



**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Conflictos entre Instituciones Jurisdiccionales:
El Tribunal Constitucional Vs. La Jurisdicción Ordinaria**

Autores: Br. Heberto José Mejía García

Br. José Ángel Martínez Rojas

Tutor: Prof.: Omar Alberto García Palacios

**Managua, Nicaragua
Junio 2012**

DEDICATORIA

A Dios. A mis padres, Heberto e Ivania, que son la fuente de todo cuanto soy.
A mi familia en sentido lato, por estar en todo momento pendiente y preocupada de este vasallo de las Ciencias Jurídicas.

Heberto José Mejía García.

DEDICATORIA

A mi Familia, cuyo apoyo nunca mengua. Su desmesurada confianza y aliento es determinante en el resultado de cada día.

Br. José Ángel Martínez Rojas.

AGRADECIMIENTOS

A todos los que nos extendieron una mano para la elaboración de este trabajo.
A nuestro tutor Omar García.

A los profesores de nuestra facultad, en especial a Selene Guevara, por sus consejos y agradables conversaciones sobre el tema.

A nuestros amigos.

CONTENIDO

CONTENIDO	7
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	5
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	5
1.1 Control por un Órgano Político	7
1.2 Control por el Poder Ejecutivo	7
1.3 Control por un órgano jurisdiccional del Poder Judicial.....	9
1.4 Control por un órgano que no pertenece al Poder Judicial.....	11
2. Sistemas Jurisdiccionales de Control de la Constitucionalidad.....	11
2.1 Control Difuso	15
2.1.1 Nacimiento	16
2.1.2 Características	17
2.2 Control Concentrado	18
2.3 Control Mixto de Constitucionalidad	18
3. El Objeto del Control De La Constitucionalidad	19
3.1 Importancia de los Controles Constitucionales.....	20
3.2 La Justicia Constitucional en Nicaragua	21
Capítulo II	24
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL MODELO CONCENTRADO: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .	24
1. Concepto de Tribunal Constitucional	26
2. Naturaleza Jurídica	28
3. De La Legitimidad Del Tribunal Constitucional	29
4. Funciones y organización de los Tribunales Constitucionales a partir del modelo Kelseniano.	40
a) Funciones	40
b) Organización	42
4.1 Experiencia Europea.....	43
4.2 Experiencia Latinoamericana	45
Capítulo III.	50
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS CORTE O TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.	50

1. Conflicto entre el Tribunal Constitucional con la Jurisdicción Ordinaria	51
2. El Tribunal Constitucional ¿Superior o inferior que la Corte Suprema o Tribunal Supremo de Justicia?	54
3. Las razones del conflicto entre ambos tribunales.....	58
3.1 De Naturaleza	60
3.2 De competencia	61
Ejemplo del Conflicto entre ambos Tribunales	63
3. Relación entre la jurisdicción constitucional y la justicia ordinaria	66
4.1 Principio de Unidad Jurisdiccional y Principio de especialidad	66
4.2 Delimitación de Funciones.	69
CONCLUSIONES	71
RECOMENDACIONES	73
LISTA DE REFERENCIA.....	76

INTRODUCCIÓN

En sus manos, un estudio sobre los conflictos que suelen suceder entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria, representada esta última por la Suprema Corte de Justicia o también llamado Tribunal Supremo de Justicia. El estudio aborda en primer orden y con el fin de llevar secuencia lógica y desembocar en el tema principal, lo referente a la Justicia Constitucional, los controles a través de los cuales se manifiesta y el Tribunal Constitucional como tal.

Seguidamente se hace referencia al tema de la división de poderes y la importancia que ésta tiene en la configuración del Estado Moderno. Consecuentemente abordamos el tema de la defensa de la Constitución por un órgano estrictamente jurisdiccional y junto a ello, la discusión que se ha cernido entorno la asignación de la defensa de la Constitución a un órgano fuera de la clásica triada de división del poder, a saber: el Tribunal Constitucional.

En el tercer capítulo, se aborda el tema medular de nuestro trabajo, en el que se expone el conflicto en sí, sus causas, sus tipos y sus consecuencias para el Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, este trabajo no aborda la viabilidad que puede tener esta institución en nuestro país, en vista que ya se ha hablado acerca del tema- se hizo por ejemplo en la propuesta original de la reforma constitucional de 1995 y de manera muy elocuente, en estudios monográficos a lo interno de nuestra facultad de Ciencias Jurídicas- y que concluyen apelando por dicha institución en nuestro país; el presente trabajo monográfico intenta dar un panorama de posibles conflictos que podrían surgir entre ambas jurisdicciones y de esa forma poder dar solución a los mismos.

A la luz de la experiencia europea y latinoamericana, se expone la problemática que surge en los actuales Estados democráticos que cuentan con la institución del Tribunal Constitucional como garante de la supremacía constitucional, con visión futurista de que en Nicaragua pueda implementarse esta institución, así, al adaptar la misma a nuestro sistema, avanzaríamos un paso fundamental en pro de la defensa de la constitucionalidad de nuestro Estado.

Respecto del tema fundamental, de forma escueta, el roce entre ambos tribunales surge fundamentalmente porque el Tribunal Constitucional, utilizando criterios interpretativos *pro homine*, criterios más modernos, tomando en cuenta principios y elementos de carácter moral, puede anular sentencias de la jurisdicción ordinaria, por considerar inexacta la interpretación que esta realiza sobre los preceptos constitucionales.

El presente trabajo es, en consecuencia, un análisis basado fundamentalmente en la experiencia internacional, limitado esencialmente por la carencia de un Tribunal Constitucional en nuestro país. No obstante, utilizando la doctrina y normas de derecho comparado, pretendemos aportar un antecedente académico respecto de este de temas en nuestra facultad.

CAPÍTULO I

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En los actuales Estados Constitucionales Democráticos la Justicia Constitucional aparece como garante de su consagración; es el medio por el cual se ha podido trascender de la etapa en donde los Estados eran considerados únicamente como simples Estados de Derecho. El papel fundamental de la justicia constitucional es velar por el cumplimiento efectivo del espíritu constitucional; lograr que la Constitución Política del Estado abandone la inercia, es volverla dinámica. En palabras de Vintrò Castells (2010) “la Justicia Constitucional no es otra cosa que el aparato constitucional destinado a defender, a proteger, a asegurar el cumplimiento y vigencia de la Constitución”.

Entendemos así, que la justicia constitucional, forzosamente, es el aparejo indefectible del Estado de Derecho. Modernamente, en el campo jurídico-constitucional, es inverosímil que un Estado se intente auto-calificar como ordenado y justo si no cuenta en su estructura con mecanismos que hagan plenamente aplicable su Constitución, porque es en ella en donde nacen los principios organizadores y de justicia de toda la sociedad.

Bordalí Salamanca (2003) explica al respecto que:

Uno de los objetivos centrales de las democracias contemporáneas es lograr un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los

ciudadanos. Ese es el sentido de la denominada Justicia Constitucional (p. 1).

Con todo lo anterior, podemos predicar que la Justicia Constitucional, en el Estado democrático, emergió y se convirtió en “un concepto material y sustantivo, que no es otro que el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean” (Pérez Tremps, s.f p.2).

1. Tipos de Controles Constitucionales

La Constitución Política de un Estado, por ser la norma suprema de una nación, no puede comprenderse sin un sistema de protección que garantice esa supremacía. Modernamente, en la teoría del derecho constitucional no puede concebirse a la Constitución Política como un texto bien intencionado de protección de derechos fundamentales y organización de un Estado si no cuenta con un mecanismo de defensa que la haga prevalecer sobre cualquier norma jurídica o voluntad política que se le oponga.

Como establece Arteaga Nava (2002):

El concepto control de la Constitución sólo se entiende en función de que existe algo que por su esencia y atributos es formalmente superior; que por su naturaleza es materialmente fundamental, porque prevé la existencia de poderes, les atribuye facultades, consigna limitaciones y prohibiciones; porque sólo él es original y todo el orden normativo restante es derivado y secundario (P. 1317).

El profesor García Vílchez en su obra El Control Constitucional en Nicaragua (pp. 3-4), establece cuatro condiciones para que pueda hablarse de un control de constitucionalidad: a) Una limitación constitucional de la actividad legislativa o sea que es necesaria la existencia dentro del ordenamiento jurídico de ciertas reglas que limiten la actividad legislativa, b) Una actividad legislativa, o sea un acto

legislativo, o sea una ley contraria a la Constitución; c) Una pretensión o reclamo y d) Un órgano facultado para declarar la inconstitucionalidad.

1.1 Control por un Órgano Político

Este tipo de control según expone José Almagro(1989), surge en Francia como ideario de la Revolución de 1789. La idea de separación de poderes de Montesquieu, se tradujo prácticamente en una dictadura del parlamento sobre los demás, de tal manera que se dejó a los judiciales únicamente la tarea de aplicar la Ley. Lo anterior es por consecuencia del recelo hacia los jueces producto del papel del Parlamento como órgano judicial en el Antiguo Régimen, (Almagro p. 27); Verdugo y Pfeffer(1997) establecen que los textos del Siglo XIX consagraron el control político y solamente el órgano legislativo podía interpretar y fijar el verdadero sentido y alcance de la norma constitucional.

Actualmente, el control político que ejerce el legislativo, se da al momento de revisar la constitucionalidad de los proyectos de ley (control preventivo) o bien al momento que éste luego de la aprobación de una ley inconstitucional decide, en uso de su facultad, derogar la ley que es contraria a la Constitución (control reparador).En el caso de Nicaragua es posible una manifestación del denominado control reparador, pues la Asamblea Nacional en la función legislativa facultada por el artículo 138 inc. 1Cn, establece como atributo de la Asamblea Nacional elaborar y aprobar las leyes y decretos, así como reformar y derogar los existentes...”. Bajo estos postulados, resulta entonces, necesario y lógico otorgar al legislativo el control de la constitucionalidad, puesto que es este el órgano encargado de velar por el respeto de los derechos fundamentales y la integridad del Estado Democrático; es el pueblo encarnado en un Poder del Estado.

1.2 Control por el Poder Ejecutivo

Como sabemos, el Poder Ejecutivo es el encargado de ejecutar las leyes y aunque sus funciones no son estrictamente de tipo legislativa, necesariamente tiene que

intervenir en dicha actividad, toda vez que según disposiciones de la misma Constitución tiene iniciativa de ley (Artículo 140 inc.2 de nuestra Constitución), así mismo tiene la facultad de vetar las leyes (Artículos 142 y 150 inc.3 Cn) y emitir decretos. En tal sentido, el Poder Ejecutivo puede actuar como un colegislador en compañía del Poder Legislativo.

Como explica Biscaretti De Rufia(1973), los órganos del poder Ejecutivo en base al principio de separación de poderes, suelen, esencialmente desarrollar funciones ejecutivas en el ámbito del derecho administrativo, a excepción de algunas funciones propias de la actividad política de los Estados, que son llevadas a cabo por el jefe del ejecutivo y su gabinete; no obstante como hemos mencionado, también interviene en actos legislativos, en cuya oportunidad, el ejecutivo puede ejercer cierto control sobre la constitucionalidad de las normas que emanan del legislativo a través del veto.

BiscarettiDe Rufia (1973) justifica esta actividad del ejecutivo en campo legislativo, diciendo que se debe a la “genérica insuficiencia demostradas por los parlamentos contemporáneos para resolver completamente las innumerables exigencias normativas del Estado” (p. 480). Este autor es partidario de que el ejecutivo pueda expedir normas con el mismo valor y fuerza que las leyes aprobadas por la Asamblea, en este sentido y sin cercenar la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, en el caso de Nicaragua, el titular del Poder Ejecutivo ya no puede emitir los “decretos leyes” que originariamente estaba facultado en la Constitución Política de 1987. Con la reforma de 1995 dicha potestad desapareció.

El mayor exponente de este tipo de control es el jurista alemán Carl Schmitt, que en su obra “La defensa de la constitución”(1983), propone que no debe ser el parlamento ni el poder judicial los que conozcan sobre la constitucionalidad de las leyes. El primero porque se encuentra conformado por plurales voluntades políticas y ello acarrearía convertir a la Constitución en una ley moldeable a esas variables voluntades políticas; el segundo porque no cuenta con legitimidad para hacerlo, ya que de realizarlo politizaría la defensa de la Constitución invadiendo la

esfera de actuación del legislativo. Schmitt, en la obra antes relacionada, propone como único controlador de la Constitución al presidente del Reich. Decía que atribuir al Poder Judicial la tarea de defender la Norma Suprema, era otorgar a la aristocracia de toga dicha función que le compete a otro órgano que tenga representación popular, como el ejecutivo. Cerra Jiménez(2008) exponiendo el pensamiento de Schmitt, dice:

Quien tiene la legitimidad de custodiar o ser guardador de la Constitución es el jefe del ejecutivo, pero no el canciller del Reich o Estado, que deriva su poder del parlamento, y por tanto sin representatividad democrática directa y producto de un órgano disgregador del Estado... (p.2).

En cambio el Reich es electo por el pueblo alemán y en consecuencia goza de la legitimidad necesaria para realizarlo, además jura guardar la Constitución. Lo anterior, ya sabemos a que condujo al presidente del Reich en Alemania, por lo tanto hasta cierto punto que se presta al análisis, Schmitt cometió el error de confiar a ciegas en el ejecutivo y su cabeza y olvidó la cuestión humana de la que se forma el hombre, propia del error.

1.3 Control por un órgano jurisdiccional del Poder Judicial

Nos referimos en este punto, al control que ejercen ya sean los jueces o magistrados que pertenecen al Poder Judicial de un Estado. Como dice el maestro Pedro Sagüés (2007):

Poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía. Esto es, una *magistratura constitucional*, que opere como órgano de control, y *procesos constitucionales*, mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares. (p.99)

El modelo judicial de control constitucional fue declarado al mundo por los Estados Unidos, en el famoso caso “Madison vs Marbury” en el que el juez Marshall, aun cuando la Constitución no estableció categóricamente la facultad a la Suprema Corte de Justicia de proteger su preeminencia sobre todo el plano jurídico, sentenció que ninguna norma que fuera inferior a la Constitución podía contradecirle y dedujo lógicamente que la facultad de revisar el apego de las leyes ordinarias a la Constitución Política, en orden de su hegemonía, era consecuencia del aparato judicial.

Con ese fallo se estableció el primer precedente que introdujo el control constitucional llamado de tipo difuso. Esto porque precisamente cualquier juez que se encuentre conociendo de cierta causa puede declarar la inconstitucionalidad de una Ley. Este tipo de control no es especializado, toda vez que los jueces no se dedican exclusivamente a ejercer funciones relativas a la constitucionalidad de las leyes. La facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley se deriva de la función jurisdiccional exclusiva de aplicar las leyes; es decir, al conocer de un caso, la primera norma a la que los jueces deben remitirse debe ser precisamente la Constitución Política, si fuese de otro modo, carecería de sentido la supremacía y valor normativo de dicha norma.

La declaración de inconstitucionalidad en un sistema de este tipo, no tiene efectos *erga omnes*, solamente se aplica al caso que el juez conoce. En consecuencia como regla general “El juez no deroga la norma inconstitucional; solamente la inaplica en el caso concreto” (Sagüés. p. 182a). El juez no puede derogar una norma, porque solamente el legislativo tiene esa potestad. No obstante, la Corte Suprema de Justicia a través de la sala constitucional puede declarar la inaplicabilidad de una norma con efecto *erga omnes*. Dicha medida según expresa este mismo autor, está encaminada a mantener intacto el principio de separación de poderes.

El control ejercido por el poder judicial no obsta para que el ejecutivo o el legislativo sigan ejerciendo también una especie de control. Por el contrario, la

existencia de estos tipos de controles garantiza mayor rigidez en cuanto al sometimiento de todos los miembros de un Estado a su norma suprema.

1.4 Control por un órgano que no pertenece al Poder Judicial

Es el control ejercido por un órgano especializado, con independencia respecto del Tribunal Supremo de Justicia de un Estado y de los demás poderes del Estado. Es el llamado Tribunal Constitucional, que en el siguiente capítulo será analizado con mayor énfasis.

Este tipo de justicia jurisdiccional independiente, fue propuesto por el jurista Hans Kelsen, que redactó la constitución austriaca de 1920, en donde se conformaba un Tribunal Constitucional que de manera exclusiva sería el encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes.

