

La designación de los magistrados de Tribunales y Cortes Constitucionales por su procedencia regional

Los casos de España, Canadá y Argentina

JORGE O. BERCHOLC

Resumen: Resulta una variable de sumo interés, observar el proceso de designación de los magistrados de Tribunales y Cortes constitucionales y la composición del mismo en relación al origen geográfico y territorial de los jueces, tanto por su lugar de nacimiento como por las universidades en las que se han formado, considerando la evidente influencia que las mismas pueden ejercer, como *alma mater*, en las perspectivas y características profesionales de los magistrados. ¿Qué efectos se producirían si los magistrados representaran a las comunidades autónomas (CCAA)?, más aún, habría que cuestionarse previamente, si efectivamente se espera que se produzca algún efecto diferenciador. Y en ese caso, ¿cuáles serían las ventajas o los objetivos de tal reforma en el proceso de designación de los magistrados? Existen antecedentes respecto a tal cuestión, a los que luego me referiré, en Canadá y Argentina.

Palabras-clave: Cortes y tribunales constitucionales. Designación de jueces. Procedencia regional. Estudio comparado.

1. La designación de los magistrados de Tribunales y Cortes Constitucionales por su procedencia regional. Los casos de España, Canadá y Argentina

Resulta una variable de sumo interés, observar el proceso de designación de los magistrados de Tribunales y Cortes constitucionales y la composición del mismo en relación al origen geográfico y territorial de los jueces, tanto por su lugar de nacimiento como por

Autor convidado

las universidades en las que se han formado, considerando la evidente influencia que las mismas pueden ejercer, como *alma mater*, en las perspectivas y características profesionales de los magistrados.

2. Especificaciones y aclaraciones sobre los datos estadísticos que sustentan la investigación

Se aclara que todos los datos estadísticos que dan sustento a las hipótesis y conclusiones vertidas en el presente artículo, son producto de la construcción de una variada y extensa base de datos que se fue perfeccionando durante varios años de trabajo mediante el apoyo de distintos programas y premios que dieron soporte al proyecto de investigación marco denominado “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”. Los premios y aportes financieros fueron recibidos de: Gobierno de Canadá – Departamento de Relaciones Exteriores y el International Council of Canadian Studies (ICCS); Unión Europea, Programa Alban; Fritz Thyssen Stiftung de Alemania; Universidad de Buenos Aires, Programa Thalmann y programa Facultad de Derecho; Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD).

Las sedes de trabajo visitadas y donde se desarrolló la investigación básica fueron, en Canadá: Institute of Canadian Studies de la Universidad de Ottawa; Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa; Suprema Corte Federal de Canadá.

En España: Instituto Universitario Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La

Mancha; Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha; Tribunal Constitucional de España.

En la Argentina la sede de trabajo es el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja de la Universidad de Buenos Aires del cual el autor es investigador.

El modelo de investigación fue compatible y adecuado, a efectos de estudios comparados, con el desarrollado por el autor en, Bercholz Jorge O., “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Ediar, 2004, Buenos Aires. También es el esquema y modelo de trabajo del estudio mayor referido, que contempla la performance de tribunales de similar relevancia en otros países. Institucionalmente, se trata del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, no Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”. A lo largo del trabajo se utilizan datos comparados de los tribunales referidos. El criterio de dichos parámetros comparables responde a la relevancia de los tribunales comparados y a los recursos que instituciones de dichos países han aportado para el financiamiento del proyecto. La base de datos sobre la Corte Suprema de Justicia argentina está compuesta por alrededor de 2.200 sentencias sobre control de constitucionalidad emitidas por el Tribunal en el período 1936-1998. Actualmente la base de datos argentina se está actualizando. La base de datos de la Suprema Corte canadiense está

compuesta por alrededor de 400 sentencias, todo lo que produjo sobre control de constitucionalidad dicho tribunal en el período 1982-2012, esto es desde la famosa declaración de la Charter of Rights and Freedoms. El caso del Tribunal constitucional español abarca desde su creación en 1980 hasta 2012, y la base contempla todas las sentencias y autos emitidos sobre control de constitucionalidad, y las características de todos los jueces que se han desempeñado en dicho período. El investigador o interesado en mayores especificaciones técnicas y metodológicas puede consultar los trabajos referidos y los descriptos en la lista bibliográfica. Las bases de datos descriptas poseen gran cantidad de información y muy diversa en la complejidad de las variables utilizadas para realizar las mediciones y comparaciones. Algunas de ellas se observan en este artículo, en particular las referidas a la procedencia de los jueces y a su performance en relación a la jurisdicción de las normas cuestionadas y sometidas al proceso de control de constitucionalidad. Las características de artículo del presente impiden explayarse en detalle sobre los aspectos metodológicos que, insisto, los interesados pueden consultarlos en el material referido.

3. España: las comunidades autónomas (CCAA) y el proceso de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional de España (TC)

Esta cuestión reviste vital importancia si consideramos que el TC ha tenido y tiene, un rol fundamental en el diseño e ingeniería del sistema político e institucional del Estado español a través del control de constitucionalidad, vía los tres recursos e instrumentos jurídicos que necesariamente canalizan e involucran

intereses contrapuestos entre el Estado central y las CCAA, y que implican la judicialización de cuestiones netamente políticas como son la organización territorial del Estado y el desarrollo autonómico. Nos referimos al recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad y los conflictos de competencias. Claramente la performance del TC, en el ejercicio del control de constitucionalidad vía la resolución de los casos que lleguen a su jurisdicción por esas tres vías, implicará consecuencias evidentes sobre el diseño institucional del Estado y del desarrollo autonómico, atribuibles a sus responsabilidades políticas y técnico-jurisdiccionales.

