

LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)

SUMARIO

I. Introducción. II. Variantes de la magistratura constitucional especializada. III. Los tribunales constitucionales atípicos. IV. Razones en pro de una magistratura constitucional especializada, dentro o fuera del Poder Judicial. V. Razones en favor de una magistratura constitucional especializada, fuera del Poder Judicial. VI. Razones en contra de la magistratura constitucional especializada. VII. Evaluación. Una discusión inconclusa. VIII. Los sistemas mixtos. IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más significativos del Derecho Procesal Constitucional es el de la magistratura constitucional, que es el órgano (único o plural) de la jurisdicción constitucional¹. La composición, su estructura, reclutamiento y atribuciones de esa magistratura constitucional interesa sobremanera, porque hace a puntos esenciales del estado de derecho, ya que de aquélla depende, en definitiva, la tutela de los principios de supremacía constitucional, de imperio de la ley y de respeto a los derechos humanos. Sin una adecuada magistratura constitucional, por cierto, tales postulados pueden convertirse en meros enunciados formales, carentes de eficacia existencial².

Naturalmente, el tema de la magistratura constitucional es

¹Cfr. Sagüés Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", 2ª ed. (Buenos Aires 1989), Ed. Astrea, t. 1, 3 y ss.

²Ibidem, 29 y ss., con referencia a los distintos sistemas de control de constitucionalidad en el Derecho Comparado.

muy complejo. No entraremos aquí a discutir si forma o no parte de ella órganos como el Parlamento, cuando diligencia el "juicio político" (*impeachment*), o una Sala del Congreso, cuando decide sobre la validez del diploma de un diputado, o el Poder Ejecutivo cuando veta un proyecto de ley por reputarlo inconstitucional³. Vamos a ceñirnos, *brevitatis causa*, a los órganos encargados de decidir si una norma es constitucional después de haber sido promulgada (contralor "reparador") y a custodiar el respeto de los derechos personales de los habitantes (v. gr., mediante las acciones de hábeas corpus, de amparo, "recurso protectorio", "mandato de seguridad", etc., según las diversas denominaciones que emplea el derecho comparado).

También en tren de simplificar el objeto bajo examen, se presentarán al lector tres alternativas sobre esta posible magistratura constitucional, a saber:

a) *Magistratura constitucional ordinaria*: En esta opción, que es "justicialista", el control de constitucionalidad reparador y la tutela de los derechos constitucionales personales se encomienda a una gran cantidad de órganos, que comparten aquellas tareas con otras de índole distinta. Conforme con el sistema norteamericano, por ejemplo, el juez común (civil, penal, mercantil, laboral, etc.) es, simultáneamente, el juez de la magistratura constitucional.

b) *Magistratura constitucional especializada*: Para esta posibilidad, lo mejor es programar un sistema de magistratura constitucional específica, no mezclada con funciones "extraconstitucionales". Lo que se procura hacer, al fin de cuentas, es un "fuero constitucional" obviamente especializado, con una magistratura distinta a la ordinaria.

c) *Sistema mixto*: Aquí hay control de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios (éstos no aplican las normas inconstitucionales); y simultáneamente, opera un Tribunal Constitucional que puede pronunciar sentencias de inconstitucionalidad, con efectos incluso derogatorios de la norma bajo examen (sistema peruano, v. gr.).

³Cfr. sobre el punto Biscaretti di Ruffia Paolo, "Derecho Constitucional", trad. de Pablo Lucas Verdú (Madrid, 1965), Ed. Tecnos. 545 y ss.

II. VARIANTES DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA

Los argumentos en pro de este régimen los veremos en seguida. Antes, sin embargo, conviene subrayar que no hay un único tipo de magistratura constitucional especializada, sino —al menos— tres modalidades principales, cada una de ellas con sus notas distintivas:

a) *Tribunal especializado "extra poder"*: Es el modelo clásico de magistratura constitucional especializada, vale decir, inspirado en el "sistema austriaco" ideado por Hans Kelsen.

En esta fórmula, el órgano de la magistratura constitucional tiende a menudo a monopolizar la atención de la jurisdicción constitucional (órgano solitario, pues) y funciona ajeno al Poder Ejecutivo, al Legislativo y también es extraño al Poder Judicial. Por estar "fuera" de tales poderes, el "Tribunal Constitucional", "Tribunal de Garantías Constitucionales", "Corte Constitucional" o como se lo quiera llamar, es un sujeto "extra poder"; o dicho quizá con mejor criterio, un "cuarto poder" (con competencias, eso sí, mucho más delimitadas y ceñidas que los tres poderes tradicionales).

