de dotarse de sus propias normas y definir su propio destino, asumiendo un pacto social acorde con su realidad.”⁵⁵

En estos casos, puede observarse el planteamiento histórico de la necesidad de resguardar hacia futuro la posibilidad real y concreta de cambiar las disposiciones constitucionales de acuerdo con las necesidades emergentes (por ejemplo, relacionadas a crisis económicas, de gobernabilidad, necesidades de reestructuración estatal, etc.). Una Constitución inmutable puede constituirse en un obstáculo para el desarrollo de un Estado con necesidades cambiantes a través del tiempo. Fue muy elocuente al respecto MADISON cuando se refirió al equilibrio expuesto en las modificaciones a una norma fundamental, considerando que debe optarse:

“(...) por igual contra esa facilidad extrema, que haría a la Constitución demasiado variable, y contra esa exagerada dificultad, que perpetuaría sus defectos manifiestos.”⁵⁶

⁵⁵ RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 127

⁵⁶ HAMILTON Alexander, MADISON James y JAY John, (1787), traducción de: Velasco, G. -R., *El Federalista*, México, XLIII, 1943, p. 191, citado en: RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 127.



En este punto cabe preguntarnos: ¿Cuáles son las razones que pueden manifestar la necesidad de poner en funcionamiento el poder de reforma de la Constitución Política? Si bien sabemos que al paso de los años en la vida de un determinado Estado surgen diversas situaciones que requieren de una modificación en la Carta Magna, es necesario precisar, de conformidad con lo indicado por José RIVERA, que pueden tener una doble naturaleza: **i)** de carácter estrictamente político, **ii)** de carácter jurídico:

“En el orden político, tomando en cuenta que la Constitución es un pacto social y político que fija las normas y reglas básicas de convivencia pacífica y la construcción democrática de la sociedad, ese pacto suele enfrentar una crisis de legitimidad, que exige de una renovación del pacto; o, en su defecto, debido a los cambios dinámicos que enfrenta la sociedad, el pacto ya no responde a la realidad social, económica y política que debe regir la Constitución. Con relación a las razones jurídicas, cabe señalar que la Constitución, como toda obra humana, no es perfecta, pues siempre presenta problemas de contradicciones, imprecisiones o imprevisiones, conocidas también por la doctrina como lagunas (...).”⁵⁷

En lo relativo al orden político, los problemas de legitimidad son comunes dentro de la evolución de las exigencias de una sociedad que determinan desfases en el contenido de una Constitución Política (especialmente en el caso de las normas de carácter rígido). Por su parte, las llamadas “lagunas” en el texto

⁵⁷ RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 128.



de la Constitución, según LOEWENSTEIN constituyen dos categorías. En primera instancia las “lagunas del constituyente”, que implican que:

*“(…) el Poder Constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo.”*⁵⁸

En otras palabras, se trata de decisiones conscientes tomadas por el poder constituyente en el momento de dictar las normas que conforman el articulado de una determinada Constitución Política. En retrospectiva, tales decisiones (ya sea de la inclusión u omisión de una determinada materia o contenido específico dentro de la estructura de la Norma Fundamental), pueden juzgarse insuficientes, defectuosas o en desacuerdo con las exigencias circunstanciales posteriores, por lo que dan lugar a la necesidad de una modificación.

Por su parte, se encuentran, según el autor citado, las denominadas como “Lagunas de la Constitución”, las cuales se definen de la siguiente manera:

*“(…) en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada.”*⁵⁹

⁵⁸ LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 4° reimpresión a la 2° ed., 1986, p. 170.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 171.



Claramente, al darse la tarea de la creación de una Constitución Política, el poder constituyente no puede prever todos los factores que a futuro pueden poner en duda la eficacia o conveniencia de determinadas disposiciones constitucionales. De modo que en cierto momento, tales normas pueden resultar insuficientes o primitivas en cuanto al tratamiento de un determinado tema (el cual, por supuesto, puede presentar cambios importantes en su tratamiento y desarrollo desde el momento cuando se reguló por primera vez a nivel constitucional). En suma, la Constitución, como norma fundamental de la organización de un Estado determinado, está sujeta a gran variedad de cambios producto de las circunstancias o de lagunas o vacíos (conscientes o no) por parte de los constituyentes.

De este modo, normalmente la propia Carta Magna es la que designa en su texto los mecanismos previstos para la reforma a su articulado. Es de esta forma que el mismo constituyente prevé la modificación de lo dispuesto por él, en atención al equilibrio rigidez-flexibilidad antes expuesto. Al decir de José RIVERA:

“(...) una de las partes fundamentales de toda Constitución es la que regula el procedimiento de la reforma constitucional, es decir, aquellas normas constitucionales que definen la forma en que se reformará, determinan a quién corresponderá la iniciativa, quién tendrá el poder reformador, cuáles serán las ocasiones y los plazos en los que se efectuará la reforma, los mecanismos de participación ciudadana y el papel que desempeñen los órganos del poder constituido en el proceso de reforma. Dependerá de esas normas la estabilidad



constitucional y el equilibrio entre la inmutabilidad irrazonable y el “reformismo” irresponsable (...).”⁶⁰

Cuando la Constitución Política adolece de una cierta imprecisión en la regulación y determinación de las dos categorías de reformas a la Constitución Política (parcial y total), previstas por su propio texto, estos defectos en su articulado relativo a la reforma constitucional son sumamente peligrosos tomando en consideración la garantía de estabilidad y eficacia del ordenamiento jurídico, que es asegurada a través de una técnica adecuada en la normativización de los cambios constitucionales.

Lo anterior, debido a que las normas que regulen la posibilidad de modificar el texto de mayor peso normativo dentro de un ordenamiento jurídico, deben originarse de la técnica más precisa y depurada. Esto en atención a la gravedad de las consecuencias que dichas insuficiencias pueden acarrear. Dicho examen de un sistema constitucional con base en las normas que regulan la reforma constitucional se ha entendido de la siguiente manera:

“(...) como sostiene Pedro de Vega, es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valoran el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución.”⁶¹

⁶⁰ RIVERA SANTIVAÑEZ José A.-, *Op. cit.*, p. 129.

⁶¹ DE VEGA Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 81, citado en: RIVERA SANTIVAÑEZ José A.-, *Op. cit.*, p. 129.



Partiendo de estas precisiones, debe quedar clara la importancia que revisten las reformas constitucionales en el adecuado ajuste de las disposiciones del Texto Fundamental a los cambios en los diferentes aspectos de la vida del Estado. Tales alteraciones (de orden político, social, económico, entre otros), normalmente determinan diversas necesidades a las cuales puede responder la propia Constitución Política.

Es importante precisar la conceptualización de las reformas en cuanto a procedimientos, señala Klaus STERN como peculiaridades de las normas de reforma a la Constitución Política las siguientes:

*“agravación del procedimiento; disposiciones de tipo formal; límites jurídico-materiales; y algunos que proceden de la situación histórica (...).”*⁶²

La agravación del procedimiento constituye un rasgo fundamental en los sistemas constitucionales rígidos respecto de la modificación de la Carta Magna. Ya que por medio de lo que se podría denominar como “principio de procedimiento agravado” se pretende resguardar la estabilidad constitucional. Es decir, en cuanto a las disposiciones de tipo formal, se establecen requerimientos insalvables de procedimiento (trámites legislativos, votaciones, entre otros). En suma, en caso de que no respetaren, pueden dar lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de la propuesta en cuestión. La tercera categoría citada constituye uno de los objetivos de esta monografía en cuanto pretende analizar

⁶² STERN Klaus, *Op. cit.*, p. 311.



los límites y alcances materiales de dicha función modificadora. Finalmente, los elementos que proceden de situaciones históricas particulares son generalmente reflejo de cada estado u ordenamiento jurídico en concreto, por lo que no son de particular interés en lo que aquí se analiza.

1.3. Categorías de Reforma Constitucional: reforma parcial y reforma general.

Es posible, por lo que se ha venido planteando hasta el momento, hablar de la existencia de dos vías “tradicionales” para alcanzar la modificación del texto constitucional; la reforma parcial y la general. De este modo, se pasa a precisar ambos conceptos jurídicos.

Existen distintos autores que en doctrina le han otorgado varias denominaciones, tanto a la reforma parcial como a la general; siendo ambas consideradas como la manifestación del poder constituyente instituido (*pouvoir constituant institué*). Al respecto, Kemal GÖZLER, menciona que:

“La idea principal de esta distinción es el volumen de materias sobre las cuales trata el poder constituyente. Si se ejerce sobre el conjunto de la Constitución, es el poder constituyente originario; por el contrario, si lleva a cabo una “modificación parcial”, es el poder constituyente derivado. Rechazamos completamente este criterio cuantitativo. En efecto, para nosotros, la cantidad de normas constitucionales emitidas por los poderes constituyentes originario y derivado no tiene ninguna importancia. Puesto que, como lo hemos visto,



definimos los poderes constituyentes originario y derivado como los poderes de emitir una norma o normas constitucionales.”⁶³

Como se nota, no solamente se trata de una distinción nominal. Además, la reforma parcial, también, se caracteriza por ser aquella que, según el criterio para el que se utilice, puede servir para retocar, reparar o rectificar la propia Constitución. De modo que, como poder constituyente establecido constitucionalmente, éste tiene la capacidad de realizar diversas clases de modificaciones al texto de la Constitución.

Por su parte, César LANDA, indica que:

“La revisión constitucional puede tener por objetivo ya sea reformar algunos puntos concretos, ya sea abrogarla y reemplazarla por otra. Pero, cualquiera que sea el cambio constitucional, ya sea total o parcial, se deberá operar siguiendo las reglas establecidas por la Constitución para su modificación”⁶⁴

Lo básico es señalar que la diferencia más inmediata se encuentra, entonces, en el procedimiento desde el cual se lleva a cabo una u otra. En este sentido, como se ve en los arts. 191 al 195 Cn. nuestra Constitución Política contiene un procedimiento determinado, tanto para la reforma parcial como la general.

⁶³ BENOÎT Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 8° ed., 1991, p.91, citado en: GÖZLER Kernal, *Op. cit.*, p. 47.

⁶⁴ CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Op. cit.*, p. 497 y pp. 583-599, citado en: LANDA ARROYO César, “La Reforma de la Constitución desde la perspectiva del Tribunal Constitucional” *Justicia Constitucional*, año 1, núm. 1, 123-150, Enero, 2005, p.135.



Para esclarecer aún más los criterios distintivos entre una y otra reforma, José RIVERA, entre otros doctrinarios, señala que:

“Es importante advertir que la reforma parcial o total de la Constitución no se refiere a la cantidad de normas a ser reformadas, sino a los elementos del sistema constitucional que pueden o no ser objeto de modificación o sustitución; entonces, no se trata de un problema cuantitativo, orientado a definir el cuánto, sino de un problema cualitativo, orientado a definir el qué se puede o no modificar en el sistema constitucional configurado por la Constitución. La reforma parcial implica modificar la Constitución en todas aquellas partes que no afecten al núcleo esencial del sistema constitucional configurado en su parte axiológica, la parte dogmática y la parte orgánica.”⁶⁵

Como se observa, lo que el autor advierte es la diferencia entre un criterio cuantitativo y uno cualitativo para distinguir entre una y otra reforma. El extracto utilizado es una ejemplificación sumamente clara de una posición favorable a la distinción *cualitativa* entre los supuestos de reforma constitucional. Dicha postura implica, entonces, un núcleo de contenidos que son restringidos del poder de reforma parcial, de modo que, únicamente, es procedente pretender su modificación a través de la figura de una "reforma" general.

⁶⁵ RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 129.



A modo de complemento y para agregar al concepto de reforma parcial que hemos señalado cabe citar a Rubén HERNÁNDEZ VALLE, quien señala que:

“(...) la reforma constitucional puede ser parcial, cuando se modifican uno o varios artículos; es general, en cambio, cuando es modificada la totalidad del texto constitucional o bien partes vitales de él que impliquen un cambio radical en su régimen político, económico y social.”⁶⁶

Es claro que en la determinación del concepto de reforma general el autor deja abierta la posibilidad de la adopción de uno u otro de los criterios a los que se ha referido. Sin embargo, es justamente en relación con las llamadas “partes vitales” de la Constitución donde ha existido mayor controversia. De modo que casi podría afirmarse que existen, tantos criterios sobre el núcleo esencial de un texto constitucional, como autores que postulan teorías al respecto. En este sentido, José RIVERA, indica algunos de los puntos principales para distinguir cualitativamente entre un cambio parcial, y otro de carácter general:

“Se trata de reforma total cuando se introducen modificaciones respecto a los aspectos esenciales de la vida política, social y económica del Estado; esto es, modificar el sistema constitucional cambiando el sistema de valores supremos y principios fundamentales, sustituyendo el tipo de Estado vigente por otro nuevo, cambiando el régimen de gobierno que impera por otro diferente, introduciendo cambios importantes en la estructura social, jurídica, económica y política del

⁶⁶ HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 13, núm. 37, Enero-Abril, 1993, p.147.



Estado, o introduciendo cambios significativos a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.”⁶⁷.

Recapitulando, se va a entender que un criterio cualitativo es aquel que utiliza, como base para distinguir entre una reforma y otra, la materia respectiva que se pretenda reformar. En otras palabras, mediante este criterio se postula que es posible reformar un determinado artículo de la Constitución, pero que si el mismo es considerado como elemento esencial de los principios políticos, sociales o económicos instaurados por la Constitución, o varía completamente el sentido de ésta; este mismo es el que llevará a considerar dicha reforma como total y no como parcial.

En sentido contrario, partiendo de una tesis cuantitativa, se podría decir que lo importante para considerar si se trata de una reforma general y no una parcial, es únicamente el número de artículos que se están cambiando. De esta manera, la reforma parcial puede tratar de un número determinado de artículos o disposiciones constitucionales, mas no la totalidad de la Constitución (sustitución o cambio de la misma), lo cual queda a la competencia reformadora de naturaleza general o total. En este sentido, como muestra de la anterior postura, Gustavo FALLAS señala en su tesis de maestría lo siguiente:

“Generalmente, en doctrina se entiende que la reforma es parcial cuando el Poder Legislativo, actuando como poder constituyente derivado, modifica uno o varios artículos de la Constitución Política y es general (total) cuando una

⁶⁷ RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 129.



Asamblea Constituyente, convocada para reformar la Constitución Política, modifica la totalidad del texto constitucional vigente.”⁶⁸

Ahora bien, un tema controversial respecto de lo que hasta el momento se ha analizado lo constituye la procedencia de las llamadas "reformas generales". ORTÍZ ORTÍZ señala, en contraposición a la posibilidad de la existencia de una reforma de tales características:

“Si hay cláusulas constitucionales “pétreas”, porque la Constitución impide tácita o expresamente su reforma, entonces son jurídicamente imposibles las reformas totales o generales de la Constitución, si por ellas se entienden las que pueden reformar todos y cada uno de los artículos o normas constitucionales, e incluso aquellos inmutables. Toda reforma constitucional es necesariamente parcial y limitada a las disposiciones reformables o fluidas de la Constitución (...). Agrego que si jurídicamente no puede haber reforma general o total, jurídica o constitucionalmente sólo puede haber reforma parcial de la Constitución, y que, en consecuencia, toda reforma es parcial y como tal, y sólo como tal, puede tramitarse. La reforma general es inconstitucional.”⁶⁹

⁶⁸ FALLAS VARGAS Gustavo, *Elementos esenciales en el procedimiento de reforma parcial a la Constitución Política y jurisprudencia constitucional costarricense*, Tesis para optar al grado de Máster en Derecho Constitucional, San José, Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Estatal a Distancia, 2002, p. 19.

⁶⁹ ORTIZ ORTIZ Eduardo, *De las Reformas Constitucionales Inconstitucionales*, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1977, pp. 27-29.



Al respecto, y en contraposición a la posición de ORTÍZ ORTÍZ, Luis Antonio SOBRADO indica que:

“Restar validez a las normas constitucionales que autorizan las reformas totales es, por otra parte, una postura no exenta de arrogancia, porque en este caso el jurista pretende sobreponerse al poder constituyente, al negarle la posibilidad de adoptar esta actitud de apertura radical al cambio constitucional.”⁷⁰

Partiendo, entonces, de esta dicotomía, se considera que la posibilidad de la previsión de una reforma general dentro de la Carta Magna es bien aceptada y reconocida, desde el momento cuando fue planteada en la Constitución. Se estableció, así, como una posibilidad para darle a nuestro sistema constitucional continuidad y vigencia a través del tiempo, y a su vez, se dificulta el cambio constitucional antojadizo que puede conllevar una gran inestabilidad estatal en términos generales.

Además, se ha señalado, también, en doctrina, que otro de los aspectos fundamentales que permiten distinguir la reforma total de la reforma parcial, es el que se encuentra relacionado al órgano encargado para la puesta en práctica de una u otra. Sin embargo, esto varía dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate, ya que la propia Carta Fundamental, en el establecimiento de los procedimientos requeridos, establece el sujeto competente para tramitarlas.

⁷⁰SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Op. cit., p. 416.



No obstante lo anterior, se considera pertinente acotar que lo ideal en la determinación de tales competencias es que la voluntad soberana sea debidamente representada y llevada a la práctica en la conformación de tales órganos. Por esta razón, normalmente, como es el caso de Nicaragua, la Asamblea Legislativa o Parlamento (como representante del poder soberano) tiene un papel preponderante en los proyectos de reforma correspondientes.