Es que existen factores muy visibles, en el proceso constitucional español, que le otorgan un rol fundamental al TC en el proceso de organización y distribución territorial del poder estatal.

Así, la Constitución española (CE) de 1978 ha dejado un campo amplio de ambigüedades e incógnitas a ser develados por el devenir del proceso político en relación al desarrollo autonómico. En el devenir de ese diseño inconcluso, Estado constitucional de derecho mediante, el TC tiene un rol y responsabilidades innegables por afrontar. Tal vez demasiadas para una instancia judicial con limitaciones en su legitimidad política indudables ya largamente discutidas por la doctrina desde una perspectiva democratista, justamente, por el modo de reclutamiento de los magistrados que desempeñan los roles en el TC.

Por ello, las CCAA entienden la CE, y actúan en pos de la construcción del desarrollo autonómico, como un proceso inacabado y, en muchos aspectos, sin límites demasiado precisos. En especial se hace referencia y se reclama en torno a las competencias exclusivas, de administración de justicia y de legislación básica (arts. 149.1.1º; 149.2 y 149.1.13 CE),

y a las demoras que al proceso autonómico genera la disposición de suspensión del art. 161.2 CE.

Las CCAA suelen destinar sus críticas y reclamos también al TC, además de a los órganos ejecutivos y legislativos como instrumento de centralización y filtro del desarrollo autonómico.

Es que el TC resulta un órgano clave en el diseño institucional para la determinación de la distribución del poder político entre el Estado central y las CCAA. La jurisprudencia del TC, su performance a través de sus sentencias definen, en la práctica, el contenido y alcance de las competencias autonómicas (AJA; PÉREZ TREMP, 2000, p. 147-148).

Y en torno a la discusión sobre el proceso de designación de los magistrados, también resulta pertinente tener en consideración que la producción del TC debe procurar la funcionalidad y gobernabilidad del diseño estatal autonómico en articulación con el sistema institucional centralizado, aunque inacabado y en cierto modo ambiguo, que propone la CE. Se trata de una facultad altamente compleja y con un inevitable y alto nivel de naturaleza política. Ello hace menester que, como siempre se reclama de un tribunal constitucional o corte suprema que posea la última palabra en la interpretación constitucional, posea una perspectiva estatalista y de previsibilidad sobre las consecuencias que sus sentencias acarrearán para el sistema político e institucional, considerando siempre evitar construcciones dogmáticas, poco realistas o en exceso prescriptivistas y legalistas (AJA; PÉREZ TREMP, 2000, p. 155).

Más aún cuando la participación de los jueces y tribunales ordinarios en materia competencial vía cuestión de inconstitucionalidad, lo que ha sido aceptado desde ya hace varios años por el TC, puede generar un proceso de judicialización de la puja por el reparto territorial del poder, lo que resulta un claro paso hacia la judicialización de cuestiones eminentemente políticas y al achicamiento del campo de las cuestiones políticas no justiciables. Si bien involucrar a la justicia ordinaria en el desarrollo de los Estados autonómicos puede implicar un alivio de esa carga para el TC, en especial ante el déficit del Senado español como agencia de representación territorial, la contrapartida es que se limite en exceso el ejercicio del consenso y la negociación adecuados para la resolución de conflictos políticos y se abuse de un abordaje en términos estrictos de legalidad (AJA; PÉREZ TREMP, 2000, p. 171).

El sistema político español presenta rasgos de interés comparado, con Canadá y Argentina, en relación a los intereses de los Estados miembros en el proceso de designación de los jueces de los más altos niveles jurisdiccionales centrales o federales.

Respecto de Canadá, resulta comparable el conflicto interno en relación a las pretensiones secesionistas o independentistas de Quebec

en Canadá y, principalmente, de Cataluña y el País Vasco en España. Ello, a pesar de que Canadá es presentado, generalmente, como modelo de país federal y España tiene, al menos formalmente, una organización unitaria y centralizada, aunque en plena ebullición de su diseño autonómico.

Sabido es que los independentistas catalanes, vascos y québécois (nativos de Quebec) observan con interés mutuo a sus procesos políticos, dadas sus similitudes con bases históricas, culturales, tradicionales y lingüísticas, aunque no exentas de insoslayables diferencias geopolíticas. Por ello resulta de interés en España, en especial para las CCAA, apreciar las características de la garantía legal para la designación de magistrados de Quebec en la Suprema Corte Federal canadiense.

Aquellas similitudes no acontecen con la Argentina. Pero sí existen entre las organizaciones político-territoriales federales de Canadá y Argentina.

Y justamente esa es otra sensible diferencia para el análisis de la variable que aquí nos ocupa. El diferente peso institucional y político que tiene el Senado en los diseños de Canadá y Argentina, como estructuras federales, y España. Ello reviste singular importancia siendo que la función primordial del Senado, es la representación territorial de los Estados miembros en términos inclusivos e igualitarios entre todos ellos.

La gran responsabilidad que implica la compleja tarea de limitación de competencias que recae en España básicamente en el TC, carece de un contrapeso institucional parlamentario con quien compartirla, por lo que el TC español corre el riesgo de extralimitación y de convertirse en un legislador positivo, vía un activismo judicial, que encuentra diversos modos de reproducción, entre ellas las denominadas sentencias interpretativas.

Por ello se ha marcado la incapacidad del TC, a través de su jurisprudencia, de resolver cuestiones que requieren vías e instituciones políticas de resolución y canalización pues, “las insuficiencias del Estado autonómico, y en particular la ausencia de un Senado que represente a las Comunidades Autónomas, no pueden ser sustituidas por el Tribunal Constitucional” (AJA; PÉREZ TREMPES, 2000, p. 164).