Normalmente, cuando un país opta por el sistema de magistratura constitucional especializada "extra poder", los miembros del Tribunal Constitucional son designados mediante un procedimiento distinto al de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial, y el lapso de su gestión es asimismo diferente. Así, el mecanismo de nominación del Tribunal Constitucional es generalmente más "político" que el de los jueces "judiciales", y el término de la designación, más breve. Por ejemplo, en Italia, los magistrados judiciales (que son vitalicios) resultan seleccionados por concurso y mediante el Consejo Superior de la Magistratura (arts. 105 y 106 de la Constitución), mientras que los vocales de la Corte Constitucional se nombran en parte por el Presidente de la República, en parte por el Parlamento y en parte por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (art. 135) y duran nueve años en funciones.

El tribunal constitucional como órgano "extra-poder" ha alcanzado una significativa evolución en Occidente. Constituciones como las de Italia, España, Grecia, Austria, Chipre, Liechtenstein, Perú, etc., lo instrumentaron. Incluso en constituciones de corte mar-

xista —como las de Yugoslavia de 1974 y de Checoslovaquia según la reforma de 1968—, también lo han implementado, tendencia que ha proseguido después de la *perestroika*.

b) *Tribunal especializado autónomo, dentro del Poder Judicial.* Aquí hay un órgano específico encargado de la tutela del control de constitucionalidad, pero dentro del Poder Judicial.

Tal es la solución adoptada por la República Federal Alemana. Su Ley Fundamental dispone que el Poder Judicial será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los Tribunales Federales que la misma Constitución prevé (art. 92) y por los Tribunales de los Estados. En definitiva, al lado del aludido "Tribunal Constitucional Federal" que es el que nos interesa en particular, coexisten otros tribunales supremos, como el "El Tribunal Federal Supremo", el "Tribunal Administrativo Federal", el "Tribunal Federal de Hacienda", el "Tribunal Federal del Trabajo" y el "Tribunal Social Federal" (art. 95, *idem*).

Es conveniente apuntar que el sistema de designación de los jueces del "Tribunal Constitucional Federal" no es igual al de los jueces de los otros tribunales supremos (arts. 94 y 95).

Al fin de cuentas, en el tipo de tribunal especializado que se comenta, el Poder Judicial se erige con varias cortes supremas, una de las cuales es el Tribunal Constitucional. Para los juristas con mentalidad tradicional resulta difícil comprender y aceptar tal multicefalismo, que provoca serios problemas de armonización entre eventuales decisiones contradictorias de dichas cortes. La Constitución de la República Federal Alemana, dispone que para asegurar la unidad de jurisdicción se instituirá una "Sala Común" de los Tribunales superiores distintos al Tribunal Constitucional Federal (art. 95). En cuanto a las relaciones entre este último y los demás, el Tribunal Constitucional Federal tiende a perfilarse, según el esquema constitucional, como una suerte de super corte.

c) *Tribunal especializado dentro de la Corte Suprema:* Según esta tendencia, de tipo transaccional, el Tribunal Constitucional específico se ubica como una Sala especializada, dentro de la Corte Suprema cabeza del Poder Judicial. El régimen que comentamos registra como importante antecedente al "Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales" de la Constitución de Cuba de 1940, que

formaba parte del Poder Judicial como una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (art. 172).

Tal esquema es propiciado después por Venezuela y Colombia. De acuerdo con la exposición de motivos de la Constitución de la primera de estas naciones, la programación de la Sala aludida tuvo por objeto permitir que ella conociera "de asuntos que por su naturaleza debiera conocer la Corte plena, pero cuya tramitación en ésta podrá hacerse difícil debido al número de sus miembros y a su misma integración". El art. 216 de la Constitución, en su consecuencia, enunció la posibilidad de estructurar esa "Sala Federal" presidida por el Presidente de la Corte y formada por un número no menor de representantes de cada una de las otras salas, con más los magistrados de la Corte con competencia en lo contencioso-administrativo.

Poco ha, una reforma constitucional introduce en Colombia una "Sala Constitucional" dentro de la Corte Suprema de Justicia. Según el nuevo art. 214 de la ley suprema, esa Sala Constitucional tiene competencia para resolver por sí en ciertos asuntos, pero en otros elabora sólo anteproyectos que presenta ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Para Héctor Fix Zamudio, esta Sala Constitucional equivale a un tribunal constitucional especializado, cuando resuelve en forma definitiva en los asuntos de su jurisdicción⁴.

El régimen de Justicia constitucional *dentro* de una Corte Suprema de Justicia clásica, puede instrumentarse de dos modos distintos. En el primero de ellos, la Sala en lo Constitucional actúa como sala "ponente", pero decide la Corte en Pleno. Tal es, como vimos, la alternativa seguida en parte por el mentado art. 214 de la Constitución de Colombia: "La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en sala plena (en las acciones de exequibilidad, y en los supuestos de los arts. 121 y 122 de la Constitución), previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de especialistas en derecho público".

