



Carlos D. Luque (Argentina)\*

## Un Tribunal Constitucional para la República Argentina: nociones sobre la conveniencia de su incorporación\*\*

### RESUMEN

El artículo se propone mostrar cómo funcionan los tribunales constitucionales y tiene el objetivo de sugerir la necesidad y la importancia que podría tener un tribunal constitucional en un Estado constitucional y democrático de derecho como lo es la República Argentina.

Se intenta analizar el fundamento, la naturaleza, las funciones y la misión de estos tribunales para demostrar su significación dentro del sistema democrático, con el fin de extraer opiniones conclusivas sobre la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.

La misión principal de los tribunales constitucionales como están instituidos hoy en el mundo es la defensa de la Constitución. Su segunda misión es la defensa de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual no solo se hace un amplio catálogo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino que también se regulan los mecanismos de protección, como las acciones de amparo, las acciones populares, las acciones de grupo, las acciones de cumplimiento, etcétera.

Si bien no se promueve aquí la entrada inmediata de la institución que concentra la justicia constitucional como en Europa, tampoco sería desatinado pensar que un principio de solución en esta cuestión podría ser llegar a la instancia de que la Corte argentina tuviera una sala constitucional que se abocara exclusivamente a las cuestiones constitucionales puras.

**Palabras clave:** tribunales constitucionales, jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad, derechos fundamentales, Europa, América Latina, Argentina.

### ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag soll die Arbeitsweise von Verfassungsgerichten dargestellt werden. Gleichzeitig soll auf die Notwendigkeit und Bedeutung eines Verfassungsgerichts in einem demokratischen Verfassungs- und Rechtsstaat wie Argentinien hingewiesen werden.

---

\* Abogado, posgrado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, con mención especial, por la Universidad Católica de Salta. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Coordinador general para Corrientes, Chaco y Formosa del Departamento de Derecho Ambiental de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Político. <carlosduque@hotmail.com>

Vor dem Hintergrund einer Analyse der Grundlagen, Charakteristika und Funktionen sowie der Aufgabe solcher Gerichte, aus der ihre Bedeutung im demokratischen System hervorgeht, sollen Schlussfolgerungen zur Notwendigkeit und Bedeutung von Verfassungsgerichten abgeleitet werden.

Die Hauptaufgabe von Verfassungsgerichten in ihrer heutigen Form besteht weltweit in der Verteidigung der Verfassung. Ihre zweite Aufgabe ist die Wahrung der Grundrechte der Person, wozu nicht nur auf einen umfassenden Katalog von bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zurückgegriffen wird, sondern auch die Schutzmechanismen wie Verfassungsbeschwerden, Popularklagen, Gruppenklagen, Erfüllungsklagen usw. geregelt werden.

Wenn auch nicht die sofortige Einrichtung einer Institution vorgeschlagen wird, die die Verfassungsgerichtsbarkeit nach europäischem Vorbild zusammenfasst, so wäre es doch nicht abwegig, als ersten Schritt auf dem Weg zu einer Lösung des Problems einen Verfassungssenat beim argentinischen Obersten Gerichtshof einzurichten, der sich ausschliesslich mit Verfassungsfragen beschäftigen würde.

**Schlagwörter:** Verfassungsgerichte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Grundrechte, Europa, Lateinamerika, Argentinien.

## ABSTRACT

This paper intends to show the way constitutional courts work, and to suggest the need for a constitutional court and the importance it might have in a constitutional and democratic state that recognizes the rule of law, such as is the Argentine Republic.

It contains an analysis of the foundation, the nature, the functions and the mission of these tribunals in order to show their significance within a democratic system, so as to draw some conclusive opinions on the need for and importance of such constitutional courts.

The main mission of constitutional courts as they are established today in the world is the defense of the Constitution. Their second mission is the defense of the fundamental rights of persons, for which purpose not only a wide catalog of the civil, political, economic, social and cultural rights is made, but also the mechanisms of protection are regulated, such as actions for protection, popular actions, class actions, compliance actions, etc.

Although the immediate creation of such an institution that concentrates constitutional justice as in Europe is not proposed here, it would not be unwise, either, to think that a beginning for the solution of this issue might be implementing an instance to provide the Argentine Court with a Constitutional Chamber that would exclusively deal with pure constitutional issues.