Es extendida la opinión en la doctrina española, sobre lo deficitario y estéril de la performance del Senado y de la necesidad de su reforma, a fin de dotarlo de un status institucional eficaz y funcional con lo que se espera de una agencia de representación territorial. Así se ha dicho que el Senado no aporta al proceso legislativo, que tampoco es eficiente para representar a las CCAA, y que se requiere una indispensable reforma constitucional a fin de su reencauzamiento (SÁNCHEZ AMOR, 1994, p. 81).

3.1. Procedencia regional y Universidades de graduación de los magistrados del TC

Resulta entonces una variable de sumo interés en España, y ello en relación a la reivindicación desde las CCAA (en especial Cataluña, País Vasco y Galicia) para que integrantes de esas regiones ocupen mediante garantía legal o constitucional cargos como magistrados en el TC. Deben analizarse los efectos e implicancias posibles de conectar el proceso de designación de los magistrados del TC a los partidos políticos (como ha ocurrido hasta ahora) o a las instituciones particularmente afectadas por sus decisiones (CCAA). Se abriría así el debate entre la opción por la designación en orden a la representación territorial (CCAA) o la representación política electoral (partidos).

¿Qué efectos se producirían si los magistrados representaran a las CCAA?, más aún, habría que cuestionarse previamente, si efectivamente se espera que se produzca algún efecto diferenciador. Y en ese caso, ¿cuáles serían las ventajas o los objetivos de tal reforma en el proceso de designación de los magistrados? Existen antecedentes respecto a tal cuestión, a los que luego me referiré, en Canadá y Argentina.

En los cuadros que siguen podemos observar la procedencia regional de los magistrados del TC y sus Universidades de graduación.

Lugar de nacimiento de los Magistrados del TC español (1980-2015)

Total nº de magistrados contabilizados: 47	Cantidad	%
Castilla y León	8	17
Andalucía	7	15
Valencia	5	11
Cataluña	4	8,5
Madrid	4	8,5
Cantabria	3	6
Asturias	2	4
Extremadura	2	4
Galicia	2	4
País Vasco	2	4
Aragón	1	2
Castilla La Mancha	1	2
Murcia	1	2
Navarra	1	2
La Rioja	1	2

Tres magistrados nacieron en el extranjero. Fernández Viagas en Tanger, Marruecos; Truyol Serra en Saarbrücken, Alemania y Rodríguez Zapata en Montevideo, Uruguay.

Fuente: base de datos propia y web-page del TC.

Universidades de graduación de los Magistrados del TC español (1980-2015)

Total nº de magistrados contabilizados: 36	Cantidad	%
Complutense de Madrid	12	33
Barcelona	5	14
Granada	4	11
Sevilla	4	11
Valencia	3	8
Valladolid	3	8
Deusto	1	3
Extremadura	1	3
Oviedo	1	3
Santiago de Compostela	1	3
Zaragoza	1	3

Fuente: base de datos propia y web-page del TC.

Considerando los datos que han podido ser colectados sobre todos los magistrados que pasaron por el TC hasta la actualidad, se observa, respecto al lugar de nacimiento, que todas las CCAA han tenido algún representante en el TC, salvo las CCAA insulares, Canarias y Baleares. Resulta llamativo, dentro de la diversidad, que Castilla-León y Andalucía lideren el ranking contando, entre ambas, con un tercio de los magistrados del TC considerando su procedencia.

El eje de CCAA más activas en políticas de desarrollo autonómico y, en particular, en la reivindicación para las CCAA del derecho de participar en el proceso de designación y de asegurar magistrados de esas regiones en el TC, Cataluña, País Vasco y Galicia, han tenido 8 designaciones, 16,5% del total.

Respecto a las Universidades de graduación, como podía suponerse la Complutense de Madrid es la que más magistrados ha formado y proveído al TC, el 33% del total, doce magistrados. Es un dato que debe ser analizado análogamente a lo que se observa con la Universidad de Buenos Aires y que se expone más adelante. Un juez que, por ejemplo, haya cursado sus estudios universitarios en sede distinta a la de su lugar de nacimiento y/o que, además, haga largo tiempo que no reside en él, lo deja sin vínculo delegativo ni legitimante con la región de la que procede. Así, la influencia técnico-profesional y cultural que genera el *alma mater*, como ya referí antes, resulta indudable, y por ello la relevancia de Madrid, a través de la Complutense, en este rubro de procedencia de los magistrados. Para mayor consistencia en la presencia madrileña se observa que, los nacidos en Madrid han estudiado en la Complutense y la mayoría de los nacidos en Castilla-León también.

Otros dos datos resultan llamativos; solo provienen de universidades vascas (Deusto) y gallegas (Santiago de Compostela) dos magistrados, uno de cada una de ellas.

En sentido contrario, las universidades andaluzas (Granada y Sevilla) han formado y proveído para el TC, 8 magistrados. Es consistente la presencia andaluza en el TC, pues se registran 7 magistrados nacidos en la CCAA y 8 graduados en sus universidades.

También Cataluña muestra consistencia en su presencia, aunque pueda tildársela de insuficiente, dada su importancia económica y cultural y su influencia para el resto de las CCAA. Hubo 4 catalanes en el TC, y 5 graduados en sus universidades.

Dicho de otro modo, los magistrados andaluces y catalanes que llegaron al TC se graduaron en universidades de su CCAA de nacimiento. Lo mismo acontece con los 3 valencianos que se graduaron en su universidad.