En el segundo, la Sala Constitucional, tiende a decidir, por sí, en los temas de constitucionalidad. El art. 174 de la Constitución

⁴Fix Zamudio Héctor, "La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales". (Madrid-México 1982), Ed. Civitas, 230.

de El Salvador apunta, v. gr., que "La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala Constitucional a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo y el habeas corpus, las controversias entre el Organo Legislativo y el Organo Ejecutivo a que se refiere el art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ma. del art. 182 de la Constitución". Un sistema parecido auspicia el art. 10 de la Constitución de Costa Rica, según la reforma constitucional de 1989: "Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público...".

III. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ATÍPICOS

Conviene destacar, eso sí, que ciertos países han implementado órganos semejantes a los ya indicados, pero con estructuras y modalidades *sui generis*, que los hacen singulares y atípicos.

Por ejemplo, el art. 140 de la Constitución de Ecuador programa un "Tribunal de Garantías Constitucionales", de conformación cuasicorporativa (lo integran dos miembros nombrados por el Presidente de la República; dos "por la ciudadanía", designados por sendos colegios electorales: uno formado por los alcaldes cantonales y el otro, por los prefectos provinciales; otro miembro, nombrado por las centrales nacionales de trabajadores legalmente inscriptas; y uno más, por las cámaras de producción reconocidas por la ley). A ese tribunal le compete velar por el cumplimiento de la Constitución e incluso suspender los efectos de leyes y normas constitucionales, pero sometiendo en definitiva su decisión a resolución del Congreso Nacional o en receso de éste, del Plenario de las comisiones Legislativas (art. 141). Sus pronunciamientos, pues, no tienen efecto decisivo completo.

A su turno, el art. 81 de la Constitución de Chile diseña un "Tribunal Constitucional" integrado por tres ministros de la Corte Suprema, un abogado nombrado por el Presidente de la República, otro nombrado por el Senado y dos más, (elegidos por el Consejo de Seguridad de la República, integrado por los presidentes del Senado

y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y por el General Director de Carabineros: art. 95 de la Constitución). Puede detectarse, pues, una participación castrense en la conformación de aquel Tribunal, que cuenta con importantes atribuciones, especialmente en materia de control preventivo de constitucionalidad (art. 82), ya que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de sentencia".

IV. RAZONES EN PRO DE UNA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA, DENTRO O FUERA DEL PODER JUDICIAL

Es el caso ahora atender la discusión existente sobre la conveniencia de instituir una magistratura constitucional específica. Con el fin de deslindar los distintos matices que presenta el problema, parece oportuno estudiar primero los alegatos que militan en pro de esa posibilidad, se ubique o no a los órganos del caso, en el Poder Judicial. Después, se expondrán los motivos particulares de quienes propician esa magistratura constitucional, pero fuera del Poder Judicial.

a) *El argumento de la eficacia*: Sostiene que la jurisdicción ordinaria, por su propia naturaleza y limitaciones, no llega a ofrecer una protección plena y eficaz a los derechos constitucionales. Debe instalarse, se señala, un mecanismo eficaz y reforzado de tutela constitucional (Mauro Cappelletti), que tendría que incluir procedimientos especiales y tribunales especiales, los que demandan "una interpretación activa, creadora, del juez constitucional", necesariamente dinámica, ya que la magistratura constitucional cumple roles que exige una funcionalidad constante y ágil⁵.

El alegato de la eficiencia ha sido recientemente destacado por Héctor Fix Zamudio, cuando explica que si bien la custodia de la Constitución puede realizarse por los tribunales comunes, esa tute-

⁵Cappelletti Mauro, "La jurisdicción constitucional de la libertad", trad. de Héctor Fix Zamudio (México, 1961), Universidad Nacional Autónoma de México, 13-14.

la adquiere mayor intensidad "cuando se hace valer ante un organismo judicial especializado en la materia constitucional"⁶.

b) *El argumento de la división del trabajo*: Se indica aquí que la complejidad del mundo jurídico justifica con holgura la necesidad de contar con una magistratura peculiar, dedicada a pleno a la temática constitucional, de por sí amplia y difícil. Esa especialización, en síntesis, acarrearía una capacitación mejor del juez constitucional, con la consiguiente garantía de idoneidad en la prestación de sus graves funciones.

El argumento de la división del trabajo se agrega un dato complementario: que al especializarse la magistratura constitucional, se liberaría a la judicatura común de la atención de la mayor parte de los problemas constitucionales. Ello produciría una significativa descongestión de trabajo y la posibilidad de que ésta atienda mejor sus tareas ordinarias. En tal sentido, se observa que si el "fuero constitucional" no estuviera en manos de la Corte Suprema de Justicia tradicional, dicho cuerpo podría cumplir el papel de tribunal de tercera instancia cuasi ordinaria que en ciertos países se reclama⁷.

c) *el argumento de la seguridad e igualdad*. Desde otra perspectiva puede observarse que un tribunal constitucional concentrado proporciona *uniformidad* en las soluciones judiciales sobre interpretación de la constitución y evaluación de la constitucionalidad de las leyes. Eso brinda, desde luego, mayor seguridad y mayor igualdad de respuestas jurídicas, frente a los sistemas *difusos* de control de constitucionalidad, donde el tribunal puede entender la Constitución de un modo, y otro adoptar una tesis diferente, con el consiguiente efecto de disparidad de trato a los litigantes y falta de certeza concluyente sobre lo que es constitucional o no^{7bis}.