**Key words:** constitutional courts, constitutional jurisdiction, constitutionality control, fundamental rights, Europe, Latin America, Argentina.

*Para Hugo Carlos Luque  
y Ana María Ortiz,  
por el amor, la vida  
y la incesante y eterna incondicionalidad*

## 1. Introducción

El presente artículo tiene la intención, y solo la intención, de mostrar cómo funcionan los tribunales constitucionales y el objetivo de sugerir la necesidad e importancia que podría tener un tribunal constitucional en un Estado constitucional y democrático de derecho como lo es la República Argentina.

Intentaremos hacer un análisis del fundamento, la naturaleza, las funciones y la misión de estos tribunales para demostrar su significación dentro del sistema democrático y finalmente extraer opiniones conclusivas sobre la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.

Principiamos la exposición con una obviedad: la justicia constitucional en la gran mayoría de los países de Europa se configura de acuerdo con el que se ha denominado *modelo europeo*.

A la hora de estudiar los diversos sistemas de justicia constitucional, en forma general se ha empleado en la literatura iuspublicista la contraposición entre *modelo europeo* y *modelo americano*.

El primero (en grandes líneas) se caracterizaría por que las funciones típicas de la justicia constitucional se encomendarían a un órgano especializado, que se pronunciaría mediante resoluciones con valor *erga omnes* en las cuestiones referentes al control de constitucionalidad de las leyes; mientras que en el segundo, el llamado *modelo americano*, aquellas funciones se encomendarían a los órganos de la jurisdicción ordinaria, que se pronunciarían, con ocasión de litigios concretos, mediante resoluciones con valor *inter partes*.<sup>1</sup>

Es posible afirmar que en los sistemas de justicia constitucional de Europa está mayoritariamente presente una característica definitoria del *modelo europeo*: la atribución de las diversas funciones que integran la justicia constitucional a un órgano específico, el Tribunal Constitucional, distinto y separado de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

También se vera aquí, muy brevemente, el actual tratamiento de las *cuestiones constitucionales* puras por la Corte y de las que denominamos *indirectas*, a través, por ejemplo, de arbitrariedad de sentencia, gravedad institucional, etcétera.

---

<sup>1</sup> Luis López Guerra: "La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, t. I, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 85.

A partir de ello se buscará, en la medida de lo posible, algún tipo de solución a los planteos trazados.

## 2. Antecedentes

Como recuerda Favoreu, “la historia de los tribunales constitucionales empieza con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco y el Alto Tribunal Constitucional de Austria en 1920”.<sup>2</sup> Posteriormente, se crearían el Tribunal de Garantías Constitucionales de España (1931), el Tribunal Constitucional italiano (1948), el Tribunal Constitucional alemán (1949), el turco (1961) y el yugoslavo (1963). Sobre las circunstancias históricas de aparición de los tribunales constitucionales expresa Javier Pérez Royo:

El Tribunal Constitucional, responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo que hemos definido en muchas ocasiones a lo largo del curso como constitucionalismo democrático.

La anomalía histórica que está detrás de él es una anomalía democrática o, mejor dicho, una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países. Por eso, el Tribunal Constitucional no existe en todos los países europeos, sino únicamente en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado liberal del XIX al Estado democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España.<sup>3</sup>

A estos tribunales hay que agregar la creación del Consejo Constitucional francés (1959), el Tribunal Constitucional portugués (en la Constitución de 1976, revisada en 1982) y en cierta medida el Tribunal Especial Superior griego (1975). Este movimiento se extendió a Bélgica, con el Tribunal de Arbitraje (1983), y se ha desarrollado en Europa del Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991) y Bulgaria (1991).

En Latinoamérica la jurisdicción constitucional se extendió a Perú con la Constitución de 1979; en Chile se instaló nuevamente un Tribunal Constitucional en 1980; en El Salvador se previó el Tribunal Constitucional en 1985; Costa Rica creó en 1989 una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia; Colombia instauró en 1991 la Corte Constitucional; Ecuador creó el Tribunal en 1945 y lo reinstaló en 1998; Paraguay creó una Sala Constitucional en 1992; Bolivia estableció el Tribunal Constitucional en 1994; Nicaragua creó una Sala Constitucional en 1995; México, mediante las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999, estableció a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional, y en Honduras se creó en el 2001.