2. Sistemas Jurisdiccionales de Control de la Constitucionalidad

Las garantías constitucionales, afirma Pérez Royo (2003), son entendidas como aquéllas que la misma Constitución se otorga para su primacía sobre otras normas jurídicas, es lo que vuelve al texto constitucional una norma jurídica y no un simple documento político. Estas garantías que vuelven la Constitución Política un texto normativo imperante sobre todo el ordenamiento son: La reforma de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley.

Para efectos del presente trabajo, nos interesa estudiar la segunda garantía, es decir la que tiene que ver con el control de la constitucionalidad de las leyes. En este sentido, existen tres tipos de sistema de control de la constitucionalidad, un sistema difuso, un sistema concentrado y un sistema mixto.

Ahora bien, para abordar el tema de la clasificación de los sistemas jurisdiccionales de control constitucional, se hace necesario hacer referencias generales sobre el objeto de éstos. Al menos por su nombre se sabe que todos

ellos procuran, con una manera singular, mantener vigente la superioridad de la Constitución en el Estado respectivo. Pero de previo es importante responder la interrogante que nos proveerá las pautas para orientar con lógica consecuente la explicación del tema hacia los puntos propuestos.

Siendo que la intención de este apartado es abordar aspectos generales de los sistemas de control constitucional, procedemos preguntándonos: ¿Por qué se crean los mismos? Es pertinente responder a esta interrogante, atendiendo a algunas referencias históricas que nos vinculan obligadamente a la importancia que han tenido las Constituciones Políticas como instrumento organizador dentro de los Estados.

Desde el S. XVII, pero con más claridad en el S. XVIII, con los pensadores revolucionarios estadounidenses, el asunto de la importancia y trascendencia de una Constitución con funciones organizativas en un Estado se pone de boga, al respecto Alexander Hamilton, haciendo apología en Nueva York, decía:

Quizá pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno si no el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres y para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados, y luego obligarlos a que se regulen a sí mismo. El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares. (García Belaunde p. 1)

De esta forma daba a entender que toda clase de sociedad, mínimamente ordenada, necesita de una norma esencial que rijan las relaciones entre los entes encargados del poder ordenador y los ordenados, así también, que establezca

límites y funciones esenciales entre los entes con poder, para hacer de éstos un cuerpo lógicamente organizados, con funciones estrictas y bien delineadas.

En los Estados Federados de la Unión Americana, la idea de contar con instituciones que puedan ser percibidas por todos y que sea percibida de manera precisa motivó a que los padres fundadores del pueblo norteamericano en 1787 adoptaran para su norma suprema el modelo de Constitución escrita, Marshall en 1803 adujo que el pueblo de EE.UU consideraba que la Constitución Política contenía los fundamentos más profundos o neurálgicos de su sociedad, que estos principios debían tenerse siempre en cuenta, así que para evitar que fuesen transpuestos se debían dejar bien fijados y definidos, luego entonces, la mejor forma de conseguirlo era a través de una Constitución escrita.

Así los Estados Federados de la Unión Americana, que en principio fueron colonias inglesas, desestimaron la tradición de tener disposiciones ordenadoras dispersas en múltiples textos normativos como, hasta hoy, lo hace la cultura jurídica Inglesa, cuya constitución tiene por fuentes de derecho los grandes textos históricos como la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos en 1628, el Habeas Corpus de 1679, en 1689 la Carta o Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) y en el Acta de Establecimiento de 1701.

La adopción de la Constitución escrita en los Estados Unidos dio paso a grandes adelantos en el campo de la ciencia constitucional, el reconocimiento en ella misma de su condición de ley suprema dará cabida a que en 1803 se cree el control difuso de constitucionalidad de las leyes, también concibió consigo al Constitucionalismo Democrático.

Muchos tratadistas concuerdan que en el juego del ordenamiento de la sociedad, siempre estarán presentes intereses propios del ser humano. En el ejercicio de éstos, le son inmanentes los mismos males que asedian a los hombres que no ejercen autoridad alguna –entendiendo ésta como la que les inviste a los primero por estar a cargo de algún poder público-, no es cierto que la política sea un plano de relaciones donde la fidelidad, armonía de objetivos y/o intereses sean los

mismos; los depositarios del poder público, la experiencia lo demuestra, son propensos a extralimitarse en sus funciones, algunas veces adrede y otras inconscientes, pero sin importar el animus dominante, se trata de una constante gravísima, porque este tipo de conductas comprometen seriamente los principales valores de los Estados, tantos los que sustentan el adecuado funcionamiento de los órganos estatales como los que sirven de basamento a los derechos fundamentales de cada individuo.

Al respecto Eduardo Mayora (1997) dice que:

El ejercicio del poder público es entonces, a la vez, inexorable y compulsivo. Creer que los titulares del poder público –quien quiera que sea– son capaces de auto-limitarse sistemáticamente, de abstenerse de mandar, aun teniendo el poder para hacerlo, sería un costoso y lamentable error. Es casi una máxima que nunca se propende a ejercitar menos poder del que se tiene, sino que muy por el contrario, la propensión natural es que el ejercicio del poder propende a excederse de los límites predeterminados.

(...)

El problema no es, pues, cómo lograr que las autoridades ejerzan el poder, sino cómo lograr que su ejercicio se confina dentro de ciertos límites, compatible con el mayor disfrute posible de la libertad, en el seno de la sociedad civil. Es una combinación difícil de concebir y de conseguir: ser libre, mientras se está sujeto al poder, a la voluntad de terceros. Como sabemos, dicha combinación solo puede lograrse cuando el poder estatal, a su vez, es sometido a una norma (p. 71)

La Constitución Política, no cabe duda al respecto, constituye el presupuesto inicial y fundamento principal dentro de cualquier organización social que establezca, para su gobierno, entidades con poder de regulación, con imperio, con facultad de incidir sobre todos sus ámbitos sociales, incluso, individuales y transgredir con su poder autoritario el delgado umbral que circunscribe el espacio de actuación posible que le dota con la intención exclusiva de instaurar un régimen

que tenga como finalidad suprema el bienestar de la sociedad y de cada uno de sus individuos. El poder debe estar, en todo momento y sin excepción de ninguna clase -de tiempo y lugar-, sometido inexorablemente; la Constitución Política debe ser el yugo que prensa el cuello y reprime la conducta autoritaria y prepotente con que el poder ejecuta todas sus funciones, sean estas entre él y la sociedad, relación que está generalmente provista con poder de coercibilidad, o entre los distintos órganos que tienen delegadas atribuciones y cuyo ejercicio desmedido irrumpe en la esfera exclusivamente reservada a los demás órganos del Estado.

En conclusión, a la Constitución Política, en los Estados Constitucionales de Derecho, se le atribuye las nociones de ser la Ley suprema, la Ley que no puede ser contrariada por ninguna otra disposición jurídica ni acto de ningún tipo, y la de norma inspiradora de toda la plataforma de organización de la sociedad, la Constitución Política infunde su pulso normativo a toda la esfera social. He aquí su importancia y trascendencia.

Pues bien, habiendo esbozado un poco la importancia de la Constitución Política, seguidamente, se debe entender, que los sistemas jurisdiccionales de control de la constitucionalidad son manifestaciones -quizás las más importantes- de la Justicia Constitucional.

Para el estudio de los sistemas de control constitucional se ha hecho tradicional la distinción entre los sistemas difuso y concentrado, también se hace referencia al sistema mixto, la configuración de este último proviene de la combinación de elementos de los dos sistemas precedentes.

2.1 Control Difuso

Señala López Sánchez (2010):

Tiene sus antecedentes en la distinción que hacen los griegos entre nomos, ley y pséfisma, decreto y la posibilidad de decretar la invalidez de estos frente a la ley a través de la acción de graphé paranomom. También en la concepción medieval del ius naturale y el ius positivum. La doctrina francesa

de la heureuse impuissance. La doctrina de Lord Edward Coke en 1610 en Inglaterra en el caso del Dr. Bonham, que influyó notablemente sobre los pensadores y juristas norteamericanos, como Hamilton en la obra El Federalista...

2.1.1 Nacimiento

Este sistema tiene su comienzo en Estados Unidos. Nace en 1803, con la citada sentencia del Juez John Marshall en el caso *Marbury versus Madison*. Por la particularidad del sistema judicial estadounidense –sistema por precedentes– la sentencia del Juez Marshall forja la génesis de la facultad de los jueces para conocer y pronunciarse en los casos donde se alegue inconstitucionalidad.

En la sentencia del juez Marshall, éste expuso:

Es una proposición demasiado sencilla para ser respondida la de que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo con ella, o que, la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura pueda hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción entonces las constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la nación, y consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, incompatible con la constitución, es nula. Esta teoría guarda una relación con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por este Tribunal, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad (Blanco Valdés, p. 114)

2.1.2 Características

La competencia de cada uno de los jueces para conocer en asuntos donde se controvierte la armonía de cualquier norma jurídica o actos de la administración con la Constitución advierte que se trata de un sistema no especializado, a esta facultad se le llama *Judicial Review* o revisión judicial. Los jueces del sistema norteamericano son por tanto jueces de legalidad y jueces de constitucionalidad, este es la principal característica del sistema difuso o desconcentrado norteamericano.

Dice VintròCastells(2010)que a este sistema de justicia constitucional también se le denomina bajo el adjetivo de Justicia Constitucional Incidental. Los supuestos de justicia constitucional son planteados por las partes en el marco de un determinado proceso ordinario, se plantea entonces como un incidente procesal la posible inconstitucionalidad de la ley aplicada en el caso concreto, así lo que está en juego es un procedimiento concreto y a este se le opone a través de un incidente. Esto tiene como consecuencia que la eficacia de la inconstitucionalidad se restrinja al supuesto del procedimiento concreto en el que se debía aplicar.

Como características secundarias se apunta que las sentencias solo tienen fuerza entre las partes litigiosas, lo importante es que, como se ha hecho alusión rápidamente, por ser un sistema de precedentes –*staredecisis*–, las sentencias emitidas bajo el rigor de determinadas circunstancias, se proponen para procurar que el pronunciamiento del juez sea similar al anterior –*staredecisis et quieta non movere*–, se debe señalar que en este sistema los jueces inferiores deben adherirse a la jurisprudencia dictada por los tribunales de mayor jerarquía.

No obstante, la mecánica del sistema anglosajón no ata indisolublemente, a lo largo del tiempo, el criterio jurisprudencial a los elementos facticos de un caso en particular para ser utilizado como criterio eventual *ad æternum*, no lo obliga a fallar siempre en el mismo sentido, no le pinta el cariz de aparato repetidor. Ciertamente es un sistema dinámico porque en realidad impera el criterio objetivo, tanto es así que método del*staredecisis* no impide re-examinar lo decidido, tomando en cuenta

la incidencia de elementos trascendentales que obligan a modificar el statu quo, tales elementos como diferencias culturales y económicas imperantes en el entorno de las decisiones precedentes en comparación con las actuales.

Como tercera características señalamos que de acuerdo al principio de doble instancia, normalmente los fallos de los jueces son apelables, así que no pasan sobre cosa juzgada inmediatamente.

2.2 Control Concentrado

Nace en Austria, en 1920, es concebido por Hans Kelsen. Básicamente Kelsen crea un órgano que mantiene una relación especial con la Constitución, lo llama Tribunal Constitucional. A diferencia del sistema americano -difuso- éste tiene como principal criterio, la especialidad del órgano. Conviene señalar que este sistema será desarrollado en el apartado titulado "Tribunal Constitucional".

2.3 Control Mixto de Constitucionalidad

Este prototipo de sistema dice el Profesor López Sánchez (2010), toma tanto del modelo de Estados Unidos como del modelo Austriaco.

Es un sistema, aparecido en América, se transfigura como un tercer modelo de Justicia Constitucional sincrético, de rasgos, todos, pertenecientes a los sistemas difuso y concentrado, por tanto carece de elementos originales. Insta en la estructura del Poder Judicial a jueces especializados que actúan como sala dentro del órgano supremo, pueden contar con corte independiente, situada fuera del máximo órgano de justicia nacional, pero con todo ello siempre permiten el control difuso de los jueces comunes. Dado que siempre son las salas de los Tribunales o Cortes de Justicia las que tienen la palabra final sobre la interpretación constitucional, es claro que estos funcionan como tribunales de alzada y generalmente en casos de apelaciones y casación (Highton Elena I. sf.)

Explica Profesor García Ruiz (2010), a propósito del surgimiento del Sistema Mixto que en su comienzo el sistema de control concentrado es insuficiente, puesto que

su controversial función hermenéutica y vinculante se orienta más a una ocupación selectiva, depuradora del ordenamiento jurídico, que a asegurar la aplicación directa de la Constitución.

En efecto, al ponerse tan solo en marcha cuando así lo deciden quienes están legitimados para ello y al existir un plazo de caducidad para accionar, el control concentrado juega más bien como un resorte dentro del sistema en el que determinados órganos políticos son los que, en definitiva, deciden sobre su utilización o no. Por eso es perfectamente posible la perdurabilidad de leyes dudosamente constitucionales, porque aquellos que pudieron poner en marcha el proceso de constitucionalidad no lo hicieron en el plazo adecuado. Esta situación es típica del constitucionalismo europeo hasta la segunda guerra mundial.

Hasta entonces las insuficiencias del sistema Europeo se manifiestan más cuando se confrontan con los excelentes resultados del sistema difuso americano, que ha persistido a lo largo de casi dos siglos al otro lado del Atlántico. Así el sistema americano, por sus logros, se dio a conocer en todo el globo político, ejerciendo gran influencia en el, tanto fue así que algunos países europeos hicieron confluir en sus Constituciones factores de ambos sistemas dando lugar a lo que llamamos el Control Mixto de Constitucionalidad.

3. El Objeto del Control De La Constitucionalidad

El objeto del control de la constitucionalidad en un Estado no es más que el mantener vivo y vigente el principio de Kelsen de jerarquía de las normas, por el cual la Constitución Política es la cúspide de la pirámide y a la vez la biga que sostiene toda la edificación. Dicho de otro modo, el control de la constitucionalidad tiene por objeto único, mantener la superioridad de la Constitución frente a los abusos de quienes ostentan el poder, las demás normas de carácter inferior en el Estado, actuaciones de particulares y actuaciones de la administración pública que atenten contra ella.

Modernamente y muy importante, se tiene la concepción de que no solamente es la defensa de la Constitución el objeto de los controles constitucionales, sino, la defensa de los Derechos Fundamentales que actualmente cuentan con gran aceptación en el Derecho Internacional, lo cual no excluye que de manera objetiva se persiga la defensa del texto constitucional en si.

3.1 Importancia de los Controles Constitucionales

Los controles, sea cual sea el tipo de control, hacen de la constitución una norma lógica, y como tal tiene medios a través de los cuales se ejecuta su mandato. Como afirma Pérez Royo (2003), la justicia constitucional es lo que hace a la constitución una norma, es decir que norma la vida de un Estado y no son simples enunciados sin fuerza vinculante. Si no fuese así, entonces esta ley carecería de relevancia respecto de las demás leyes del Estado, toda la ciencia constitucional sería renca y carecería de sentido estudiarla; sirve además como un elemento que garantiza al cumplimiento estricto de las funciones de cada poder del Estado, así como el cumplimiento respecto de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados democráticos modernos.

La justicia constitucional, ejercida a través de distintos tipos de controles sirve además como mecanismo de defensa de las minorías, las cuales por no tener tanta o casi ninguna representación política, no tienen influencia sobre los órganos políticos que ejercen la actividad estatal por mayoría electoral, para la protección de sus derechos.

Otro punto relevante en cuanto a la justicia constitucional ejercida por órganos del poder judicial o un órgano exógeno a éste, es que contribuye de manera eficaz a la separación de poderes. Cuando dos órganos se encuentran en conflicto de competencias, piénsese por ejemplo que ocurre en un conflicto entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, si el judicial tiene el monopolio de la justicia constitucional en un Estado; esto atenta contra el principio de no poder ser juez en su propia causa, es decir, cualquier fallo, aun cuando su razonamiento pareciera correcto, daría suficientes elementos para pensar sobre su parcialidad.

El jurista nicaragüense Escobar Fornos (2006 p. 18), establece como un elemento de importancia de la justicia constitucional la llamada inconstitucionalidad por omisión; a través de la cual, cualquier funcionario del Estado, obligado a una acción por la constitución, y cuando no lo hiciera, puede ser declarado responsable de esa omisión y por consiguiente merecedor de una pena.