A manera de síntesis sobre lo que se ha expuesto, se considera que es fundamental resaltar varios puntos sobre los cuales es posible distinguir entre reforma parcial y total:

1. El procedimiento mediante el cual se pone en práctica una u otra.
2. Lógicamente, el órgano que lleva a cabo una u otra reforma, ya que el mismo varía, según sea la reforma de que se trate y el ordenamiento jurídico que lo regule.
3. En algunos casos, el fundamento constitucional de una y otra, ya que cada una podría encontrarse debidamente regulada por un artículo al efecto.
4. Desde un criterio cualitativo, el propósito por el cual se llevan a cabo, siendo que, para la reforma parcial lo que se pretende es únicamente retocar, rectificar o reparar aspectos específicos o puntos concretos de la Constitución, no el núcleo de contenidos fundamentales de ésta.
5. En la tesis de una distinción cuantitativa, el número de artículos de la Constitución, ya sea uno o varios (reforma parcial), o la sustitución o cambio del texto constitucional (reforma general).

1.4. La mutación constitucional como vía “sui generis” para variar el sentido del texto de la Constitución Política.



Las formas de cambio de la Constitución Política implican necesariamente la existencia de una necesidad de ajuste y adecuación de las normas de dicho texto a las necesidades cambiantes del Estado. En el marco de una Constitución flexible, lo anterior se llevará a cabo con mayor facilidad, mientras que en un texto de naturaleza rígida existe una mayor dificultad procedimental.

Existe una diferenciación entre los procedimientos de cambio constitucional que se mantienen dentro de las fronteras de la constitucionalidad y aseguramiento de la fuerza normativa (y supremacía) de la Constitución Política. De este modo, señala José DA SILVA, que existen dos vías para lograr dicho cometido, por una parte, la reforma constitucional representa una vía *formal* de cambio en la Constitución. Esto implica que se realiza por medio de procedimientos expresamente indicados en las cláusulas de reforma correspondientes. Al contrario, existe la mutación constitucional entendiéndose como tal la vía más importante de variación del sentido del texto constitucional (además de la reforma constitucional propiamente dicha), como concepto jurídico en contraposición a la reforma y corresponde a un proceso *informal* en la variación del sentido de un texto constitucional. Evidentemente, se entiende que tal cometido se lleva a cabo en defecto de los trámites ya aludidos.⁷¹

Tanto la reforma constitucional como la mutación del texto de la Constitución corresponden a procesos por medio de los cuales se permite la actualización del texto constitucional a la realidad cambiante de la vida estatal. Dicha posibilidad

⁷¹ DA SILVA José A., “Mutaciones Constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D.F., núm. 1, julio-diciembre, 1999, p. 6.



es vital en la continuidad de un ordenamiento jurídico que mantenga un adecuado equilibrio entre la estabilidad y la flexibilidad en la regulación constitucional de determinados aspectos.⁷²

Ahora bien, según señala Víctor OROZCO, el fenómeno jurídico de la mutación constitucional fue tratado originalmente por la doctrina alemana durante la vigencia de la Constitución de 1871 de aquel país. En dicho momento histórico no estaba plenamente desarrollada la idea del control de constitucionalidad como garantía de la supremacía normativa de la Constitución Política. Como resultado, se resaltaba únicamente la imposibilidad de asegurar efectivamente la concordancia de las normas con el marco constitucional correspondiente.⁷³

Al respecto de lo mencionado anteriormente, analizaba JELLINEK:

“(...) en la mayor parte de los Estados donde no se asigna al juez el derecho de comprobar si las leyes concuerdan materialmente con la Constitución, no hay garantía alguna, por más que digan las teorías jurídicas, de que no se promulgue una ley que contradiga los principios del Derecho Constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución.”⁷⁴

⁷² HAMILTON Alexander, MADISON James y JAY John, *Op. cit.*, p. 191, citado en: RIVERA SANTIVAÑEZ José A., *Op. cit.*, p. 127.

⁷³ OROZCO SOLANO Víctor, *La fuerza normativa de la Constitución*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 1° ed., 2008, p. 159.

⁷⁴ JELLINEK Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1943, p. 439.



Una vez que entró en vigencia la Constitución de la República Federal Alemana en 1949, el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina de aquel país dieron un giro o precisión importante al concepto que aquí se analiza. Así, según Víctor OROZCO, se señaló que una mutación consiste en lo siguiente:

“(...) tanto el Tribunal Constitucional Federal, como la doctrina predominante entendieron que una mutación constitucional modificaba el contenido de las normas constitucionales, de tal modo que la norma, conservando el mismo texto, recibía una significación diferente.”⁷⁵

En atención a las categorías de mutación constitucional para autores como Hsü DAU-LIN existen cuatro categorías de mutación constitucional de acuerdo a la causa que les da origen:

- “a) (...) mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución;*
- b) (...) por la eventualidad de ejercer competencias de poder, que corresponden al contenido de ciertas prescripciones constitucionales;*
- c) (...) por una práctica constitucional que contradice, claramente, la preceptiva de la Constitución;*

⁷⁵ HESSE Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2^o ed., 1992, p., 85, citado en: OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, p. 159.



d) (...) mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan de acuerdo a consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo (...).”⁷⁶

En base a estas categorías es apropiado analizar las propuestas por José DA SILVA, con las consideraciones del caso:

*“a) de los actos de complementación constitucional,
b) de la interpretación y la construcción constitucionales; y
c) de las prácticas político-sociales, convertidas en convenciones constitucionales.”⁷⁷*

De inicio, se entiende necesario afirmar que en el caso de las prácticas político-sociales que configuran convenciones constitucionales, es de dudosa procedencia aceptar su inclusión dentro de la categoría de mutaciones constitucionales. En tanto, en el marco de una Constitución rígida, una convención constitucional requiere de su inserción por medio de una reforma al efecto, para adquirir eficacia como parte de la Norma Fundamental.

De forma que, si bien podría darse una situación como la descrita, toda convención (no incorporada por medio de procedimientos formales de modificación constitucional) que contraríe lo regulado por la Carta Magna (a

⁷⁶ DAU-LIN Hsü, *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 31-45.

⁷⁷ DA SILVA José A., *Op. cit.*, 1999, p. 13.



diferencia, como se verá, de la *complementación constitucional*), no podría tener aplicación por sobre ésta. En tal sentido, es importante acotar lo señalado nuevamente por José DA SILVA:

*“Las convenciones no reciben sanción judicial. Por ser prácticas políticas escapan a la apreciación del Poder Judicial. Pero, en este caso, no se trata del concepto de mutación constitucional, pues éste debe ser reservado para la modificación de la Constitución rígida.”*⁷⁸

Luego, respecto de los llamados actos de complementación constitucional, es preciso señalar únicamente que se tratan de, por ejemplo, leyes, actos ejecutivos o políticas públicas, que llevan a cabo una extensión o complemento de las normas constitucionales. De modo que estos acaban “integrándose” dentro del contenido de éstas para efectos de su aplicación.

La norma constitucional, al estar redactada en términos sumamente generales, precisa de instrumentos normativos de distinta índole para que estos doten de una verdadera efectividad e implementación lo ideado por el constituyente. Como bien señala José DA SILVA:

“(…) la ley (u otros actos de carácter público) se elevará en importancia, en la medida que se caracteriza como desdoblamiento necesario del contenido de la Constitución. Muchas normas constitucionales, otorgantes de derechos

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 21.



económicos y sociales, dependen de una legislación posterior que integre su eficacia y que realice en la práctica su aplicación. En este caso, la ley podrá ser considerada un instrumento de realización de la eficacia de la Constitución, realizando la función transformadora de la sociedad, alterando el control social, imponiendo cambios sociales democráticos.”⁷⁹

Posteriormente, aparece la interpretación o construcción constitucional. Dicha labor, se lleva a cabo principalmente por medio de la labor interpretativa de la Constitución que realizan los distintos órganos facultados para ello dentro de cada sistema en particular. Se tiene, entonces, que la labor interpretativa no implica necesariamente una modificación bajo la forma de mutación constitucional. La sola labor de aplicación de las disposiciones constitucionales con su consiguiente interpretación⁸⁰, no da lugar a concluir que en todas las ocasiones el sentido de la norma de la Constitución se verá modificado.

Se comparte la tesis de José DA SILVA en cuanto a que, en términos de dicho autor, únicamente una interpretación constructiva deviene en una mutación del texto constitucional:

“La construcción constitucional es una forma de interpretación fecunda en la medida que, partiendo de una comprensión sistemática de principios y normas

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 14.

⁸⁰ DA SILVA define el contenido de la labor interpretativa cuando no propicia la mutación del texto constitucional: “(...) *la interpretación busca conocer el objeto de conocimiento, tal como se presenta, o sea, sin modificarlo.*” *Ibíd.*, p. 13.



constitucionales, construyen instituciones explícitamente no previstas. Como cualquier forma de construcción, también la construcción constitucional consiste en la reunión de varios elementos en una edificación unitaria.”⁸¹

En consecuencia, la asimilación conjunta del Derecho de la Constitución (más allá de la mera literalidad de las normas, esto es, de la Constitución en términos formales), permite al intérprete determinar una variación en supuestos específicos del articulado constitucional. Así, en consideración de los principios que informan el ordenamiento constitucional y las normas en sí mismas, puede establecerse que una determinada disposición debe interpretarse particularmente y no necesariamente en estrecha coincidencia con la mera literalidad, pero siempre dentro de los límites que ésta delimita.

Partiendo de que la mutación constitucional, al igual que los procedimientos de reforma, posibilitan la actualización del texto de la Constitución, puede establecerse la presencia de límites a la labor interpretativa de los sujetos encargados de ésta. Dentro del marco de la garantía de la supremacía normativa del Texto Fundamental, tanto la reforma constitucional como la mutación del texto de la Carta Magna, aseguran su fuerza normativa a través de los ajustes a los que dan lugar con el paso del tiempo. Víctor OROZCO realiza dicha precisión en relación con los procedimientos o vías que habilitan dicha posibilidad:

⁸¹ *Ibíd.*, p. 19.



*“Lo anterior (el aseguramiento de la continuidad y fuerza normativa de la Constitución) se puede realizar mediante dos vías: una, por la observancia de los procedimientos formales que la propia Constitución expresamente establece para su reforma (...) y; otra, consistente en modificar el contenido de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto literal: es decir a través de una mutación constitucional.”*⁸²

De forma que cuando se habla de mutación constitucional puede afirmarse que se está ante una vía de variación del *sentido* del texto constitucional, en contraposición a la modificación del propio contenido literal de la norma. Como bien señala Konrad HESSE, dicha posibilidad, en el marco del ejercicio de las funciones del juez constitucional (u otro intérprete autorizado), nace con la existencia de normas generales y abiertas, que únicamente con las precisiones realizadas en su interpretación pueden encontrar un verdadero contenido práctico.⁸³

Respecto a los procedimientos de reforma los aspectos procedimentales limitan claramente, según sea el caso, el ejercicio de dicha potestad, además de los límites materiales que se puedan determinar. El caso de la mutación constitucional requiere de ciertos análisis teóricos respecto del alcance de la función interpretativa del Derecho de la Constitución.

⁸² OROZCO SOLANO Víctor, *Op. cit.*, p. 174.

⁸³ HESSE Konrad, *Escritos de derecho constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2º ed., 1992.* p. 174.



La mutación constitucional permite solamente la precisión, actualización y la puntualización de la norma constitucional en sí misma. Por lo que, en consecuencia, solamente a través de una reforma puede plantearse un cambio sustancial de la materia regulada. Para tales efectos indica Konrad HESSE:

*“(...) la mutación constitucional y sus límites sólo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio “en el interior” de la norma constitucional misma (...). Todo lo que se sitúe fuera de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución.”*⁸⁴

En este sentido, donde finaliza la posibilidad de una interpretación constructiva dentro del marco dispuesto por la literalidad de la norma constitucional, termina la posibilidad de admitir la figura de la mutación constitucional. Se habla aquí de la contradicción norma-situación fáctica, que en caso de ocurrir, se considera debe prevalecer el orden constitucional y la supremacía normativa de la Norma Fundamental. Como bien señala Pedro DE VEGA⁸⁵ el fenómeno de la mutación y la aludida supremacía constitucional no son mutuamente excluyentes. Sin embargo, cuando la tensión o contradicción citada pone en peligro dicho concepto se debe optar por favorecer una u otra posibilidad:

“Es entonces (en relación al conflicto hecho o convención-norma constitucional) cuando aparece como única alternativa posible la de, o bien convertir la

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 175

⁸⁵ DE VEGA Pedro, *Op. cit.*, pp. 208.



práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico de la mutación, en nombre de la legalidad existente.”⁸⁶

Entonces, la mutación constitucional pierde su fundamento cuando entra en expresa contradicción con el texto constitucional que, como se dijo, constituye su límite principal. Ya que en esta situación, como forma de asegurar la primacía y superioridad normativa de la Constitución como base del Estado de Derecho, debe optarse por la reforma constitucional para poder cambiar sustancialmente lo dispuesto por una norma de este cuerpo normativo.

Es, en este punto, donde se puede concluir que los procedimientos de reforma constituyen la única forma constitucionalmente válida de introducir cambios sustanciales más allá del texto literal de la norma. No obstante lo anterior, esta labor igualmente implica una serie de limitaciones que serán analizadas en el capítulo correspondiente de esta investigación.

Dentro del supuesto de la interpretación o construcción constitucional, como categoría de mutación constitucional, cabe analizar un último, pero sumamente importante aspecto de interés. Se trata de la interpretación por parte del Tribunal Constitucional o Sala de lo Constitucional para el caso de nuestro país frente a la Asamblea Legislativa en su función reformadora. Esto porque podría hablarse en muchas ocasiones de una usurpación del poder que el soberano ha delegado en ésta por la extralimitación del juez constitucional en su labor interpretativa del

⁸⁶ Ídem.



sentido de la Constitución. Como solución a dicha confrontación Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado lo siguiente:

“En efecto, si en su función interpretativa de la Constitución el pueblo, como titular del poder constituyente, entendiéndose que el Tribunal había llegado a una conclusión inaceptable (o porque se tratase de una consecuencia implícita en la Constitución de que el constituyente no hubiese tenido conciencia clara y que al serle explicitada no admite, o bien – hipótesis no rechazable como real- porque entendiéndose la decisión del Tribunal excede del marco constitucional), podrá poner en movimiento el poder de revisión constitucional y definir la nueva norma en el sentido que el constituyente decida, según su libertad incondicionada.”⁸⁷

La mutación constitucional constituye una forma para actualizar y precisar el propio contenido del articulado constitucional. Sin embargo, encuentra un obstáculo insalvable en el propio texto de la Norma Fundamental. De esta manera, cuando exista contradicción con dicho texto, sólo a través de una reforma constitucional podría dotarse de eficacia al supuesto de hecho que contraría a la norma de la Constitución.

En tal sentido, la reforma constitucional se constituye como el medio del cual dispone el parlamento para frenar los excesos del Tribunal Constitucional en su

⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 201-202.



labor interpretativa. En caso de que se considere que este órgano se ha extralimitado en el ejercicio de sus atribuciones, el poder de reforma (como manifestación del poder soberano), investido en el Poder Legislativo, tiene la capacidad de modificar sustancialmente el contenido de las normas constitucionales. Esto con la finalidad de derribar las conclusiones del juez constitucional que considere como contradictorias con el sistema constitucional en términos generales.

En conclusión, las reformas constitucionales deben servir, igualmente, como instrumento en manos del soberano para imponer su voluntad, en cuanto a las posibilidades de una mutación constitucional; respecto de un poder constituido como lo es aquel del juez constitucional o sala de lo Constitucional en nuestro caso. Esto debido a que la mutación es aún más limitada en su ámbito de acción frente al poder investido en el parlamento por el soberano; el peligro de modificar sustancialmente la Constitución prescindiendo de los procedimientos agravados correspondientes es latente en la labor diaria de interpretación a cargo del juez constitucional. Es, entonces, tarea del parlamento ejercer un contrapeso frente a éste para “controlar” la posibilidad de que tenga lugar un *cambio* constitucional (en contraposición a una *precisión*), sin mediación de la voluntad delegada del soberano.



CAPITULO II: Reforma constitucional: Sobre los límites del ejercicio del poder de modificación constitucional

En el planteamiento inicial de esta investigación se hizo mención del poder soberano (considerado en sí mismo y en cuanto poder de reforma constitucional), y al juez constitucional en su labor de control o limitación de esta posibilidad.

El presente capítulo expondremos la efectiva limitación o demarcación que puede llevar a cabo el juez constitucional o Sala de lo Constitucional, como poder constituido, sobre lo que, como ya argumentamos, consiste la voluntad expresada y representada del soberano, de modificar un aspecto determinado, o la totalidad, del texto constitucional.

2.1. Los principales aspectos doctrinales respecto de los límites de las reformas a la Constitución Política

En esta sección se estudiarán los límites sustanciales y formales, de conformidad con las diversas categorizaciones establecidas respecto de las manifestaciones que presentan las limitaciones a la reforma. De forma tal que se pueda establecer un marco teórico general en relación con la demarcación de la labor de modificación constitucional.

Para analizar el tema de los límites, se debe remitir inicialmente, a los conceptos sobre el poder constituyente originario y derivado. En atención a esto, es necesario tener presente la distinción entre los mismos, para partir del hecho que,



dependiendo de la manifestación de poder constituyente que se trate, así será el alcance de dichas limitaciones y la concepción de las éstas.