Los sistemas o modelos de control constitucional en América del Sur se pueden clasificar, según Humberto Nogueira Alcalá, en:

<sup>2</sup> Louis Favoreu: *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 13.

<sup>3</sup> Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 7.ª ed., 2000, p. 922.

1. Sistema judicial difuso (Argentina).
2. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema (Uruguay).
3. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema de Justicia y en su Sala Constitucional (Paraguay).
4. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo (Brasil).
5. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional (Bolivia, Colombia).
6. Sistema de control constitucional dualista (Perú, Ecuador).
7. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad (Chile).<sup>4</sup>

### 3. Los tribunales constitucionales

#### 3.1. Creación y desarrollo de los tribunales constitucionales en el mundo

Los tribunales constitucionales existen hoy en casi toda Europa, América Latina, Asia y África. En su obra sobre estos tribunales expresa Louis Favoreu:

El desarrollo de la justicia constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX. No se concibe hoy día un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución, y en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto la existencia de un Tribunal Constitucional.<sup>5</sup>

En cuanto al origen de los tribunales constitucionales es célebre la polémica entre Carl Schmitt, quien en 1931 publicó *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, a la cual Hans Kelsen contestó con un libro que se llamó *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* No hay duda de que la historia le dio la razón a Kelsen, quien sostenía que a los tribunales constitucionales se les debe confiar la función de ser garantes de la Constitución. Al efecto expresó:

Defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. Como toda norma, también la Constitución puede ser violada solo por aquellos que deben cumplirla.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Humberto Nogueira Alcalá: "Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur", ponencia en el IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002.

<sup>5</sup> Favoreu: o. cit.

<sup>6</sup> Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 27.

De esta polémica surge la conclusión de que, si bien el control constitucional lo puede ejercer el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, es más democrático que esté a cargo de un órgano independiente y autónomo, aunque nada obsta que forme parte del Poder Judicial.

Schmitt creía que la defensa de la Constitución no se debía encomendar a la justicia constitucional, sino, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, al presidente de la República. Dijo:

[...] los tribunales constitucionales con jurisdicción concentrada se aproximan al papel del Senado en la Constitución napoleónica, que no dice el derecho sino que lo hace.<sup>7</sup>

Hans Kelsen refutó la tesis de Schmitt. En la obra mencionada sostuvo:

[...] toda sentencia del tribunal constitucional tiene la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual lo convierte en una suerte de “legislador negativo”.<sup>8</sup>

### 3.2. Fundamento de la jurisdicción constitucional

El fundamento de la jurisdicción constitucional depende del concepto que se tenga de la Constitución, de las normas constitucionales y de su efectividad. La doctrina ha dicho que para que pueda existir un sistema de control constitucional son necesarios:

1. La existencia de una Constitución total o parcialmente rígida.
2. Un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados.

Por tanto, la doctrina sostiene que el control es elemento indispensable del concepto de Constitución y dicho control es ejercido por la jurisdicción constitucional.

El tratadista Javier Pérez Royo sostiene que las características de los tribunales constitucionales son las siguientes:

1. Es “un órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución”.
2. Es un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial. “El hecho de ser un Tribunal que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como lo hacen los Tribunales de Justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva”.

<sup>7</sup> Carl Schmitt, citado por Eduardo García de Enterría en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 3.ª ed., 1994, p. 159.

<sup>8</sup> Kelsen: o. cit., p. 27.

3. Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.
4. Su competencia básica consiste en el control de constitucionalidad de la ley y, por tanto, en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.
5. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es, defensa del individuo y de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado.<sup>9</sup>

Sin embargo, es muy difícil dar una regla general; depende de la Constitución de cada Estado consagrar un modelo que se ajuste a sus especiales circunstancias históricas, políticas y sociales.