⁶Fix Zamudio Héctor, ob. cit., 165.

⁷Cfr. Siegler Pedro, "Corte Constitucional Federal para la República Argentina", ponencia presentada ante el IV Encuentro Argentino de profesores de Derecho Constitucional, 1982, 11.

V. asimismo Serra María Mercedes, "Tribunales de justicia constitucional: una propuesta", en "Revista uruguaya de Derecho Constitucional y Político", tomo I Nº 4, 109 y ss., con referencia también al caso argentino.

^{7bis}Cfr. Gelsi Bidart Adolfo, "Papel de los tribunales supremos. Materia Constitucional (Uruguay)", en "Judicatura", Montevideo, junio 1988, Nº 23, 18.

V. RAZONES EN FAVOR DE UNA
MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL
ESPECIALIZADA, FUERA DEL PODER
JUDICIAL

Ingresamos así en el sector de la doctrina que brega por la estructuración de una magistratura constitucional no "judicialista", en base a estos motivos:

a) *El argumento de la desconfianza judicial*: Este viejo recelo, quizás de origen francés, procura quitar al Poder Judicial el contralor de constitucionalidad.

Las bases de esta posición son varias. Algunas, de raíz ideológica, al acusarse a la judicatura de desempeñar un rol conservador y estático, reticente a aceptar cambios económicos y sociales. Otras, de tipo principista, afirman que conferir a los jueces facultades de inaplicar o derogar leyes —por razones de inconstitucionalidad, v. gr.— importa alterar el esquema clásico de división de los poderes, porque aquella atribución significa, indirectamente, desempeñar una misión legislativa⁸. Para los pensadores marxistas, la tesis del "centralismo democrático" impediría, como principio, conceder esas atribuciones al Poder Judicial, ya que atentaría contra la supremacía parlamentaria⁹.

En el fondo, recuerda Otto Bachoff, detrás de estas posturas existe una situación de desconfianza hacia el Juez, como árbitro de un sistema de control de constitucionalidad¹⁰. Ello aconsejaría im-

⁸Sobre las acusaciones hechas al Poder Judicial sobre su eventual papel conservador, ver Loewenstein Karl, "Teoría de la Constitución". Trad. de Alfredo Gallego (Barcelona, 1976), Ed. Ariel, 318; Jiménez de Parga M., "La v República Francesa. Una puerta abierta a la dictadura constitucional" (Madrid, 1958), Ed. Tecnos, 110. En cuanto a las competencias como poder legislativo "negativo", del Poder Judicial, cfr. Kelsen Hans, "Teoría general del derecho y del Estado", trad. de Eduardo García Maynez, 2ª ed. (México, 1969), Universidad Nacional Autónoma, 318.

⁹V. Alexandrow N. G. y otros, "Teoría del Estado y del Derecho". Trad. de A. Fierro (México, 1962), Ed. Grijalbo, 167.

¹⁰Cfr. Bachoff Otto, "Jueces y constitución", Madrid. Ed. Taurus, 15; Vanossi Jorge R., "Teoría Constitucional" (Buenos Aires. 1976), Ed. Depalma, t. II, 91.

plementar un régimen "político" y no "judicialista" de revisión de constitucionalidad¹¹.

b) *El argumento de la renuencia judicial*: Este alegato sirve para criticar el sistema de control de constitucionalidad "judicialista" vigente en algunos países, como EE. UU. y Argentina, donde el Poder Judicial se ha negado a juzgar en asuntos denominados "cuestiones políticas" (political questions). Esos problemas han versado, por ejemplo, sobre declaración del estado de sitio, de intervención a las provincias, de guerra, "facultades privativas" de los poderes del Estado, etc.

Para Luis A. Pennino, esa abstención judicial ha redundado en la desprotección de los ciudadanos afectados por actos reputados como "políticos" (y por ende, no justiciables). De allí se llega a una suerte de autoeliminación de la Corte Suprema de Justicia como Poder del Estado, en una clara postura antisistémica, ya que al no sanear constitucionalmente las situaciones encasilladas dentro de aquel rótulo de "cuestiones políticas", provoca situaciones de perturbación y de crisis que atentan contra la estabilidad del régimen político.

Para el autor que citamos, el remedio a ese déficit jurisdiccional debe hallarse no en el repotenciamiento del Poder Judicial, sino en la erección de un nuevo órgano de control de constitucionalidad —el Tribunal Constitucional— pero ajeno a la órbita del Poder Judicial (la idea exigiría en muchos estados, reformar la Constitución vigente).