Asimismo, resulta fundamental aclarar en esta sección, la distinción existente entre los llamados límites de forma y los límites sustanciales, así como otras derivaciones que sobre éstos se han esbozado. Si bien se entenderá que ambas categorías constituyen, en teoría, un impedimento para llevar a cabo la reforma constitucional sobre determinados aspectos, se debe comprender que los primeros están relacionados con las cuestiones meramente procedimentales de la reforma; mientras que los segundos están directamente relacionados con la materia imposibilitada a reformarse. En efecto, se debe indicar que las interpretaciones y tipologías que se han hecho con ocasión de éstos, distan de ser escasas en cuanto al tema. Por ello, como parte de algunas distinciones que veremos, se puede hablar de distintos tipos de límites al poder constituyente y de reforma o cambio constitucional.

Entre otras, se puede citar el planteamiento de Pedro DE VEGA, para quien existen limitaciones Heterónomas, Autónomas y Absolutas, que se basan principalmente en distinguir entre lo jurídico y lo extra jurídico. En este mismo sentido, se cuenta con distinciones como la de Rodolfo SABORÍO, quien propone la existencia de límites orgánicos, temporales (estrechamente ligados con los límites formales antes aducidos) y sustanciales (materiales).

En cuanto a tales distinciones, es preciso indicar que éstas parten de nociones que clasifican los alcances del poder de cambio, con base en consideraciones que varían de un autor a otro, y que son utilizadas en función de un análisis



particular. Por ende, no sería correcto manifestar que unas u otras estén del todo correctas e incorrectas, simplemente se dirá que unas resultan más útiles que otras para explicar cómo se delimita una reforma. En consecuencia, para los efectos de nuestro análisis, y lo que en el fondo se quiere plantear, se partirá, en principio, de la distinción que realiza Jorge VANOSSI sobre el tema.

Respecto de dicho autor, resulta particular la forma como éste entiende estos límites con base en la noción clásica, según la cual, dependiendo de si se parte del poder constituyente originario o derivado, así serán las limitaciones existentes. De tal forma señala:

“(…) afirmando que en el caso del originario hay total ilimitación, tanto formal como sustancial (es decir, de procedimientos y de contenidos); y que en el caso del derivado hay-en principio- limitaciones, que en lo formal (procedimiento) existen siempre, aunque en lo sustancial (contenido) solamente algunas veces (las llamadas “cláusulas pétreas”).”⁸⁸

De previo a analizar el concepto subrayado en la cita anterior, es necesario proceder inicialmente con la distinción aludida por él, para guiar el análisis desde los aspectos más generales hasta los más específicos de su clasificación. En consecuencia, para Jorge VANOSSI existen, en un primer plano, límites:

- 1. Jurídicos o Positivos**, que se subdividen, a su vez, en límites **Autónomos** y **Heterónomos**. Los Autónomos, en primer lugar, surgen de un poder

⁸⁸ VANOSSI Jorge R. , *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, v. I, 1975. p.175



constituyente derivado y revisor de la Constitución, y por ende, son los que están dados por la propia Carta Magna. Los Heterónomos, por el contrario, son límites que ocurren desde ordenamientos jurídicos externos⁸⁹. Ejemplo claro de estos últimos se presenta en virtud de tratados internacionales, donde se determinan ciertas decisiones en atención a temáticas como los Derechos Humanos.

2. **Extrajurídicos, Metajurídicos o Absolutos**, son aquellos que surgen como manifestación, tanto del poder constituyente originario como del derivado, y siempre deberán ser respetados por el propio constituyente. Sobre estos últimos, el autor señala tres clasificaciones en las cuales se encuentran: Estructurales, Ideológicos-Culturales, Político-Coyunturales.

Ahora bien, es preciso profundizar un poco más respecto de estos límites autónomos indicados, ya que justamente, de dicha categoría surgen las dos derivaciones que más interesan de todo el análisis de Jorge VANOSSI. Se trata de la subdivisión entre los límites de carácter Procesal y Sustancial.

2.1.1 Límites procesales

Evidentemente, no se requiere un análisis ulterior para entender de lo que tratan los límites procesales respecto de la reforma. Sin embargo, siempre es importante dejar en claro las cuestiones básicas sobre los mismos. En este sentido, se ha dicho que estos se subdividen, a su vez, en Formales y Temporales.

⁸⁹ *Ibíd.*, p.178.



Respecto de los Formales, según Luis Antonio SOBRADO, “*Constituyen límites FORMALES al poder de reforma todos aquellos requisitos, prescritos por la Constitución que se revisa, relativos al trámite que ha de seguir cualquier propuesta de enmienda, tales como los quórum, las ratificaciones debidas, la disolución de las Cámaras eventualmente prevista, etc.*”⁹⁰

Por su parte, los señalados límites Temporales, como se puede deducir de su nombre, suponen ciertas prohibiciones en razón de plazos o periodos en varias formas. De tal suerte, siguiendo la distinción de Jorge VANOSSI (complementada por Luis Antonio SOBRADO), existen: **i)** plazos de espera, **ii)** plazos prohibitivos de reforma en virtud de revisiones anteriores, y, **iii)** plazos prohibitivos de reforma durante circunstancias especiales de la vida constitucional del Estado.

Vale aclarar respecto de dichos plazos, como bien lo indica Luis Antonio SOBRADO, que éstos se han convertido en una práctica abandonada en el constitucionalismo latinoamericano. Lo anterior, debido a la ineficacia que han demostrado tener estas cláusulas en la práctica, así como a la tendencia que se ha asumido de no congelar la dinámica política⁹¹.

Sin embargo, como se ha dicho, existen distintas concepciones doctrinarias respecto de unos u otros límites. En este sentido, llama la atención la posición de

⁹⁰SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.218.

⁹¹ *Ibíd.*, p.222.



autores como Rodolfo SABORÍO, quien, a diferencia de la clasificación de límites procesales aludida anteriormente, señala que existen los límites Orgánicos (aunados a los temporales y sustanciales considerados en su tipología). Según dicho autor, estos límites orgánicos se manifiestan en la reforma parcial, a través de requisitos como: **i)** iniciativa, **ii)** comisión especial, **iii)** deliberación por un órgano calificado, **iv)** deber de consultar a la Sala Constitucional, **v)** comisión redactora del proyecto, **vi)** aprobación por un órgano calificado y **vi)** votación calificada.⁹²

De igual forma, realizando un análisis similar respecto de los límites Temporales a que aludíamos líneas atrás, en relación con Jorge VANOSSI, este último autor que se cita, indica que respecto de la reforma parcial los límites se encuentran en: **i)** la presentación de la iniciativa en período de sesiones ordinarias, y, **ii)** el plazo para rendir el Dictamen de la Comisión Especial.⁹³

En síntesis, para concluir con el tema de las limitaciones procedimentales, se debe decir que se encuentra de acuerdo con la clasificación planteada por Jorge VANOSSI, en el sentido que (independiente de las subdivisiones que éste y otros autores hagan) estos límites son en el fondo, una serie de pautas obligatorias que se deben seguir para tramitar toda reforma constitucional (independientemente de si es parcial o general).

⁹² SABORÍO VALVERDE Rodolfo, “Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, *Revista Jurídica Electrónica*, <http://www.cesdepu.com/index.htm>, pp. 4-7. Consultada el 10 de enero del 2016.

⁹³ Ídem.



2.1.2 Límites sustanciales

Respecto a las limitaciones Sustanciales, como bien señala Luis Antonio SOBRADO: “(...) *suponen la existencia de un mandato constitucional en cuya virtud se declaran irreformables partes, artículos, cláusulas o principios de la Constitución de que se trate; ello, toda vez que el constituyente originario les ha asignado importancia tal, que prefiere sustraerlos de la competencia revisora.*”⁹⁴

Empero, respecto de dicha precisión es necesario aclarar que estos límites pueden presentarse de manera expresa o implícita. Así, cuando se habla de las primeras, lógicamente se debe entender que se trata de aquellas prohibiciones que la propia Constitución determina. Estas son también conocidas como “cláusulas de intangibilidad” o “cláusulas pétreas” (No se trata de un punto de vista distinto, simplemente de una denominación diferente).

En atención a dichas cláusulas, la discusión doctrinaria y política durante el desarrollo del siglo XX no fue escasa. Dicha situación se vio principalmente afectada por los periodos de guerras existentes a lo largo del siglo, y, posteriormente, por la fragilidad y la tensión en el ambiente político internacional, donde se enfrentaban ideologías radicalmente distintas (comunismo-capitalismo).⁹⁵

⁹⁴ SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p.235.

⁹⁵ Es importante aclarar que no estamos infiriendo que tales ideologías tuvieran un punto de vista distinto respecto de dichas cláusulas, lo que queremos resaltar es que el conflicto surgido en razón de



En diferentes países se impulsó el desarrollo de cláusulas de prohibición específica respecto de determinados puntos impedidos de ser reformados en la Constitución. En este sentido, se encuentra una cantidad importante de casos similares en el continente europeo (sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial). Al respecto, dentro de una amplia lista de ejemplos, se prohíben cuestiones relacionadas con la forma republicana de gobierno, régimen político, entre otras cosas.⁹⁶

Empero, estos ejemplos señalados en el párrafo anterior, como bien se indicó, no se limitan solamente a los puntos mencionados. Por el contrario, realizando un análisis de los textos constitucionales a nivel histórico, algunos autores clasifican estas cláusulas de la siguiente manera: **i)** principios fundamentales o el “espíritu de la Constitución”, **ii)** forma de gobierno, **iii)** forma de Estado federal, **iv)** régimen político democrático, **v)** prohibición de reelección presidencial, **vi)** religión oficial, **vii)** integridad territorial, **viii)** igualdad de representación estatal, **ix)** disposiciones relativas a la reforma constitucional.⁹⁷

En síntesis, sobre este tipo de limitaciones expresas en el texto constitucional, se considera pertinente señalar la aclaración que realiza Luis Antonio SOBRADO, en relación con los autores que apoyan la tesis de la limitación sustancial a la reforma constitucional.

los dos movimientos (radicalmente diferentes) dio pie a una serie de conceptos sobre los cuales se plasmaron tales cláusulas.

⁹⁶ SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Op. cit., p.243.

⁹⁷ *Ibíd.*, p.242.



“Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma. Porque el poder de reforma es ilimitado, bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando, por el contrario, se entiende que la reforma tiene unas fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que está consagrando es la diferencia tajante entre poder constituyente y poder de revisión.”⁹⁸

De igual forma, tomando como punto de partida el enorme aporte del autor recién citado, Fernando CASTRO PADILLA⁹⁹ sintetiza la crítica que se realiza en torno a estas “normas pétreas”. En este sentido, se procederá a continuación, a mencionar y comentar éstas desde nuestra perspectiva:

1. Son contrarias a la idea de Derecho; condenando a un pueblo a actuar antijurídicamente al prohibirse la reforma por la propia Constitución, impidiendo soluciones jurídicas; se infiere que esto se deduce por aquellos casos en los cuales un pueblo no cuenta con un esquema Constitucional que les ofrezca solución a sus problemas, y aunado a ello, se le prohíbe la posibilidad de realizar cualquier cambio al mismo.
2. Se oponen a la naturaleza humana, que se caracteriza por el cambio ininterrumpido, ocasionado por las condiciones cambiantes de una

⁹⁸ *Ibíd.*, p.242.

⁹⁹ CASTRO PADILLA Fernando, “Límites Jurídicos Autónomos Sustanciales a la Reforma Constitucional en un Régimen Democrático”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V., San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004. P. 90.



sociedad, donde los medios económicos y tecnológicos que la rodean, siempre están en constante evolución, así como las problemáticas que esto puede acarrear. Esto se puede deducir en parte, de todas las razones que se han explicado hasta el momento, pues es evidente que dentro de un esquema democrático (que se rige por la participación de las personas, y se basa en la dinámica constitucional) donde el propio fenómeno social se presenta como un flujo incesante¹⁰⁰, en constante renovación y cambio.

3. Lesionan el principio democrático; pues, como consecuencia del reconocimiento del principio de soberanía popular se afirma el derecho del pueblo a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Lo anterior, por cuanto si se considera que es una cuestión básica que el pueblo pueda definir sus propias reglas fundamentales (como base de la democracia); venir a establecer límites a esta posibilidad sería contradecir presupuestos fundamentales como el del numeral 28 inciso c), de la Constitución Francesa de 1793, que aduce que “*Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras*”. Con esta idea, por supuesto, no se está infiriendo bajo ninguna circunstancia cualquier tipo de regreso al Estado Natural (Estado pre-político, donde no existen contratos sociales ni límites legales que regulen las relaciones entre los seres humanos). Simplemente,

¹⁰⁰ Debemos entender que este flujo incesante del que hablamos debe ser entendido (como se explica arriba) como el cambio constante que entrañan las generaciones venideras, debido a las nuevas situaciones, condiciones y problemáticas que estas enfrentan, las cuales, evidentemente, sería ingenuo pensar que serían las mismas de las generaciones anteriores. A esto nos referimos cuando expresamos que es fundamental entender, que dentro de un esquema constitucional, el establecimiento de estas cláusulas imposibilita a un pueblo/generación que desea mayoritariamente, libremente, plantear una reforma dentro del sistema democrático que los rige.



debe entenderse que bajo un sistema democrático (donde evidentemente se entiende que los individuos necesitan elegir sus representantes para que se definan los conceptos bajo los cuales serán gobernados en sociedad) una generación no puede sujetar a otra a sus leyes porque esto sería contrario a dicho principio democrático.

4. Resultan contraproducentes, toda vez que privan a la reforma de su función esencial, que es justamente la de defender la Constitución mediante cambios graduales, para que el texto no se vuelva letra muerta ante situaciones o problemáticas que requieran un cambio. De esta forma, en sentido contrario, si se sostuviera la creación y existencia de estas cláusulas, se estaría incitando al ejercicio de la violencia y a la revolución, ya que dichos cambios, en el momento cuando sean requeridos por una generación y estos no se puedan consumir por la vía legal establecida, no tendrán otro camino más que la vía revolucionaria para su consumación.¹⁰¹
5. Devienen en inútiles; al no *”mantenerse enhiestas más allá de los tiempos de normalidad y estabilidad, fracasando en su finalidad cuando sobrevienen los tiempos de crisis, cuyas eventualidades no pudieron contemplar o no consiguieron someter...”*¹⁰².

En efecto, lo que Jorge VANOSSI subraya aquí, es la imposibilidad lógica que tienen este tipo de cláusulas en relación con el cambio de los tiempos y su

¹⁰¹ DUVERGER Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 5° ed., 1970, p. 228., citado en CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 91.

¹⁰² VANOSSI Jorge R., *Op. cit.*, p. 176-187, citado en: CASTRO PADILLA Fernando, *Op. cit.*, p. 91.



capacidad de ajuste a los mismos. Evidentemente, en la época cuando se instituyeron algunas de las constituciones posteriores a segunda la mitad del siglo pasado (como la Constitución Política francesa de 1958), se previeron una serie de límites tendientes a proteger los principios y las necesidades de aquel periodo. Tampoco se podría negar que ocurra lo mismo con los mecanismos y herramientas que se tenían en aquel momento y equipararlos con el actual. En este sentido, nos parece evidente la necesidad imperante de no establecer reformas en cuanto todos estos supuestos materiales cambiantes con el tiempo, toda vez que es necesario tener siempre latente la posibilidad de adaptarse por parte del constituyente derivado.

En términos generales, se debe admitir que la mayoría de los puntos allí trazados (sin ánimo de criticar sus cuestionamientos), se basan, en argumentos que por algunos, podrían ser considerados un tanto desfasados.

En efecto, los sistemas constitucionales y el Derecho Internacional han alcanzado un desarrollo bastante considerable en la actualidad. Esto ha favorecido a un desarrollo y mejoramiento en la implementación de instrumentos internacionales a lo interno de los ordenamientos. De manera que la aplicación de algunos de estos instrumentos (principalmente Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano) en donde el tema de los derechos fundamentales y humanos se ha convertido en un punto vital.

Por ende, la paradoja sobre la aprobación o rechazo de ciertos aspectos intangibles en el constitucionalismo actual, ha “readquirido” aquel interés por la delimitación de algunos puntos particulares. Se está aludiendo específicamente a



los Derechos Humanos y Fundamentales, los cuales, de acuerdo con la interpretación que se explicará más adelante, al igual que las ideas tendientes a proteger el principio democrático, deben ser igualmente contemplados como cuestiones básicas del sistema democrático.

2.1.3 Los límites implícitos como construcciones teóricas fuera del texto constitucional.

De la misma forma como se sostienen las corrientes que demarcan los límites sustanciales expresos, existe doctrina y jurisprudencia abundante que confirma también la existencia de una serie de límites implícitos dentro de los propios textos constitucionales. En este sentido, autores como SCHMITT, a través de su discurso, indican que *“La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional (...).”*¹⁰³

Tal apreciación ha dado pie a una distinción que discierne entre la “reforma constitucional” y otros “conceptos limítrofes”¹⁰⁴, donde se pretende marcar, básicamente, las pautas respecto de ciertos aspectos o prohibiciones sobre las

¹⁰³ SCHMITT Karl, *Op. cit.*, p. 120, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁴ *Ibid.* p.260.



cuales no se podrá reformar la Constitución. Esto corresponde en el fondo, a prohibiciones de carácter similar a los límites sustanciales expresos ya señalados (donde lo que se establece es básicamente la materia que no se puede reformar), con la particularidad que los implícitos se infieren de un análisis del conjunto de la Constitución.