### 3.3. Naturaleza de los tribunales constitucionales

A partir de la Segunda Guerra Mundial se produce un renacimiento de la justicia constitucional. Ello obedece, según Álvarez Conde, a estas consideraciones:

- a. La justicia constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de la Constitución. Se acepta que la Constitución deje de ser una simple declaración de principios y se convierta en norma directamente aplicable.
- b. La justicia constitucional es consecuencia del principio de la supremacía de la Constitución, por lo cual la doctrina ha dicho que solo es posible en aquellos sistemas políticos dotados de Constitución rígida.
- c. La justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de legalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división de poderes, tanto en su aspecto horizontal como vertical.<sup>10</sup>

En cuanto a su naturaleza, los tribunales constitucionales se pueden concebir como órganos estrictamente judiciales desde un punto de vista estrictamente jurídico, pero también al respecto hay varias teorías. Algunos autores (Tesauro y Lavagna) afirman la naturaleza jurisdiccional; otros (Calamandrei, Delsen y Villari) sostienen su cariz legislativo, y unos pocos (Balladore Pallieri), la naturaleza administrativa. Parte de la doctrina (Mortati, Martinres y Cheli) hace hincapié en que son órganos de justicia política.

---

<sup>9</sup> Pérez Royo: o. cit., p. 924.

<sup>10</sup> Enrique Álvarez Conde: *Curso de derecho constitucional*, vol. II, Madrid: Tecnos, 3.<sup>a</sup> ed., 2000, pp. 279-280.

El profesor Martínez Sospedra<sup>11</sup> enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales: 1) la sujeción de su función a un método jurídico de interpretación; 2) el carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto la actividad es de conocimiento jurídico y no de oportunidad política; 3) su actuación, que solo opera a instancia de parte; 4) la vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio; 5) los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional, y 6) su posición de tercero súper partes.

### 3.4. Razón de la existencia de los tribunales constitucionales<sup>12</sup>

Las razones que explican la existencia de los tribunales constitucionales son las siguientes:

#### 3.4.1. *El cambio de la supremacía de la ley por la supremacía de la Constitución*

Los tribunales constitucionales se explican dentro del Estado Constitucional que privilegia la Constitución por sobre la ley. Dentro del Estado liberal de Derecho se sacralizó la ley.

El *derecho* (*jus, law, diritto, derecho, recht*) se identifica cada vez más estrechamente con las *leyes* del Parlamento (*lex, statute, legge, ley, gesetz*).

Es indudable que actualmente lo sagrado es la Constitución como “norma de normas”, y como norma suprema requiere un órgano encargado de defender su integridad y supremacía.

#### 3.4.2. *El control constitucional y la jurisdicción ordinaria*

¿Puede la justicia ordinaria ser el órgano de control de constitucionalidad? La respuesta negativa la dio Mauro Cappelletti:

Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de “carrera”, poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de “meros intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de estas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o “Bill of Rights”,

<sup>11</sup> Manuel Martínez Sospedra: “El Tribunal Constitucional como órgano político”, en Dirección General de lo Contencioso del Estado: *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 1791 ss.

<sup>12</sup> Marco Monroy Cabra: “Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, t. I, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 15.

suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional “debilidad y timidez” del juez según el modelo continental.<sup>13</sup>

Si bien en algunos Estados la jurisdicción ordinaria ejerce el control constitucional, la tendencia actual, como se ha visto de la lista de los Estados que han creado tribunales constitucionales, es la de crear un órgano especializado, autónomo e independiente que se encargue del control jurisdiccional y de la protección de los derechos fundamentales.

### ***3.4.3. La existencia de tribunales constitucionales no es contraria a la separación de poderes***

Kelsen dice que la existencia de tribunales constitucionales no viola el principio de la separación de poderes porque estos son “legisladores negativos” que están determinados exclusivamente por la Constitución.<sup>14</sup>

Los tribunales constitucionales existen en Estados dotados de régimen parlamentario (Alemania, Italia, España, Bélgica), semiparlamentario (Francia, Austria, Portugal) o presidencial (Colombia, Perú, Ecuador, Guatemala, etcétera).

Los tribunales constitucionales son independientes de cualquier otra autoridad estatal y tienen un estatuto que define su organización, funcionamiento y atribuciones. Poseen el monopolio del control constitucional, si bien hay sistemas mixtos, como el colombiano, en que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado tienen el control constitucional según el reparto de competencias fijado en la Constitución. La designación de los jueces constitucionales se hace por autoridades políticas.

Por regla general la jurisdicción constitucional está fuera del aparato jurisdiccional. Es un poder independiente de los demás poderes del Estado. La esencia de los tribunales constitucionales es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir que tienen la competencia de hacer justicia con autoridad de cosa juzgada y producir declaraciones de inconstitucionalidad con efectos erga omnes.