4. Canadá: el caso de la garantía legal para la designación de magistrados de Quebec en la Suprema Corte Federal de Canadá

El proceso que devenga la obligación legal de que la Corte canadiense cuente con jueces de Quebec, es el resultado de un derrotero histórico que comienza ya desde la *Constitution Act de 1867*, y la posterior *Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, Allí se disponía, desde el origen de la federación canadiense, que 2 de los 6 jueces que entonces integraban la Corte debían proceder de la Provincia de Quebec.

A partir de 1949, a través de *Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 37, s. 1., los jueces de la Corte han pasado a ser 9, nombrados por el gobierno federal pero, al menos 3 de ellos, deben proceder de la Corte Superior, de la Corte de Apelación o del Colegio de Abogados de la provincia de Quebec.

En 1985, la *Supreme Court Act*, RSC (ley reformada), 1985, c S-26, confirma la composición de la Corte canadiense, estableciendo que: “*Three judges from Quebec [- C.6]: At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province*” (CANADA, 2017, p. 3).

Esta norma suple la falta de culminación del proceso constitucional en Canadá a través de su capítulo 6, puesto que, aun hoy, la Corte Suprema no está incluida en las cláusulas constitucionales como un poder del Estado, a pesar de los intentos por resolver tal cuestión en el marco de

los fracasados acuerdos del Lago Meech del 30 de abril de 1987, y de Charlottetown de 28 de Agosto de 1992.

Sin embargo, la Corte ha reconocido en sentencia reciente, *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, del 21 de marzo de 2014, que la parte V de la *Constitution Act*, 1982, es suficiente ancla para reconocer que la institución forma parte de la estructura fundamental constitucional e institucional de Canadá. Justamente, la sentencia, se originó en un debate sobre la propuesta del primer ministro Harper de un magistrado proveniente de Quebec para la Corte Federal que no cumplía con los requisitos de continuidad en la matrícula de la provincia.

La ley dispone que al menos tres magistrados provengan de Quebec. Tradicionalmente la corte se completa con 3 jueces que provienen de Ontario, 2 de las provincias del Oeste y 1 de las provincias del Atlántico. Son recurrentes también, las quejas del resto de las provincias anglófonas por este privilegio de Quebec.

Se esgrimen, al menos, dos hipótesis explicativas sobre la prerrogativa *Québécois* de representación diferencial en la Corte Suprema Federal. Una de ellas es la “juridicista”, y se sustenta en el carácter bilingüe, binacional o plurinacional del país que cuenta, además, contemporáneamente, con dos sistemas diferentes de poder judicial. El sistema del código civil y derecho continental vigente en la provincia de Quebec y el sistema del common law en el resto del país, predominantemente anglosajón.

La otra hipótesis explicativa, de matriz “politológica”, justifica la política persuasiva de la federación al otorgar tres plazas en la Corte Suprema garantizadas por ley a juristas provenientes de instituciones judiciales de Quebec, a fin de evitar que crezcan el sentimiento y la decisión política

secesionista en la provincia, concediendo esos privilegios institucionales en consideración a las particularidades y especificidades de la población franco canadiense de Quebec.

5. Argentina: La “representación de un país federal” en el proceso de designación de los ministros de la Corte Suprema argentina

Mediante el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 222 del 20 de junio de 2003, se estableció un nuevo “Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes” (ARGENTINA, 2003), tal el título de la norma en cuestión.

El decreto, recogiendo inquietudes de Organizaciones No Gubernamentales y juristas, impuso tener en consideración, al momento de proponer un candidato para ocupar la Corte Suprema, las diversidades de género, de especialidad y la procedencia regional en pos de una eficaz representación federal.

El artículo 3° del referido decreto dice:

“Dispónese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal” (ARGENTINA, 2003).

Según la lógica del decreto, el reflejo de la diversidad regional del país en la procedencia de los jueces de la Corte Suprema coadyuvaría, entonces, a la consecución de una eficaz representación federal en el tribunal.

Sin embargo, a efectos de la pretensión “del ideal de representación de un país federal”, según reza el decreto, ¿resulta plausible la designación de jueces por su procedencia regional o lugar de nacimiento?

¿Qué se procura al intentar responder a la categoría “del ideal de representación de un país federal”? Acaso, ¿no es el Senado la institución que representa los intereses regionales de los Estados miembros?

No analizaré aquí aspectos complejos sobre la actualidad del federalismo, en donde la nota de los procesos de integración regional y supranacionalidad política requerirían una redefinición de la categoría teórico-conceptual.

Sí, parece estar fuera de toda duda, que el federalismo y las ideas que pretenden su impulso y desarrollo, deberán siempre tender a una óptima y eficaz integración política, social y económica de los Estados miembros, sin perder de vista sus particularidades y competencias indelegables, pero a la vez, coadyuvando a una sistémica organización suficientemente centralizada a efectos de la eficacia del poder federal.

Las diferentes fórmulas o definiciones que se intenten, más o menos válidas, siempre están sujetas al test duro de la realidad y a las tensiones políticas y económicas que se susciten entre los Estados miembros y el poder federal.

Una característica estructural saliente del federalismo remite a la idea de una

“pluralidad de centros de poder soberanos coordinados entre sí, de tal manera que al gobierno federal, competente respecto

de todo el territorio de la federación, se le confiere una cantidad mínima de poderes indispensables para garantizar la unidad política y económica, y a los estados federales, competentes cada uno en su propio territorio, se les asigna los poderes restantes” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1985, p. 687).