Partiendo de esta nueva clasificación de límites sustanciales, Kemal GÖZLER sintetiza de manera concreta (en relación a posiciones como la de SCHMITT) lo que estas corrientes constituyen:

*“Así, estos autores creen poder descubrir la existencia de límites que no figuran en la Constitución y, que se imponen, sin embargo, al ejercicio del poder de revisión constitucional. En otras palabras, es la doctrina que inventó o descubrió los límites sobre los que vamos a discutir aquí su existencia. Estas son entonces, construcciones teóricas.”*¹⁰⁵

Siguiendo esta tesis, se puede afirmar en principio, que los límites implícitos son aquellos que no se encuentran expresamente establecidos en el texto constitucional. Sin embargo, la doctrina o el intérprete jurídico establecen, mediante un ejercicio de deducción (bajo su criterio y análisis de los presupuestos del sistema constitucional o el propio del texto de la Constitución), aquellos contenidos que considera y reviste de un carácter superior e imposible de modificar (a lo cual precisamente denominamos límites implícitos).

¹⁰⁵ GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 294



Como se ha dicho, se ha desarrollado un debate histórico doctrinario y jurisprudencial al respecto, entre las tesis que defienden y fundamentan la existencia de estos límites y las que los rechazan. En este sentido, se procederá a realizar un análisis sobre ellas, así como algunos ejemplos de lo que se podría entender como un límite implícito a la reforma constitucional. En efecto, en palabras de MORTATI, esta tesis favorable a las limitaciones implícitas se justifican de la siguiente manera: *“Se ha hecho notar cómo la ley de revisión ocupa, en la jerarquía de las fuentes, un grado inferior a aquel que corresponde a la Constitución misma. De tal inferioridad deriva para ella una serie de límites y, primero entre ellos, la prohibición de alterar la Constitución en su conjunto, según se deduce de la consideración de la obligación que pesa sobre el órgano de revisión (en sentido explicado cuando se ha examinado el problema de la continuidad del Estado en relación con las mutaciones constitucionales) de respetar los principios esenciales del tipo de estado que resulta del ordenamiento como unidad. Prohibición que debe reputarse implícita en toda Constitución y, consecuente, aun cuando se halle previsto un procedimiento de revisión especial para aquellas reformas que se hacen entrar en la revisión designada con la calificación de “total”*”¹⁰⁶

De tal consideración, lo que se señala es que en síntesis, en razón de la inferioridad de la ley de reforma que plantea un cambio (en relación con el texto constitucional) deriva una serie de límites, como el de no alterar la Constitución

¹⁰⁶ MORTATI Constantino, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo segundo, 7° ed., 1967, pp. 974-975, citado en: ORTÍZ ORTÍZ Eduardo, *Op. cit.*, p.28.



en su conjunto. A raíz de esto se podría deducir la obligación del órgano revisor de respetar los principios que resultan del ordenamiento como unidad, para finalizar concluyendo que esto es una prohibición implícita en toda constitución y para cualquier tipo de reforma.

Evidentemente, de tal razonamiento lo que sí queda claro es la existencia de limitaciones/prohibiciones implícitas que señala el autor, sobre ciertos principios que el órgano revisor debe respetar en todos los casos, mediante el examen de tales contenidos irreformables, para determinar si los cambios que se pretenden introducir no entran en conflicto con ellos.

Asimismo, en relación con el contenido de estos límites, existen autores como Rubén HERNÁNDEZ VALLE, quien, citando a Pedro DE VEGA, apunta al principio de soberanía popular como el primero y más claro de estos límites.

Dicho autor en particular, indica que esto no significa que sea el único, y por el contrario, *“Su proclamación indiscutible, y casi obvia, como barrera infranqueable a la actividad de revisión, si tiene algún fundamento, es en la medida que constituye la base más segura para poder deducir el resto de los supuestos y contenidos del ordenamiento que, conforme a las exigencias de la lógica del Estado constitucional, han de concebirse como límites materiales implícitos...”*¹⁰⁷

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “Los Límites del Poder Reformador de la Constitución”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004, p. 25



En este mismo sentido, se ha de encontrar vasta doctrina que respalda las hipótesis allí planteadas, estableciendo una serie de temas implícitos sobre los cuales se sostiene la mencionada supralegalidad (que se sobreponen a la ley y la propia Constitución). Así, se encuentran autores en doctrina italiana (como el ya mencionado MORTATI), alemana (Konrad HESSE) y española (Pedro DE VEGA, entre otros.).

Asimismo, en relación con el contenido de estos límites, existen autores como Pedro DE VEGA, que apuntan al principio de soberanía popular como el primero y más claro de estos límites. Dicho autor en particular, indica que esto no significa que sea el único¹⁰⁸.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se puede agregar, además el importante desdoblamiento que realiza Kemal GÖZLER en relación con estos límites¹⁰⁹. Para dicho autor, “*Los Límites a la Revisión Constitucional no Inscritos en los Textos Constitucionales*”, (como les denomina en su tesis doctoral), se pueden apreciar desde dos vertientes: los que devienen de las normas supraconstitucionales¹¹⁰ del derecho interno y los que por el contrario,

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 25

¹⁰⁹ GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, pp. 300

¹¹⁰ Para entender mejor el concepto de normas supraconstitucionales referidas, es preciso ubicarse, en primer lugar, sobre lo que se entiende básicamente por normas constitucionales (por más que la explicación parezca redundante), las cuales, son comprendidas como todas aquellas que se encuentran plasmadas expresamente en el texto de la Constitución.



tienen su origen del derecho internacional. En este sentido, señala que las primeras, por las razones que se dirán, son de origen iusnaturalista, mientras que las segundas en cambio, encuentran su origen en el derecho positivo.

En cuanto a las primeras (normas supra constitucionales internas), dicho autor señala que de éstas se deducen dos cuestiones diferentes: **i)** determinar si existen normas con un origen extra constitucional y un valor superior a la Constitución; y **ii)** determinar si todas las reglas que conforman el bloque de constitucionalidad tienen el mismo valor. Para efectos de esta monografía, se refiere a la primera como la supra constitucionalidad propiamente dicha, y la segunda como la jerarquía de las normas como tal.

La supra constitucionalidad propiamente dicha, según este planteamiento abarca entre otras cuestiones, **i)** los principios del derecho natural, dentro de los que se puede citar términos como justicia, bien común, solidaridad, racionalidad, etc., **ii)** los derechos fundamentales, entre los cuales, como fundamento de la democracia según los autores que sostienen esta tesis, puede hablarse de libertades individuales, igualdad civil, propiedad, y en general, todas aquellos derechos asegurados al hombre, **iii)** la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, **iv)** el principio de soberanía nacional, y **v)** los principios generales del derecho.

En síntesis, después de realizar una crítica desmenuzada sobre cada uno de los puntos anteriormente señalados, Kemal GÖZLER concluye que a pesar de la importancia que tales puntos puedan revestir en la doctrina, y para el Derecho en general; lo cierto es que en la práctica carecen de toda objetividad y varían de un



autor a otro, generando que no solamente sean extra constitucionales, sino también, extra textuales, por lo que carecen de todo valor jurídico práctico. De esta forma concluye:

*“Así, estos autores se sobreponen no solamente al legislador ordinario, pero también aún gracias a la teoría de la supra constitucionalidad, al poder constituyente originario.”*¹¹¹

Por otra parte, en cuanto a la jerarquía de las normas, a lo que este autor se refiere en primera instancia, es que si bien pueden existir distintas concepciones sobre lo que es un bloque de constitucionalidad, el mismo debe ser entendido como *“El conjunto de principios y reglas con valor constitucional cuyo respeto se impone al poder legislativo.”*¹¹². En este contexto, dejando fuera las leyes orgánicas (todas las demás leyes ordinarias de carácter inferior a la Constitución), se establece que existe una jerarquía entre ciertos textos del bloque constitucional, así como a lo interno, en relación con contenidos dentro de la propia Constitución que prevalecen sobre otros dentro de ésta. Respecto de este último punto en particular, se citan ejemplos como el de los derechos fundamentales y la soberanía nacional contenidos en la Constitución.

Finalmente, en cuanto a las normas del derecho internacional, se plantea una discordancia existente entre las tesis que sostienen la superioridad de las normas

¹¹¹ GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 311.

¹¹² FAVOREU Louis, “«Bloc de constitutionnalité»”, in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de -), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 87, citado en : GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 314.



de derecho internacional como límite al poder de revisión, y las que, por el contrario, niegan que esto sea así. En este sentido, explica desde un punto de vista teórico, que esto dependerá de la doctrina de derecho internacional con que sea abordado.

Por lo anterior, si se partiera de una tesis dualista,¹¹³ no existiría el conflicto en cuestión, toda vez que bajo este esquema, el derecho internacional y el derecho interno vendrían a constituir dos sistemas iguales, independientes y separados¹¹⁴. Consecuentemente, señala que el problema en cuanto a la perspectiva que se examina, deviene precisamente de la doctrina monista, debido a que existe un sector partidario de dicha doctrina (de juristas tan importantes como Hans Kelsen) que considera al derecho internacional en un lugar de superioridad sobre el derecho interno.

¹¹³ Debe recordarse que en doctrina de derecho internacional existen dos vertientes de pensamiento respecto de la perspectiva en que se entienden las normas del derecho interno frente a las normas del derecho internacional: El monismo y el dualismo. Si bien todos los monistas afirman la existencia de un único sistema jurídico, pueden diferenciarse dentro de esta teoría aquéllos que otorgan preferencia al derecho interno con relación al derecho internacional (monismo con primacía en el derecho interno –WENZEL-) y aquéllos que otorgan preferencia al derecho internacional con relación al derecho interno (monismo con primacía en el derecho internacional –KELSEN y SCHELLE-). Por su parte, el dualismo afirma que no existe un único sistema jurídico, sino que existen dos completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. Entre los dualistas más representativos encontramos a ANZILOTTI y a TRIEPEL. Para los seguidores de esta corriente, dentro del Estado solamente puede regir el Derecho Interno, ya que el Derecho Internacional rige únicamente para las relaciones entre los Estados, debiendo transformarse en derecho nacional para que tenga eficacia.

¹¹⁴ En palabras de Kemal GÖZLER, esta doctrina ha sido defendida sobre todo por TRIEPEL y ANZILOTTI. Ver: ROUSSEAU Charles, *Droit International Public*, Paris, Sirey, 1970, Tomo I, p.39, citado en: GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 345.



Siguiendo la tesis de Kemal GÖZLER, éste señala que para no entrar en una mayor discusión respecto de un punto que escapa su análisis, lo más importante para alcanzar un criterio real en cuanto a este tema, es remitirse a las consecuencias prácticas que llega a tener este supuesto conflicto. Lo anterior, para determinar los efectos reales que podría tener (y ha tenido en la práctica) la afirmación de la superioridad del orden internacional sobre el constitucional. En este sentido señala:

“Sin embargo como bien lo remarca a justo título Dominique Carreau, el principio de superioridad del derecho internacional debe ser apreciado de forma exacta en cuanto a sus implicaciones. El juez o árbitro internacional afirma la superioridad del derecho internacional, sin embargo, "al hacerlo, el no anula la norma interna contraria al derecho internacional... pero el la declara "inoponible" a nivel internacional ".”¹¹⁵

De esta forma, concluye que a través del ejercicio típico del árbitro o juez internacional (de contraposición de la norma internacional frente a la nacional) se constata la oposición de la norma interna frente a la internacional, y en lugar de declararse la nulidad o anulabilidad (invalidez que provocaría que la norma deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su puesta

¹¹⁵ CARREAU Dominique, *Droit international*, Paris, Pédone, 3° ed., 1991, p.356, citado en: GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 345. Dicho autor respalda este argumento en casos como *l'affaire Georges Pinson* (donde el Tribunal Arbitral declaró la inaplicabilidad de las leyes mexicanas por su oposición con el derecho internacional) y *l'affaire de la Haute-Silésie polonaise* (donde la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció que había una oposición entre la ley Polaca y la Alemana). En ambas ocasiones se resolvió que si bien existía un conflicto entre la norma internacional y la interna, no procedía otra cosa que declarar la inaplicabilidad de la última.



en vigencia) de ésta, lo que sucede en realidad es la declaración de inoponibilidad (no aplicación de la norma) de ésta en el plan internacional.¹¹⁶

En resumidas cuentas, se concluye que se trata de un asunto de validez, donde se debe hacer la distinción entre la norma interna y la norma internacional. En efecto, como bien señala Kemal GÖZLER, aunque la norma interna sea declarada inaplicable a nivel internacional, esta norma continúa teniendo plena validez en el país del que provenga.

En todo caso, lo que interesa resaltar para efectos de la presente sección, es que en tanto la Constitución Política no le otorgue supremacía expresa a la norma internacional esta no se podrá aplicar a nivel interno, independientemente de los efectos que existan a nivel internacional. Por ende, la misma no podrá configurar un límite a la reforma constitucional en tanto esta circunstancia no sea expresamente declarada como tal.

Para emitir un criterio respecto de los límites implícitos aquí analizados, se parte del criterio de Luis Antonio SOBRADO, quien, remitiéndose a Jorge VANOSSI señala que las normas que regulan la reforma constitucional son simplemente un mecanismo de defensa del compromiso constitucional, y no como se les quiso encasillar como “el más alto presupuesto ideológico del Estado”. Esta es la teoría (equívoca a nuestro parecer) que siguen autores como MERKL y ROSS, quienes, bajo un pensamiento normativista¹¹⁷ establecen que una reforma constitucional

¹¹⁶ GÖZLER Kemal, *Op. cit.*, p. 345

¹¹⁷ Sobre dicho aspecto señala Luis Antonio SOBRADO: “*La argumentación de MERKL arranca del presupuesto normativista según el cual todo acto normativo supone la existencia de una norma de*



sólo es explicable si los presupuestos que la regulan tienen un rango superior (MERKL)¹¹⁸ y que es imposible que una norma determine las condiciones para su propia sanción (ROSS)¹¹⁹. De esta forma, tomando como punto de partida que la norma en cuestión es la norma básica del ordenamiento jurídico, esta monografía concluye que cualquier reforma que se lleve a la práctica debe ser considerada como un hecho jurídico.

Con posterioridad a sus postulados, dichos autores fueron fuertemente criticados por Jorge VANOSSI y Luis SOBRADO, quienes además de estimar que las anteriores consideraciones son insostenibles concluyen que tales disposiciones no manifiestan este presupuesto, sino que más bien son el instrumento asegurador para las normas que contienen la ideología constitucional vigente¹²⁰. Dichas normas son entonces: *“el resultado de una determinada voluntad constituyente y las características del modelo que al respecto se adopte, dependerán de un talante más o menos conservador.”*¹²¹

Aunada a estas críticas, Luis SOBRADO adiciona la posición de Manuel ARAGÓN al respecto, señalando que el problema de las posiciones decisionistas

grado superior que confiere la respectiva competencia y expresa los requisitos procedimentales que condicionan el ejercicio de ese poder normativo.”. SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 282.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 282.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 283.

¹²⁰ VANOSSI Jorge R., *Op. cit.*, pp. 63 y ss., citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 284.

¹²¹ SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 284.



que defienden los límites implícitos, surge a partir de considerar al poder de reforma como un poder constituido (sometido a condiciones que no puede cambiar) y no como un poder constituyente juridificado (capaz de definir su procedimiento y redefinirlo) ¹²².

Finalmente en criterio del mismo autor, el establecimiento de estas cláusulas de intangibilidad constituye no sólo una práctica desaconsejable, sino también estéril. Desaconsejables porque, entre otros motivos, además de ser pretensiosas y contraproducentes (porque propician una ruptura revolucionaria), dejan en manifiesto las debilidades políticas e institucionales de la estructura social. Estériles porque *“la historia demuestra que en épocas de crisis política grave (...) resultan ineficaces para impedir el cambio constitucional.”*¹²³.

Desde este análisis, quizás, una de los criterios que se considera más adecuado es el de Jorge JIMÉNEZ CAMPO, quien, en atención a la posición doctrinaria de sostener los límites implícitos señala que: *“razonando en base a la existencia de límites implícitos a la revisión constitucional, el jurista se sobrepone al constituyente, deslizándose desde la válida caracterización del régimen político hacia la “juridificación” de los contenidos que en este se consideran sustanciales, y ello suponiendo (...) una “voluntad” no declarada por la norma. (...) debe subrayarse el peligro presente en unas concepciones que nacidas para defender la Constitución en base a una “superlegalidad” que la desborda,*

¹²² ARAGÓN Manuel, *Op. cit.*, p. 47, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 287.

¹²³ *Ibíd.*, p. 296.



podrían igualmente relativizar aquella cuando, sin más, se argumentase la transformación de los factores de hecho que la sustentan”¹²⁴.

2.1.4 La participación popular en las reformas constitucionales: ¿Puede constituir una limitación al poder reformador?

Tomando como base la participación del pueblo en el juego político de un Estado en su ejercicio de soberano (otorgado por el principio democrático), se debe resaltar la importancia que representa en este sentido, la existencia de herramientas de participación directa para el mismo.

De ahí que, justamente como parte de la evolución en el concepto de democracia, es preciso resaltar lo que a nuestro criterio constituye una de las más importantes formas de participación popular en el proceso de reforma a la Constitución. Se trata de la posibilidad de aplicación de un referéndum para la determinación (por parte del pueblo) sobre la procedencia o iniciativa de una reforma.