## **3.5. La elección de los miembros del Tribunal Constitucional**

La pretensión de configurar un tribunal constitucional que disponga de legitimidad democrática, que por ello, y por su conexión con el desarrollo de las características de la sociedad, pueda de alguna forma reflejar la natural evolución de la cultura jurídica de un país, y que en consecuencia sea capaz de una interpretación “evolutiva” de la Constitución, ha conducido a que, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales

---

<sup>13</sup> Mauro Cappelletti: *Cours constitutionnelles*, París: Presses Universitaires de France, 1982, p. 4.

<sup>14</sup> Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionnelle”, en *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204.

supremos en el contexto europeo, se recurra en muchos casos a la elección parlamentaria de todos sus miembros o parte de ellos.

La forma de selección se mueve entre dos polos: por un lado la elección parlamentaria, que asegura esa conexión directa con la legitimidad democrática de sus miembros, y por otro su selección por otras altas instancias del Estado con una connotación menos partidista, como puede ser en algunos ordenamientos la Presidencia de la República o determinados órganos judiciales, de forma que se asegure una imagen de competencia y objetividad, así como cierto equilibrio entre los poderes del Estado.

Podríamos así hablar de dos criterios contrapuestos a la hora de establecer el sistema de selección de los jueces constitucionales: el criterio democrático y el criterio de autoridad o del equilibrio entre poderes.

En algunos sistemas se ha optado claramente por el criterio democrático, al ser elegidos todos los miembros del tribunal por el parlamento. Tal sería el caso de Bélgica (Tribunal de Arbitraje), Portugal o la República Federal de Alemania, si bien en cada caso se lleva a cabo la elección con particularidades propias.

En el extremo opuesto se situaría el caso francés, en que los miembros del Consejo Constitucional son designados, sin elección parlamentaria alguna, por el presidente de la República, el presidente de la Asamblea y el presidente del Senado; en esta misma línea se ha de señalar que a ellos se unen, como garantía de experiencia añadida, los antiguos presidentes de la República. Una variante de este tipo sería el caso de la Federación Rusa, en la que los diecinueve miembros del Tribunal Constitucional son designados por el presidente, con el consentimiento de la Cámara Alta, el Consejo de la Unión.

En la gran mayoría de los casos se siguen fórmulas intermedias, que combinan la elección de parte de los jueces constitucionales por instancias parlamentarias con la selección o designación de otra parte por otros poderes del Estado. Esta fórmula mixta puede resultar predominantemente orientada hacia el criterio democrático parlamentario (como en el caso de España, en que ocho de los doce jueces son elegidos por las cámaras) o, por el contrario, puede orientarse hacia el predominio de instancias parlamentarias (es el caso de Italia, donde solo cinco de los quince jueces constitucionales son elegidos por el Parlamento).

En general, la más extendida es la fórmula mixta, en la que se procura que en la selección de los miembros del tribunal participen diversos poderes del Estado, al tiempo que se mantiene una legitimidad de la institución basada en la autoridad o el prestigio de los designantes y una cierta legitimidad democrática basada en la relación semidirecta de la institución con la voluntad popular por la vía de la elección parlamentaria.

Como novedad, valga señalar que la Constitución de Bosnia Herzegovina establece que tres de los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello implica dotar al criterio de autoridad de una cierta dimensión internacional.

### 3.6. La garantía de la independencia de los jueces constitucionales

La razón probablemente sea el deseo de mantener, como se ha dicho, cierta legitimidad democrática de los tribunales, asegurando que sus miembros, mediante continuas renovaciones, representen la evolución de la conciencia jurídica y los valores predominantes en cada momento a la hora de interpretar la Constitución.

Como fórmula de equilibrio entre la garantía que supone la inamovilidad y el deseo de legitimidad democrática, se ha seguido en general una solución intermedia, consistente en establecer mandatos limitados pero de larga duración de los jueces constitucionales, de manera que la composición del tribunal no quede a merced de cambios coyunturales de las mayorías dominantes en el parlamento o en otros órganos del Estado. Como ejemplo, en Italia y España el mandato de los jueces constitucionales es de nueve años, y en Alemania de doce. Se establece así una inamovilidad relativa, por cuanto los jueces no pueden ser removidos a lo largo de su mandato (salvo por las razones que la ley expresamente establezca), aunque tampoco son vitalicios o duraderos indeterminadamente hasta su jubilación.