En nuestro país bien o mal, para efectos del presente trabajo existen muchos ejemplos que podemos usar. Al respecto, actualmente la Asamblea Nacional no ha elegido a magistrados del Poder Judicial, Poder Electoral, funcionarios de la Contraloría General de la República, Procuraduría de la República. En este caso, la Corte Suprema de Justicia (La Sala Constitucional específicamente) si encontrara en el ordenamiento jurídico el suficiente desarrollo legislativo sobre la inconstitucionalidad por omisión, perfectamente podría crear jurisprudencia en ese sentido y respecto de ese recurso, y declarar una inconstitucionalidad por tal razón; no obstante, existe un antecedente en la jurisprudencia de nuestro país, en lo que se refiere al amparo por omisión, que se encuentra establecido en el artículo 188 de la Constitución Política, es el caso de la sentencia número 90, de las diez y treinta minutos de la mañana del día veintidós de abril de mil novecientos noventa y nueve, en la cual el Procurador General de la República, logra que se declare amparo por omisión en contra de la Asamblea Nacional por no haber aprobado en el tiempo establecido, el Proyecto de Presupuesto General de la República del año mil novecientos noventa y nueve. En esta sentencia es importante destacar, que la misma sala establece que sí existe un “Amparo por Omisión” siendo que en la ley de Amparo además se encuentra regulado el procedimiento del mismo. Respecto del Recurso por inconstitucionalidad, como hemos mencionado, para su aplicabilidad hace falta su procedimiento, de lo contrario solo será una buena intención plasmada en la Constitución.

3.2 La Justicia Constitucional en Nicaragua

Los juristas que se han encargado del estudio en particular de la justicia constitucional nicaragüense coinciden en que el sistema que se aplica es el mixto.

Es un sistema mixto porque si bien es a la Corte Suprema de Justicia a la que le compete el control constitucional, los jueces, que conocen de todo tipo de casos dependiendo de su materia, pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley para el caso concreto.

Como establece el profesor García Palacios (2011)

En nuestro sistema constitucional el órgano encargado del control de la constitucionalidad o protección de la Constitución es la Corte Suprema de Justicia ya sea a través de la Sala de lo Constitucional o el Pleno de la Corte y, además, los Jueces y Tribunales. Todo ello en armonía con la Constitución y la Ley de Amparo y Ley Orgánica del Poder Judicial (p.48).

Los artículos 187 y 188 de la Constitución respectivamente, dan plena facultad a la Corte suprema de Justicia para conocer sobre los recursos de amparo y el recurso por inconstitucionalidad, así mismo el artículo 45, situado en la parte dogmática de la Constitución establece tal facultad a la Corte Suprema de Justicia. En igual sentido el artículo 20 de la Ley de Amparo vigente, establece un mecanismo que permite ejercer control de constitucionalidad en casos concretos tanto en jurisdicción ordinaria como constitucional, por ejemplo en instancia de apelación o amparo ante la Corte suprema de Justicia.

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial complementa al sistema como mixto, al establecer que ante los tribunales de justicia, cuando de la constitucionalidad de una ley dependa el fallo del juez, este podrá declarar la inaplicabilidad de la Ley para el caso concreto y se obliga a enviar dicha decisión a la Corte Suprema para que ésta confirme o no dicha inconstitucionalidad que, en caso de ser confirmado así por la Corte, tendrá efectos erga omnes.

García Palacios et al (2010) establece que:

A la lectura constitucional se debe agregar o complementar la lectura de la Ley de Amparo y de la Ley orgánica del Poder Judicial(en lo sucesivo LOPJ) en el sentido de que estas dos normas, específicamente, la Ley de

Amparo (en lo sucesivo LA), introducen el denominado control en casos concretos, el cual le permite a cualquier juez o Tribunal que está conociendo de un caso en concreto poder declarar la inconstitucionalidad de una norma que tiene aplicación directa al caso que está conociendo el juez y que éste considera que la misma es violatoria a la Constitución. (p 553)

El sistema nicaragüense es mixto porque si bien deja en la Corte suprema y su Sala Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos erga omnes, los jueces ordinarios como hemos dicho, pueden declarar inaplicable la ley para el caso concreto. Vemos entonces en nuestro sistema, configuración de los dos grandes sistemas clásicos, el difuso norteamericano y el concentrado europeo.

Capítulo II

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL MODELO CONCENTRADO:EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es la institución insignia de la justicia constitucional concentrada, llamado también de forma apelativa: Modelo Europeo o Modelo Austríaco que tiene sus inicios a finales del primer cuarto del siglo XX. Es importante hacer la salvedad, que si bien es cierto, que la figura del Tribunal Constitucional es la institución que representa por excelencia el modelo de justicia constitucional concentrada, éste no es la única manifestación de la misma.

En realidad el concepto de modelo de justicia constitucional concentrada en nuestros días ha cambiado su contenido. En el inicio contempló únicamente el control constitucional por un órgano determinado, llamado Tribunal Constitucional, sobra decir que tenía la facultad de examinar, con criterio vinculante, la correspondencia que existía de las leyes respecto a la Constitución,—ésta misma institución, veremos más adelante, también ha prosperado en cuanto al contenido de sus facultades— se trataba de un órgano que estaba fuera de la estructura organizacional clásica del Estado, sin embargo, actualmente el concepto de justicia constitucional concentrada, también, encierra el control ejercido por un por un tribunal que puede estar inmerso dentro del Poder Judicial, V.gr. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica “La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia....”(Arto. 4; Ley 7135)

El Profesor Brewer-Carías (2007) enseña que:

El órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez de la constitucionalidad de las leyes con poderes anulatorios, aun cuando sea generalmente similar al “modelo europeo” de Tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial. El sistema sólo implica la atribución, a un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, del poder y del deber de actuar como juez constitucional con poderes anulatorios. Esta es la esencia propia del sistema concentrado con relación al sistema difuso, sea que el órgano dotado del poder para actuar como juez constitucional sea el Tribunal más alto del Poder Judicial o una Sala especializada del mismo o un Tribunal especializado en materia constitucional; y en este último caso, sea que se trate de un órgano constitucional especial creado fuera de la organización judicial o dentro de la misma, aun cuando este último aspecto no resulte esencial para establecer la distinción. (pp. 6-7)

Al hablarse de la Justicia Constitucional Concentrada, sin duda, siempre por desidia referenciamos de forma inmediata a la Institución del Tribunal Constitucional, la razón tal vez sea que fue ésta Institución la que dio vida a la Justicia Concentrada. No obstante, es claro que ya que dentro del método de hacer justicia concentrada existen otros órganos –salas de Tribunales Supremos o Cortes Supremas–, que de ninguna manera pueden tenerse por sucedáneas o similares del Tribunal constitucional, pero que también su hacer funcional se comprende dentro de la Justicia Constitucional Concentrada. La forma de salas dentro de Tribunales Supremos o Cortes Supremas ha tenido mayor desarrollo en Latinoamérica.

1. Concepto de Tribunal Constitucional

Como se ha mencionado anteriormente, el concepto de Tribunal Constitucional ha experimentado cambios que a la postre han significado expansión en cuanto al contenido del concepto. Pues claro, resulta ser lógico, en su comienzo el Tribunal Constitucional prestaba una justicia abstracta que sólo iniciaba por la activación de determinados órganos constitucionales. Vintrò Castells (2010) explica que al principio la función del Tribunal Constitucional se orientaba a garantizar la organización política y territorial, es por ello que Kelsen afirmó que “(...) es en el Estado Federal donde la Justicia Constitucional adquiere una importancia mayor. Nos es exagerado afirmar que la idea política del Estado Federal solo encuentra su plena realización con la instauración de un Tribunal Constitucional” (CerraJiménez pp. 4,5).

El Profesor Lautaro Ríos (p. 293), conceptualiza al Tribunal Constitucional como “un órgano del Estado, colegiado, de naturaleza jurisdiccional, encargado de conocer y resolver las controversias y problemas jurídico-políticos en que está comprometido el principio de la supremacía de la Constitución.” El profesor Nogueira Alcalá cree es necesario reunir tanto aspectos formales como materiales a fin de no tener por Tribunal Constitucional una institución que solamente tenga arrojadas de las usuales facultades que conforman aquellos (2003).

Favoreu (1994) ofrece el siguiente concepto de que “un Tribunal Constitucionales una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de ese como de los poderes públicos” (p. 13). Este concepto enuncia una concepción formalista, muy probablemente inspirado en el arquetipo formulado por Kelsen.

FerrerMac-Gregor (2000), concibe un enfoque más funcionalista señala que:

Entendemos por tribunal constitucional a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.(p.79).

Contrapuestos ambos conceptos salta inmediatamente la diferencia de opiniones respecto a la ubicación del órgano. Sin duda el concepto que brinda el Profesor Favoreu (1994) se apega al modelo de institución propuesto por Kelsen en donde la separación del Tribunal Constitucional de la estructura clásica del poder tiene su explicación funcional. Por otra parte, el concepto que propone Ferrer Mac-Gregor(2000) posee una visión más general en donde se sub-valoran cuestiones con carácter formalista y se obedece más a elementos de índole funcionalista. Postura que también encuentra cierto respaldo en la conceptualización que de Tribunal discierne el Jurista Manuel Ossorio (2007):

Magistrado o conjunto de magistrados que ejercen la función jurisdiccional, sea en el orden civil, en el penal, en el laboral o en el administrativo, o en otro fuero y cualquiera que sea su categoría jerárquica Se llama unipersonal cuando está constituido por un solo juez, y colegiado cuando lo integran tres o más jueces. También se llama tribunal el lugar en que los jueces administran justicia (p, 959).

Por su parte Nogueira Alcalá, en medio de ambas exposiciones adopta una postura neutral y concibe que los tribunales constitucionales como:

Órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa de la jurisdicción de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referente como núcleo esencial a la constitucionalidad de norma infra-constitucionales y la

división vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas consideradas inconstitucionales. (3769)

Por lo que desde ahora se percibe la cuestión sobre la posición que debe ocupar un Tribunal Constitucional no reviste mayor importancia, no obstante en la concepción de Kelsen esto reviste mucha relevancia, así lo veremos más adelante.

2. Naturaleza Jurídica

Entorno a la figura del Tribunal Constitucional, desde su implementación se ha producido la discusión sobre su naturaleza. En 1919 el Jurista Alemán Carl Schmitt publicó su obra llamada, Defensa de la Constitución, en ella expone que los tribunales de justicia no pueden ser los órganos encargados de proteger la Constitución; argumenta que cuando los jueces declaran la inaplicabilidad de una norma jurídica legislan de forma negativa, tal actividad incursiona en la esfera de actuación del parlamento, arrogándose así facultades legislativas, por lo cual también es innegable su naturaleza política. Schmitt llama a esto politizar la justicia (Cerra, pp, 1, 2,3).

Por su parte Kelsen no desconoció los efectos políticos que a las sentencias del Tribunal Constitucional le pueden ser inmanentes, sin embargo, estos efectos, dice Kelsen, son sobrevenidos de la actividad jurisdiccional que ejerce. Aduce que la Constitución Política es una norma y como tal el tribunal se encarga de aplicarla. Ríos Álvarez (2007) defiende el argumento de Kelsen sostiene que:

La principal característica del tribunal constitucional es que, no obstante las materias de trascendencia política que le corresponde resolver, ejerce un

poder jurisdiccional, tanto en el fondo como en la forma.

(...)

En cuanto a la forma, el TC actúa siempre conforme a las reglas del justo proceso. Es decir, también obra aquí jurisdiccionalmente. De ahí la importancia que, en los procedimientos ante el TC, las partes en conflicto puedan ser escuchadas, puedan presentar las pruebas que el caso amerite y disponga de idénticas garantías procesales. En el mismo sentido, el TC conoce y resuelve dentro de un proceso de índole constitucional y sus decisiones tienen fuerza de cosa juzgada (pp. 293, 294).

Nogueira Alcalá (2006) refuerza esta postura al sostener que en su actuar los Tribunales Constitucionales proceden con razonamientos jurídicos, como señaló Juan Colombo, en la cosa juzgada de su sentencia también despliega jurisdicción. Termina exponiendo la opinión de Bachof, quien dice que el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico (3769).

Hans Kelsen suponía que el Tribunal Constitucional gozaba de una relación muy cercana a la Constitución, él es el Guardián. Es precisamente por esa cercanía que lo ingenia a parte de la tradicional triada de poder. En realidad el Tribunal Constitucional tiene cómo tarea encomendada hacer respetar la Constitución. Es un órgano que tiene una función específica, por lo cual debe tener autonomía.

3. De La Legitimidad Del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en forma lata, se puede decir que es un órgano cuya justificación estriba precisamente en la importancia de la Constitución y de su necesidad de protección. Sin embargo, su propia existencia en la lógica de la

conformación de la misma Constitución formal supone controversia. A continuación algunos rasgos de la polémica.

Si nos atuviéramos al literal de la frase “Estado Constitucional de Derecho”, los Tribunales Constitucionales no tendrían por qué existir. Tradicionalmente se entiende que solo existen tres poderes en el Estado Moderno, ejecutivo, judicial y legislativo, por lo tanto no cabe espacio para la existencia legítima de otro órgano encargado de justiciar actos en contra de la Constitución Política. Sin embargo, nos explica Pérez Royo (2003), que los tribunales constitucionales tienen una justificación fundamentalmente histórica. Resulta que los Tribunales Constitucionales han nacido en aquellos Estados cuya transición del Antiguo Régimen al actual Estado Constitucional de Derecho ha sido una total odisea, es por eso que no existen en todos los países “sino únicamente en aquéllos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado Liberal del XIX al estado Democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España”. (Pérez Royo, p. 938)

De previo entendamos que el hecho histórico-filosófico que rompe la configuración antañá de concentración absoluta del poder y que hace principiar la existencia del Estado Constitucional de Derecho, en el que encontramos toda la cosa social sometida no al imperio de la ley sino al de la Constitución, no es otro que la división de poderes.

La división de poderes es el punto de partida de toda la aventura institucional de nuestros tiempos. Tomemos en cuenta que, como hemos dicho antes con apasionante insistencia, la Constitución Política es el presupuesto inicial y fundamento principal dentro de las modernas sociedades organizadas de forma democrática, que es a través de las nociones constitucionales de Ley Suprema y Norma de Normas que se infunde el pulso normativo a toda la esfera social. Primeramente, para hablar de Constitución Política debemos reparar en la tradicional triada de poderes, pues es aquí la génesis del moderno Estado Constitucional de Derecho.

La división de poderes sucede al estadio de absolutismo monárquico.

Pérez Royo aduce:

(...) la Monarquía Absoluta no supondría la concentración y monopolización del poder sobre el territorio, sino que sería la forma política a través de la cual se intentaría poner un principio de orden en la selva de poderes autónomos que coexistían en la sociedad feudal, institucionalizando de esta manera la coexistencia pacífica de todos ellos en una unidad superior, articulada por lo demás de una manera extraordinariamente laxa. (p. 733).

Es en realidad con la transición de la monarquía absoluta al establecimiento del Estado en donde se hace imperiosa la necesidad de dividir el inmenso poder que se concentra en la figura misma del Estado. En el Estado moderno no habrá más poderes intermedios o territorio segmentado en feudo, en el Estado moderno convergen y se centralizan las odiosas facultades de imposición, de exigencia y de compulsión, en fin de mandato legítimo. En esta situación nada es más fácil que ejercer el poder en forma depravada, ya lo advertiría espléndidamente Lord Acton: *power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*. La necesidad de ejercer algún tipo de poder es inmanente a todas las personas, es una necesidad que ha acompañado a los seres humanos desde el principio, es por ella que ha conseguido lograr dominar todas las cosas que le rodea, sin embargo algo que no le acompaña o que tiene en la mayoría menor manifestación es la capacidad de dominarse; así en los hombres es muy fácil, es casi una obsesión, ejercer el poder y consecuentemente, a menudo, se hace imperioso detentarlo permanentemente y cada vez con mayor amplitud y contundencia, sin importar la forma en que esto se consiga. Cada pequeña cuota de poder propende a ser más poderosa y en los seres humanos el poder tiene la terrible consecuencia de hacerle avaro de más poder, el hombre olvida las imposiciones morales que rigen la voluntad libre y la voluntad por la que él mismo se ha sometido a las exigencias de una vida en sociedad, al compromiso de ceder una parte de sus intereses a la colectividad para la bien andanza en comunidad, la voluntad se vuelve y no trabaja sino en miras del auto beneficio.