Renace así la doctrina del "control político" (no judicial) de constitucionalidad de las normas y actos estatales, tanto sobre las cuestiones "no políticas" como sobre las "políticas".

c) *El argumento de la objetividad*: Alguna vez se ha apuntado que la sustracción del control de constitucionalidad de los po-

¹¹Así se ha dicho, v. gr., que prever un órgano político de control de constitucionalidad "siempre ha de parecer loable y progresivo", con preferencia a uno judicialista: Diego Sevilla Andrés, "La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica del Estado", en "Revista de Estudios Políticos" (Madrid, 1967), Nº 152, pp. 290, 294, 302.

¹²V. Pennino Luis Alberto, "Creación del Tribunal Constitucional Federal dentro del sistema político argentino. A modo de encuadre institucional de las llamadas cuestiones políticas no justiciables", en "Revista Ju-

deres clásicos (fuera pues, del Poder Judicial, pero también el Ejecutivo y del Legislativo), otorgaría a las decisiones del caso una mayor objetividad¹³.

VI. RAZONES EN CONTRA DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA

En este campo, es útil diferenciar cuatro niveles de objeciones:

a) *El argumento de la tradición*: Este alegato rige, por supuesto, sólo para los países que desde hace tiempo tienen una magistratura constitucional no especializada (v. gr. cuando es la justicia ordinaria la que cumple tales roles).

Se observa, en tales casos, que un cambio de sistema de control de constitucionalidad, hacia una magistratura constitucional especializada, podría lesionar las costumbres y la idiosincrasia jurídica de una comunidad, circunstancia que provocaría reacciones negativas en ese medio. El problema se acentuaría cuando el cambio demandase una reforma constitucional, difícil de operar en naciones con un régimen de constitución rígida o semipétreo; y más todavía si un país con un esquema "judicialista no especializado", pasa a un sistema "no judicialista especializado" (con un órgano "extra poder" de control de constitucionalidad)¹⁴.

b) *El argumento de la dilación*: Cuando se adopta un régimen de magistratura constitucional especializada, ocurre con cierta frecuencia que, planteada en un pleito una cuestión constitucional, el Juez (judicial) de la causa suspende el dictado de la sentencia hasta tanto el órgano especializado de la magistratura constitucional (v. gr. el Tribunal Constitucional, judicial o "extra poder") resuelve aquella cuestión constitucional.

Los adversarios de la magistratura constitucional especializada, observan que, de seguirse el esquema descripto, bastaría con ar-

rídica de San Isidro", San Isidro, Argentina, junio de 1982, Nº 18, pp. 79 y ss.

¹³Siegler Pedro, ob. y p. cit.

¹⁴Pennino Luis Alberto, ob. cit., p. 82 y ss.

ticular en cualquier expediente judicial un incidente de tipo constitucional, para que la causa se demore por un tiempo bastante considerable, mientras los autos se elevan al Tribunal Constitucional, y en él se dirime el problema constitucional.

c) *El argumento del debilitamiento del Poder Judicial.* Esta crítica rige especialmente cuando se pretende implantar una clase de magistratura constitucional especializada "extra poder", separada del Poder Judicial. Se afirma que si llega a desglosarse del Poder Judicial la facultad del control de constitucionalidad de las normas y actos, este tercer poder del Estado, de por sí el más débil, resultaría todavía más desnutrido en poderes institucionales. Y ello acentuaría en mayor medida la crisis del principio de división de los poderes, que parte necesariamente del presupuesto del equilibrio de ellos.

Para los defensores del Tribunal Constitucional "extra poder", el peligro que se comenta es minificado, ya que muchos de los asuntos derivados a aquél serían facultades previamente autorrenunciados por el Poder Judicial (v. gr. la evaluación de las *political questions*). Concomitantemente, la liberación de las difíciles causas que hacen al control de constitucionalidad, se dice, permitiría un reforzamiento de la operatividad del Poder Judicial para la atención del resto de todos los demás litigios que quedarían bajo su radio de operatividad¹⁵.

d) *El argumento de la no autonomía del Tribunal Constitucional:* Años ha, Hans Kelsen escribía que para limar las oposiciones entre un Parlamento y un Tribunal de Garantías Constitucionales que pudiese invalidar las leyes del primero, podía arbitrase la solución de hacer que los miembros del Tribunal Constitucional fuesen elegidos por el Poder Legislativo¹⁶.

Hemos visto que esa alternativa es bastante seguida por varios países, quienes fijan al mismo tiempo un período de designación limitado de los vocales del Tribunal Constitucional —en oposición al sistema de designación casi siempre vitalicia de los jueces "judiciales". Así pretende obtenerse una cierta "correspondencia" entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional, dándose a éste

¹⁵Ibidem. pp. 82-3.

¹⁶Kelsen Hans, ob. y p. cit.

una fisonomía más "política" que la que tiene el Poder Judicial ordinario o común.