Como regla, se establece la no reelección, de manera que el juez no dependa, ni parezca depender, de instancias externas para una continuación en el cargo: en ocasiones la prohibición de reelección es absoluta y en otros casos se prohíbe solo la reelección inmediata. También como regla se procura que la renovación de los miembros del tribunal constitucional no sea simultánea, sino que se realice escalonadamente, de forma que los nuevos miembros se integren de manera paulatina en una institución mayoritariamente compuesta de jueces “veteranos”, con lo que se consigue cierta garantía de continuidad.

Los diversos ordenamientos, si bien prohíben como regla la reelección, prevén que los jueces se mantendrán en funciones hasta que se elija a quienes han de sustituirlos. Ello facilita el que, en ocasiones, se dilate el nombramiento de nuevos miembros (a pesar de que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos), debido a la falta de diligencia de los encargados de la renovación o por no llegarse a acuerdos sobre la nueva composición del tribunal, sobre todo cuando se prevé que la nueva elección pueda repercutir en la orientación de la mayoría del órgano de la justicia constitucional.

Una solución interesante a este respecto es la arbitrada por la Ley del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que dispone que, si en un determinado plazo el Bundestag o el Bundesrat no han efectuado las propuestas correspondientes ante el órgano encargado del nombramiento formal (el presidente de la República), será el mismo Tribunal el que proceda a presentar candidatos a los órganos parlamentarios. No es necesario añadir que, desde que se aprobó esa disposición, las dilaciones en el nombramiento de jueces constitucionales se han reducido considerablemente.

Otro aspecto de interés, por la presencia de regulaciones muy distintas sobre la posición del juez constitucional, es el referente a la compatibilidad de la función jurisdiccional con el ejercicio de una actividad docente. A este respecto cabe señalar dos modelos radicalmente opuestos: el alemán y el italiano. En el primero se exceptúa expresamente del régimen de incompatibilidades la docencia en establecimientos de

enseñanza superior, mientras que en el caso italiano se incluye expresamente en la ley la prohibición de llevar a cabo actividad docente alguna. La cuestión reviste importancia, además, porque en los tribunales constitucionales europeos es tradicional la presencia de una abundante representación del profesorado universitario, que en muchos casos ha sido mayoritario.

Otra cuestión relativa a la garantía de la imparcialidad de los magistrados constitucionales en que los diversos ordenamientos presentan soluciones diferenciadas es la relación de los magistrados con los grupos políticos. La más radical sería la prohibición tajante de pertenencia a partidos políticos; en forma más moderada, algunas legislaciones (así en el caso de España) disponen que los magistrados constitucionales no podrán ocupar posiciones dirigentes en partidos políticos, pero no establecen expresamente una prohibición de pertenencia a estos.

### 3.7. Misión de los tribunales constitucionales

La misión principal de los tribunales constitucionales es la defensa de la Constitución. Kelsen expresó:

Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico.

Y agregó:

Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria.<sup>15</sup>

A esta aseveración hay que añadir que tal garantía no existe sino cuando la declaratoria de inconstitucionalidad corresponde a un órgano completamente diferente e independiente de aquel que produjo la norma inconstitucional.

La segunda misión de los tribunales constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual no solo se hace un amplio catálogo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino que también se regulan los mecanismos de protección, como las acciones de amparo (en Colombia se denominan *acciones de tutela*), las acciones populares, las acciones de grupo y las acciones de cumplimiento. Además, los tribunales constitucionales tienen como misión aplicar los principios y valores constitucionales.

---

<sup>15</sup> Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Anuario Jurídico 1974*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 510.

#### 4. Repaso sobre la jurisdicción constitucional en la República Argentina: el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia argentina tiene competencia originaria y exclusiva (artículo 117 de la Constitución Nacional [CN]) en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en aquellos en los que alguna provincia haya sido parte; creemos que esto es taxativo y de carácter excepcional, por lo que no puede ser ampliado, modificado ni restringido por las leyes que lo reglamenten.

También el alto tribunal tiene competencia extraordinaria por apelación (artículos 116 y 117 de la CN), en oportunidad de conocer y decidir el recurso extraordinario federal. La cuestión federal pudo haberse formulado de manera indistinta en jurisdicción federal o provincial, en la que debe existir siempre pronunciamiento del superior tribunal de la causa.