Claro que la definición así expuesta está sujeta a la “buena voluntad de las partes” que, sabido es, no resulta categoría admisible en los análisis politológicos y sociológicos que pretendan responder a los cánones actuales exigibles de cientificidad.

Por ello, la regulación de la “cantidad mínima de poderes indispensables”, resulta un término en extremo ambiguo y subjetivo.

Las tensiones y pujas entre el poder federal y los estados miembros, en la limitación y extensión de sus competencias, son un dato histórico insoslayable en el federalismo y que se reavivan, con nuevos matices en la actualidad, ante los procesos de supranacionalidad e integración política.

Por ello el jurista argentino Spota (1998, p. 25), refiriéndose al rol institucional y político que le compete a un Tribunal Constitucional sostuvo que “lo judicial no sólo es capacidad para administrar justicia, sino fundamentalmente poder político para compeler el cumplimiento de la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros”.

El propio jurista, en otro trabajo sostuvo que el origen de la revisión judicial se relaciona con la necesidad política de establecer la unión entre los 13 estados confederados, refiriéndose al proceso de conformación y constitucionalización de los Estados Unidos (SPOTA, 1999, p. 176).

En Europa, según Aja (1998, p. xiv-xv), el control de las leyes se introduce como fórmula para resolver los conflictos que enfrentaban a

la Federación y los Estados miembros allí donde se estableció un sistema federal.

Spota y Aja coinciden en atribuir los orígenes del Control de Constitucionalidad federal tanto concentrado como difuso a la dura cuestión de la relación entre el Estado federal y los Estados miembros.

Por lo visto parece plausible entender que el “ideal de representación federal” tiende a que las provincias sean debidamente respetadas, en y por el poder federal. A la vez, se deben equilibrar las potestades no delegadas por las provincias con las necesidades del poder central federal a efectos de la unión y de la eficacia sistémica de la administración estatal.

Sin embargo, dicha ingeniería, resulta siempre muy compleja. En el caso argentino, los datos estadísticos, nos entregan el “hard fact” de la alta conflictividad en materia de control de constitucionalidad de normas a nivel provincial y, en especial, en materia tributaria.

Lo que nos demuestran los datos cuantitativos es que, la *Corte Suprema en la Argentina, declara en mucha mayor proporción inconstitucionalidades sobre normas provinciales que nacionales, a pesar de que los planteos de inconstitucionalidad cuestionan en mucha mayor proporción y cantidad a normas nacionales*. Esta es una tendencia similar a la verificada en el caso del TC español.

También se corrobora que, *los casos sobre normas tributarias provinciales son los más numerosos y respecto de los cuales se han decretado mayor cantidad de fallos por la inconstitucionalidad*. En especial, esto ha ocurrido, entre los años 1936 a 1958 en los que la conflictividad tributaria provincial fue mayor.

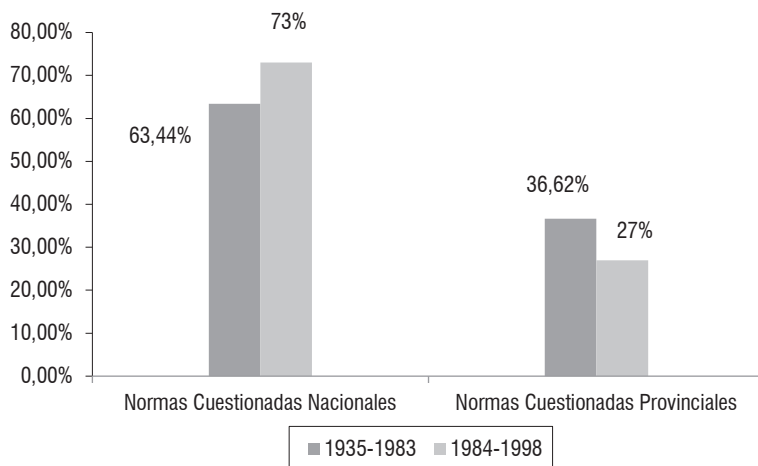
Corte Suprema Argentina 1935-1998

Cuadro comparativo por porcentuales de decisiones que declaran inconstitucionalidad de normas nacionales y provinciales desagregado por materia.

	% Decisiones Inconst. s/ Total p/ Normas Nacionales	% Decisiones Inconst. s/ Total p/ Normas Provinciales
Tributario	28,67	50,16
Administrativo	22	25,71
Civil	20,81	59
Laboral	25,33	22,60
Penal	21,24	36
Previsional	31,73	28,57

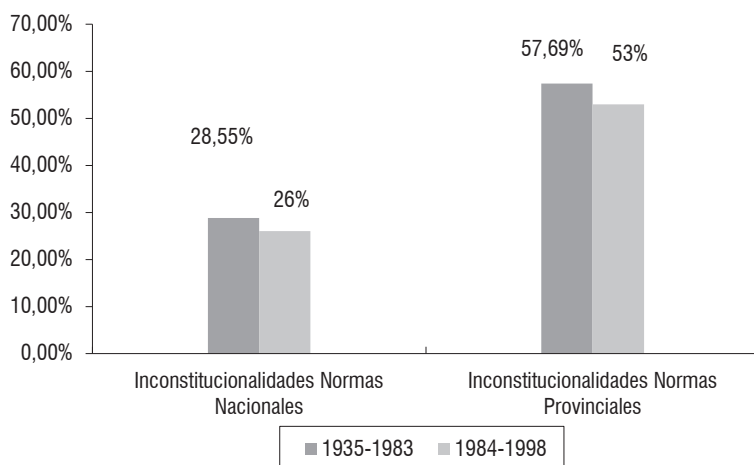
Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Corte Suprema Argentina: Jurisdicción de las Normas Cuestionadas (1935-1998)



Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Corte Suprema Argentina: Normas Inconstitucionales por Jurisdicción (1935-1998)



Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Las dos conclusiones anteriores nos llevan a otra: *la Corte argentina se anima más a contrariar a los poderes provinciales que a los nacionales y/o las normas provinciales son de menor calidad constitucional que las nacionales*. Ambas hipótesis explicativas, de lo que nos indican los datos

cuantitativos, no son excluyentes y podrían confluir en proporciones a determinar.