Tal correspondencia, sin embargo, tiene su costo jurídico-político, como puede ser cierta mengua en la autonomía del Tribunal Constitucional: en la medida en que más esté condicionado por el Parlamento, claro está, disminuye su libertad funcional. Para los enemigos de los tribunales constitucionales "extra poder", la vinculación que ellos guardan con el Poder Legislativo no es garantía de su mejor actuación.

Merece agregarse otra consideración: que si el Tribunal Constitucional "extra poder" no guarda una relación de independencia con el Parlamento o el Poder Ejecutivo, y sus decisiones son obligatorias para el Poder Judicial, el sistema de control de constitucionalidad de las normas y actos de la autoridad pública del país en cuestión puede sufrir un grave revés, en lugar de dar un paso hacia adelante.

VII. EVALUACIÓN. UNA DISCUSIÓN INCONCLUSA

No es sencillo, por cierto, realizar un balance definitivo sobre la polémica que nos ocupa.

Hay dos razones que militan, con mucha fuerza, en favor de una magistratura constitucional especializada. Una de ellas es la notoria tendencia en el derecho constitucional comparado en pro de tales organismos¹⁷ corriente que es predominante y avasalladora. Como en tantos temas, una idea mayoritaria posee en sí un peso sociopolítico considerable, que en caso de duda la hace casi siempre triunfar.

La segunda y también sólida razón que completa a la anterior, es la inclinación universal hacia la especialización, que obviamente repercute en el ámbito de la judicatura y del control de constitucionalidad, incluso con fundamentos de tipo ético¹⁸. ¿No parece

¹⁷Ver Fix Zamudio, ob. cit., p. 212 y ss., incluyendo los casos de Yugoslavia y Checoslovaquia.

¹⁸Ver Hourcade Juan L., "Hacia una abogacía especializada", en "Primeras jornadas nacionales de ética de la abogacía" (Rosario, 12/12 de octubre de 1967), p. 727.

sensato, en efecto, preparar órganos específicos de tutela de la constitucionalidad, con magistrados particularmente formados y entrenados en tal problemática? En principio, cualquiera que conozca en detalle el actual desenvolvimiento del derecho público (y con preferencia, del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional), no dudará en responder afirmativamente. La complejidad y profundidad de los asuntos que abordan esas materias parecen imponer, casi arrolladoramente, la solución de la especialización.

Los argumentos de la *eficacia* y de la *división del trabajo* son también convincentes, e incluso pueden favorecer la creación de un clima jurídico "constitucionalista" en países donde eso hace mucha falta; vale decir, una magistratura especializada que *piense* y que *resuelva* con criterio de derecho constitucional (esto es, protectorio de los derechos personales y sociales) y no con mentalidad de otras áreas, a los asuntos de derecho constitucional.

Por último, también es cierto que existe hoy una mayor apatía social de igualdad y de seguridad, y un mayor rechazo comunitario de la desigualdad y de la inseguridad, circunstancias que bregan por la magistratura especializada en lo constitucional, según hemos visto.

Sin embargo, conviene alertar que la puesta en funcionamiento de una magistratura constitucional especializada no resuelve todos los problemas del caso; y que a su vez, es portadora de ciertos inconvenientes que deben asumirse. Por ejemplo, la objetividad e imparcialidad del "fuero constitucional" pueden ser relativas, en la medida en que éste se encuentre condicionado (por el sistema de designación y de duración de sus jueces) por el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Al mismo tiempo, no por haber "fuero constitucional" necesariamente se ampliará el control de constitucionalidad de las *political questions* (mucho dependerá, al respecto, de la voluntad y del criterio de los jueces de la magistratura constitucional especializada. Además, el jurista deberá reconocer que ciertos asuntos tienen un marco de privacidad para los poderes Ejecutivo y Legislativo, de tal modo que en ellos sólo podrá aspirarse a un "control de razonabilidad" del juez en lo constitucional, y a un control de formas sobre el procedimiento constitucional para pronunciar aquellos actos "políticos"). A lo dicho, cabe agregar que una magistratura constitucional especializada puede eventualmente ocasionar cierto retraso

en la tramitación normal de los pleitos, según señalamos precedentemente (parágrafo vi, punto b).

Hasta aquí estamos suponiendo que el Tribunal Constitucional está *dentro* del Poder Judicial (sea como una Corte Suprema paralela, al estilo alemán, o como una Sala de la Corte Suprema de Justicia corriente, al estilo colombiano). Si se ubica al Tribunal Constitucional *fuera* de aquel Poder Judicial, como ente extra poder, deberá computarse otro problema complementario, según anticipamos, como es el debilitamiento del Poder Judicial tradicional. Es notorio que tal debilitamiento puede resultar cómodo y hasta seguro para muchos jueces (que verían así simplificadas sus tareas, al sustraérseles las delicadas y complejas cuestiones constitucionales), pero también es evidente que entonces el Poder Judicial pasaría a ser una "Administración de justicia", más que un "Poder" del Estado; y ello puede no satisfacer a muchos.