Es esta situación precisamente por la que tiene nacimiento del Estado, por las aglomeradas atribuciones que giran en torno a una sola figura en donde surge imperiosamente la necesidad de dividir la concentración de su poder, a fin de que no sea ejercido de forma desviada, Montesquieu, en su teoría de la división de poderes, conjeturó que si en un gobierno monárquico se neutralizaban las prerrogativas clericales y se desaparecían los gobiernos de las ciudades habría dos escenarios posibles, el primero esperaba un estado popular-utópico por cierto- y en el segundo un estado despótico . (Pérez Royo, 2003).

La verdad es que desde el primer escenario posible -el estado popular- pasar al segundo sería sino lógico al menos sumamente sencillo. ¿Qué tan difícil es desconocer cualquier acuerdo que no se ajuste al interés del poder? pues bien, sólo basta conocer la historia de Eteocles y Polinices, en la cual el primero siendo un rey cuyo mandato temporal estaba sujeto por un pacto concertado con su propio hermano -Polinices-, decidió, fungiendo como Rey, desconocerlo; no quiso deponer el poder y para evitarlo se auxilió de todas las fuerzas de su reino.

La solución que Montesquieu propuso fue asignar algunas facultades a diferentes órganos, en realidad de lo que se trata es de repartir las competencias que siempre han formado parte del poder soberano -legislar, lo relativo a la guerra y el poder de juzgar-. Montesquieu entiende que la división no debe ser cualquier división, debe conformarse de tal manera que fomente en sí la funcionalidad del Estado; el Poder Legislativo tendrá la facultad de dictar las leyes y vigilar el debido cumplimiento de las mismas; el poder ejecutivo debe estar en las manos del Monarca, su fundamento estriba en la necesidad de gestar con rapidez, para tal fin es mejor la gestión unitaria que colegiada; la facultad de juzgar no debe estar en manos de ningunos de los órganos anteriores, éste debe ser ejercido por individuos provenientes del pueblo mismo, el señalamiento de tales sujetos debe ser regido en consonancia a la ley.

Ninguno de las facultades deben ser ejercidas por otros órganos que por los escogidos para sus correspondientes tareas.

Pérez-Royo (2003) explica:

Una vez establecido los tres poderes, Montesquieu sienta el principio de que no hay libertad si algunos de ellos ejerce el otro poder: << cuando en una misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura se reúnen el poder legislativo y el poder ejecutivo, no hay libertad: porque se puede tener el temor de que el monarca o el senado dicten leyes tiránicas para ejecutarlos tiránicamente.>><<tampoco habrá libertad si el poder de juzgar está vinculado al poder legislativo o ejecutivo.>> En el primer caso porque el poder será arbitrario, en el segundo, porque será opresor.(p. 738).

Montesquieu concebirá que éste debe ser el esquema que debe integrar el Estado, éste debe ser la ingeniería básica que una Constitución debe disponer, porque la Constitución es también control y limitación, como a propósito dice el profesor Aragón Reyes (1999) "hablar de Constitución tiene sentido cuando se le concibe como limitación y control del poder" (p. 15).

Hoy día la teoría de Montesquieu no tiene aplicación en su totalidad, sin embargo, sus preceptos fundamentales atribuciones no varían. Su verdadera importancia reside en apartar los lineamientos de organización de funciones, cuyo mayor rasgo es la capacidad de evitar anomalías y procurar una autosuficiencia del sistema, sin perder de vista la equidad y la búsqueda constante de un gobierno inclusivo. "El principio de la división de poderes ha demostrado su utilidad en el ámbito mundial (...). Llenarlo de vida concreta seguirá siendo un cometido para el futuro" (Wolfgang Hoffmann-reim)

Montesquieu deja claro que únicamente deben ser respetados la esfera de acción de cada facultad y nunca invadida.

La controversia en torno a la existencia del Tribunal Constitucional surge al someter bajo análisis sus funciones, la trascendencia de las mismas a la luz de su nacimiento. Si partimos de lo recién expuesto, una Institución como el Tribunal constitucional no tiene cabida dentro del esquema planteado por la teoría de la

separación de poderes, misma en la que estriba la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho.

La adopción de los Tribunales Constitucionales no ha sido para nada sencilla. En Europa existió un gran recelo hacia la adopción del modelo propuesto por Kelsen, teniendo en cuenta que ya estaba como modelo el sistema difuso norteamericano, a tal grado que países como Alemania e Italia adoptaron un sistema de justicia constitucional que si bien es cierto recae sobre un Tribunal, retoma aspectos característicos del sistema norteamericano como lo es el hecho de constituirse como un Tribunal jurisdiccional basado en el principio americano de supremacía constitucional y no en el principio Kelseniano de legislador negativo.

Sobre este último aspecto, es necesario tener en cuenta que la propuesta de Kelsen aclaraba que los Tribunales Constitucionales no eran verdaderas sedes judiciales por cuanto no se discutía ante ellos la aplicación o declaración de derechos tomando en cuenta una ley y unos hechos determinados, por el contrario el jurista austriaco dice que solamente se trata del conflicto entre dos normas, una que es superior y otra que es inferior y por lo tanto debe primar la validez de la primera, y en virtud de dicho roce entre normas, el Tribunal Constitucional es un verdadero legislador negativo que declara la nulidad de la norma que se opone a la Constitución.

La justicia constitucional en Europa es adoptada de manera tardía si tomamos en cuenta que al otro lado del Atlántico en 1803 ya se hablaba de supremacía constitucional. García De Enterría (1985) afirma que el reduccionismo de la Constitución, como mera hoja de papel sin ninguna importancia más que para ocultar relaciones reales de poder, es lo que sostuvo el marxismo por mucho tiempo en Europa, lo cual excluyó “ también todo valor específico a la Constitución como norma suprema” (García De Enterría. p. 130)

Finalmente adoptado el sistema propuesto en Austria en 1920, nacen también teorías que se oponen a la creación de las llamadas Cortes Constitucionales, al respecto, Bordalí Salamanca (2003 p. 2) establece que la oposición de algunos a

las Cortes Constitucionales surge de aquel acalorado debate entre Schmitt y Kelsen a principios del siglo XX, puesto que desde entonces se discute la legitimidad de que un órgano ajeno a los tres poderes clásicos pueda dejar sin efecto la ley que es voluntad popular representada en el parlamento. Para Schmitt, el problema era de carácter político y no jurisdiccional, por eso le competía al jefe de estado resolver la controversia (Schmitt p. 161).

El problema de legitimidad democrática surge porque el Tribunal Constitucional, en primer lugar, no es dependiente de ningún otro poder; es decir, es un ente autónomo con capacidad suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes que como sabemos representan la voluntad popular (no está dentro de los tres poderes clásicos), en segundo lugar porque no solo a los jueces constitucionales les compete la defensa de la constitución en un verdadero estado constitucional, sino que por el contrario, por tratarse precisamente Estado Constitucional de Derecho todos están sometidos al imperio de la Constitución y a su defensa.

El profesor García De Enterría(1985 p.158) detecta que son dos los grandes problemas o debates respecto del Tribunal Constitucional y que sirven de argumentos a aquéllos que se oponen a la existencia del mismo. El primer argumento, es la cuestión de la tensión entre política y Derecho, que inquiera si los grandes problemas políticos que se someten al conocimiento del Tribunal Constitucional pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial, al respecto se pregunta:

¿Es, por tanto, el Tribunal, a pesar de su nombre, una verdadera jurisdicción, o es más bien un órgano político, que decide políticamente bajo la capa de sentencias? Y antes aún: ¿es que los problemas políticos (y los problemas de principio, sometidos a una presión social de tantas atmósferas) son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal? (p. 158)

Como segundo argumento y siempre haciéndose interrogantes al estilo de la mayéutica, García De Enterría se pregunta:

Segunda cuestión, íntimamente ligada a la anterior: ¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?, pues aunque pretenda aplicar éste, es un hecho que la historia demuestra que los Tribunales Constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero *ammending gpower*, en los términos del juez americano MARLAN, esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos que suplementarla, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención del constituyente. Y, entonces, ¿cuál es la fuente de ese formidable poder y __más grave aún__ su legitimidad democrática? ¿Dónde están las <<fuentes del Derecho>> de criterios tan relevantes y trascendencia, capaces de imponerse a la voluntad de las Cámaras, que son la expresión de la voluntad popular? (p. 158)

Sobre el primer punto, como referimos anteriormente, el expositor por antonomasia de dicha tesis es Carl Schmitt, quien sostiene que los Tribunales constitucionales son legisladores auténticos bajo la sombra de verdaderos entes jurisdiccionales. W. Jellenik (1929) sobre este aspecto sostiene: “La Justicia debe mantenerse completamente libre de la legislación”(p.10). Schmitt hace y mantiene una clara diferenciación entre lo jurídico y lo político y de ahí parte para deslegitimar la creación del Tribunal Constitucional como único intérprete de la Constitución. Para este jurista, en su obra “Der Huter der Verfassung” de 1931, traducida al castellano como “La defensa de la Constitución” dicha defensa debe recaer sobre el presidente del Reich y que el control que puedan ejercer los jueces ordinarios es en todo caso accesoria y no debe considerarse como la regla general. Para Schmitt (1931), el Tribunal constitucional no debe ser el guardián de la constitución porque:

...la función constitucional de protector de la Constitución radica

precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia. Sólo entonces puede decirse que existe un protector de la Constitución, conforme al espíritu de las instituciones. Por consiguiente, no podemos decir que sean defensores de la Constitución todas aquellas entidades y personas que eventualmente, mediante la no aplicación de leyes anticonstitucionales o el incumplimiento de mandatos de igual naturaleza, pueden contribuir a que la Constitución se respete y a que no queden vulnerados los derechos protegidos por la Constitución. Esta es la razón sistemática que justifica el hecho de que los Tribunales no sean considerados como protectores de la Constitución, aun en el caso de que ejerzan el derecho de control judicial, accesorio y difuso (Schmitt p. 56)

Sostenía además en su obra “La Corte suprema de justicia como el guardián de la constitución” de 1929, que no existen conflictos constitucionales, por cuanto las partes en conflicto deben estar en una cierta relación a la Constitución de la que resulte su papel de partes en función de su legitimación activa y pasiva. Esta situación sólo podría darse cuando la Constitución fuese considerada como un contrato... Pero la Constitución no es un contrato sino una decisión fundamental que no puede ser objeto de proceso (García De Enterría, 1985, p. 159)

Schmitt, como hemos mencionado manifestaba además su preocupación acerca de la politización de la justicia, planteaba que la expansión de la justicia a otras áreas como la política, solo le traería perjuicios a la misma porque contendría elementos exógenos que la contaminan y la vuelven insegura y cambiante conforme los criterios subjetivos de cada cual, en este sentido hacía apología a la situación en que puede encontrarse el Tribunal Constitucional cuando este necesite congraciarse con el legislativo, interpretando una norma a placer de éste último, situación que dejaría en total desamparo a los ciudadanos.

Sobre el segundo supuesto cuestionado por García De Enterría, vale decir que las fuentes sobre las cuales actúa el Tribunal Constitucional recaen modernamente sobre la dignidad humana y la concepción de la Constitución como norma. Sobre

la dignidad, es un concepto que modernamente se tiene como premisa para la protección de derechos fundamentales a través de las Cortes Constitucionales, que si bien es cierto y como se plantean los críticos, ello conllevaría a los magistrados de este órgano colegiado a actuar sobre un criterio estrictamente político, la evolución del Derecho Constitucional y la responsabilidad que el Estado pueda adquirir internacionalmente, hacen que se tenga a este órgano como uno de los más confiables o al menos se le considera un actuar apegado a un tolerable margen de apreciación reconocido en el *Corpus juris* internacional y que son a la vez misma uno de los objetos del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional, además como diremos seguidamente, un conflicto jurídico, lo es también político por cuanto representa la lucha de intereses.

En lo que respecta a las críticas hechas a la obra de Kelsen, éste responde a dichas objeciones con su obra “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” en el que plantea, según García La Guardia (1983):

La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados. Si una cosa es indudable, es que ningún órgano es menos idóneo a realizar esa tarea que aquél al cual la constitución encarga en todo o en parte- el ejercicio del poder y que tiene en sus manos la ocasión jurídica y los estímulos políticos para violarla. Ningún principio técnico jurídico es tan generalmente compartido como aquél por el cual ninguno puede ser juez en su propia causa. (p. 11)

Kelsen sostiene a su favor además, ante el argumento de que un Tribunal no puede conocer más que sobre hechos que se encausan dentro de una ley, diciendo que la diferencia cardinal radica en que un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, mientras que el Tribunal Constitucional anula normas y actúa como legislador negativo. (Hans Kelsen, p. 37).

El jurista austriaco responde a Schmitt respecto a los criterios sobre los cuales

puede interpretar el Tribunal Constitucional; para este último, los criterios de interpretación que utiliza el Tribunal Constitucional son premisas muy abstractas que cualquiera podría interpretar de la manera que mejor le convenga, como la justicia, la libertad o la igualdad, al respecto Kelsen propone que para resolver ese problema se necesita que las constituciones establezcan de manera clara y limitada los criterios sobre los cuales podrá interpretar el Tribunal Constitucional (H. Kelsen, P 33). Si no fuese así, piénsese por ejemplo en una sentencia del Tribunal basado en el principio universal de igualdad, dicho principio puede ser interpretado de manera muy subjetiva dando como consecuencia distintos resultados en un mismo caso.

Hans Kelsen establece al respecto:

... la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible... (Hans Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la Constitución, p. 142 Y 143)

Sobre la politización de la Justicia, dicho argumento cae por su propio peso, por cuanto la una no es excluyente de la otra, en el sentido de que un conflicto constitucional si bien es cierto está empapado de contenido político también es cierto que la resolución a estos a través de un mecanismo jurídicos no vuelve a la justicia por ese hecho algo estrictamente político. En este sentido Paula Viturro (2001p.105) de manera muy acertada establece que "todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica".

El debate de Kelsen y Schmitt resulta de considerar o no a la Constitución como norma jurídica. Si no lo es, entonces no tiene sentido aplicar un procedimiento para la defensa de la misma, en cambio si es considerada como norma jurídica se

necesita de manera urgente un ente capaz de mantener su superioridad frente a los abusos del poder. Ese ente es como hemos visto, un órgano de carácter jurisdiccional capaz de declarar no solo la incompatibilidad entre normas con la constitución, sino que trasciende a otros tipos de defensa de la constitucionalidad, como el recurso de Habeas Corpus, el control de actos de la Administración Pública, no es por lo tanto una constitución estrictamente programática, sino por el contrario dinámica y tendente a garantizar derechos individuales y colectivos de la sociedad.

En total acuerdo con el profesor García De Enterría (1985), el peso de la historia ha demostrado la viabilidad de los Tribunales Constitucionales y solo ese punto sería suficiente para contrarrestar cualquier duda acerca de la efectividad y legitimidad que se pueda cuestionar.

4. Funciones y organización de los Tribunales Constitucionales a partir del modelo Kelseniano.

a) Funciones

Kelsen desarrolla a partir del artículo 137 de la Constitución austriaca de 1920 todo lo relativo al Tribunal Constitucional. En este apartado no solo se refiere a la posibilidad de dejar sin efecto una ley que es contraria a la misma constitución, sino que además confiere al Tribunal la capacidad de conocer sobre conflictos de competencia entre poderes, entre el Estado y la Federación, entre alcaldías, entre otro órgano y el mismo Tribunal constitucional, entre tribunales ordinarios, en este sentido el artículo 138 de esa constitución reza:

Artículo 138

1. El Tribunal Constitucional entenderá además de las cuestiones de competencia (Kompetenz konflikte):

- a) entre tribunales y autoridades administrativas;
- b) entre el Tribunal Administrativo y los demás tribunales, especialmente también entre el Tribunal Administrativo y el Tribunal Constitucional mismo, así como entre los tribunales ordinarios y otros tribunales;
- c) entre los Estados, así como entre un Estado y la Federación.

2. El Tribunal Constitucional declarará además. a instancias del Gobierno federal o de un Gobierno regional, si un acto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, cae en la esfera de competencia de la Federación o en la de los Estados.