Como en el caso canadiense, se puede sustentar una hipótesis explicativa “juridicista”: las normas provinciales son de pobre calidad o mala técnica legislativa, por lo que las frecuentes declaraciones de inconstitucionalidad son lógica consecuencia de ello. O la hipótesis politológica: la Corte argentina teme mucho más al “poder de fuego” político del gobierno federal, por lo que adopta un comportamiento de “self restraint” ante los planteos que ponen en crisis la normativa federal, y adopta un comportamiento más activo en el control de la producción normativa provincial, pues esa confrontación conlleva mucho menos riesgo para la integridad político e institucional del Tribunal, dado el menor poder efectivo de las agencias políticas provinciales para operar políticamente contra la Corte Suprema.

Resulta un desfiladero muy angosto el que debe transitarse para lograr un “ideal de representación de un país federal”, pues se deben generar garantías de equilibrio en el control constitucional provincial y en su necesaria adecuación a las normas federales, sin lesionar las competencias y eficiencias institucionales provinciales, so pena de una permanente y conflictiva relación entre los Estados miembros y el poder central.

5.1. Jueces provincianos en la Corte argentina durante la mayor conflictividad con la normativa provincial

Otra variable, que agrega mayor complejidad e interés al tema de la representación federal en la Corte Suprema argentina por el lugar de procedencia regional de sus miembros, es la desagregación de las distintas formaciones del Tribunal durante los períodos de mayor conflicto normativo entre el poder federal y las legislaturas y ejecutivos provinciales.

La Corte Suprema Argentina, durante el período 1935/1958, con una composición de 5 miembros, estuvo integrada por 20 jueces distintos (ver el cuadro de la página siguiente). De ellos, 12 fueron provincianos (2 bonaerenses, de la Provincia de Buenos Aires) lo que representa un 60%, y 8 porteños (Ciudad Autónoma de Buenos Aires -CABA-), lo que representa un 40%.

Observando el cuadro corroboramos que, con mayoría de jueces provincianos, durante ese período, y con diferentes gobiernos, la Corte se animó más a contrariar las decisiones normativas de los poderes ejecutivo y legislativo provinciales.

Aproximadamente un 62% de las normas declaradas inconstitucionales fueron de jurisdicción provincial.

Cantidades y porcentajes de normas nacionales y provinciales declaradas inconstitucionales desagregadas por formaciones de la Corte argentina (1935/1998)¹

Corte	Total Normas	% Normas Nacionales	% Normas Pciales	Jueces en la Corte ²			
				años	Inconst. ³	Inconst. ⁴	Inconst.
1935/1947	188	31	69	8	40	12	60
1947/1955	51	24	76				
1955/1958	21	22	78				
1958/1960	6	75	25				
1960/1966	40	69	31	5	45	6	55
1966/1973	101	51	49	16	62	10	38
1973/1976	21	87,5	12,5				
1976/1983	65	61	39				
1983/1988	89	56	44	12	63	7	27

Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Durante el período 1960/1966 (con una composición de 7 miembros), hubo en la Corte 11 jueces distintos, de ellos 5 porteños (un 45%) y 6 provincianos (aunque 3 bonaerenses, un 55%).

En este período, con un aumento del porcentaje de porteños y con la mitad de los provincianos procedentes de Buenos Aires, las normas declaradas inconstitucionales *fueron sólo un 31% de jurisdicción provincial*.

¹ Este cuadro se debe leer del siguiente modo: Sobre el total de normas declaradas inconstitucionales por cada formación de Corte que se ha fragmentado de acuerdo a cambios drásticos que se produjeron en su conformación por golpes de Estado y retorno a la vida constitucional (1º y 2º columna), se calcula el porcentaje que corresponde por jurisdicción nacional o provincial. (3º y 4º columna). La unidad de análisis son las normas por eso se han considerado las normas sólo una vez por aparición de cada una en la base de datos (dicho de otro modo se ha exceptuado el recuento de las normas cuando se repiten en distintos fallos), pero se ha contado individualmente cuando se trata de la misma norma pero distinto artículo, ya que pueden tratarse de aspectos bastante diferentes y/o involucrar diferentes cuestiones constitucionales; en muchos casos la norma se declara inconstitucional en general aunque ello puede no ser así, pero si no surge especificación de artículo del fallo de la Corte, se ha tomado la ley en general y contado individualmente. Sin embargo debe aclararse que no se ha contado cuando se repite la norma declarada inconstitucional en cada formación, pero sí se ha vuelto a contar si otra formación de Corte la declaró inconstitucional nuevamente siguiendo la regla de no repetir el dato por formación. Ello refleja más fielmente la performance de cada formación de Corte. Este cómputo incluye leyes (nacionales o provinciales) sancionadas por el Congreso Nacional durante gobiernos de iure y "leyes" sancionadas por el Poder Ejecutivo durante gobiernos de facto, también llamados "decretos-leyes" a partir de 1966/1973 y en 1976/1983 y las leyes emanadas de las legislaturas provinciales. También se incluyen otras normas (nacionales o provinciales) de menor rango como decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones ministeriales, de secretarías y dependencias en general a nivel nacional y las resoluciones provinciales de agencias-dependencias análogas. Se incluyen entre las provinciales a las normas municipales.