De todos modos, si la división del Poder Judicial en dos órdenes (el tradicional, encabezado por la vieja Corte Suprema; y el nuevo, encarnado en el Tribunal Constitucional) fuese provechoso para la comunidad, tal partición no sería condenable, aunque devaluase al "viejo" Poder Judicial. El Poder Judicial no es un fin en sí mismo, sino un medio para realizar al estado social de derecho; y si se logra mejor a éste mediante una judicatura bicéfala, bienvenida que sea ésta.

Pero todo lo señalado debe enmarcarse dentro de las experiencias procesales y constitucionales que se han dado en un Estado concreto. Hay países nuevos, con escasos precedentes locales sobre el tema, donde la opción entre una judicatura constitucional no especializada y otra especializada (y en su caso, entre una injertada en el Poder Judicial o la concebida como órgano "extra poder") se hace en un terreno virgen, con un ancho espacio para optar por el camino que se reputa más conveniente. En cambio, hay naciones con abundantes antecedentes (positivos y negativos) en el asunto que nos ocupa, y que por supuesto pueden resultar definitorios.

Así, existen comunidades satisfechas con su Poder Judicial ordinario como órgano de la magistratura constitucional; y en ellas, programar un Tribunal Constitucional puede parecer exótico cuando no extravagante (tal sería el caso de los EE. UU., aunque parece que el panorama está allí en parte cambiando). En otras, la expe-

riencia del Tribunal Constitucional especializado (dentro o fuera del Poder Judicial) ha sido exitosa, y ello aconseja también mantener el régimen vigente (Alemania Federal y Austria, por ejemplo). Por último, hay sociedades bastante disconformes con su mecanismo en vigor (por *ineficiencia* del sistema de control de constitucionalidad, o por *insuficiencia*) y es allí donde la propuesta reformista merece divulgarse.

También hay que tener en cuenta que hay países que practican un régimen *judicial*, pero "concentrado" de control de constitucionalidad (v. gr., cuando la declaración de inconstitucionalidad de una ley únicamente puede ser dispuesta por la Corte Suprema de Justicia). En tal hipótesis, el pase de un sistema de control de constitucionalidad del Poder Judicial a un Tribunal Constitucional "extra poder" causa menos asombro (y probablemente, menos resistencias) porque esa comunidad política ya está acostumbrada a una suerte de "centralización" del tipo de control de constitucionalidad¹⁹.

VIII. LOS SISTEMAS MIXTOS

Conviene alertar, naturalmente, que tal vez para pulir asperezas y compatibilizar posiciones, algunos textos constitucionales han instrumentado regímenes híbridos, con un Tribunal Constitucional por un lado, y un Poder Judicial también con atribuciones en materia de control de constitucionalidad.

La armonización de este doble juego de órganos custodios de la Constitución, se opera así: el Tribunal Constitucional decide con efectos *erga omnes*, y en acciones declarativas de inconstitucionalidad que sólo pueden promover determinados sujetos (v. gr., el Presidente de la Nación, el Fiscal o Procurador General, un número

¹⁹Debe recordarse, por ejemplo, que originalmente, el art. 10 de la Constitución de Costa Rica de 1949 determinó que "Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo. La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo". Vimos que Costa Rica cambió en 1989 tal sistema, en pro de una "Sala Constitucional", en el seno de la Corte Suprema.

determinado de legisladores, etc.). A su turno, el Poder Judicial clásico decide para casos concretos, y en procesos judiciales donde las partes articulan sus pretensiones específicas de inconstitucionalidad. Un esquema parecido al indicado es propuesto por la Constitución de Perú, y de algún modo puede verse repetido en Grecia, y Chile, bien que con variantes muy significativas. También lo hace la constitución de la provincia argentina de Tucumán, de 1990.

La concurrencia de un Tribunal Constitucional especializado con una judicatura ordinaria no especializada no parece, en principio, como algo muy atractivo, sobre todo por las diferencias de criterio que puede haber entre ambos (aunque, jurídicamente, el asunto se resuelva dando prioridad a lo que resuelva el Tribunal Constitucional). Como todo sistema híbrido o transaccional, sus virtudes, sin embargo, habrá que apreciarlas en un medio concreto, donde es posible que sea útil. De todos modos, en un esquema de tal tipo el Tribunal Constitucional puede ser visto como una suerte de escenario judicial de privilegio para determinados protagonistas (el titular del Poder Ejecutivo, parlamentarios, o algunos funcionarios de alto rango).