Como es de notar, no únicamente encomienda al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sino que además encarga un amplio número de competencias como por ejemplo a) las impugnaciones de la elección del Presidente federal, contra las elecciones a las asambleas de representación popular y a los órganos deliberantes (asambleas representativas) de los Colegios Profesionales legalmente establecidos; b) de las impugnaciones contra elecciones de Gobiernos regionales y de los órganos municipales encargados de las funciones ejecutivas; c) de las peticiones de las asambleas de representación popular de que sea privado de su mandato alguno de sus miembros; las descripciones y funciones específicas que se mencionan resultan congruentes con su afirmación respecto de establecer de manera clara cuales serían los límites del mismo tribunal... para que este no base su criterio de interpretación en principios que son de naturaleza abstracta (Ver Art. 141 Constitución de Austria de 1920)

El Tribunal Kelseniano, contenía además no solo elementos estrictamente de declaración de inconstitucionalidad de la Ley sino que también podía conocer de otros conflictos que en la actualidad tienen plena vigencia como el conflicto entre poderes o la inconstitucionalidad de actos del ejecutivo a través de la figura de los decretos. (Ver Art. 139 Constitución Austriaca de 1920).

De manera muy puntual Louis Favoreu (1994 p. 48), establece que este Tribunal es ante todo un alto tribunal electoral y en efecto como hemos señalado atiende

cuestiones relativas a impugnar elecciones populares (Art 141 Cn 1920). Además señala Favoreu, es un Tribunal de conflictos porque conoce de conflicto entre las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales. El Tribunal Austriaco es además un Tribunal federal, es decir que se encarga de velar por el respeto del equilibrio federal.

De igual manera, el Tribunal Kelseniano de 1920 puede considerarse como un Tribunal Administrativo, puesto que puede conocer en lo contencioso, de las actuaciones administrativas. Favoreu (1994 P. 50) explica que ello es sorprendente debido a que existe un Alto Tribunal Administrativo y que teóricamente, sin embargo, no hay concurrencia en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no es competente más que para juzgar las lesiones a derechos constitucionalmente garantizados mientras el otro lo es para juzgar sobre lesiones a derechos legalmente garantizados. La diferencia estriba en qué norma se encuentran los derechos que se pretenden tutelar. No obstante advierte este autor, habrá concurrencia si los derechos se encuentran doblemente garantizados tanto constitucional como legalmente, por lo tanto habría doble recurso.

b) Organización

El artículo 147 de la Constitución kelseniana establece que el Tribunal Constitucional estará “compuesto por un Presidente, un Vicepresidente, otros doce miembros y seis suplentes”. En el segundo párrafo de esa disposición establece que seis miembros serán electos por el presidente a propuesta del gobierno federal y resulta muy relevante que los candidatos serán electos entre funcionarios administrativos, catedráticos universitarios de las Facultades de Derecho y ciencias Políticas. Los otros seis candidatos serán electos por el presidente federal a propuesta del Consejo Nacional, es decir entre estos dos órganos eligen a seis en total.

Favoreu observa que según lo dispuesto en ese artículo 147, el gobierno es quien

designa al mayor número de miembros del Tribunal Constitucional y “ por ello la mayoría en el poder puede orientar la composición del Tribunal en el sentido que le resulte favorable” (p. 45)

Finalmente, para ser nombrado como titular de ese Tribunal, o suplente, es necesario tener completado los estudios de Derecho y haber ejercido al menos durante diez años una actividad procesal para la que se exija la terminación de dichos estudios. Este requisito se encuentra regulado en el artículo 147 inc 3 de la constitución de 1920 en Austria.

4.1 Experiencia Europea

Atestada hasta la saciedad de guerras, Europa cae en un letargo en materia de justicia constitucional. En 1933 el Tribunal Constitucional de Austria fue suprimido por un golpe de Estado, luego en 1934 fue sustituido por un Tribunal Federal que tenía las mismas competencias del Tribunal Constitucional que le antecedía. Sucesivamente según expone Favoreu, el Tribunal quedó abolido el 13 de marzo de 1938, tras la ocupación de Austria por Alemania, y se restableció por ley constitucional del 12 de Octubre de 1945, que introdujo en la Constitución provisional un artículo 48. (p.44)

Sánchez Morales (2006) concibe que antes de la segunda guerra mundial se pensaba que el parlamento, a través de la expedición de leyes de manera prioritaria, era el protector por excelencia de los Derechos que la constitución reconocía a los individuos y que luego de la guerra “entra en crisis en Europa {la creencia en el legislativo} y empieza a percibirse que la legislación y los Códigos no protegen de manera automática los derechos constitucionales” (p.4117)

Luego de la guerra, y de la adopción generalizada de Cortes Constitucionales en Europa como veremos más adelante, surgen según Sánchez Morales dos conceptos fundamentales para entender la organización de los actuales Estados y

los motivos para la adopción de los Tribunales; estos conceptos son el derecho internacional de los derechos humanos, materializados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; y el derecho constitucional local de derechos fundamentales, materializado en las constituciones de aquellos Estados que decidieron formar parte de la Organización de Naciones Unidas y que terminan por reformar su Constitución.

Ahora bien, continuando con el acogimiento que tuvo el Tribunal Constitucional en Europa, España asumió un Tribunal en la Constitución de 1931 y de aquí hasta luego de la segunda guerra mundial solo Checoslovaquia en 1920 y Austria en el mismo año habrían conocido en su historia de dicha institución.

Luego de la segunda guerra mundial según Fovoreu (1994), es dable identificar otro grupo de países que adoptan el Tribunal constitucional en Europa, entre estos, el Tribunal austriaco que se restaura en 1945, en Italia en 1948, en Alemania en 1949, el de Turquía en 1961, Yugoslavia en 1963.

A partir de la década de 1970 otro grupo de países asume la institución del Tribunal constitucional, entre estos, Portugal en 1976, España nuevamente en 1978 luego que fuera abolido con la llegada de Franco al poder, Grecia en 1975, Bélgica con el Tribunal de arbitraje en 1983, Polonia 1985, Checoslovaquia, Rumanía y Bulgaria en 1991.

Las funciones compartidas por estos Tribunales radican fundamentalmente en el conocimiento de la constitucionalidad de las leyes u otros actos emanados de la administración pública, pues como expone Nogueira Alcalá (2006):

... los actuales sistemas de jurisdicción constitucional de Europa Central y Oriental siguen los esquemas y las pautas de sus homólogos occidentales, inscribiéndose, así, en las claves de la democracia y de la protección de la libertad. En concreto, las soluciones escogidas se inspiran, principalmente, en las experiencias alemana, austríaca, italiana, francesa y española. (p. 3777)

Sin embargo, por las diferencias históricas algunos han desarrollado ciertas peculiaridades que, sin ánimos de hacer un estudio pormenorizado de las funciones de todos los Tribunales europeos, vale la pena mencionar, por ejemplo que en Francia el artículo 58 de su Constitución Política de 1958, establece que el Consejo Constitucional velará por la regularidad de la elección del Presidente de la República. Además examinará las reclamaciones y proclamará los resultados del escrutinio. Así mismo el artículo 61 establece que las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

En Italia, según el artículo 134 de su Constitución, el Tribunal Constitucional podrá conocer sobre las acusaciones entabladas contra el Presidente de la Republica y los Ministros, conforme a la Constitución.

En retrospectiva, si bien es cierto que los Tribunales han sido concebidos en dependencia de la realidad histórica de cada país, y que algunos cuentan con matices distintos, lo cierto es que actualmente tienen gran aceptación y gran utilidad en la defensa de la Constitución y los derechos de los individuos sometidos al Estado de que se trate.

4.2 Experiencia Latinoamericana

El Profesor Belaunde explica cómo gran parte del contenido de la cultura de latinoamericana en cuanto cuestiones jurídicas ha recibido enorme influencias europeas.

Los países latinoamericanos en sus comienzos fueron colonias pertenecientes a los potencias de España o Portugal, sin embargo con la invasión napoleónica a la península ibérica de 1808 se cambió el panorama político de esta parte de Europa, ello también significó grandes repercusiones en los territorios pertenecientes a las

potencias coloniales.

Éste hecho, junto a la fiebre que causó la revolución americana con sus adaptaciones al Estado, tiñó la ideología que desde entonces marcaría los caminos por los cuales los jóvenes estados decidirían andar.

Aproximadamente a mediados del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos tenían dentro de sus constituciones el modelo americano de control de constitucionalidad.

En Latinoamérica la implementación del sistema concentrado de justicia a través de un órgano especializado como el Tribunal Constitucional comenzó en Guatemala. Es en la Constitución de 1965, bajo el nombre de Corte de Constitucionalidad. Una de sus peculiaridades es que sus magistrados integrantes no gozaban de permanencia y a demás sus competencias eran un tanto limitadas.

Se dice que la corte guatemalteca en realidad era una emanación del poder judicial, esto porque los magistrados integrantes provenían de las distintas instancias y se reunían solo cuando era necesario resolver causas. Esta situación duró hasta que la Constitución de 1985 estableció magistrados permanentes que operan de forma independiente.

Por su parte Chile, introdujo su Tribunal Constitucional en 1971, a través de una reforma constitucional, en sus inicios tenía competencia limitadas; se inspiraba en el modelo francés, puesto que se ejercía un control preventivo. Dejó de existir dos años después -1973- a consecuencia de la llegada de Pinochet al poder y porque era un claro óbice para los fines dictatoriales del mismo. Durante sus dos años de existencia tuvo mucha actividad.

En 1980 se reintrodujo, en la nueva Constitución la figura del Tribunal Constitucional, el cual en la actualidad ha adquirido una posición central en la justicia constitucional de Chile, es en el país la primera referencia para cuando se debe interpretar y aplicar la Constitución.

Se le regula en el Capítulo VII de la Constitución, se encuentra integrado por diez miembros, en cuya designación interviene el presidente de la república, el Congreso nacional y la Corte suprema de Justicia.

El Tribunal Constitucional ejerce un control preventivo y represivo de los decretos dictados por el Ejecutivo, este control lo puede ejercer también a petición del mismo ejecutivo o cuando se suscita una controversia sobre constitucionalidad de los decretos promovida por un número determinado de parlamentarios. También gozan de las funciones de controlar siempre, y con anterioridad a su promulgación, las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución; las orgánicas constitucionales y las normas de un tratado internacional que versen sobre materias propias de estas últimas.

Con relación a los demás tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, así como a las leyes comunes y de reforma constitucional, el tribunal, antes de su promulgación, solo conocerá en caso de que así lo requiera el presidente de la república o un determinado número de parlamentarios.

Por la reforma del 2005 se le atribuyó el control de constitucionalidad de las leyes vigentes, facultad otrora de la Corte Suprema, así el Tribunal Constitucional puede, por la mayoría de sus miembros, declarar las inaplicabilidades de las leyes o de cualquier precepto legal cuya constitucionalidad esté siendo discutida en un proceso judicial. La vía para ello es por petición del judicial o de las partes que conforman la causa en que se discute el precepto. Una curiosidad es que posee la facultad de revisar un precepto que ha sido declarado inaplicable, esto puede proceder de oficio o por acción pública (Víctor Bazán, Claudio Nash, 2009).

Perú tiene el Tribunal de Garantías Constitucionales, lo introdujo en la Constitución de 1979, se estableció su funcionamiento como control abstracto y con facultad para conocer algunas afecciones directas a los derechos individuales, este primer tribunal tuvo independencia administrativa y funcional.

Con la Constitución de 1993 se le cambió el nombre por Tribunal Constitucional,

mantuvo su autonomía del Poder Judicial y amplió sus atribuciones. Según el artículo 202 de la Constitución Política del Perú a éste le corresponde conocer en vía de única instancia la acción de inconstitucionalidad, así mismo conocer las resoluciones denegatorias de los recursos de hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento. Conocer los conflictos de competencias o de competencias.

Sus miembros son elegidos por el Congreso, con el voto de aprobación de dos tercios del número legal de sus miembros. Es autónomo e independiente. En la estructura del tribunal peruano se manifiesta clara tendencias de las pautas europeas (Belaunde).

Colombia es un caso notable por su evolución jurídico-constitucional, ya que por un lado, sentó las bases de un modelo de control desde el siglo XIX, avanzó notablemente en el siglo XX, y ya a mediados de este último, lo hizo con el otorgamiento de facultades al Consejo de Estado (tomado de la tradición francesa) y a la Sala Constitucional de la Corte Suprema (en 1979), en evolución interesante y discutida.

Por fin, luego de un largo debate, la actual Constitución de 1991 creó la llamada Corte Constitucional, como parte de la llamada “Rama judicial”, que comprende a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Magistratura, la Fiscalía General y demás tribunales y jueces, pero con total autonomía administrativa y funcional. Ha tenido, por lo demás, una actividad intensa, con jurisprudencia creadora, que la coloca en un lugar destacado entre sus similares en América Latina (Belaunde).

La Corte Constitucional Está integrada por nueve magistrados con períodos individuales de ocho años, sin posibilidad de reelección. Son elegidos por el Senado, son propuestos por ternas presentadas por el ejecutivo, por la Corte Suprema de Justicia y otras tres por el Consejo de Estado (Osuna, 2009).

En conclusión es dable decir que la justicia constitucional en América Latina continua con la tendencia de adaptar una forma concentrada de control de constitucionalidad, en general se advierte que tienen más marcado en sus horizontes la figura del órgano fuera del esquema básico organizativo. Aún queda gran camino que recorrer, no obstante es prodigioso el lastre que se observa del desarrollo histórico. Es cierto que en algunos países todavía no se manifiesta actitudes significativas en lo que se refiere al cambio de sus sistemas de justicia constitucional, sin embargo, los procesos de modernización de este tipo suelen desarrollarse en forma bastante lenta, pero hay que dejar claro que a nivel latinoamericano, desde el ámbito académico, este es un tema que ha tenido bastante resonancia.

Sagués (2004) manifiesta que el futuro respecto a este tipo de Instituciones se puede considerar bastante promisorio, sin embargo debe tomarse en cuenta que en Latinoamérica no siempre han cultivado una tradición de sometimiento al Estado de derecho y de respeto a la independencia de la judicatura.

Capítulo III.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS CORTE O TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

La innovación dentro del sistema de justicia constitucional de un órgano que controlase de manera más efectiva y, por supuesto coherente, la vigencia de la Constitución Política, a finales de la segunda década del siglo XX, se consumó con la creación y adaptación de lo que se conoce como el Tribunal Constitucional.

La adaptación moderna del Tribunal Constitucional en los distintos ordenamientos jurídicos ciertamente ha supuesto una aplicación intensa de cada precepto constitucional, han vuelto a sus correspondientes normas supremas más que un catálogo de buenas intenciones. Sin duda los Tribunales Constitucionales en la actualidad se presentan a la manera de oráculos, conformando a través de su actividad, sea ésta jurisdiccional o preventiva, los fundamentos de los valores supremos del ordenamiento.

En lo sucesivo se aborda el conflicto que se genera producto de las funciones que desempeñan los Tribunales Constitucionales y la Jurisdicción Ordinaria, por una parte, los Tribunales Constitucionales en su posición de ser los garantes de la Constitución y por la otra parte la Jurisdicción Ordinaria en defensa de la intangibilidad de sus competencias.

1. Conflicto entre el Tribunal Constitucional con la Jurisdicción Ordinaria

Dentro de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la Jurisdicción Ordinaria existe abiertamente un problema de discrepancia entre uno y otro órgano que ha conllevado en las últimas décadas a graves dificultades jurisdiccionales, tanto así que en España se ha tenido que pedir la intervención del Rey para calmar la controversia surgida entre los altos tribunales.

Jinesta (2006) sostiene que:

Los puntos de encuentro y desencuentro entre la jurisdicción ordinaria y la justicia constitucional, surgen, básicamente, a partir del análisis y estudio de una serie de instituciones tales como el carácter normativo de la Constitución o su eficacia directa e inmediata, la vinculación más fuerte de los Derechos fundamentales, la facultad del juez común de desaplicar una norma o acto de rango legal o infra-legal cuando exista un precedente para un caso similar o idéntico, la consulta judicial de constitucionalidad, en caso de tener duda fundada de inconstitucionalidad, y la aplicación, por la jurisdicción ordinaria, del principio de interpretación conforme con el Derecho de la Constitución (p.1)

Después de haber terminado la segunda guerra mundial tuvieron cabida varias transformaciones sociales, sobre todo en el campo jurídico y político que fueron adoptadas por la mayoría de los países europeos. Se discutía –tomando en consideración los hechos, sobre todo los de la Alemania Nazi donde los Jueces habían servido de bisagra para convertir a Hitler en un autócrata despótico- si la forma en que se le daba el tratamiento al poder era en verdad funcional.