² Jueces porteños o provincianos para cada período.

³ Esta columna se refiere al total de normas declaradas inconstitucionales por cada formación de Corte en todas las materias.

⁴ Los porcentajes para las normas nacionales y provinciales lo son en relación al total de normas inconstitucionales por cada formación de Corte.

Durante el período 1966/1983 (nuevamente con 5 miembros), pasaron por la Corte 26 jueces, de ellos 16 fueron porteños (62%) y 10 provincianos (5 bonaerenses, que representan el 38%). Las normas declaradas inconstitucionales fueron en un porcentual del 33,5% de *jurisdicción provincial*.

Desde la restauración democrática hasta 1998 (5 miembros hasta 1990 y luego 9) se designaron 19 jueces distintos, 12 porteños (63%) y 7 provincianos (27%). Las normas declaradas inconstitucionales fueron en el período, *en un 44% de jurisdicción provincial*.

El patrón observable en los cuadros estadísticos y en el análisis agregado de los mismos nos dice que, cuando mayor cantidad de jueces provincianos hubo en la Corte, el Tribunal, paradójicamente, más se animó a contrariar a los poderes provinciales, vía el ejercicio estricto del control de constitucionalidad de las normas sancionadas por las provincias, declarándolas en mayor porcentaje inconstitucionales.

Por el contrario, cuando el Tribunal estuvo conformado por mayoría de jueces porteños, se observa una fuerte merma en las declaraciones de inconstitucionalidades de normas de jurisdicción provincial.

No se refleja en los datos empírico-cuantitativos ninguna ventaja para la defensa de los intereses provinciales y de sus competencias, por el mero hecho de la procedencia regional o lugar de nacimiento de los jueces designados.

Cuando un representante territorial es investido en sus funciones, se supone y se espera de él que defienda los intereses de la región de procedencia. Es lo que caracteriza la acción de un gobernador. También la razón de ser del Senado y sus integrantes, representantes de los Estados miembros sin distinción de tamaño territorial o de cantidad de habitantes, lo que les garantiza a las provincias un filtro final al temido avasallamiento de sus autonomías por el Estado central o por los Estados miembros más importantes (por tamaño de sus economías y de sus poblaciones). Esa función senatorial como representantes igualitarios de todos los Estados miembros fue la gran idea *madisoniana* que permitió la unión de los 13 Estados confederados en la primera experiencia moderna de un Estado federal, la de los Estados Unidos de Norteamérica.

Por ello resulta coherente sostener que, la noción del ideal de representación del país federal, debe relacionarse con un sistema de garantías para la delimitación eficaz de las competencias entre los Estados miembros y el Estado federal, que contemple en especial los intereses de los miembros más chicos, entendiendo por tal cosa su peso específico territorial, poblacional y económico.

En esa compleja trama no hay corroboración empírica, de acuerdo a las estadísticas analizadas, en la historia de la Corte Suprema argentina, que nos permita sostener que el mero hecho del lugar de nacimiento o procedencia regional nos acerque al ideal de Estado federal, entendido como un sistema eficiente de unión y de garantía en la delimitación de competencias para los Estados miembros, salvando sus peculiaridades y diferencias.

Más bien se observa la paradoja contraria, cuantos mas jueces provincianos en la Corte, más contradijo el Tribunal los deseos de los poderes institucionales provinciales.

Por ello parece plausible chequear qué resortes pueden, objetivamente, obligar a un representante provincial a observar con atención los intereses de su provincia en esa puja constante por la delimitación de competencias con el poder central.

El sometimiento periódico a la voluntad popular como herramienta legitimadora del mandato conferido, inexistente en el actual esquema de designación de jueces de la Corte Suprema en la Argentina, deja al eventual juez provincial sin vínculo delegativo ni legitimante con la región de la que procede.

Si es lo que se busca con el ideal de representación del país federal, debería observarse si los intereses concretos y objetivos del juez provinciano propuesto siguen estando en su lugar de nacimiento. Para ello habría que establecer una suerte de residencia previa obligada que asegure que el candidato haya estado desempeñando su actividad judicial, profesional, académica y docente en su lugar de procedencia.

Otro dato a observar es la Universidad de la que ha egresado. No será eficaz en pos del ideal de representación federal, un juez provinciano que, por ejemplo, haya cursado sus estudios universitarios en la Universidad de Buenos Aires y que, además, hace largo tiempo que no reside en su lugar de nacimiento.

Para esta última cuestión véanse los cuadros que siguen, en donde surge que un 48% de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) nacieron en CABA, y que un 60% egresó de la Universidad de Buenos Aires.

Los porcentajes aumentan si consideramos que, sumando CABA y Provincia de Buenos Aires (la región que históricamente ha sido tildada de “centralista” por las provincias argentinas) los jueces nacidos allí fueron el 59% y los egresados de la UBA y de la Universidad Nacional de La Plata representan el 71%.

Lugar de nacimiento de los jueces de la CSJN (1863-1998)

Total nº jueces: 105	Cantidad	%
Ciudad Autónoma de Bs. As. -CABA	50	48
Pcia. de Buenos Aires	12	11
Córdoba	10	10
Tucumán	6	6
Entre Ríos	5	5
Santiago del Estero	4	4
Salta	3	3
San Juan	3	3
Santa Fe	3	3
La Rioja	2	2
Mendoza	2	2
San Luis	2	2
Catamarca	1	1
Corrientes	1	1

Dos jueces nacieron en Montevideo, Uruguay.