Es importante dejar en claro que no se trata de una nueva institución. Por el contrario, como institución de la democracia semidirecta¹²⁵ el referéndum tiene

¹²⁴ JIMÉNEZ CAMPO Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, UNED, Madrid, No. 7, otoño 1980, pp. 93-94, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 296

¹²⁵ Consiste en la introducción de elementos de la democracia directa en el régimen representativo de Estado. El pueblo no debate el mismo, sin embargo, él interviene directamente en la toma de ciertas decisiones, donde los representantes comparten una parte del poder con el pueblo. GASSIOT Olivier R.-, *Op. cit.*



su antecedente histórico en el siglo XVI en Suiza,¹²⁶ donde surgió bajo el concepto “ad audiendum et referéndum”. A partir de aquí, el referéndum surge como una institución mediante la cual el pueblo participa de la actividad constitucional o legislativa, colaborando, mediante el sufragio directo, en la formulación, reforma o abrogación de normas constitucionales o legislativas.

En todo caso, antes de entrar de fondo en el tema, y para evitar contradicciones terminológicas, no debe olvidarse la radical distinción existente entre soberanía popular y soberanía nacional. Para entender esta bifurcación de una mejor manera, debe hacerse mención del análisis de Luis Antonio SOBRADO al respecto, quien, partiendo de tendencias como la de ROUSSEAU, señala que:

“(...) partiendo del archidemocrático planteamiento roussoniano, la participación directa del pueblo resulta ser una inexorable consecuencia del reconocimiento de la soberanía popular y que habrá de proyectarse sobre el ejercicio de la función constituyente como criterio legitimador.”¹²⁷

A partir de aquí, podría decirse que el planteamiento del referéndum como el ejemplo más claro de participación directa del pueblo bajo la tesis de la soberanía popular es algo inobjetable pues pareciera ser la fórmula donde se

¹²⁶ Donde los actuales cantones de Graubunden y Valais (entonces distritos aliados de la Confederación Helvética), como no formaban parte propiamente de la Confederación debían enviar delegados a la Asamblea Federal del distrito que a su vez, debían tenían la obligación de dar cuenta a sus electores y solicitar instrucciones acerca de cómo emitir su voto. A esto se le denominaba estar comisionado “ad audiendum et referéndum”. HERNÁNDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución, Op. cit.*, pp. 379-380.

¹²⁷ SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica, Op. cit.*, p. 370.



toma de manera más directa la palabra y participación del pueblo respecto de las reformas. Sin embargo, como lo reseña el autor recién citado “(...) *estas no serán las ideas que se impondrán en la Asamblea Nacional francesa (...)*”¹²⁸. Por el contrario, se seguiría la tesis de SIEYÈS, quien en un esfuerzo para “(...) *conciliar el principio de la soberanía popular con las tendencias liberales de MONTESQUIEU y su plena afirmación del régimen representativo.*”, sustituye el concepto de soberanía popular por el de soberanía nacional.

A partir de aquí, se concibe “(...) *que la soberanía no corresponde, fraccionadamente, al conjunto de ciudadanos sino a la nación (...)*”¹²⁹. En atención a este concepto de nación, se verá la misma como “*un ente abstracto, místico, mítico y mixtificado, como un todo que no se identifica en sus partes porque engloba –se decía- a las generaciones pasadas, presentes y futuras.*”¹³⁰.

Así las cosas, la participación popular directa en relación con las decisiones que toman las asambleas representativas, no resultan una exigencia democrática, por lo cual, “(...) *se permite excluirla en el ejercicio de los poderes públicos, incluido el constituyente.*”¹³¹. Empero, después de un extenso análisis respecto de la evolución histórica de la participación popular directa en los diferentes escenarios del constitucionalismo (tanto americano como europeo), se llegaron a

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 370.

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 370.

¹³⁰ TORRES DEL MORAL Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Átomo Editorial, 2° ed., Vol. I, p. 89, citado en: SOBRADO GONZÁLEZ Luis A., *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, *Op. cit.*, p. 370.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 372.



alcanzar posturas donde se entendió la participación popular directa desde otra óptica. Ya no se trataba de contraponer la democracia directa y semidirecta con la representativa, sino más bien de utilizar estas fórmulas como mecanismo complementario y como contrapeso frente a la preponderancia del parlamento¹³².

De esta forma, el tema de la participación popular directa en la reforma constitucional finalmente es concebido como un complemento a la participación representativa (entendida como la designación de representantes parlamentarios designados a la luz del concepto de soberanía nacional). De aquí surgen las dos principales manifestaciones de dicha participación directa: la iniciativa popular y el referéndum constitucional.

En cuanto a la iniciativa popular, ésta se define, según Rubén FLORES, como *“un instrumento de democracia directa que permite al pueblo presentar proyectos de ley y reformas constitucionales.”*¹³³.

Respecto del referéndum, se comparte la definición que utiliza Gustavo FALLAS, como aquella *“Institución política mediante la cual el pueblo, el cuerpo electoral opina de manera directa sobre, si aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para asambleas constituyentes o legislativas. Es una manifestación de la democracia constitucional en la cual mediante la ampliación del sufragio y el libre acceso a los cargos públicos, la*

¹³² En relación al replanteamiento que se dio en Europa respecto al tema con la crisis del liberalismo: *Ibid.*, p.372.

¹³³ FLORES DAPKEVICIUS Rubén, *Manual de Derecho Público*, Buenos Aires, Editorial B de f, Tomo I- Derecho Constitucional, 2007, p. 195.



*totalidad del pueblo organizado en cuerpo electoral participa en el proceso de poder, lo que hace indirectamente al elegir a sus representantes y directamente por medio del referéndum...”*¹³⁴

Se plantea, entonces, la participación popular como una categoría de producción normativa mediante la expresión directa de la voluntad soberana. Representa, de este modo, una de las maneras más evidentes de la decisión manifestada democráticamente por parte de la Nación.

En nuestra Constitución la participación popular se encuentra plasmada en el artículo 2 el cual nos dice (...) *El poder soberano lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse esta representación. También lo puede ejercer de forma directa a través del referéndum y el plebiscito (...)*¹³⁵. Pese a esto no se encuentran como un medio en el cual el soberano pueda de manera directa utilizar el referéndum o el plebiscito para reformar la Constitución sino que solo de manera representativa a como lo establece el Artículo 191 Cn. “(...) *La Asamblea Nacional está facultada para reformar parcialmente la presente Constitución Política y para conocer y resolver sobre la iniciativa de reforma total de la misma. La iniciativa de reforma parcial corresponde al Presidente de la República o a un tercio de los Diputados de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma total*

¹³⁴ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario Electoral*, San José, Editorial IIDH, Vol. 2, Tomo II, 2002, p. 1058, citado en: FALLAS VARGAS Gustavo, *Op. cit.*, p. 83

¹³⁵ Asamblea Nacional de Nicaragua, “Constitución Política de la República de Nicaragua con sus Reformas incorporadas”, op. Cit. Artículo 2



*corresponde a la mitad más uno de los Diputados de la Asamblea Nacional (...)*¹³⁶.

2.2. El papel de la Corte Suprema de Justicia mediante la Sala de lo Constitucional como regulador y limitador de las reformas a la Constitución Política: el control *a priori* y *a posteriori*.

Analizaremos en este apartado, de forma general, la labor del juez constitucional en nuestro caso la sala de lo constitucional desde el punto de vista doctrinario en el control y limitación de las modificaciones a la Constitución Política.

Inicialmente, dentro de la temática de la posibilidad de ejercer control sobre el ejercicio del poder de reforma de la norma constitucional, cabe determinar la naturaleza de dicha labor. Dada la configuración del procedimiento reformador, este cambio se realiza a través del Poder Legislativo, el cual, por medio de una ley o norma similar, y a través de un procedimiento agravado, introduce una modificación al texto de la Constitución Política.

Como consecuencia de dicha situación, se tiene que la labor de control tiene una naturaleza *jurídica* más que *política*, en tanto el órgano encargado determina la correspondencia de la ley que da impulso a la modificación constitucional con el parámetro de constitucionalidad correspondiente al marco jurídico de que se trate. Conforme con dicho planteamiento ha resaltado Domingo GARCÍA:

¹³⁶ *Ibíd.* Artículo 191



“Normalmente el control de la reforma se hacía a nivel sociológico o político, a través de movimientos políticos o por órganos de carácter político como pueden ser el Congreso o Parlamento. O peor aún, por golpes de Estado o movimientos revolucionarios. Sólo más tarde se empezó a pensar que debería existir un control jurídico, y esto si bien con antecedentes en el siglo XIX en los Estados Unidos, sólo se perfecciona en realidad en el siglo XX. Es decir, que el control de una reforma constitucional debe ser un control jurídico, ya que toda reforma se lleva a cabo por medio de una ley o norma equivalente.”¹³⁷

Lo anterior, expone un cambio fundamental en el marco de la teoría de la justicia constitucional, en relación con el control judicial de las reformas a una Constitución Política. El control jurídico, en conjunto con el seguimiento del procedimiento formal previsto en las cláusulas de reforma dentro de la misma Norma Fundamental, posibilita el ajuste de las propuestas de modificación constitucional al marco de la Constitución Política. De modo que así se pueda conseguir la mayor uniformidad en el sistema jurídico determinado por ésta.

Dentro de este esquema, resulta procedente reconsiderar las principales funciones para las cuales fue creada la jurisdicción constitucional. Al respecto, Jesús CASAL señala que se debe realizar, en primera instancia, una distinción de

¹³⁷ GARCÍA BELAUNDE Domingo, “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad. Sobre el Control de la Reforma Constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana).” Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad”, Bogotá, 14-18 de junio de 2005, Pontificia Universidad Javeriana, http://espacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:Derechopolitico-2006-660A2B5B4E/sobre_control.pdf, p.10. Consultado el 15 de enero del 2016.



lo que se va a entender entre competencias de la jurisdicción constitucional, y sus funciones, de la siguiente manera:

“Las funciones y las competencias no están comunicadas entre sí, pero es imprescindible distinguirlas y evitar extrapolaciones de uno a otro ámbito, sobre todo del primero al segundo. Los tribunales constitucionales han de ejercer las competencias efectivamente atribuidas por la Constitución o las leyes y no deben inferir competencias a partir de las funciones que genéricamente se asignen a la jurisdicción constitucional. De lo contrario, la definición de estas funciones pudiera conducir a una alteración del ámbito competencial de los tribunales constitucionales que termine desfigurando su propio diseño funcional, todo ello en detrimento de la división de poderes dentro del Estado, respecto tanto del parlamento como de los jueces ordinarios¹³⁸.”

A continuación, se tratará de exponer y explicar de forma resumida los aspectos principales que señala el autor citado anteriormente¹³⁹ respecto de las funciones principales del juez constitucional todo esto en complemento con otros aportes de la doctrina:

i) Garantizar la supremacía de la Constitución. Se plantea como la principal función para la cual nace esta jurisdicción, y con esto, de lo que se trata es de darle a la Constitución el lugar superior frente a las leyes y otras normas

¹³⁸ CASAL Jesús M., “Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional”, *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año IV, núm. 7, julio 2007-junio 2008, p. 106.

¹³⁹ Se toma como punto de referencia la clasificación de Jesús CASAL, en su obra: *Ibid.*, pp. 109-121.



reglamentarias que se encuentran debajo de ésta. Se entiende, además, como un requerimiento para mantener la coherencia del sistema y la seguridad jurídica, ante posibles actuaciones de otros órganos del estado evidentemente contrarias a la Constitución.

ii) **Contribución a la limitación y control del poder y a la protección de los derechos fundamentales.** Se trata de un enfoque material, que parte, a su vez, del fin principal para el cual fue establecida la Constitución, que es la creación de instituciones para controlar y acotar el poder, lo cual está estrechamente relacionado con el resguardo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Respecto de las dos primeras funciones, el doctor Olivier GASSIOT señala que:

“La justicia constitucional participa más particularmente de esta función de unificación del orden jurídico a través del ejercicio del control de conformidad de las normas subordinadas a la constitución. Organizando un control de validez de las normas al más alto grado de la jerarquía jurídica, la jurisdicción constitucional asegura una efectividad real de la constitución y propone necesariamente las condiciones de publicación por edicto y de validez de las normas subordinadas. (...)

La función de protección de los derechos fundamentales es aquella que es presentada como la función mayor, esencial para el Estado de derecho.”¹⁴⁰

¹⁴⁰ GASSIOT Olivier R., *Op. cit.*



iii) Resguardar aspectos fundamentales del proceso político democrático. En términos de Jesús CASAL, esta función adquiere más o menos relevancia dentro de un ordenamiento, según sean los tiempos y los contextos de que se trate. Posteriormente, se verá como ejemplo del papel del juez constitucional en el desempeño de esta función, lo relativo a la consulta legislativa de constitucionalidad en cuanto a las reformas constitucionales. Ahora bien, el autor mencionado establece los tres aspectos en los que esta función se puede desglosar para su cumplimiento:

-Preservar la apertura de la Constitución al pluralismo político. De acuerdo con esta idea, para evitar que una constitución termine siendo un simple instrumento de autoritarismo y dominación en un Estado, debe predominar en todo momento, un respeto constitucional por un pluralismo político, en aras de fomentar “*consensos o de puntos de encuentro entre fuerzas políticas divergentes*”¹⁴¹.

Amparar la democracia procedimental. Con este punto, de lo que se trata es de fortalecer todo aquello que implique espacios u oportunidades para la participación, la discusión y la construcción de acuerdos políticos, a la luz de los procedimientos formales, para alcanzar una debida transparencia de dichos trámites.

Proteger el pluralismo social, la participación ciudadana y la libertad de expresión. En este aspecto, lo que se plantea es que la jurisdicción constitucional se convierta en un ente imparcial que permita la libre interacción de los ciudadanos, dentro del ámbito de sus libertades.

¹⁴¹ CASAL Jesús M.-, *Op. cit.*, p. 113.



iv) Velar por el carácter democrático de las restricciones a los derechos humanos. Como su título lo señala, esta sub-función radica en la revisión de las restricciones legalmente establecidas a los derechos fundamentales con la democracia¹⁴². Un ejemplo muy acertado para comprender los alcances de esta función¹⁴³ estriba en el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala:

“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

Empero, respecto de la distinción sobre las funciones anotadas, existen otros autores como el ya mencionado doctor Olivier GASSIOT¹⁴⁴, quien en lugar de dicha denominación, señala como únicas dos funciones: **i)** la unificación del orden jurídico y protección de los derechos fundamentales, por un lado, y **ii)** el

¹⁴² Fernando CASTILLO respecto de las restricciones de los derechos fundamentales: *“Debemos aclarar que, si bien el poder reformador tiene un límite material frente al régimen de los derechos fundamentales, este se da únicamente cuando se afecta su contenido esencial; en los demás supuestos, la AL sí tiene competencia para reducir su régimen.”* Al respecto, ver: CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional, Op. cit.*, p. 145.

¹⁴³ Asimismo, respecto de los derechos humanos, Jesús CASAL determina ciertos requisitos para su válida restricción: *“Tampoco son aceptables cuando, por la naturaleza de la restricción, inciden en los derechos hasta el punto de quebrantar las exigencias de una sociedad democrática. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen que las limitaciones a los derechos humanos sólo son admisibles cuando los fines públicos que con ellas se persigan estén en consonancia con una “sociedad democrática”.* CASAL Jesús M.-, *Op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁴ GASSIOT Olivier R.-, *Op. cit.*



arbitraje y el control de la expresión de sufragio, por otro lado; como los dos aspectos que constituyen las funciones de la justicia constitucional.

En todo caso, se considera que, en efecto, de lo que se trata es de una cuestión meramente nominal, y en el fondo, ambas distinciones intentan cubrir los mismos aspectos, solamente que bajo distintas etiquetas.

Sobre las distinciones anteriormente realizadas, se considera pertinente profundizar al respecto, esto no sólo para resaltar la importancia de dichas funciones en el resguardo que merece la Constitución, sino también para justificar, a propósito de ellas, las potestades con que debe contar el juez constitucional dentro del ámbito de sus competencias. Aquí debe recordarse lo que se señalaba al inicio, respecto de la distinción entre las competencias y las funciones de dicha jurisdicción. En efecto, como bien lo señala Jesús CASAL:

*“Las competencias son los cauces por medio de los cuales las funciones se realizan.”*¹⁴⁵

Aunado a lo anterior, es menester apuntar la razón por la cual, seguidamente en esta sección, se realizará una distinción entre el control que efectúa el juez constitucional, en atención a las funciones mencionadas anteriormente, en dos sentidos: *a priori* y *a posteriori*. Esto es simplemente en razón de un criterio temporal que permite distinguir en doctrina y en la práctica, la forma como realiza el juez constitucional su tarea de control de constitucionalidad.

¹⁴⁵ CASAL Jesús M., *Op. cit.*, p. 106.



2.2.1 Demarcación del alcance del control *a priori* sobre las reformas constitucionales.

Dentro del marco del ejercicio de la justicia constitucional, se han distinguido distintas categorías de dicha función. El criterio que interesa para el análisis aquí expuesto se basa en la *temporalidad* del control realizado por el juez constitucional, tomando como punto de referencia el momento de la entrada en vigencia de la norma constitucional en cuestión.

El control de constitucionalidad *a priori* tiene sustento en el modelo europeo de justicia constitucional¹⁴⁶ y posee una función de carácter fundamentalmente preventivo respecto del resguardo que lleva a cabo el juez de la supremacía de la Constitución Política. Según lo que se indica en lo citado, el carácter concentrado de dicho modelo, a través de una jurisdicción especializada y separada del aparato ordinario, determina la configuración de esta categoría de control de constitucionalidad.