En el período anterior a la guerra la forma se tenía la concepción de que los parlamentos eran instrumentos que representaban a los ciudadanos, legislando normativas que defendían los derechos fundamentales de los individuos, aplicando de forma más concretas los preceptos constitucionales que por

naturaleza poseen un carácter abstracto. En suma, los parlamentos aparecían como los defensores no solo del pueblo, sino como los defensores de la constitución. En conclusión, en Europa, antes de la segunda guerra mundial los derechos civiles que se encontraban preconizados en las Constituciones eran desarrollados por norma emanadas de los parlamentos, esto dará paso a que en las sedes jurisdiccionales la protección concreta de los derechos ciudadanos se fundamente en las leyes emanadas de los parlamentos.

El diseño de protección en este período resulta ser bastante claro, después de aprobada las normas, los facultados para aplicarla son los jueces, estos por lo general aplicaban disposiciones de los códigos civiles. La dependencia de la legislación civil será característica de este período entre guerras. En realidad este sistema de funcionamiento aún se basa, de forma más o menos estricta, en los principios liberales que inspiraron la división de poderes, en la cual el órgano legislativo es el facultado para legislar y los tribunales tienen el deber de aplicarla a los casos que se someten a su conocimiento. Las funciones de los jueces se encuentran tan delimitadas, que casi es un acto de intromisión que los jueces creen derecho con sus fallos, los jueces únicamente deben aplicar lo que está en la norma; de ahí que se ponga en boga la concepción de que la ley se expresa por la voz del judicial.

Los remanentes de la primera guerra mundial produjeron importantes cambios socio-políticos: la expansión del comunismo, el auge del sentimiento nacionalista frente a las imposiciones del tratado de Versalles en Alemania, el avance del fascismo. Estos eventos sociales sometieron a prueba la eficacia de los distintos órganos que participaban en la salvaguarda de los derechos civiles, por un lado como en la Alemania Nazi se comprobó después del Juicio de Núremberg que los jueces mismos prevaricaron. Otro problema fue que las mismas leyes dictadas muchas veces resultaron ser violatorias de los derechos individuales; así que no resultaba tan cierto que los parlamentos en su actuar legislativo fueran, ni aun siendo su

descendencia democrática, protectores eficaces de los ciudadanos, ni perspicua escolta de la norma suprema.

Un tercer problema de tutela se pone de manifiesto en la incapacidad de los parlamentos para corregir errores de interpretación de las instancias jurisdiccionales. Suponiendo que los parlamentos a través de leyes más concretas volvieran los abstractos preceptos constitucionales aplicables, éstos no disponían de ninguna garantía de que los jueces interpretarían en adecuada forma sus normas y tampoco con facultad para enderezar los criterios judiciales que pudieran estar sesgados del espíritu de la norma, esto es también un problema más que tiene su origen en la adopción rígida del principio de separación de poderes.

Es imposible que a través de un órgano como el congreso, cuyas funciones no exceden el hacer leyes, pueda ejercerse control sobre actos de órganos cuyas facultades se despliegan en momentos posteriores, esto si se tienen en cuenta criterios de competencias que inhiben a los primeros actuar dentro del margen de los segundos. Esta problemática dará pie en cierta forma a propuestas que tratan de ubicar la facultad de ejercer el control constitucional en otro órgano del Estado.

Ulterior los hechos de la segunda guerra mundial con la adopción internacional de los derechos humanos y las campañas internacionales para la adopción de los mismos, el reconocimiento por parte de los Estados obliga a que exista respecto a la protección de los derechos individuales una dicotomía en cuanto a su protección, por una parte encontramos los mecanismos internos que todas las constituciones contemplan y por otra parte encontramos la presión internacional que exige que los Estados adapten sus ordenamientos a los estándares de protección internacional.

Posterior a la segunda guerra mundial, en Europa, ha quedado demostrada la eficacia que tiene los Tribunales Constitucionales, tanto desde el punto de vista teórico –con la discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen– como desde la

perspectiva práctica. Los Tribunales Constitucionales posicionados a manera de oráculos de las normas constitucionales tendrán, con las nuevas exigencias que devienen después del fin de la segunda guerra mundial, nuevas atribuciones que se les confiará; como es lógico no se le puede confiar a nadie más, pues éstas tienen su génesis en los textos constitucionales del cual ellos son los guardianes.

2. El Tribunal Constitucional ¿Superior o inferior que la Corte Suprema o Tribunal Supremo de Justicia?

El porqué de la interrogante es necesario para entender precisamente las causas del conflicto entre el Tribunal Constitucional y la Corte suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia como es llamado en otros países.

Es preciso saber cual es el margen de competencia que tiene el Tribunal constitucional al revisar una sentencia que ha emitido la Corte Suprema de Justicia o cualquier otro órgano que forme parte de la jurisdicción ordinaria. Es precisamente, el resultado de la actuación del Tribunal en las esferas de atribuciones que le competen a la Corte suprema, la que ha hecho surgir el debate en cuanto a los límites de revisión que tiene el Tribunal Constitucional.

Sobre la interrogante que encabeza este acápite, Pérez Tremps(1985) considera que el Tribunal Constitucional es superior a la Corte suprema de Justicia porque debe tomarse en cuenta que la Constitución es la norma suprema y en consecuencia, el órgano que la interpreta también debe ser el órgano supremo.

En razón de lo anterior, Pérez Tremps (1985 b) sostiene que dicha superioridad no debe confundirse sobre cualquier tipo de competencia, sino únicamente la que se refiere a la interpretación de la Constitución, pues sería errado tratar de encontrar superioridad sobre una materia que no se comparte estrictamente, en este sentido Grote Rainer(2008) exponiendo acerca del Tribunal Constitucional Federal alemán dice que el “actuaren el ejercicio de su actividad jurisdiccional lo hace dentro del campo del derecho constitucional, es decir, aquella parte del derecho en la que el Estado manifiesta su ser específico y se constituye como unidad”(p.4). Dicho esto,

se establece que el Tribunal Constitucional es superior como máximo intérprete de la Constitución, situación como veremos más adelante resulta en roces notables con la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo.

Aclarado lo anterior, no obstante, se reconoce que los tribunales de la jurisdicción ordinaria efectivamente ejercen cierto control de la constitucionalidad por cuanto deben someter a examen constitucional, la ley que aplicarán a un caso concreto, es decir interpretan la Constitución para determinar que la ley que aplicarán es o no contraria a ella, en caso de serlo, a criterio del juez, será el Tribunal Constitucional quien resuelva. Así sucede por ejemplo en Alemania, en donde, según el artículo 100.1 de la Ley fundamental, si el tribunal ordinario considera que una ley, de cuya validez depende su decisión, es inconstitucional, debe someterla al control del Tribunal Constitucional, al respecto se establece:

Artículo 100 (Control Concreto de normas): Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land¹, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal.

En el mismo sentido, la Constitución española de 1978 en el artículo 163 establece casi de manera idéntica lo que señala la Ley fundamental alemana, en ese sentido:

Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el

¹Los Länder son equivalentes a Estados dentro de una Federación. Alemania es un Estado Federal conformado por 16 Estados a los que se les denomina Länder. Véase artículo 20 de la Ley Fundamental de Alemania.

fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

De igual forma y en el mismo sentido, la Constitución italiana de 1947 en su artículo 137 párrafo primero establece que “una ley Constitucional establecerá las condiciones, formas y plazos para promover recurso de inconstitucionalidad, así como también las garantías de independencia de los jueces del tribunal”.

Según Garrido Falla et al (1985), una de los problemas que presentó la adopción de este criterio de control a los jueces ordinarios en España, era saber que pasaría con la posible inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, cosa que no tiene mayor explicación porque la Constitución Política en su capítulo de disposiciones derogatorias, deja sin efecto todas aquellas leyes que se opongan a la misma, por lo tanto como afirma Garrido Falla et al. Citando al Diario de sesiones del congreso llevado a cabo el 23 de julio de 1978, “la aplicabilidad de tales leyes por los tribunales es un problema de legalidad vigente, no de constitucionalidad” (p. 3379).

Retomando la idea de interpretación de los jueces ordinarios, Jinesta Alberto (2006) opina que:

La existencia de una jurisdicción constitucional, no supone per se, la ausencia de competencia de la jurisdicción ordinaria en materia constitucional, dado que, todo órgano jurisdiccional común tiene, según lo precedentemente apuntado, el deber de garantizar la observancia y aplicación de la Constitución, pues su función es asegurar la supremacía del Derecho y la preservación del ordenamiento jurídico. (p. 5)

En nuestro contexto, la Constitución Política (1987) establece en sus artículos 187, 188, 189 el Recurso por inconstitucionalidad, el Recurso de Amparo y el Recurso de Hábeas Corpus respectivamente. Como es sabido, estos recursos lo que buscan es que se ejerza el control de la constitucionalidad de las actuaciones a

todos los niveles posibles dentro de las estructuras del Estado. Traemos a colación estas disposiciones porque luego el artículo 190 de la misma norma establece que la Ley de amparo regulará los recursos en dicho capítulo. En este sentido, dicha Ley de amparo reconoce el control que pueden ejercer los jueces en el ámbito de sus competencias y al respecto el artículo 5 de dicha Ley reza: “Los Tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier Ley o Tratado Internacional”; sobre la misma idea, el artículo 5 de la Ley orgánica del Poder Judicial establece lo que ya es un parámetro dentro de la doctrina y el derecho comparado “Cuando en un caso sometido para su conocimiento, la Autoridad Judicial considere en su sentencia que la norma, de cuya validez depende el fallo, es contraria a la Constitución Política, debe declarar su inaplicabilidad para el caso concreto...”. Sin embargo, nótese que en el caso de Nicaragua que cuenta con un sistema mixto, el juez ordinario declara inaplicable la norma, en cambio en los citados sistemas, alemán, español e italiano, el juez ordinario únicamente detecta una posible inconstitucionalidad y la somete al estudio del Tribunal Constitucional, ello es porque estos países cuentan con un sistema estrictamente concentrado.

En Nicaragua igualmente, la Constitución Política es la norma fundamental del Estado y cualquier norma que se oponga a ella será inválida, así lo dispone el artículo 182 de dicha ley suprema.

Teniendo en cuenta la superioridad de la Constitución como norma, y que las Cortes constitucionales con la evolución de la ciencia procesal constitucional no solamente son consideradas como defensoras de la Constitución de forma objetiva, sino, defensoras de los ciudadanos en su carácter de inferioridad frente a los que ostentan el poder, esto es, defensoras de derechos humanos; podemos afirmar con toda certeza la superioridad del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución aunque no exclusivo como hemos visto.

3. Las razones del conflicto entre ambos tribunales

Como hemos señalado, el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios son intérpretes de la Constitución aunque el primero es el máximo y supremo. Pero antes de analizar el alcance de los conflictos que entre ambas jurisdicciones surgen, es necesario establecer cuál es el presupuesto procesal que da origen a que el Tribunal Constitucional esté conociendo sobre la constitucionalidad de un fallo emitido por la justicia ordinaria.

A efectos de lo anterior, en el derecho comparado, el medio procesal por el cual el intérprete supremo de la Constitución puede conocer e invalidar un fallo de la justicia ordinaria es el Recurso de Amparo, pues es el último recurso, a través del cual los ciudadanos pueden defender sus derechos constitucionales.

En nuestra legislación tal facultad no es posible, por cuanto el artículo 53 de la Ley número 49 (Ley de Amparo reformada por la Ley Número 643, Ley de reformas y Adiciones a la Ley de Amparo, 23 Enero 2008) establece que no cabe el recurso de amparo contra las resoluciones de los jueces en materia de su competencia. Esto quiere decir que no sería posible recurrir de amparo contra el fallo de un juez en jurisdicción ordinaria, a pesar de que este haya violado una garantía constitucional, como sucede por ejemplo en Austria, Alemania y España.

El recurso de amparo es el medio procesal por excelencia² para acceder al Tribunal Constitucional porque a través de éste es posible atacar un acto, una disposición, un acto o resolución y en general toda acción u omisión de cualquier funcionario (Véase artículo 187 Cn), aunque como hicimos referencia *supra*, en nuestro sistema constitucional no es posible tal situación debido a la restricción impuesta por la ley de amparo.

Por la razón anterior, es que en nuestro sistema de defensa constitucional no observamos roces entre la jurisdicción ordinaria y la Corte Suprema de justicia que

²Por tanto no es el único medio, pues también puede llegarse a través del recurso de Habeas Corpus o Habeas Data, aunque no de manera tan generalizada como sucede con el recurso de amparo.

ejerce de manera especializada la justicia constitucional a través de la Sala Constitucional. No vemos entonces, que la Sala constitucional anule un fallo de otra sala de la Corte o de un juez de instancia inferior. Ello no significa una ventaja para la justicia, al contrario, la interpretación constitucional hecha por los jueces al aplicar una norma, no cuenta con el conocimiento y análisis de la Corte Suprema de Justicia, lo que causa una dispersión de interpretación de la norma suprema en casos similares.

Alejándonos un poco del hilo de este acápite y siempre haciendo referencia a lo que ocurre generalmente en el derecho comparado, es necesario hacer algunas referencias respecto de este recurso y es que, a menudo se utiliza no como un recurso extraordinario sino más bien como un recurso ordinario del cual aquél abogado que no obtiene buenos resultados en un proceso judicial o ante la administración pública, intenta obtener el resultado que buscaba a través de la anulación del fallo de la jurisdicción ordinaria utilizando dicho recurso de amparo. Sánchez Morales (2006) opina que "...El amparo se utiliza de manera estratégica para constitucionalizar un tema, desacreditando en estos casos el amparo contra providencias judiciales"(p. 10).

Sobre el fundamento del Recurso de amparo, de manera muy acertada, García De Enterría (1985) considera que lo es, el lugar central que los derechos fundamentales presentan en la construcción constitucional y en su sistema de valores, en efecto, como se dice con anterioridad, el recurso de amparo está incardinado a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Sin embargo ¿Por qué atribuir dicha atribución de protección al Tribunal Constitucional y no a la Corte Suprema de Justicia?, por la sencilla razón, que el Tribunal Constitucional como hicimos referencia *supra* no solo tiene por cometido defender objetivamente la constitución, sino defender a los ciudadanos contra los abusos del poder, dotar a éstos de las garantías mínimas que no están escritas en otro cuerpo normativo, sino, en la Constitución Política de la cual el Tribunal Constitucional tiene el deber de custodia.

A continuación los tipos de conflicto que han surgido entre ambas jurisdicciones:

3.1 De Naturaleza

Ahora bien, una vez que el Tribunal Constitucional, empieza a conocer sobre un fallo emanado de la jurisdicción ordinaria, sobre todo cuando se trate de la Suprema Corte de justicia, empezarán los roces y recelos entre ambas jurisdicciones.

Estos conflictos que inicialmente surgen, pueden ser catalogados como “de naturaleza” e “ideológicos” pues la Corte Suprema de Justicia tradicionalmente ha sido considerada como la máxima intérprete del Derecho, como el órgano supremo que tiene la última palabra en cualquier tipo de conflictos; y al incorporar un órgano extra-poder con la suficiente competencia incluso para declarar nula una sentencia de un juez ordinario, con objeto de la protección de derechos individuales o colectivos, surge la discrepancia entre ambos tribunales.

El Tribunal Constitucional, aquél órgano inspirado en otros criterios de interpretación *pro homine*, (más moderno) con capacidad para interpretar la Constitución, es decir, encontrar la hermenéutica de esas aspiraciones políticas planteadas en el texto llamada constitución, rápidamente encontraría eco en las voces de los titulares del Poder Judicial.

Pablo Gutiérrez De Cabiedes e Hidalgo De Caviedes opinan³ que:

En ese ámbito de los principios se produjeron los primeros motivos de confrontación entre ambos tribunales; y, concretamente, en uno de los sectores del derecho donde la emanación de los nuevos principios y garantías constitucionales tiene una más honda relevancia y proyección: el ámbito penal. De ahí que se produjera en aquel momento la colisión con resoluciones de la sala segunda (Sala de lo Penal). (p. 9)

Actualmente, este conflicto ya no tiene vigencia, por cuanto la doctrina y el tiempo han demostrado, como hemos mencionado, que también los jueces ordinarios

³Estos autores están haciendo referencia al caso español.

ejercen control de constitucionalidad en casos concretos y que la existencia del Tribunal no rompe con el principio de separación de poderes.