IX. CONCLUSIONES

Pueden resumirse así las consideraciones finales:

a) cualquier sistema de control de constitucionalidad bien organizado, sea a través de una magistratura judicial ordinaria, de una especializada (judicial o "extra poder"), o de un régimen mixto, puede resultar provechoso. Ninguna de estas fórmulas tiene *a priori* ventajas axiomáticas sobre los demás.

b) la tendencia contemporánea hacia la especialización, en tantas áreas del quehacer humano, impulsa la divulgación de la magistratura constitucional específica (el "fuero constitucional"), propiciando la erección de órganos propios dentro del Poder Judicial (teoría de la *Sala Constitucional* dentro de la Corte Suprema; o de un Tribunal Constitucional Supremo en el Poder Judicial); o fuera de dicho Poder (Tribunal Constitucional "extra poder").

c) la adopción de una magistratura constitucional especializada tiene su precio jurídico-político. Si ella es "extra poder" y se

suma a la magistratura constitucional ordinaria (régimen mixto, v. gr.), habría una duplicidad de magistraturas constitucionales, extremo que de por sí no es nocivo pero cuya compatibilización exige adoptar técnicas jurídicas claras y prácticas a la vez (por ejemplo, dando supremacía al Tribunal Constitucional; confiriendo a la magistratura especializada la facultad de derogar a la norma constitucional, y a la magistratura constitucional ordinaria la de inaplicar la norma al caso concreto, etc.).

Si la magistratura constitucional especializada se ubica como órgano extra poder, fuera entonces del Poder Judicial, inevitablemente decaerá el peso político de este último. Y si se erige dentro del Poder Judicial, pero en rango paralelo a la Corte de Justicia tradicional (sistema alemán, v. gr.) tal duplicidad de tribunales supremos dentro de un mismo Poder impone a su vez la obligación de establecer reglas de juego definidas y eficaces para delimitar el radio de acción de cada uno de ellos. De todas maneras, es de prever que ese multicefalismo judicial reste energía al Poder Judicial como Poder institucional.

En la hipótesis de que el tribunal constitucional especializado opere como Sala (en particular, como Sala decisoria) de la Corte Suprema de Justicia clásica, no es raro que afloren también problemas de convivencia jurídica entre la "parte" (la Sala constitucional) y el "todo" (la Corte en pleno). Eso requiere, desde luego, una buena delimitación institucional de competencias; y además, una apreciable dosis de prudencia y espíritu de correcta vecindad para que el sistema, así lubricado, opere adecuadamente.

En tales casos, en particular, habrá que diferenciar con pulcritud los puntos "constitucionales" que son materia de la Sala en lo constitucional, y los asuntos de superintendencia o de otras áreas que competen a las demás Salas o a la Corte en pleno. Hay reglas de cautela que aconsejan que un órgano no trate de invadir el territorio institucional de otro, pese a la tentación que siempre existe al respecto. Pautas de *self restraint* (autorrestricción) muchas de ellas no escritas, son asimismo útiles en aras de tornar fructífera la cohabitación que tratamos. En diversas situaciones, será preferible renunciar o moderar el ejercicio de una competencia dudosa, que practicarla a riesgo de quebrar la inapreciable armonía que cabe salvaguardar.

d) la renuncia a un control "difuso" de constitucionalidad, o a uno "mixto", y la instrumentación de un Tribunal Constitucional *único*, obliga a derivar a éste los pleitos donde se plantee una cuestión de control de constitucionalidad normativa. Tal remisión tiene también su costo jurídico, como es la dilación inicial que pueda ocasionar la definición, por el susodicho Tribunal Constitucional, del asunto sometido a su decisión²⁰. Ese problema debe tenerse en cuenta, a fin de resolverlo con mecanismos procesales que satisfagan el principio de celeridad.

e) No parece aconsejable estructurar a los Tribunales Constitucionales con métodos de selección y de duración que signifiquen un condicionamiento de sus magistrados —directa o indirectamente— a los poderes Ejecutivo y Legislativo. So pretexto de modernizar al régimen vigente de control de constitucionalidad, es posible que —de no tomarse la precaución que se indica— se reduzca (en lugar de ampliarse) la eficacia de la revisión de constitucionalidad de las normas y actos de la autoridad pública.

²⁰Se dirá que en los sistemas de control "difuso" de constitucionalidad, una parte puede también dilatar un pleito planteando en primera instancia una excepción de inconstitucionalidad, manteniéndola en las sucesivas instancias hasta alcanzar, por la vía de un recurso extraordinario, a la Corte Suprema de Justicia. Ello es formalmente cierto; pero en el ámbito de la experiencia jurídica, el grueso de los planteos de inconstitucionalidad quedan resueltos en las instancias ordinarias, sin intentarse la apelación extraordinaria.

La desventaja de los sistemas judiciales "difusos" es que como puede articularse una cuestión de inconstitucionalidad ante cualquier juez, se dan pronunciamientos contradictorios entre diversos magistrados, hasta tanto se pronuncie la Corte Suprema; y aún en este último caso, como su fallo en pocas ocasiones deroga la ley inconstitucional y casi siempre se ciñe al caso concreto, la norma inconstitucional persiste todavía en el ordenamiento jurídico. No obstante, es cierto que en determinados países las sentencias de la Corte Suprema tienen un vigor cuasivinculante para los tribunales inferiores, aunque la Constitución no lo disponga así.