El hecho de que se revise con anterioridad la correspondencia de la norma que entraría en vigencia con la Carta Magna delimita este tipo de control como uno que tiene por objetivo fundamental asegurar la seguridad jurídica. Lo anterior, en

¹⁴⁶ Dicho modelo se caracteriza, según Olivier GASSIOT, por: “(...) el ejercicio de un control concentrado, confiado a una jurisdicción constitucional específica que dispone de un monopolio en la interpretación constitucional. (...) Este juez constitucional único se distingue de las jurisdicciones ordinarias en la medida en que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional. Las cortes constitucionales especializadas no son las cortes supremas generalistas del modelo americano, en la cumbre de la jerarquía jurisdiccional. Ellas están situadas, en consecuencia, fuera del aparato jurisdiccional ordinario y son independientes de él.”. GASSIOT Olivier R., *Op. Cit.*



tanto se ejerce una suerte de filtro, antes de la vigencia de la norma y sus posteriores efectos, de las incompatibilidades constitucionales que ésta pueda presentar. Al respecto, indica Olivier GASSIOT:

“(...) la seguridad jurídica es necesariamente mejor asegurada por el control preventivo, puesto que la inconstitucionalidad es denunciada antes de que la norma haya podido producir cualquier efecto.”¹⁴⁷

Como puede observarse, esta característica permite unificar el conjunto normativo del ordenamiento jurídico alrededor de la Norma Fundamental. Así, es más factible evitar los inconvenientes que pueden traer los efectos producidos por una disposición determinada que posteriormente es declarada como inconstitucional. Como se verá, dicha afirmación reviste especial importancia cuando se trata de reformas a la Constitución. La función uniformadora del control que se expone se aprecia con claridad en el siguiente extracto:

*“Este control (**el control de constitucionalidad a priori**) no debe buscar retrasar la entrada en vigor de la ley sino que simplemente asegurar su conformidad a la constitución. En este sentido, **él asegura su función de unificación del orden jurídico alrededor de la constitución.**”¹⁴⁸*

Se tiene entonces que, específicamente, en cuanto al poder reformador, el papel del juez constitucional por medio del control preventivo tiene las siguientes

¹⁴⁷ ibíd.

¹⁴⁸ ibíd.



finalidades¹⁴⁹: **i)** la protección o garantía del principio de rigidez constitucional¹⁵⁰, **ii)** el poner de relieve al parlamento sobre posibles roces de constitucionalidad de la reforma con determinados principios o normas de la Constitución, y **iii)** advertir sobre vulneraciones al derecho internacional que puedan tener lugar con la aprobación de una determinada reforma.

2.2.2 Demarcación del alcance del control *a posteriori* sobre las reformas constitucionales.

Como se mencionó algunas líneas atrás, el criterio que trae a la distinción entre control *a priori* y *a posteriori* es de carácter temporal. Se parte así de la revisión y el control de las leyes, reglamentos, y cuestiones relacionadas a la Constitución Política (como las de reforma constitucional), antes y después de la entrada en vigencia de la norma de que se trate.

En efecto, se dice que es entonces en su aplicación, que la norma ve su constitucionalidad contestada. Una cuestión particular de este tipo de control, es que las posibilidades de discusión están abiertas a los particulares, y el mismo se

¹⁴⁹ CASTILLO VÍQUEZ Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 144.

¹⁵⁰ El cual, en términos generales implica: “(...) la rigidez constitucional –lejos de convertir a la Constitución Política en un texto inmodificable- viene a garantizar que su reforma se realice mediante los mecanismos previstos expresamente por ésta, es decir, a través de la observancia de procedimientos agravados.”. FALLAS VARGAS Gustavo, Op. cit., p. 4.



puede ejercer, tanto de manera directa como por vía excepción dentro de un proceso ya comenzado¹⁵¹.

Se tiene entonces, que en casos, de lo que se trata es de vicios que violentan el procedimiento constitucional para la reforma de que se trate. De igual forma, en los supuestos, tanto por vía acción de inconstitucionalidad, como a través de la consulta judicial de constitucionalidad; la consecuencia de la aplicación de este tipo de control, en caso que efectivamente hayan existido vicios, es la anulación de la reforma.

Sin embargo, el alcance revisor y contralor del juez constitucional no acaba aquí. En efecto, también es posible ejercer este tipo de control sobre la ley que convoca a una Asamblea Constituyente. Por otro lado, también es posible hablar de la extensión de las potestades del juez constitucional para ejercer el control *a posteriori*, en asuntos donde una norma constitucional entre en conflicto con un tratado internacional.

En términos generales, el juez constitucional tiene la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad tanto *a priori* como *a posteriori* sobre las reformas que se realizan a la Constitución Política. En el primer supuesto, el juez constitucional dispone de la consulta legislativa de constitucionalidad (tanto facultativa como preceptiva). Por su parte, en el segundo caso, tanto la acción de inconstitucionalidad como la consulta judicial de constitucionalidad constituyen los procedimientos que pueden habilitar el control mencionado.

¹⁵¹ GASSIOT Olivier R.-, *Op. cit.*



En cuanto a las atribuciones del Tribunal Constitucional en el control de las reformas constitucionales pareciera existir un exceso que obvia las facultades expresamente otorgadas a tal órgano según algunos doctrinarios. Se puede expresar tal preocupación en palabras de Jorge CARPIZO, cuando se refiere a las competencias del Tribunal Constitucional:

“a) Su competencia es primordialmente la interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de leyes y actos. Entonces, no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones del poder constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites.”¹⁵².ç

¹⁵² CARPIZO Jorge, *Op. cit.*, p. 43.



CAPITULO III La Constitución Política de Nicaragua de actual y sus reformas.

3.1. Constitución política de 1987.

El 9 de enero de 1987 se promulgó la Constitución Política de la República de Nicaragua. La Constitución de 1987 tuvo el objetivo inicial de dismantelar la estructura institucional del régimen somocista (1936-1979). El Gobierno de Reconstrucción Nacional fue integrado por una Junta de Gobierno y el 20 de julio se promulgó el “*Decreto Fundamental del Gobierno de Reconstrucción Nacional*”, derogando la Constitución de 1974 y todas las leyes constitucionales, y disolviendo ambas cámaras, Congreso y Senado, además de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Trabajo. La nueva estructura de poderes del Estado se componía de la Junta de Gobierno, el Consejo de Estado y los Tribunales de Justicia. El “*Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses*” fue decretado el 21 de agosto de 1979. El 20 de julio de ese mismo año la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional (JGRN) emitió el “*Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua*”, publicado el 29 de agosto de 1979, que sería el pilar del ordenamiento jurídico del nuevo régimen sandinista hasta la aprobación de la Constitución de 1987. Durante los primeros años del gobierno revolucionario la facultad legislativa era compartida por la JGRN y el Consejo de Estado¹⁵³. Pero en la práctica las facultades legislativas de

¹⁵³ En el primer Consejo de Estado creado después del triunfo de 1979 estuvieron representados el Partido Conservador de Nicaragua (PCDN), así como los dos grandes partidos liberales del período post-somocista: el Partido Liberal Independiente (PLI) y el Partido Liberal Constitucionalista (PLC). El Estatuto Fundamental de 1979 estableció que el Consejo de Estado estaría integrado por veintitrés representantes: seis corresponderían al FSLN, quince a las organizaciones sindicales y de masas dirigidas por éste, y el resto a otras formaciones políticas y socioeconómicas del país, incluido el



la Junta de Gobierno eran muy superiores, concediéndose a ésta la aprobación tácita de las leyes dictadas por ella misma en caso de que el Consejo de Estado no se pronunciase en un plazo de cinco días. El vacío institucional que antecedió a la creación del Consejo de Estado, mediante el artículo 31 del Estatuto Fundamental, permitió que la Junta de Gobierno se consolidase como un verdadero órgano legislativo, especialmente, en materia presupuestaria. Una importante facultad del Poder Ejecutivo, que, posteriormente, se formalizaría en la Constitución Política de 1987¹⁵⁴.

Siguiendo esta línea de evolución, las bases constitucionales del nuevo gobierno se caracterizarán por el diseño de un Ejecutivo fuerte de corte presidencialista, según la tradición histórica del constitucionalismo en Nicaragua desde su independencia en 1821, y las propias necesidades del “*momento revolucionario*”. El nuevo texto constitucional también consolidaba la prioridad de construir un Estado Social de Derecho y garantizar la participación popular, como principios de una verdadera democratización de la sociedad nicaragüense¹⁵⁵, frente a los juegos electorales de dudosa legitimidad que protagonizaron los partidos

COSEP. Después el Frente Sandinista modificó la composición original del Consejo de Estado para incrementar la representación de las organizaciones populares hasta cuarenta y siete diputaciones, garantizándose una mayoría absoluta dentro del órgano. En este contexto, el Partido Conservador Demócrata de Nicaragua (PCDN), el Partido Social Cristiano (PSC), y el Movimiento Democrático Nicaragüense (MDN) amenazaron con no integrarse al Consejo de Estado, al igual que el COSEP. En esta coyuntura se desarrolla la lucha por el poder entre el FSLN y la burguesía en los primeros años 80.

¹⁵⁴ PEREZ MARQUEZ, Raquel. Tesis Doctoral “Reforma Constitucional en Nicaragua 1987-2011”, Universidad de Salamanca, España, Año 2012, p.21.

¹⁵⁵ “El Estado, la nación, el barrio, la escuela, el partido, el sindicato, la cooperativa, los mercados, la universidad, fueron las plataformas de lanzamiento, los escenarios y los horizontes de la democratización, unos más que otros, pero todos en conjunto”, *ibíd.*, p. 24



políticos durante el período somocista. Desde sus inicios, el régimen sandinista manifestó una radical desconfianza hacia los mecanismos institucionales de la democracia representativa. Como en otros países socialistas, en Nicaragua el FSLN defendió una concepción de la *democracia real*, social y popular, con una dimensión igualitaria y participativa, frente a la *democracia formal*, asociada al modelo liberal-representativo¹⁵⁶.

El proceso constituyente iniciado en 1986 hizo de la participación popular su seña de identidad. La Asamblea Constituyente, elegida el 4 de noviembre de 1984, puso término a los trabajos de elaboración de la nueva Constitución el 19 de noviembre de 1986. Los debates del proyecto constitucional en la Asamblea Nacional fueron precedidos por la consulta realizada por la Comisión Especial Constitucional a los partidos políticos, las organizaciones populares y las asociaciones civiles jurídicamente reconocidas que quisieran hacer llegar sus propuestas para la elaboración de la nueva Constitución de Nicaragua. A la presentación del anteproyecto el 21 de febrero de 1986 ante el pleno de la Asamblea Nacional, siguió la realización de los llamados *Cabildos Abiertos*¹⁵⁷ durante los meses de junio y julio de 1986, permitiendo la discusión abierta del texto del anteproyecto con una amplia participación ciudadana en todo el territorio nacional. La función de la Comisión Dictaminadora Constitucional, articulada el 21 de febrero de 1986, mantuvo su composición interna inicial con la excepción de dos miembros del Partido Liberal Independiente (PLI) hasta la finalización de sus tareas el 5 de septiembre de 1986. Durante el último trimestre

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Se establecieron “cabildos abiertos” sectoriales (integrados por organizaciones de mujeres, estudiantes, trabajadores,...etc.) y territoriales.



de ese año se completó el debate del proyecto de Constitución en el pleno de la Asamblea Nacional, cuya votación y aprobación concluyó el 19 de noviembre de 1986, promulgándose la nueva Ley Fundamental el 9 de enero del año siguiente.

La Constitución de 1987 encuentra su raíz en la influencia liberal que forma parte de la historia constitucional centroamericana¹⁵⁸ especialmente, en lo que respecta a la organización de la estructura funcional del Estado, diferenciando los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. A los valores constitucionales de la tradición liberal el régimen sandinista incorporó el reconocimiento jurídico de las nuevas instituciones revolucionarias, como la dirección económica del Estado sobre el comercio exterior, la nacionalización de la banca, la reforma agraria, o la expropiación de bienes privados entre los partidarios del régimen somocista que se vieron abocados al exilio. El nuevo orden constitucional también impulsaba una fuerte intervención del Estado sobre la economía, definiéndolo como instrumento al servicio de las¹⁵⁹ clases populares para erradicar la pobreza y la explotación del pueblo por la minoría oligárquica que había gobernado el país desde la época colonial. También hizo coincidir el derecho a la participación popular directa con el sufragio universal, en una clara defensa de la “democracia participativa” de las organizaciones populares de masas, frente al juego electoral que había despojado al *pueblo* de la dirección de los asuntos públicos. Se

¹⁵⁸ La nueva Constitución de Nicaragua contenía un Preámbulo inspirado en las grandes luchas de liberación nacional desde la independencia colonial a la guerra contra filibusteros como William Walker o la dominación estadounidense protagonizada por Sandino. También invocaba la representación de los hombres y mujeres que hicieron posible el triunfo de la revolución en 1979 frente a la dictadura de los Somoza.

¹⁵⁹ SOLÍS CERDA, Rafael, citado por CASTRO RIVERA, E. y CUAREZMA TERÁN, S. *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*. Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).



estableció un sistema proporcional para la elección de los diputados de la Asamblea Nacional. Los Artículos 191 al 195 constitucional establecen los requisitos y procedimientos en caso de Reforma Parcial o Total a la Carta Magna. Estos artículos se mantienen con el mismo texto con que fueron promulgados.

Actualmente están complementados en el Artículo 141 constitucional en lo referente a “(...) *No necesitan sanción del Poder Ejecutivo las reformas a la Constitución y las leyes constitucionales, ni los Decretos aprobados por la Asamblea Nacional. En el caso que el Presidente de la República no promulgara ni publicara el proyecto de las reformas a la Constitución o a las leyes constitucionales y cuando no sancionare, promulgare ni publicare las demás leyes en un plazo de quince días (...)*”, y el procedimiento legislativo especial, contemplado en los Artículos 119 al 122 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo¹⁶⁰.

La Reforma Parcial es facultad de la Asamblea Nacional, Poder Legislativo unicameral, teniendo iniciativa para ello: el Presidente de la República o un tercio de los Diputados del parlamento. Dicha iniciativa debe contener: a) Cada Artículo de la Constitución Política cuya reforma se propone; b) la exposición de motivos por los cuales se propone cada reforma; y c) el articulado propuesto. Puesta en conocimiento de la Junta Directiva, ésta ordenará que se incluya en Agenda y en el Orden del Día: Puesta en conocimiento del Plenario, el Presidente de la Asamblea Nacional ordenará su lectura y la pasará a una

¹⁶⁰ Asamblea Nacional, Ley N° 606 “Ley Orgánica del Poder Legislativo con sus reformas incorporadas”, enero, 2013.



Comisión Especial que se creará e integrará, la cual tendrá un plazo no mayor de sesenta días para emitir su dictamen.

Puesto el Dictamen en conocimiento del Plenario se procederá a su discusión y aprobación, la que requiere contar con el voto favorable del 60% de los diputados para que logre su aprobación en primera legislatura.

Para su segunda discusión, la Junta Directiva someterá directamente al Plenario la iniciativa de Reforma Parcial de la Constitución Política, en los primeros sesenta días del segundo período legislativo tal como fue aprobada en la primera legislatura.

La aprobación en primera y segunda legislatura deberá contar con el voto favorable del sesenta por ciento de los Diputados en ejercicio y una vez aprobada no habrá lugar a veto del Presidente de la República, quien deberá promulgarla y publicarla en La Gaceta, Diario Oficial. Si no lo hace, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará a publicarla.

Por su parte, la iniciativa de Reforma Total corresponde a la mitad más uno de los Diputados, la cual deberá ser acompañada de la exposición de motivos por los cuales se propone la reforma y es la Asamblea Nacional quien tiene facultad para conocer y resolver sobre la misma, para lo cual se sigue el mismo procedimiento de la reforma parcial en lo que se refiere a su presentación y dictamen.

De aprobarse la Reforma Total, el Parlamento debe fijar el plazo (un plazo fatal de noventa días calendario) para convocar a elecciones de Asamblea Nacional



Constituyente, con el fin de aprobar la nueva Constitución. Mientras ésta no se apruebe, sigue en vigencia la actual Constitución; y la Asamblea Nacional conserva su mandato hasta la instalación del nuevo órgano legislativo constituyente.

La normativa constitucional y legal antes citada, permite identificarla desde el punto de vista formal como una Constitución rígida o semi rígida para algunos autores, teniendo en cuenta que los límites del Poder Constituyente, en cualquiera de sus dos modalidades: originario o derivado en las variantes de Reforma Parcial o Total, se presentan deslindados con cierta claridad.

Los límites formales están presentes al determinar procedimientos especiales para su proceso de formación y también se constatan límites temporales, en cuanto al dictamen que aprueba la iniciativa y al plazo para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente. Sin embargo la carencia, entre otros aspectos de “normas pétreas” dificultan reputarla como una constitución rígida.

Entre los límites orgánicos de la reforma parcial de la Constitución, se identifican la iniciativa por el Presidente de la República o al menos un tercio de los Diputados; el dictamen por una comisión especialmente constituida para ello; la discusión y aprobación por un órgano calificado, como es el Parlamento, que asume el rango de Poder Constituyente Derivado; la aprobación en dos legislaturas; y la votación calificada del 60% de los Diputados para su aprobación. Como límites temporales, se distingue el plazo no mayor de 60 días concedido a la comisión especial dictaminadora.



En cuando a los límites sustanciales, surge la gran interrogante: ¿Puede el legislador, ejerciendo sus atribuciones de Reforma Parcial Constitucional, modificar los rasgos esenciales de la Constitución, como la forma de gobierno, las relaciones entre los poderes, restringir los derechos fundamentales del ciudadano o alterar las reglas básicas de convivencia social plasmadas en el texto fundamental? La respuesta a esta pregunta la encontramos en las reformas parciales de 1995 y 2005 las cuales expondremos en dichos acápite.