Se ha visto que la apelación ordinaria ejercida por la Corte deviene de la reglamentación que dicte el Congreso en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la nación (con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75 de la CN) y por los tratados con las naciones extranjeras. Ampliada además por el decreto-ley 1258/58, conocía en ese grado de los recursos interpuestos contra las sentencias emanadas de la Cámara Federal de Seguridad Social, precepto que finalmente fue declarado inconstitucional por la misma corte y posteriormente derogado por la ley 26025. Finalmente, entiende también en este grado en cuestiones de extradición pasiva (artículo 33 de la ley 24767).

En cuestiones de competencia, la Corte interviene como instancia de resolución de conflictos entre tribunales que no tienen un tribunal superior común. Esto, sumado a los asuntos mencionados en el in fine del párrafo anterior, lleva al tribunal atender un excesivo número de causas. Repasemos los motivos de esta situación, aun a riesgo de ser demasiado sucintos.

El primero es la *doctrina de la arbitrariedad*, el mecanismo que permite el ingreso a la Corte de cuestiones que pueden no ser técnicamente federales, pero que podrían carecer de legitimidad por falta de una fundamentación razonada mínima. De este modo el tribunal controla la denominada *debida motivación constitucional de las sentencias*, cuyas derivaciones notables menoscaban la seguridad jurídica.

Se han admitido también recursos extraordinarios contra pronunciamientos no definitivos, cuando se consideró que el en caso existía *gravedad institucional*. Como bien ha dicho la doctrina, estos recursos constituyen un cuasicomodín que permite suplir algunos requisitos de admisibilidad. Es claro que estos pronunciamientos exceden el interés inter partes y comprometen también a la comunidad en su conjunto.

En 1990 apareció el *per saltum*. La Corte intervino directamente en la causa, dejando de lado los recursos ordinarios previstos en las disposiciones procesales respecto de medidas judiciales adoptadas por jueces de primera instancia. Posteriormente esta figura fue incorporada al ordenamiento jurídico (artículo 195 *bis* del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación, a través del decreto PEN 1387/2001,

del 1 de noviembre, dictado en el marco de la grave crisis política, económica y financiera que vivió la Argentina a fines del 2001).

En definitiva, a estos tres mecanismos absolutamente dañinos —la doctrina de la arbitrariedad, la gravedad institucional y el *per saltum*— se debe que el ingreso del recurso extraordinario federal que carece de alguno de sus requisitos propios (cuestión federal, sentencia definitiva o superior tribunal de la causa) haya hecho estragos por la cantidad de expedientes ingresados en el alto tribunal para su resolución.

Con la finalidad de disminuir el importante caudal de expedientes que ingresa en el máximo tribunal por la vía del recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia, la Corte acudió a la herramienta de *certiorari*, incorporada en los artículos 280 y 285 del CPCN por ley 23774 (EDLA, 1990-66), a través de la cual se procura reservar el carril para asuntos significativos.

La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, puede desestimar el recurso extraordinario o la queja, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de real trascendencia.

La doctrina considero idóneo este mecanismo para reducir el trabajo de la Corte. Alberto Spota dijo que “la capacidad de arbitrio otorgada por el artículo 280 es constitucional”, que debería haber un límite en el uso de ese artículo y que ese límite debe ser “la regla de cuatro”: si cuatro integrantes del tribunal colegiado piensan que el recurso o la queja merecen ser oídos, más allá de que se les haga lugar o no, la mayoría de cinco miembros restantes del tribunal debe fundar su voto de rechazo del recurso o de la queja y no hacer uso de los términos del artículo 280 del Código Procesal.<sup>16</sup>

En el contexto de los artículos 116 y 117 de la CN, no existe impedimento constitucional para la división de la Corte en salas. De hecho, a ello está facultada por decreto ley 1285/58, de acuerdo con el reglamento que a los efectos se dicte, excepto en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver cuestiones de inconstitucionalidad, en que debe actuar el pleno. Creemos con Sagüés<sup>17</sup> que es una alternativa que no debe ser descartada con tanta facilidad como hasta ahora.

Las sentencias arbitrarias motivan el mayor número de recursos extraordinarios federales que llegan a la Corte Suprema. Para disminuirlas resulta clave la real y adecuada capacitación de los magistrados, con especial énfasis en aquellos tribunales y jueces que permanentemente incurrir en arbitrariedad. A esto se debe agregar un eficiente sistema de designación y remoción.