En palabras de Gutiérrez De Cabiedes y Caviedes, en Italia, el conflicto entre cortes no surge con ocasión del recurso de amparo, sino "...en el ámbito de las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad, en relación con los efectos de éstas (su alcance y efectos, y la vinculación a ellas de los tribunales ordinarios). Y, sobretodo, respecto de las sentencias interpretativas "positivas", desestimatorias del recurso". (p.10, nota 13)

En Alemania, el conflicto también surge generalmente a raíz del recurso de amparo, el cual según su ley fundamental puede atacar cualquier acción u omisión, resoluciones judiciales y resoluciones de otro órgano del poder (Grote).

3.2 De competencia

En lo que respecta al conflicto de competencias entre ambos tribunales, si bien es cierto, estas competencias en las legislaciones y en la doctrina se encuentran plenamente definidas, existe un roce, porque como veremos, existe una delgada línea en la que el Tribunal Constitucional al interpretar una sentencia a través del recurso de amparo, apegado estrictamente a principios constitucionales, también pasa a la interpretación de la ley de que se trate.

Las tareas de cada órgano se encuentran identificadas. El Tribunal Supremo de Justicia o Corte Suprema de Justicia como máximo intérprete de las leyes, ya sea civil, penal, laboral o administrativo, tiene por tarea en base al principio de legalidad y libre valoración, determinar si unos determinados hechos caben en una determinada norma; en cambio el Tribunal Constitucional, además de conocer sobre la inconstitucionalidad a través de la interpretación de principios abstractos sobre los que se cimienta la Constitución, puede conocer del recurso de amparo que tiene por cometido precisamente la defensa de los derechos fundamentales, y esa defensa puede conllevar la revisión del debido proceso o de la interpretación

que han hecho los tribunales ordinarios en el marco de la Constitución de una determinada norma y en consecuencia anular dicha sentencia emanada de la jurisdicción ordinaria.

En esta inteligencia, desde el punto de vista de separación de atribuciones, veremos que es sumamente difícil establecer la línea que separa estas dos competencias. Por un lado, el tribunal constitucional no debe ver el fondo del asunto respecto de la materia de que se trate, pero por otro, para interpretar una norma o un fallo que fue contrario a la Constitución según sostengan las partes en un recurso de amparo, éste necesita indefectiblemente analizar la ley y los criterios de interpretación que se utilizaron para dar ese fallo, pues recordemos que la ley ordinaria debe encontrar reflejo en la norma suprema.

Cabiedes y Caviedes (2006) establecen que son tres las razones por las cuales la delgada línea que separa estas atribuciones se desdibuja y se llegan a mezclar, causando así el recelo de la jurisdicción ordinaria respecto del Tribunal Constitucional. En primer lugar porque las “actuaciones de la jurisdicción ordinaria” pueden terminar teniendo “relevancia constitucional, ello, en razón de que una resolución judicial que plasma cierta interpretación, puede llegar a inmiscuirse en el área de los derechos fundamentales, por lo tanto el Tribunal Constitucional tiene el deber de revisión de dicha interpretación evitando que sea errónea o vaya en contra de la misma Constitución.

En segundo lugar, algunos derechos pueden ser enunciados por la Constitución pero desarrollados por leyes ordinarias, en cuyo caso el Tribunal Constitucional, como guardián debe interpretar esa norma, aunque se encuentre dentro de las atribuciones de la jurisdicción ordinaria. Tal situación afirman estos autores, puede ser considerada como una intromisión en el ejercicio de la actividad jurisdiccional ordinaria del Poder Judicial.

Estos mismos autores, como último elemento afirman:

...porque los tribunales de la jurisdicción ordinaria (esto es, del Poder

Judicial), también inciden indirectamente o se pronuncian expresamente, de forma inevitable, sobre derechos y garantías constitucionales, fundamentales o no; y deben, asimismo, velar por la debida protección de los derechos fundamentales (como derechos y como parte del ordenamiento que son) de forma previa al proceso de amparo constitucional, del que el proceso de “tutela ordinaria de los derechos fundamentales” es siempre presupuesto previo, siendo aquél subsidiario a éste. (p. 23)

Lo anterior tiene como efecto, que el Tribunal Constitucional muchas veces anule las sentencias de la jurisdicción ordinaria y cuando eso sucede con la Corte Suprema o Tribunal Supremo de Justicia, entonces el conflicto es más palpable por cuanto está en juego la reputación, tradición y carga moral de esta última como máximo intérprete del Derecho según se ha considerado tradicionalmente.

Ejemplo del Conflicto entre ambos Tribunales

Planteamos el ejemplo que brindan Cabidies y Cavidies (2006), basado en una sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 186/2001:

Se trata del caso “Isabel Preysler⁴” una mujer muy reconocida en España y algunos lugares de habla hispana. Resulta que una revista muy reconocida en España divulgó información personal de Isabel, información que había sido obtenida de una empleada que había trabajado en la casa de la modelo filipina.

Ante esta divulgación Preysler demanda la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen, su petición fue estimada en primera instancia, con condena al pago de una indemnización de 5 millones de pesetas, dicha sentencia fue confirmada en apelación e incrementando la reparación dineraria impuesta a 10 millones de pesetas.

⁴Isabel Preysler es la madre del cantante español Enrique Iglesias, por lo tanto fue un caso muy conocido en España.

La condena fue recurrida en casación y el 31 de Diciembre de 1996, la sala primera del Tribunal Supremo, estimó dicho recurso, anulo la sentencia de apelación y desestimó la demanda absolviendo de ella a los demandados puesto que consideró que no se constituía en ese caso, vulneración del derecho a la intimidad y por lo tanto tampoco tuvo que estimar alguna reparación económica.

A través del recurso de amparo la afectada instó al Tribunal Constitucional, éste otorgó el amparo y en efecto anuló la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia por considerar lesionado el derecho fundamental a la intimidad y familiar de la recurrente en amparo.

Anulada la sentencia del Tribunal Supremo, fueron enviadas las diligencias de vuelta a ese tribunal el cual emitió nuevamente sentencia en julio del año 2000 en la que tras la consideración formal y “obligada” del Tribunal Constitucional debía proclamar que el reportaje en el que se publicaban cosas de Preysler suponían un ataque a la intimidad de la protagonista del mismo, sin embargo el daño moral fue calculado por 25,000 pesetas, atendiendo un criterio medido en cuanto al daño causado.

En razón de lo anterior, la afectada presentó un escrito ante el Tribunal Constitucional en el que planteó un incidente por indebida ejecución de la sentencia constitucional por el Tribunal Supremo y de manera subsidiaria formula recurso de amparo por entender que nuevamente se le vulnera el derecho a la intimidad de la recurrente e infringe a la vez la tutela judicial efectiva.

La recurrente entre otras cosas le solicita al Tribunal Constitucional que revise el quantum indemnizatorio, pues la suma simbólica de 25,000 pesetas es irrazonable y desproporcionada y es equivalente a no restituir a las afectadas sus derechos, además el Tribunal Supremo se había apartado de su jurisprudencia en la que había establecido que no tenía competencia para revisar el quantum de una indemnización, adicionalmente se había apartado de la valoración que había hecho el juez de segunda instancia. En consecuencia que se deje sin efecto nuevamente la sentencia del Tribunal Supremo y se declare ajustada a derecho la

indemnización que había establecido el juez de segunda instancia, equivalente a 10 millones de pesetas.

El Tribunal Constitucional admitió el escrito como recurso de amparo. En su sentencia, desestima el amparo en cuanto a la pretensión de que la fijación de la cuantía por el Tribunal Supremo vulnerara el derecho a la tutela judicial efectiva por no proceder realizar tal fijación en casación. Sin embargo, sí estima la vulneración de este derecho por “insuficiencia de motivación” por cuanto había procedido a revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia provisional omitiendo datos esenciales que estaban contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional y en la LO 1/1982 que establece en su artículo 9.3 los criterios de valoración del quantum. El Tribunal Constitucional concluye diciendo que la sentencia recurrida no satisface las exigencias constitucionales de motivación porque al revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial, la sentencia ahora impugnada partió de un entendimiento del derecho a la intimidad que no se ajusta a la interpretación que de tal derecho fundamental realizó el Tribunal Constitucional, sentencia que vincula a todos los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial de ese país.

Lo que resulta interesante en este caso, es que el Tribunal Constitucional ante este segundo amparo, considera que para no hacer ilusoria la reparación indemnizatoria a las afectadas acuerda como concepto de indemnización, el monto que había establecido el juez de segunda instancia, porque su valoración sí se apegaba a las exigencias del derecho fundamental expresadas en la sentencia anterior de ese mismo tribunal.

En este caso, es evidente la batalla que se produjo entre ambas cortes, por un lado el Tribunal Supremo la no acatar la sentencia anulatoria de su contendiente y considerar no afectado el derecho de la recurrente en cuestión; por otro lado, el Tribunal Constitucional arrogándose una competencia que no tiene (la de establecer el *quantum* de la indemnización), pone fin al debate jurídico, pero aumenta el roce entre ambas cortes, al establecer el monto de la indemnización que había hecho un tribunal inferior. La solución en todo caso, debía ser la misma

que anteriormente se había dado, devolver las actuaciones al Tribunal Supremo.

Este tipo de conflictos crean inseguridad jurídica independientemente del país en que surjan. La relevancia del análisis de estos conflictos, es poder identificar cual debe ser el campo de acción de cada uno de los Tribunales, la manera en que los ciudadanos pueden utilizar los mecanismos de protección constitucional de su país y sobre todo, hacer lo más tangible posible la plena vigencia y aplicación de las disposiciones de la Constitucional en cuanto norma organizadora del Estado y norma garantista de Derechos Humanos.

3. Relación entre la jurisdicción constitucional y la justicia ordinaria

4.1 Principio de Unidad Jurisdiccional y Principio de especialidad

Finalmente, uno de los últimos problemas que debe ser abordado en este tema es la separación que existe partiendo de las siguientes premisas:

- La separación de poderes en que se funda Estado moderno, concibe tres órganos a los cuales se le asigna funciones específicas.
- Cada órgano debe ejercer su funciones en forma celosa; la separación precisamente tiene por objeto mantener el poder estrictamente dividido, con cada intervención que hagan uno en la esfera de otro se atenta contra la funcionalidad, provocando inestabilidad en el Estado, por ende se crea la concepción celosa a la pérdida de cualquier facultad.
- La existencia de un Tribunal Constitucional fuera de la estructura de la jurisdicción común supone –a partir del estudio de su naturaleza–, sin duda, una perdida enorme de facultades y encima se tiene la sensación que la

existencia misma rompe con uno de los fundamentos mismo del Estado, el monopolio los tres órganos clásico.

Uno de los principios fundamentales por los que se rigen la Jurisdicción ordinaria es el de unidad jurisdiccional. Éste principio requiere que sea un único órgano – que por obvias exigencias debe éste hacerse conformar en múltiples despachos e instancias– al que le corresponda adjudicarse la tutela de la jurisdicción. Implica la exclusividad. Es impensable que pueda dotarse de potestad jurisdiccional a otro órgano que no esté dentro del Poder Judicial y que aun estando dentro esté precisamente concebido para tal fin. Visto de esta forma la potestad jurisdiccional es la esencia misma del órgano judicial.

El Tribunal Constitucional surge en el Estado como un órgano de creación constitucional, con independencia en sus funciones jurisdiccionales, en ejercicio de su función vincula a todos los poderes del Estado; ejerce una cuota de jurisdicción confiada por el propio –en teoría– constituyente.

Las funciones con que ejerce su jurisdicción son completamente independientes en los que se refiere a la necesidad de colaboración para ejercerla. Los Tribunales Constitucionales son considerados como órganos con relación inmediata a la Constitución, supeditada únicamente a la norma suprema, a diferencia de los ministerios que se supeditan al ejecutivo o los despachos de los jueces comunes que deben supeditarse a los despachos de mayor jerarquía.

Tal situación podría parecer que rompe con el principio de separación de poderes, en el que se sustenta el equilibrio del Estado, sin embargo la existencia de éstos órganos lo que supone es la compensación de los vacíos que ameritan ser colmados para extremar el equilibrio que sincroniza adecuadamente el funcionamiento tanto entre los órganos del Estado, como el Estado en relación con sus ciudadanos. En el caso del Tribunal Constitucional, de forma *general* la existencia de éste se justifica, al ser el máximo intérprete de la Constitución, al ejercer la jurisdicción en los problemas competenciales entre los poderes del Estado y por otra parte al conocer los asuntos sobre violación de los derechos

individuales de los ciudadanos frente al Estado. Ésta última función no puede ser ejercida por el propio Poder Judicial, pues existe la desconfianza de este se abstenga de dejar sin efectos sentencias emitidas en sus propias instancias cuando así lo amerita, es decir crear una clase de togas intocables, que se hacen de la facultad jurisdiccional para su propio beneficio, en cambio los Tribunales Constitucionales al tener una función en un solo sentido se les dificulta a sus miembros, tener intereses comprometidos.

Finalmente debe abordarse la especialidad de los Tribunales Constitucionales. Al estar separados de la jurisdicción ordinaria y poder accederse a ellos a través de una acción independiente, sin necesidad de agotar vías procesales previa—con el recurso de amparo por ejemplo—, se crea una sede procesal de fácil acceso, justo como se necesita para hacer efectiva la protección de los derechos individuales.

El elemento de independencia también trae aparejado la especialidad, a diferencia del otrora Tribunal Constitucional de Guatemala cuyo descendencia le vinculaba tanto al Poder Judicial que no era falacia decir que era una emanación del mismo, los Tribunales Constitucionales en la actualidad poseen sus propios integrantes, estos son profesionales que se entregan completamente al oficio que se les encomienda.

En algunos países en los que no existe jurisdicción fuera de la común, la instancia encargada de velar por una parte del control de constitucionalidad es una sala. Como en el caso de Nicaragua, los magistrados integrantes también son miembros de otras salas, éstos por su puesto no suele ocurrir cuando existe un Tribunal Constitucional. Precisamente uno de los problemas que existe en dejar en magistrados compartidos la defensa de la constitución es que estos eventualmente incurren en interpretaciones alejadas del propio texto constitucional. Debe tenerse presente que la gestión interpretativa es diferente entra ambos tipos de jueces, el constitucional y el común. En el caso del Juez común en la resolución de un caso debe aplicar normas más detalladas, de alguna manera la pormenorización de toda ley inferior ayuda a la subsunción de los hechos al precepto, por lo cual el Juez común adopta una postura más o menos

pasiva, en cambio el Juez constitucional debe aplicar una norma amplia imbuida de principios morales y políticos, de esta forma en su reflexión generalmente debe crear principios y a través de estos darle resolución a los caso (Grote).

Sánchez Morales encuentra que:

Éstos conflictos también se producen por otras razones y es así que la Corte Suprema de Justicia como cabeza de la jurisdicción ordinaria en general mantiene que el estado de derecho se defiende mediante el principio de legalidad, es decir la aplicación de las disposiciones más o menos detalladas que están en los códigos sustantivos y procesales, en cambio el Tribunal Constitucional en la medida en que aplica normas constitucionales tiene una comprensión de la legalidad distintas, entiende que no se trata de un estado de derecho construido sobre un principio de legalidad estricto o exegético, sino sobre una comprensión de los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales y garantías constitucionales que surgen del texto (p. 5).

La especialidad del Juez constitucional la sirve para diferenciar la aplicación de preceptos comprendidos en la ley y de los principios que comprende la ley suprema del país, su técnica no consiste a diferencia de la jurisdicción ordinaria en una labor de subsunción, sino que debe proyectar los principios sobre los casos concretos.

De ahí que los Jueces ordinarios en su desconocimiento de la técnica correcta yerren en la función de Juez constitucional y éste yerro persista hasta en los pronunciamientos de los más altos tribunales ordinarios.

4.2 Delimitación de Funciones.

No hay lugar, dice Monroy Gálvez (2008), donde la creación de un Tribunal Constitucional que esté destinado a efectuar un control concentrado que asegure la vigencia y primacía de la Constitución en toda su amplia totalidad, no traiga

consigo tensiones tanto entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Ésta clase de tensiones obedecen a elementos históricos, en realidad se trata de la inserción de un nuevo poder en la estructura del Estado, que mantiene su esquema originario, trayendo como consecuencia la crispación entre entidades.