Es así que, los límites orgánicos, temporales y de procedimiento, hasta hoy después de diez reformas parciales a la Constitución de 1987 no han representado un problema de rigidez del modelo constitucional.

3.2. Reformas parciales a la Constitución de 1987.

Es posible afirmar que la Constitución Política de la República tiene una profunda modificación a su texto original, causado como se señaló anteriormente, por diez reformas parciales constitucionales, nueve de ellas dictadas por el Poder Legislativo y una contenida en una sentencia del más alto tribunal de justicia de Nicaragua.

Dichas Reformas, se promulgaron sin que dejaran de presentarse conflictos institucionales y políticos, especialmente las de los años 1995 y 2005, dictadas previamente a los procesos electorales de 1996 y 2006; las mismas entraron en vigencia, suspendiéndose temporalmente su aplicación, para ser efectivas parcialmente después de los procesos electorales.



En la solución de los conflictos intervinieron los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, personalidades y poderes fácticos alcanzándose por la vía de Acuerdos Políticos se alcanzan Leyes Marcos que suspendieron su vigencia y sentencias para resolver recursos de inconstitucionalidad y de amparo interpuestos en contra de su contenido y los trámites de aprobación.

Josefina RAMOS MENDOZA sintetiza las diferentes reformas constitucionales en nuestro país hasta la del 2005 de la siguiente manera en una exposición magistral¹⁶¹:

Reforma de 1990

La primera reforma contenida en la “Ley de Reforma Constitucional para las Elecciones del 25 de febrero de 1990”¹⁶², tuvo como primordial objetivo acortar el período presidencial del FSLN y de los Representantes ante la Asamblea Nacional para adelantar el proceso electoral.

El acceso a la Presidencia de la Señora Violeta Barrios de Chamorro, en abril de 1990, introdujo cambios en la realidad nacional, generando una evidente contradicción entre la Constitución formal y la real, que abrió el debate de la necesidad política y jurídica de la reforma a la Carta Fundamental. El primer intento de reforma realizado en forma unilateral en el año 1991, por los parlamentarios de la Alianza Electoral UNO, no tuvo éxito; en 1993 continuaron

¹⁶¹ RAMOS MENDOZA, Josefina. *Seminario “Las experiencias de Centro América, Panamá, Belize y República Dominicana sobre procedimientos de reforma constitucional”*, Fundación Konrad Adenauer, Guatemala, 2009.

¹⁶² La Gaceta, Diario Oficial No. 46 de 6 de marzo de 1990.



las entre las distintas bancadas parlamentarias con evidentes contradicciones internas en el seno de la UNO y del FSLN.

Reforma de 1994

Como resultado de ese proceso se dictó la Ley No. 173 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua” que intentó reformar los Artículos 192 y 193 constitucional y modificó el procedimiento de reforma parcial de la Constitución, suprimiendo el requisito de doble debate en distintas legislaturas. Sin embargo, se dieron problemas entre los partidos políticos, las bancadas parlamentarias y el Ejecutivo y esta Ley no entró en vigencia, pues el Poder Ejecutivo no sancionó, ni promulgó, ni publicó la Ley; el Presidente de la Asamblea ordenó su publicación por cualquier medio, obviando la disposición contenida en la misma Ley, que condicionaba su entrada en vigencia a su publicación en La Gaceta, Diario Oficial.

Reforma de 1995

La segunda reforma contenida en la Ley No. 192,¹⁶³ aprobada y publicada en 1995 por la Asamblea Nacional, estableció reformas sustanciales dogmáticas y orgánicas a la Constitución de 1987, entre otras, la transferencia de poder del Ejecutivo al Legislativo, cambios en la normativa electoral (inhibiciones a parientes del Presidente de la República, incorporación de causas de inelegibilidad, sistema de doble vuelta para la elección popular directa del Presidente de la República, limitación temporal del mandato presidencial de 6 a 5 años, limitaciones al veto.

¹⁶³ La Gaceta, Diario Oficial No. 124 de 4 de julio de 1995



Se firmó un acuerdo político que sancionaba el conjunto de reformas y postergo la ejecución de algunas de ellas hasta después de las elecciones de noviembre de 1996, utilizando un mecanismo parecido al que se había utilizado al promulgarse las Constituciones de 1939 y 1948. El Acuerdo fue ratificado por la Asamblea Nacional utilizando para ello la “Ley Marco de Implementación de las Reformas Constitucionales”¹⁶⁴.

La reforma parcial de 1995, modificó el procedimiento de reforma, al adicionar en el Artículo 141 constitucional antes mencionado, la no sanción del Poder Ejecutivo a las reformas a la Constitución y la facultad del Presidente de la Asamblea de publicarla ante la falta de cumplimiento de su promulgación y publicación.

Reforma de 2000

La tercera reforma constitucional fue aprobada en enero del año 2000¹⁶⁵, como resultado del acuerdo político entre las dos fuerzas parlamentarias mayoritarias, el Frente Sandinista y el Partido Liberal Constitucionalista.

Mediante esta reforma, se produjeron cambios en la parte orgánica, relativos a la organización del Estado, ampliando el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Supremo Electoral y la Contraloría General de la República, entre otros aspectos; se estableció un límite del 40% de votos válidos

¹⁶⁴ Ley No. 199, La Gaceta, Diario Oficial No.125 de 5 de julio de 1995.

¹⁶⁵ Ley No 330 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua”, La Gaceta, Diario Oficial No.13 de 19 de enero de 2000.



para alcanzar la Presidencia de la República, en primera vuelta y 35% en segunda; se fortaleció a los partidos políticos mayoritarios, estableciendo la cancelación de la personalidad jurídica de los que no obtuviesen al menos el 4% del total de votos válidos en elecciones generales; además de reformas en la parte dogmática, respecto a los límites territoriales y la nacionalidad.

Reforma de 2004

Una cuarta reforma se produjo el 15 de junio de 2004,¹⁶⁶ fortaleciendo la facultad de la Asamblea Nacional en la aprobación de Instrumentos Internacionales.

Primera Reforma de 2005

Al finalizar el año 2004, se inició la quinta reforma constitucional al texto de la Constitución de 1987, al aprobarse en la Asamblea Nacional, en primera legislatura, una nueva reforma parcial a la Constitución, dirigida a fortalecer facultades de la Asamblea Nacional en la elección de los titulares y miembros de determinados órganos e instituciones, la ratificación de Embajadores y funcionarios de primer nivel del Poder Ejecutivo; también interpelaciones y proponer destituciones de funcionarios de ese mismo Poder y mejorar normas relativas al Poder de veto del Presidente de la República.

El Presidente de la República presentó ante la Corte Suprema de Justicia un Recurso Innominado por Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre Poderes del Estado, Legislativo y Ejecutivo por considerar que se modificaban aspectos fundamentales del sistema de gobierno presidencial.

¹⁶⁶ Ley No. 490, “Ley que Reforma Parcialmente el Artículo 138, inciso 12 Constitucional”. La Gaceta, Diario Oficial No. 132 de 7 de julio de 2004.



Posterior a la interposición de dicho Recurso, presentó una demanda en contra de la Asamblea Nacional, ante la Corte Centroamericana de Justicia, argumentando “*violación a la normativa jurídica del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)...*”, por considerar que las reformas aprobadas evidenciaban la ruptura del balance democrático, y que era su voluntad preservar la democracia y la institucionalidad del país.

La Corte Centroamericana de Justicia, por voto mayoritario de sus integrantes, resolvió admitir la demanda y decretó medidas cautelares, ordenando a la Asamblea Nacional suspender los procedimientos de ratificación de las reformas, por considerar que se trataba de una situación de urgencia, de perjuicio grave e irreparable; tales medidas fueron rechazadas por el Frente Sandinista y el Partido Liberal Constitucionalista, mediante una declaración conjunta, y cuyo rechazo fue confirmado mediante la ratificación de las reformas aprobadas a la Constitución Política, en segunda legislatura, el 13 de enero de 2005.¹⁶⁷

Por sentencia No. 15 de las 10:45 de la mañana del día 29 de marzo del 2005, la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el Recurso Innominado presentado por el Presidente de la República, rechazó además el desistimiento que el Presidente presentó sobre su propio recurso y declaró parcialmente inconstitucional el literal f) del Artículo 22 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, en la parte que dice: “*f) Conocer y resolver, a solicitud del agraviado, de conflictos de competencia que pueden surgir entre los Poderes u órganos fundamentales de los Estados*”, por considerar que entra

¹⁶⁷ Ley No. 520 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua”. La Gaceta, Diario Oficial No. 35 de 18 de febrero de 2005.



en abierta contradicción con la máxima Ley de la República, que atribuye dicha competencia a la Corte Suprema de Justicia; por contradecir el Principio de Subordinación de las leyes, que no otorga ningún valor a los tratados que se opongan o alteren las disposiciones de la Carta Magna, fortaleciendo además la tesis sostenida con base en el Artículo 5 de la Ley de Amparo, que señala que la Constitución Política prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional.

La Corte Centroamericana de Justicia emitió una Resolución definitiva a favor del Presidente de la República, declarando con lugar la demanda, por estar debidamente fundadas en derecho las pretensiones reclamadas; e inaplicables las reformas constitucionales, por violentarse el Derecho Público y el Estado de Derecho en Nicaragua, por parte de la Asamblea Nacional, al haber aprobado la Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, que afecta y debilita la independencia del Poder Ejecutivo; y por haber dado trámite a la resolución del Consejo Superior de la Contraloría General de la República del 7 de octubre del año 2004, que proponía la destitución del Presidente de la República.

La Corte Centroamericana de Justicia reiteró que dichos actos atentaban contra la independencia del Poder Ejecutivo y contra el equilibrio de los Poderes del Estado, siendo por ello, actos de injerencia de la Asamblea Nacional en las facultades y atribuciones del Poder Ejecutivo, que sólo pueden ser reformadas por una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto; agregando que los mismos son jurídicamente inaplicables y su ejecución hace incurrir en responsabilidad.



Posteriormente el Presidente de la República dictó el Decreto No. 43-2005, denominado “Decreto de Ejecución y Cumplimiento de la Sentencia dictada por la Corte Centroamericana de Justicia”, ordenando *“la ejecución e inmediato cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Centroamericana de Justicia a las cinco de la tarde del día veintinueve de marzo del año dos mil cinco, la cual deberá ejecutarse como si hubiese sido dictada por un tribunal nacional, y será de obligatorio cumplimiento para todas las instituciones y poderes del Estado, así como para las personas naturales y jurídicas involucradas”*. Además, dispuso que *“el Poder Ejecutivo no reconoce la vigencia a las Reformas Constitucionales y a la Ley N° 511, que deroga disposiciones de la Ley N° 290 de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo”*.

También dictó el Decreto No. 44-2005, el 24 de junio de 2005, ordenando al Director General de la Policía Nacional, *“asegurar la ejecución e inmediato cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Centroamericana de Justicia...”*, y abstenerse de *“ejecutar órdenes de cualquier funcionario de los Poderes del Estado y Entidades Autónomas, que vayan en contra de lo ordenado en la sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia...”*.

La Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales los Decretos arriba mencionados, por sentencia No. 49 de las 8:30 de la mañana del día 1 de julio de 2005.

Las dificultades institucionales y políticas nicaragüenses también involucraron al órgano regional de justicia, que se resolvieron, después de intensas negociaciones entre los integrantes del poder político, con la participación de la



OEA y otros organismos internacionales, a través de la firma de un Acuerdo Político entre el Presidente de la República y la Asamblea Nacional a través de los partidos políticos representados en ella.

Segunda Reforma de 2005

La Corte Suprema de Justicia declaró en la sentencia No. 52 de las 8:30 de la mañana del día 30 de agosto de 2005, la inconstitucionalidad parcial de la Ley No. 520, “Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política”, convirtiéndose técnicamente esta sentencia, en la séptima reforma parcial, esta vez dictada por el Poder Judicial, al modificarse el texto de los artículos aprobados en la reforma.

El Acuerdo Político también se convirtió en una Ley Marco, aprobada por la Asamblea Nacional por la Ley No. 558, “Ley Marco para la Estabilidad y Gobernabilidad del País”¹⁶⁸, que suspendió hasta el 20 de enero de 2007, la aplicación de la reforma constitucional contenida en Ley No. 520 además de otras leyes y actos legislativos realizados como consecuencia de la reforma, sujetando su vigencia a que “...*las nuevas autoridades electas en el 2006, Presidente de la República y Asamblea Nacional, tendrán la facultades de aceptar o rechazar estas leyes antes de o hasta la fecha señalada*”.

Realizadas las elecciones del 2006, la actual Asamblea Nacional en el año 2007, aprobó nuevamente reformas a la Ley No. 558 que suspendía como dejamos señalado en el párrafo anterior, las reformas a la Constitución Política y otros actos legislativos, suspendiendo nuevamente la aplicación de los mismos hasta el

¹⁶⁸ La Gaceta, Diario Oficial No. 203 de 20 de octubre de 2005.



veinte de enero de dos mil ocho. Estas disposiciones están contenidas en la Ley No. 610 “Ley de Reforma a la Ley No. 558, Ley Marco para la estabilidad y gobernabilidad del país”¹⁶⁹.

La Ley No. 610 adicionó un nuevo artículo que reza así: *“Siendo que la presente Ley, nace de un acuerdo político o consenso que tiene como uno de sus objetivos, permitir la ampliación de las Reformas Constitucionales, a fin de impulsar la profundización de la institucionalidad democrática del país y el fortalecimiento del Estado de Derecho, y para darle cumplimiento a esa voluntad se crea una Comisión Especial integrada por miembros de las distintas bancadas de la Asamblea Nacional, en base a Resolución de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional en su próxima sesión, la que procederá a elaborar, sustentada en una amplia consulta, un anteproyecto de Reformas Constitucionales, que permita la adecuación de la actual Constitución al desarrollo democrático del país.”*

Es oportuno señalar que tanto la Ley Marco No. 558 y su prórroga Ley No. 610 antes mencionadas, que suspendían la entrada en vigencia de las reformas del 2005, fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, la primera en el Por Tanto y la segunda en el Considerando III de la sentencia No. 1 de las ocho y treinta minutos de la mañana del 10 de enero de 2008.

Las razones aducidas en la parte conducente del Considerando III se transcriben textualmente:”.... *Considerando que la Ley de Amparo establece la*

¹⁶⁹ La Gaceta, Diario Oficial No. 14 de 19 de enero de 2007.



Inconstitucionalidad en el caso concreto y que la Corte Suprema de Justicia puede ex officio pronunciarse sobre la constitucionalidad de cualquier norma y tratándose en el caso de autos, precisamente de la Ley Marco que difiere la entrada en vigencia de las reformas constitucionales, es decir que su única razón de ser es que las reformas constitucionales no se apliquen en lo inmediato, y que son estas reformas las que le han dado vida a la Ley Marco, siendo las reformas constitucionales la esencia y lo accesorio la Ley Marco....”. “.... adolecen de un vicio ya que no fueron sometidas al proceso de consulta, violentando de esta manera el procedimiento que la misma Constitución proclama en su Artículo 7: “Nicaragua es una República democrática, participativa y representativa. Es decir que se le ha negado al pueblo, a la sociedad civil, la posibilidad de expresar lo que considerase a bien sobre dichas propuestas de leyes, cayéndose en una arbitrariedad de la Asamblea Nacional, por omisión, en una violación clara también del Artículo. 50 constitucional que establece el Principio de la Democracia Participativa....”. “...Considera esta Corte Suprema de Justicia necesario pronunciarse sobre la inconstitucionalidad también de la prórroga de la Ley marco para la Estabilidad y Gobernabilidad del País realizada a través de la Ley número 610 aprobada el diecinueve de enero del dos mil siete por ser ésta una Ley directamente derivada de la Ley Marco dándole continuidad en el tiempo y espacio dado.”

En consecuencia las primeras reformas constitucionales del 2005 entraron en vigencia a partir de enero del 2008.



Tercera Reforma de 2005

La Asamblea Nacional también aprobó en el 2005, la Ley No. 521 “Ley de Reforma Parcial al Artículo 140 de la Constitución Política de Nicaragua”¹⁷⁰, concediendo iniciativa de ley a los ciudadanos con el respaldo de 5 mil firmas, con exclusión de leyes orgánicas, tributarias o de carácter internacional, amnistías e indultos.

Cuarta Reforma de 2005

La Ley No. 527, denominada “Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política”¹⁷¹ constituye la novena reforma a la Constitución de 1987, a través de ella se estableció la exención de toda clase de impuestos a materiales para medios de comunicación y de educación, además de precisar la jurisdicción militar exclusivamente para delitos militares.

Reforma de 2014

La Ley No. 854 “Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política de Nicaragua”¹⁷² presenta una serie de modificaciones siendo las más discutidas la eliminación de los límites a la reelección presidencial dejando libre el camino formal para la reelección sucesiva e indefinida del Presidente de la República (eliminación del primer párrafo del art. 147), la modificación de las reglas de las mayorías electorales al establecer el acceso a la Presidencia por mayoría simple o relativa, eliminando el requisito del 40 por ciento de votos para ser electo

¹⁷⁰ La Gaceta, Diario Oficial No. 35 de 18 de febrero de 2005.

¹⁷¹ La Gaceta, Diario Oficial No. 68 de 8 de abril de 2005.