Respecto a las demás causas, es positiva la derogación, por ley 26025, de la apelación ordinaria de los fallos de Cámara Nacional de Seguridad Social (introducida por ley

---

<sup>16</sup> Alberto A. Spota: *Recurso extraordinario, Estado y evolución actual de la jurisprudencia. Arbitrariedad. Certiorari*, Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 46.

<sup>17</sup> Néstor P. Sagüés: “La revisión judicial de la determinación legislativa de la competencia apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-II, fascículo 9, p. 27.

24463 en marzo de 1995), teniendo en cuenta la cifra de expedientes que por esta vía han llegado a la Corte Suprema en los últimos años.

Es preciso que el recurso extraordinario federal vuelva a los límites fijados en los tres primeros incisos del artículo 14 de la ley 48. Para ello es indispensable repensar el papel de este recurso, con miras a lograr que configure el medio idóneo para que la Corte Suprema cumpla el rol que la Constitución le asigna, ligado a su condición de poder del Estado.

## 5. Conclusiones

Para institucionalizar la supremacía constitucional como garantía de la libertad y del Estado de derecho, en Europa se creó un organismo especial: las cortes o tribunales constitucionales. Como bien recuerda el maestro Alberto Spota:

Las Cortes o Tribunales Constitucionales a la europea no integran el mundo de la judicatura. No son tampoco jueces administradores de justicia, llevan el control de supremacía constitucional, en condición de garantía del sistema a través de la vigencia efectiva del principio de supremacía constitucional.

Como vimos, las Cortes Constitucionales a la manera italiana de la Constitución de 1947, o de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, o de la Constitución española de 1978, o de la Constitución francesa de 1958, son organismos ajenos a la capacidad de juzgamiento y tienen un control de constitucionalidad individualizado, puntual y exclusivo. Sus decisiones cuando son positivas tienen valor legislativo universal.

De allí que el control de constitucionalidad en el sistema europeo tiene características y consecuencias fundamentales, bien diferentes al control de constitucionalidad a la americana.<sup>18</sup>

Por ello es que el control de constitucionalidad difuso que no deroga la norma declarada inconstitucional —mecánica típica de la estructura norteamericana y argentina— fue marginado en los sistemas europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Control de constitucionalidad sí, pero no en manos de los jueces que administran comúnmente justicia.

El control de constitucionalidad en manos de las cortes o tribunales constitucionales europeos, que son los únicos órganos en todo el sistema con potestad de control por supremacía constitucional, deroga la norma declarada inconstitucional con efectos erga omnes.

De este modo, en el sistema europeo el control constitucional no está en manos de los jueces, y los tribunales o cortes constitucionales tienen capacidad legislativa

---

<sup>18</sup> Alberto A. Spota: *El Consejo de la Magistratura*, Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1995, pp. 20-21.

derogatoria con extensión universal en sus efectos. La norma tachada ya no integra el plexo jurídico vigente.

En este sentido, las cortes o tribunales constitucionales europeos actuales deben ser vistos como órganos garantísticos de la supremacía constitucional. Y en cuanto a la distribución del poder político general en el Estado, deben considerarse prácticamente *órganos extrapoder*, limitativos de las capacidades decisorias del Legislativo y del Ejecutivo de acuerdo con las respectivas competencias emanadas de la Constitución. Tienen capacidad legislativa negativa erga omnes y no integran el órgano de judicatura habitual, pues pertenecen al Ejecutivo como parte de la administración del Estado.

La instalación o creación de una corte constitucional o, más simple aun, de una sala constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en este contexto, sería objeto de una avalancha de críticas. Sin embargo, estamos convencidos de que un principio de solución en esta cuestión podría ser que la Corte tuviera una sala constitucional que se abocara exclusivamente a las cuestiones constitucionales puras. Quizá el error sea centralizar la cuestión en la cantidad de causas que llegan y se tramitan por ante la Corte. Hay cuestiones previas en nuestra cultura constitucional.

No se promueve aquí la entrada inmediata de una institución como la que concentra la justicia constitucional en Europa. Eso sería casi una burla en estos tiempos de sombras que cubren la República, y es la realidad que se lamenta: el miserable estado de las instituciones argentinas en general y de la jurisdicción constitucional en particular.