Dentro del plano doctrinal, en España por ejemplo, señala que para evitar estos confortamientos es necesario eliminar algunas facultades del Tribunal Constitucional y hacerlas exclusivas del Tribunal Supremo, con ello señala Gimeno Sendra (2001) esto tiene la consecuencia de devolverle la finalidad primaria que consistía en analizar la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, adoptar esta propuesta es dar un retroceso en lo ganado; hoy día los tribunales gozan de gran aceptación popular porque éstos aseguran a los ciudadanos sus garantías constitucionales de forma más eficaz y no puede ser de otra manera.

Creemos que la respuesta, como dice Reyes Aragón, consiste marcar claramente los límites entre ambas instituciones, dejar claro que en materia constitucional el Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia es vinculante y los demás órganos del Estado deben mantener esta observancia. Es necesario crear la cultura de obediencia. Por otra parte también se hace imperioso aclarar los límites que debe respetar el Tribunal Constitucional mismo, pues sin duda puede extralimitarse en sus funciones.

CONCLUSIONES

Habiendo abordado y analizado de manera expositiva el tema de los Controles constitucionales como presupuesto para abordar lo que sucede con el Tribunal Constitucional y la Suprema Corte de Justicia en cuanto a sus conflictos derivados del ejercicio sus funciones, podemos concluir de manera certera lo siguiente:

- 1- La Constitución Política no es un instrumento político programático. Se eleva como norma reguladora y de aplicación directa y por lo tanto se hace menester la existencia de controles que no solo guarden su supremacía sino que además tiendan a la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto.

- 2- Los controles constitucionales, han evolucionado en cuanto al órgano que lo debe ejercer. Desde la creencia que solo el legislativo era el facultado como representante del pueblo para defender la Constitución, hasta la concepción moderna de que distintos órganos ejercen cierto control de constitucionalidad, entre estos, el Poder legislativo, el Poder Ejecutivo, El Poder Judicial, los controles externos como el Tribunal constitucional, último éste, sobre el que versó el estudio de nuestro trabajo.

- 3- Los Tribunales Constitucionales, desde su nacimiento, han tenido que enfrentarse a múltiples objeciones en cuanto a su legitimidad, sin embargo, su funcionalidad y el peso doctrinario que lo sustentan, han valido para que

hoy día se erija como una institución fundamental en la construcción de los Estados de Derecho y el ejercicio de la Democracia.

- 4- Los Tribunales Constitucionales, como emblema del sistema concentrado de protección constitucional, han tenido, frente al modelo norteamericano difuso de justicia constitucional, mayor aceptación, y hoy en día la mayoría de los países europeos y latinoamericanos conocen de dicha institución.

- 5- La adopción en los Estados Modernos del modelo concentrado de control constitucional ha tenido como consecuencia, entre otros, que la jurisdicción ordinaria se haya visto desplazada de aquella posición tradicional de máxima intérprete del Derecho, lo que ha tenido como consecuencia, fortísimos roces entre ambas.

- 6- Existe una línea muy delgada que separa a las dos jurisdicciones en cuanto al ámbito de competencias. Por un lado, las Cortes Constitucionales al interpretar un fallo de la jurisdicción ordinaria, tienen que interpretar la norma que se ha aplicado al caso concreto, ello trae como consecuencia la intromisión de ésta, en las competencias meramente legalistas de la jurisdicción ordinaria. Por otro lado, la jurisdicción ordinaria al aplicar una norma, también debe interpretar la Constitución, y en ese análisis puede incurrir en un error interpretativo que causará la revisión por parte del Tribunal Constitucional.

- 7- En América Latina, en los últimos sesenta años se ha visto una lenta pero creciente aceptación hacia al modelo concentrado tipo europeo, que puede traer como consecuencia que en futuro no muy lejano, nuestro sistema termine por adecuarse a dicho modelo del que ya ha retomado ciertos aspectos.

RECOMENDACIONES

Hemos hecho referencia que en nuestro sistema de protección de la constitucionalidad, no existe un Tribunal Constitucional como tal, es decir, dotado de autonomía orgánica y funcional que permita discutir un posible conflicto con la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, para abordar dicho tema, hemos hecho de manera somera algún enfoque de lo que sucede en Nicaragua con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; y en ese sentido proponemos las siguientes recomendaciones.

- 1- Tomando en consideración la importancia que tiene la norma suprema de los Estados Constitucionales, recomendamos la creación de un órgano especializado en la hermenéutica constitucional, con ello, se integra completamente el derecho a la efectiva tutela judicial.
- 2- Considerando que es necesario crear una hegemonía en lo atinente a la interpretación constitucional cuando este está a cargo de un órgano especializado, ya que muchos de los problemas surgen al existir una diversidad de criterios jurisprudenciales, unos emitidos por los tribunales de la jurisdicción común y otros emitidos por los órganos especializados para ello, debe cambiarse la concepción clásica de entender a la Corte Suprema o Tribunal Supremo, como el máximo intérprete del Derecho y la Constitución a la vez.
- 3- En relación con lo anterior, los jueces de la jurisdicción ordinaria deben adoptar un criterio de interpretación que vaya más acorde a los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en materia de derechos

fundamentales, es decir, criterios imbuidos en principios *pro homine* que van más allá de los meros criterios legalistas.

- 4- En Nicaragua no es factible la invocación del Recurso de amparo contra resoluciones de jueces en el ámbito de sus competencia, en este sentido, tomando en cuenta que existen dos jurisdicciones, una ordinaria y otra constitucional, el Poder Legislativo debe permitir que los ciudadanos puedan recurrir de amparo las sentencias de jueces ordinarios cuando se considere que éstos han vulnerado derechos fundamentales como el debido proceso, tutela efectiva. Actualmente no es posible en nuestro sistema.
- 5- Respecto del recurso de amparo recomendamos, delimitar las causas por las cuales este se ejerce a fin de no desnaturalizarlo, es decir que no pueda ser invocado por cualquier presunción y se convierta más bien en un recurso ordinario.
- 6- En caso de instauración de un Tribunal Constitucional, los miembros de éste deben ser expertos de Derecho Constitucional y/o Derecho Procesal Constitucional, con el objetivo de que éstos adopten un criterio garantista de derechos constitucionales y no simples aplicadores de la ley como sucede a menudo con los jueces de la jurisdicción ordinaria.
- 7- La elección de jueces constitucionales expertos en la materia, aunque no inhibe de ellos la voluntad política, creemos que la atenúa y los haría actuar dentro de un margen aceptable, que responda a los intereses de la Justicia Constitucional y no a voluntades políticas que ostentan el poder.
- 8- Para evitar los conflictos entre ambas jurisdicciones se debe sostener la supremacía de la jurisdicción constitucional como máxima intérprete de la Constitución y como se ha comentado en el seno de la doctrina, debe dotarse al Tribunal Constitucional de lo que se conoce como "*competence*

of competence” por el cual se entiende que el máximo tribunal, es decir el Tribunal Constitucional puede establecer su propia competencia, lo anterior evitaría que la jurisdicción ordinaria a menudo critique las facultades que se arroga la jurisdicción Constitucional en cuanto al ámbito de su competencia. Este sistema de competencia de la competencia ha hecho por ejemplo, que las cortes internacionales se libren de las insidiosas objeciones de los Estados cuando estos conocen de casos que los involucran.

LISTA DE REFERENCIA

A. Autores:

Almagro, N., José & Saavedra, G., P., (1989) *Justicia Constitucional (Comentario a la ley orgánica del Tribunal Constitucional)* 2da ed. Madrid: Tirant lo Blanch.

Aragón, R., M., (1999) *Constitución y Control Del Poder*. Bogotá: Universidad Externado de Columbia.

Arteaga, N., E., (2002) *Tratado de Derecho Constitucional Vol 4*. OXFORD: University Press

Bazán, V., & Nash C., (2010) *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales: Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay Y Venezuela*. Montevideo: Konrad-Adenauer-StiftungEv.

Biscaretti R., P., (1973) *Derecho Constitucional*; Madrid: Tecnos.

Blanco, V., (1988) *El valor de la Constitución. Separación de Poderes, Supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal*. Madrid; Alianza Editorial.

Brewer, C., A., (2007) *Principios del método concentrado de justicia constitucional*. Nueva York: Columbia LawSchool.

Eguiguren, P., F.,() *Los Tribunales constitucionales en Latinoamérica, una visión comparativa*. Buenos Aires.

Escobar F., I., (2010) *La justicia Constitucional en Nicaragua*. Managua: Hispamer.

Favoreu, L., (1994) *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel.

Ferrer, Mc., E. (2000); *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Querétaro: Fundap.

García, V., J., (2000) *El Control Constitucional en Nicaragua*. Managua: Corte Suprema de Justicia.

Francisco G.; J., (2003) *El control de la constitucionalidad en el federalista y los fundamentos de una sociedad libre*, Chile: Universidad Austral.

García, B., D., (2004) *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*; Perú: Universidad Pontificia del Perú.

García, E., E., (1985) *La Constitución como Nora y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

García, L., J., (1983) *La Defensa de la constitución*. México: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.

García, P., O., (2011) *Curso de Derecho Constitucional*. Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.

García , P, (2010) en Homenaje a Fix Zamudio, sección Nicaragua. Instituto de Estudio e investigación Jurídica, dirigida por Ivan Escobar Fornos y Sergio Cuarezma Terán. Poder Judicial Nicaragua.

García, R., J., (2010) *Introducción Al Derecho Constitucional*. Cádiz: Universidad de Cádiz.

Garrido, F., F., Cazorla, P., L., Entrena C., R., Galvez M., J., Recorder, C., E., Santamaría, P., J. et al (1985) *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.

Gutiérrez D C; Hidalgo de C. (2006) *En Homenaje al Maestro Fix Zamudio*. Et al. Instituto de investigaciones Jurídicas. México.

Jellinek, W., (1929) *Verwaltungsrecht (Derecho Administrativo)*. Berlin: Springer.

Kelsen, H., (1990) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Madrid: Tecnos.

Kelsen, H., (1999) *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

Mayora, A., E., (1997) *Teoría Constitucional para una sociedad libre (El caso de Guatemala)* Buenos Aires: Fundación República para una Nueva generación.

Mendizabal, A., R., (2012) *La Guerra de los jueces*. Madrid: Dykinson.

Ossorio, M., (2007) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*; Buenos Aires: Heliasta

Pérez, R., J., (2003) *Curso de Derecho Constitucional*. España: Marcial Pons.

Ríos, Á., L., (2007) *Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales del Latinoamérica*. Chile: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.

Rodríguez, R., (1978) *Derecho Constitucional*. México: UNAM.

Sagüés, N., P., (2007) *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Sagüés, N., P., (1992) *Derecho Procesal constitucional*; Buenos Aires: Astrea vol. 1.

Sánchez, A., L., (1988) *Curso de derechos constitucional comparado*; Madrid: Universidad Complutense.

Schmit, C., (1983) *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos

Sánchez, M., H., (2006) *Tensiones entre la jurisdicción constitucional y la*

jurisdicción ordinaria -Caso Bolivia-. Navarra: Thomson Arazandi. Trabajo presentado en el octavo congreso Iberoamericano de derecho constitucional celebrado en la facultad de Derecho de la universidad de Sevilla a los días 3,4 y 5 de Diciembre de 2003. (paper)

Verdugo, M., M., Pfeffer, U., E., 6 Nogueira, A., H., (1997) *Derecho Constitucional*. Chile Editorial Jurídica t. 2.

Vituro, P., (2001) *El carácter político del control de constitucionalidad, Desde otra mirada*. Buenos Aires, Eudeba.

B. Normas Jurídicas consultadas

a. nacionales:

Nicaragua: (2010) Constitución Política de la República de Nicaragua. Managua: Gaceta D.O.

Nicaragua: (2000) *Ley orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua y su Reglamento*. Managua: Editorial Jurídica.

Nicaragua: (1988) Ley N° 49, Ley de Amparo, Gaceta N° 241, 20 de Diciembre de 1988.

Nicaragua: (2008) Ley de Reformas y Adiciones a la Ley de Amparo, 23 Enero de 2008, Gaceta Diario oficial, 08 de Febrero de 2008

JURISPRUDENCIA

Nicaragua, Sentencia N° 90, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional.

España, Sentencia del Tribunal Constitucional STC 86/2001, Caso Preslyer

b. extranjeras:

Tribunal Constitucional del Perú: *Constitución Política del Perú*. (2012)

Recuperado el 02 de Junio de 2012. <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>

Assemblée Nationale: *Constitución Política de Francia*. (2012) Recuperado el 08 de Junio de 2012. <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>

Constitution Society: *Constitución Política de Costa Rica*. Recuperado el 03 de Junio de 2012. <http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>

Centro de Estudio Superiores de Derecho Público de Costa Rica: Ley 7135 del 11 de octubre de 1989; de la Jurisdicción Constitucional. Actualizada el 3 de enero de 2011. Recuperado el 03 de Junio de 2012. <http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>

Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); & Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer: *Deutscher Bundestag -Ley Fundamental de la República Federal de Alemania-*. Recuperado el 09 de Junio de 2012. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

C. Revistas Científicas

Cerra, J., L., (2008) Kelsen y el control de la Constitucionalidad. Recuperado el 21 marzo de 2012, de <http://www.curn.edu.co/revistas/ergaomnes/vol2009/7.pdf>

Gimeno S., V., (2001) Del nuevo conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Reflexiones en los Cursos de Verano de la Universidad Complutense en el Escorial. Recuperado el 23 de marzo de 2012 de http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14178/1/PD_44-1_05.pdf

Grote, R., (2008) Las relaciones entre Jurisdicción Ordinaria y Justicia Constitucional a la luz de la experiencia Alemana. Recuperado el 14 de mayo de 2012 de <http://www.juridicas.unam.mx/>

Hamilton, A., (1978) *The Federalist -El Federalísta-*. Recuperado el 07 de abril de 2012 de <http://www.constitution.org/fed/Monroy>

Highton, E., I., (sf) *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad-*. Recuperado el 13 de marzo de 2012 de <http://www.juridicas.unam.mx/libros.pdf>

Monroy G., J., (2008), *EL Poder Judicial vs Tribunal Constitucional*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 10, julio-diciembre 2008.

Osuna, N. (2008). Panorama de la Justicia Constitucional Colombiana. Recuperado el 23 de marzo de 2012 de www.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/25.pdf

Pérez Tremps, P. (s.f. a) La Justicia Constitucional en la Actualidad –especial referencia a América Latina-. Trabajo presentado en el Simposio de Derecho Constitucional de la Universidad Centroamericana “José Simón Cañas” de San Salvador. Recuperado el 19 de marzo de 2012 de <http://www.idpc.es/archivo/1212593508a2PPT.pdf>

Pérez, P., (1985. b) Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Recuperado el 25 de febrero de 2012 de <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2001-2002-8-9-15330&dsID=PDF>

Wolfgang, H., R., (2007) La división de poderes como principio de ordenamiento. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

D. Conferencias

Alcalá Nogueira, H. (2006) *Tendencias de la jurisdicción de los tribunales constitucionales de América del Sur, en la alborada del siglo XXI*. Trabajo presentado en el octavo congreso Iberoamericano de derecho constitucional celebrado en la facultad de Derecho de la universidad de Sevilla a los días 3,4 y 5 de Diciembre de 2003. (paper).

Bordalí Salamanca, A. (2003) *La Justicia Constitucional*. Trabajo presentado en el Simposio de inauguración del año académico 2003 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Valdivia. (paper)

Jiniesta L., E., (2006) Relaciones jurisdicción ordinaria y justicia constitucional. Trabajo presentado en el primer encuentro de cortes y salas constitucionales de Centroamérica y República Dominicana, el 27 de febrero, (paper).

López Sánchez, C., (2010) *La Jurisdicción Constitucional*. Trabajo empleado en el curso de Derecho Procesal Constitucional en el primer cuatrimestre en la Universidad Centroamericana UCA.

Sagüés N. (2004) *Desafíos De La Jurisdicción Constitucional en América Latina*. Trabajo presentado en el Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en Quito en el seno del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, los días 25 a 27 de octubre.

Vintrò Castells (2010) *La Justicia Constitucional como garantía de la vigencia de la Constitución*. Trabajo presentado en la jornada universitaria sobre la vigencia del Derecho (el valor de la ley en los conflictos sociales) UCA-Managua 21-23 sep. 2010.