¹⁷² La Gaceta, Diario Oficial No. 26 del 10 de febrero del 2014



presidente, o el 35 por ciento si hubiera una diferencia de 5 puntos porcentuales con el segundo lugar. De igual forma, la supresión de la segunda vuelta electoral en caso de que no se alcancen estas mayorías (eliminación del primer párrafo del art. 147) y de la ampliación de recursos y mecanismos de control institucional en el Arto. 190 estableciéndose el recurso de Habeas Data, el conflicto de competencia y constitucionalidad entre los poderes del estado y otros.

3.3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

La intervención de la Corte Suprema de Justicia, al dictar las sentencias que contribuyen a fijar los límites de las reformas constitucionales, aportó al esfuerzo político nacional e internacional, empeñado en resolver las crisis institucionales derivadas de la aprobación de las diferentes Reformas.

La Corte Suprema de Justicia en materia de reformas constitucionales, ha dictado 16 sentencias, de las cuales 13 han resuelto Recursos por Inconstitucionalidad y 3 corresponden a Recursos de Amparo.

En la Sentencia No. 8 del 8 de mayo de 1995, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre lo que es una reforma parcial o una reforma total de la Constitución, al señalar que una reforma es total si ella produce la modificación de principios fundamentales, que puedan *“afectar la existencia misma del estado o la forma de gobierno o su inspiración democrática. Un reordenamiento de las atribuciones de los Poderes del Estado en la Constitución misma o las limitaciones que se contengan en ella para el ejercicio de determinados cargos o para acceder a ellos, no son violatorios de los derechos humanos o de principios*



constitucionales sino que constituyen normas básicas que contribuyen a ordenar la función pública en beneficio de la colectividad...”

Por otra parte, la Sentencia No. 22 del 8 de febrero de 1996, hace una exposición doctrinal de la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos, y la Corte se pronuncia en el sentido de que la Constitución de 1987 confirió a la Asamblea Nacional como poder constituido, la facultad de reformarla parcialmente, y conocer y resolver sobre la iniciativa de reforma total de la misma; y fijó requerimientos y procedimientos necesarios para tales efectos, permitiendo ser reformada parcialmente por el órgano legislativo ordinario: la Asamblea Nacional.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia No. 56 del 3 de julio de 2000, también se pronunció sobre vicios de procedimiento en el proceso de reforma constitucional señalando que *“...no existe disposición alguna, ni en la Constitución Política, ni en el Estatuto General de la Asamblea Nacional, que impida a una Comisión Dictaminadora que está conociendo de dos proyectos de reforma sobre una misma ley, acumularlos y emitir un dictamen que comprenda ambos proyectos o iniciativas...”*

En relación a que en una segunda Legislatura no se podían modificar artículos aprobados en la primera, la Corte reitera el criterio que constituye jurisprudencia sobre ese particular, y que puede observarse en las Sentencias Nos. 99, 106 y 107, del 5, 21 y 22 de agosto de 1996, respectivamente, que citan el Artículo 192 constitucional: *“...La iniciativa de Reforma Parcial deberá ser discutida en dos legislaturas...”*



Y concluye la Sentencia: “...el Constituyente originario no impuso ninguna restricción al proceso de discusión, pues si esa hubiese sido su decisión o intención la tendría que haber dejado expresa, por ejemplo: Estableciendo que el segundo debate debía de ratificar lo aprobado en el primer debate, o incluyendo procedimientos especiales para el segundo debate, como lo establecen Constituciones de otros países...”.

La sentencia No. 52 de las 8:30 de la mañana del 30 de agosto de 2005, al declarar la inconstitucionalidad parcial de la ley No. 520, se pronunció sobre modificaciones introducidas en el segundo debate expresando un matiz divergente a la jurisprudencia anterior, al expresar en su Considerando IV : “... Observando este Supremo Tribunal ex officio, que en segunda legislatura se introdujo un texto nuevo que no se había discutido en la primera legislatura y que literalmente expresa: “Durante el período de gobierno 2002-2007, lo indicado en la reforma de este artículo deberá implementarse hasta que se logre el consenso entre los tres principales actores políticos del país: Los dos grupos parlamentarios mayoritarios y el Gobierno de la República, de manera que garantice las relaciones armónicas.” ; inconstitucionalidad que declara este Supremo Tribunal, por no haber sufrido el trámite de las dos legislaturas, y que si bien es cierto que en la segunda legislatura puede hacerse modificaciones a los textos, porque el constituyente no ha dicho lo contrario, también es cierto que todo texto que pretenda reformar la Constitución, de conformidad con ésta, debe ser sometido a las dos legislaturas lo que en el caso de marras no sucedió. Todos los poderes públicos están sometidos a la ley y en este caso particular cuando de reformar la Constitución se trata, al procedimiento que establece la



Constitución misma. El legislador más que nadie se debe a la Constitución y a la ley. El legislador como tal se encuentra en el presente caso, sometido al Principio de Constitucionalidad; esto es a la supremacía de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico y sobre los poderes públicos. Por otra parte, el Principio de Interdicción de Arbitrariedad de los Poderes Públicos, estrechamente vinculado con el Principio de Legalidad y de Seguridad Jurídica, proscribire toda actuación carente de justificación o arbitraria de los poderes públicos, que en el presente caso es la omisión del procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta Corte Suprema de Justicia se ve en la obligación de declarar su inconstitucionalidad, más aún cuando se trata de un texto que en el fondo modifica la Constitución, sobre la forma de elección de las autoridades señaladas en el Artículo. 138 inc. 9) constitucional. En este sentido cabe hacer una breve referencia a la Jurisprudencia argentina, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación “reconoció que cabe un control judicial sobre el proceso de reforma de la propia Constitución y que el actuar de la convención constituyente no escapa a éste” Y como dicen Alí Joaquín Salgado y Alejandro César Verdaguer en su Obra “Juicio de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad, Editorial Astrea, Edición 2000, p. 376, comentando el fallo “FAYT”: “Por nuestra parte no dudamos que el Poder Constituyente al igual que los otros Poderes Constituidos no puede operar fuera del marco de legalidad que la propia Constitución impone. Por ello el fallo es positivo.”

La Sentencia No. 56 del 3 de julio de 2000, antes citada, también establece el criterio del Alto Tribunal, en relación al tipo de Constitución que rige, atendiendo al criterio de la facilidad o dificultad con la que se reforman las constituciones. En palabras de la Corte: “...Este Supremo Tribunal considera



además importante, establecer claramente que la Constitución Política de la República de Nicaragua, actualmente en vigencia es una Constitución semirígida, pues la misma señala, pocos requisitos para ser reformada, en sus Artículos 141, 191, 192 y 194 constitucionales, a contrario senso, de algunas de las Constituciones anteriores a la de 1987, que establecían con excesiva rigidez todo un capítulo para su reforma parcial, detallando todos los pasos necesarios para proceder a la misma...”



CONCLUSIONES

Cuando se dan los procesos revolucionarios norteamericano y francés se instauro la idea de que una Constitución es un documento que no puede permanecer inalterable. En tal sentido, la Constitución francesa de 1793 señaló en su artículo 28 que “un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”. Frente a la idea de inmutabilidad de leyes eternas o permanentes se contrapone la idea de cambio. Coherente con ello, pues, *“las constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno obligado, que deriva de la compleja e inabarcable realidad, que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable”*.¹⁷³

Las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptarse a procesos evolutivos que ya se han producido en los hechos. La modificación constitucional, entendida como la posibilidad de un texto de adaptarse al cambio en el tiempo, es el procedimiento institucionalizado para la adaptación de la norma constitucional al cambio cultural y para la iniciación activa de medidas para dicho cambio.

La misión de reformar una Constitución no puede ser asignada al Poder Constituyente ya que con ello, no tendría sentido la noción o principio de

¹⁷³ VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Tecnos. Madrid, 1988. . p. 59



supremacía constitucional. Recordemos que el Poder Constituyente cuyo *cometido esencial es la creación de una Constitución es un poder soberano que todo lo puede. Es un poder que organiza y establece las atribuciones y competencias de los poderes constituidos. Por tanto, el Poder Constituyente puede crear también un procedimiento y un poder especial (poder de revisión), capaz de ordenar y regular las transformaciones futuras del ordenamiento fundamental.*¹⁷⁴

El poder constituyente originario es un poder de naturaleza extraordinaria y su actuación se limita a un momento histórico determinado y desaparece una vez creada su obra. El poder constituyente derivado, una vez superada la primigenia distinción entre el poder constituyente en términos generales frente al poder constituido, es auténtica expresión del poder constituyente, que simplemente se ha juridificado o traducido en procedimiento jurídico, como garantía democrática.. De tal manera, los artículos 191 al 195 de la constitución de Nicaragua son manifestaciones del llamado poder constituyente derivado, que se caracteriza por tener capacidad de incorporar, suprimir o cambiar normas constitucionales.

La actividad de reforma constitucional podemos decir que es un ejercicio más de democracia dentro del Estado Constitucional contemporáneo y no es un ejercicio cualquiera pues la actividad reformadora del texto constitucional siempre opera para afectar decisiones que en algún tiempo, en algún momento anterior se han considerado fundamentales para los habitantes de un Estado, con la reforma se modifica esta concepción.

¹⁷⁴ VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional...* Op. Cit. Pág. 62.



El procedimiento de reforma constitucional es de suma importancia y no solo es equiparable sino que está incorporado al procedimiento legislativo parlamentario, este procedimiento otorga o no a ciertos individuos la capacidad de iniciativa de reforma o la existencia o no de la ratificación popular a través del referéndum.

La necesidad de un procedimiento de reforma se puede explicar por la necesidad de adaptar el texto constitucional a la cambiante y dinámica realidad política y en segunda instancia como una forma de ir llenando las lagunas que pueda tener el texto constitucional.

La posibilidad de que las Constituciones sean reformadas es una de las mayores expresiones de su propia legitimidad ya que si puede ser cambiada o reformada da la posibilidad en caso de discrepar con la misma de intentar el cambio de manera constitucional tal como la misma Constitución en su articulado lo permite sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba jurídica como legitimación para salir del orden constitucional legalmente establecido, todo es reformable siempre y cuando se encuentre dentro de los cauces de dicho orden constitucional.



RECOMENDACIONES

Las reformas Constitucionales no deben ser objeto de necesidades coyunturales o meramente partidistas, sino que debemos entenderlas como una necesidad para conservar e incrementar la fuerza normativa de la Constitución.

El tema es, por demás, de una gran importancia a nivel nacional pues de trata de la Ley Suprema de la Nación, esta debe ser consultada con las cúpulas de organizaciones gremiales y sindicales, empresariales y gubernamentales, círculos políticos y la población en general.

Debe existir una consulta a nivel popular y no a través de la simple representación de los diputados quizás porque se considera que una vez elegidos los representantes en la época de elecciones, estos tiene pleno derecho de actuar como quieran, sin rendir ninguna cuenta a sus electores.

La mejor manera de implementar un mecanismo de consulta nacional es a través, como lo indica la doctrina del referéndum el cual ya está establecido en el Arto. 2 Cn.” (...) *También lo puede ejercer de forma directa a través del referéndum y el plebiscito (...)*”, de esta manera la mayoría elegirá los cambios que se consideren necesarios tanto de reforma como elaboración de una nueva constitución.

Además sería interesante incluir en el proceso de iniciativa de reformas constitucionales la iniciativa popular a través de determinada cantidad de firmas, es decir, un procedimiento parecido al de iniciativa de ley por parte de la población para fortalecer la democracia participativa y representativa.



FUENTES DEL CONOCIMIENTO

Autores

- CARPIZO Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la Reforma Constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México DF, núm. 12, julio-diciembre.
- CASAL Jesús M.-, “Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional”, *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año IV, núm. 7, julio 2007-junio 2008.
- CASTILLO VIQUEZ Fernando, *Temas controversiales del derecho Constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1° ed.
- CASTRO PADILLA Fernando, “Límites Jurídicos Autónomos Sustanciales a la Reforma Constitucional en un Régimen Democrático”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V., San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004.
- CASTRO RIVERA, E. y CUAREZMA TERÁN, S. *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*. Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- COHENDET Marie A. “Droit constitutionnel”, Paris, Editions Montchrestien, 4° ed. 2008.
- COLÓN RÍOS Joel I.-, “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia”, *Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory*, volume 18, number 3, Wellington, 2011.



- DA SILVA José A.-, “Mutaciones Constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D.F., núm. 1, julio-diciembre, 1999.
- DAU-LIN Hsü, *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DÍAZ REVORIO Francisco J.-, “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?”, *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, año I, núm. I, septiembre, 2005.
- ESCOBAR FORNOS Iván, *MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, Editorial HISPAMER, colección textos jurídicos, II edición 1998.
- FALLAS VARGAS Gustavo, *Elementos esenciales en el procedimiento de reforma parcial a la Constitución Política y jurisprudencia constitucional costarricense*, Tesis para optar al grado de Máster en Derecho Constitucional, San José, Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Estatal a Distancia, 2002.
- FLORES DAPKEVICIUS Rubén, *Manual de Derecho Público*, Buenos Aires, Editorial B de f, Tomo I-Derecho Constitucional, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1995.
- GASSIOT Olivier R. *Notas del Curso de Derecho Constitucional (I, II, III y IV)*, San José, Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009-2010.



- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ María del Pilar, “Reforma Constitucional y Poder Constituyente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 84, 1984.
- HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 13, núm. 37, Enero-Abril, 1993.
- HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “Los Límites del Poder Reformador de la Constitución”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., mayo, 2004.
- HESSE Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2º ed., 1992.
- JELLINEK Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1943.
- JIMÉNEZ CAMPO Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, UNED, Madrid, No. 7, otoño 1980.
- LANDA ARROYO César, “La Reforma de la Constitución desde la perspectiva del Tribunal Constitucional” *Justicia Constitucional, Revista de jurisprudencia y doctrina* año 1, núm. 1, 123-150, Enero, Lima, 2005.
- LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 4º reimpresión a la 2º ed., 1986.
- MONTERO ZENDEJAS Daniel, *Derecho Constitucional Comparado*, México, Editorial Porrúa, 2006.



- OROZCO SOLANO Víctor, *La fuerza normativa de la Constitución*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 1º ed., 2008.
- ORTIZ ORTIZ Eduardo, *De las Reformas Constitucionales Inconstitucionales*, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1977.
- PEREZ MARQUEZ, Raquel. Tesis Doctoral “Reforma Constitucional en Nicaragua (1987-2011)”, Universidad de Salamanca, España, Año 2012.
- PÉREZ ROYO Javier, Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 4º ed., 1997.
- RAMOS MENDOZA, Josefina. Seminario “Las experiencias de Centro América, Panamá, Belize y República Dominicana sobre procedimientos de reforma constitucional”, Fundación Konrad Adenauer, Guatemala, 2009.
- RIVERA SANTIVANEZ José A. “Reformas Constitucionales y justicia Constitucional”, Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, año XV, núm. 15.
- ROUSSEAU Jean J.-, *El contrato social*, San José, Editorial Nueva Década, 1º ed., traducción, introducción y notas de Manuel Formoso, 1988.
- SOBRADO GONZÁLEZ Luis A.-, *La Reforma Constitucional en España y Costa Rica*, Madrid, Tesis para optar por el título de Doctor en derecho, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989.
- STERN Klaus, “Derecho del Estado de la República Federal Alemana”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.



- Teoría de la Constitución. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982.
- VANOSSI Jorge R. , *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, v. I, 1975.
- VEGA, Pedro de. La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Tecnos. Madrid, 1988.

Legislación

- Asamblea Nacional de Nicaragua, “Constitución Política de la Republica de Nicaragua con sus Reformas incorporadas”, publicada en La Gaceta diario oficial de Nicaragua N° 32 el 18 de febrero del 2014.
- Asamblea Nacional, Ley N° 606 “Ley Orgánica del Poder Legislativo con sus reformas incorporadas”, enero, 2013.
- La Gaceta, Diario Oficial No. 124 de 4 de julio de 1995.
- La Gaceta, Diario Oficial No. 14 de 19 de enero de 2007.
- La Gaceta, Diario Oficial No. 203 de 20 de octubre de 2005.
- La Gaceta, Diario Oficial No. 26 del 10 de febrero del 2014.
- La Gaceta, Diario Oficial No. 35 de 18 de febrero de 2005.
- La Gaceta, Diario Oficial No. 46 de 6 de marzo de 1990.
- La Gaceta, Diario Oficial No. 68 de 8 de abril de 2005.
- Ley No 330 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua”, La Gaceta, Diario Oficial No.13 de 19 de enero de 2000.
- Ley No. 199, La Gaceta, Diario Oficial No.125 de 5 de julio de 1995.
- Ley No. 490, “Ley que Reforma Parcialmente el Artículo 138, inciso 12 Constitucional”. La Gaceta, Diario Oficial No. 132 de 7 de julio de 2004.



- Ley No. 520 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua”. La Gaceta, Diario Oficial No. 35 de 18 de febrero de 2005.

Medios electrónicos

- GARCÍA BELAUNDE Domingo, “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad. Sobre el Control de la Reforma Constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana).” Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad”, Bogotá, 14-18 de junio de 2005, Pontificia Universidad Javeriana disponible en: http://espacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:Derechopolitico-2006-66-0A2B5B4E/sobre_control.pdf.
- GÖZLER Kernal, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2 volumes, 1997, p.53. www.anayasa.gen.tr/these.htm. Consultada el 12/02/2016.
- HERNÁNDEZ VALLE Rubén, “El control de constitucionalidad de los procedimientos de modificación constitucional”, *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/33.pdf, consultado el 11 de diciembre del 2015.
- SABORÍO VALVERDE Rodolfo, “Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, *Revista Jurídica Electrónica*, <http://www.cesdepu.com/index.htm>.,. Consultada el 10 de enero del 2016.