Fuente: Molinelli , Palanza y Sin (1999, p. 691-692).

Universidades de graduación de los jueces de la CSJN (1863-1998)

Total nº jueces: 105	Cantidad	%
Universidad de Buenos Aires –UBA	63	60
Córdoba	12	11
La Plata	10	10
Montevideo	6	6
Charcas	5	5
Litoral	4	4
Universidad Católica Argentina*	3	3
Univ. Del Salvador*	3	3

*Ambas católicas y privadas, no estatales.

Fuente: Molinelli , Palanza y Sin (1999, p. 691-692).

Resulta evidente que hay un déficit de representación provinciano en la Corte argentina, pero que no se resuelve con fórmulas mágicas ni buenos deseos, sino observando las condiciones objetivas del candidato, que pueden coincidir, pero no necesariamente – la evidencia empírica demuestra lo contrario – con su lugar de nacimiento. No basta entonces la utilización de lugares comunes o de frases hechas, sino la búsqueda seria de los candidatos adecuados, si se persigue esa entelequia del ideal de representación federal, la que sería útil definir claramente antes de utilizarla como categoría analítica y de justificación para la propuesta de jueces. Además, debe sopesarse si resulta conducente tal diseño, en el sistema político en el cual quiera aplicárselo, considerando el desenvolvimiento y

competencias del Senado, cámara natural de representación territorial, en la ingeniería institucional de un sistema federal.

Sobre o autor

Jorge O. Bercholz é doutor em Direito Político pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; doutor internacional em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha; Professor Catedrático de Teoria do Estado e de pós-graduação e doutorado da Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; e Profesor Catedrático de Sociología Jurídica e de Metodología da Investigación da Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina.
E-mail: estudiobercholz@fibertel.com.ar

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁵

APPOINTMENT OF JUSTICES IN CONSTITUTIONAL COURTS BY REGIONAL ORIGIN: THE CASES OF SPAIN, CANADA AND ARGENTINA

ABSTRACT: It turns out to be a variable of supreme interest, to observe the process of designation of the justices of Courts and constitutional Spanish Parliament and the composition of the same one in relation to the geographical and territorial origin of the judges, both for his (her, your) place of birth and for the universities in those who have been formed (trained), considering the evident influence that the same ones can exercise, as soul mater, in the perspectives and professional characteristics of the justices. What effects would take place (be produced) if the justices were representing the CCAA?, even more, it (he, she) would be necessary to question before, if really (exactly) it hopes that some effect takes place (is produced) diferenciador. And in this case, which would be the advantages or the aims (lenses) of such a reform in the process of designation of the justices? Precedents exist with regard to such a question, to which then I will refer, in Canada and Argentina.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL COURT. APPOINTMENT PROCESS OF JUSTICES. COMPARATIVE STUDIES.

Como citar este artigo

(ABNT)

BERCHOLC, Jorge O. La designación de los magistrados de tribunales y cortes constitucionales por su procedencia regional: los casos de España, Canadá y argentina. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 13-32, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p13>.

⁵Sem revisão do editor.

(APA)

Bercholz, J. O. (2017). La designación de los magistrados de tribunales y cortes constitucionales por su procedencia regional: los casos de España, Canadá y Argentina. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 13-32. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p13

Referências

AJA, Eliseo (Ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

AJA, Eliseo; PÉREZ TREMPES, Pablo. Tribunal Constitucional y organización del Estado autonómico. In: ESPÍN TEMPLADO, Eduardo; DÍAZ REVORIO, F. Javier (Coord.). *La justicia constitucional en el estado democrático*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 141-179.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Decreto 222/2003. *InfoLEG*, Buenos Aires, 19 jun. 2003.

BERCHOLC, Jorge O. *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad: respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

_____. Un estudio comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina y Canadá en el ejercicio del control de constitucionalidad. *Revista Argentina de Estudios Canadienses*, [S.l.], n. 2, 2008. Não paginado.

_____. Judges' appointment process of a Constitutional Court: the case of the Supreme Court of Argentina. In: VERRELLI, Nadia (Ed.). *The democratic dilemma: reforming Canada's Supreme Court*. [S.l.]: McGill-Queens University Press, 2013. (Queen's Policy Studies Series).

_____. Debates en torno al perfil recomendable para los magistrados de un Tribunal Constitucional: el caso español y datos comparados. In: MARANIELLO, Patricio. *Justicia constitucional: derecho constitucional judicial*. Resistencia, Argentina: Contexto, 2015.

_____. *La producción del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del control de constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado (1980-2011): un estudio empírico-cuantitativo, con análisis cualitativo agregado, sobre el rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en el sistema político-institucional de España*. 2015. 339 f. Tesis (Doctoral) – Universidad de Castilla La Mancha, Cidade Real, 2015.

BERCHOLC, Jorge O.; GALL, Gerald. *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica en Argentina y Canadá*. Buenos Aires: Editorial Universidad Abierta Interamericana, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. México: Siglo XXI Editores, 1985. t. 1.

CANADA. *Supreme Court Act: R.S.C., 1985, c. S-26*. [S.l.]: Minister of Justice, 2017. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-26.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

MOLINELLI, N. Guillermo; PALANZA, M. Valeria; SIN, Gisela. *Congreso, presidencia y justicia en Argentina: materiales para su estudio*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 1999.

SÁNCHEZ AMOR, Ignacio. [Perspectivas de la reforma constitucional del Senado]. In: LA REFORMA del Senado: debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en colaboración con el Senado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

SPOTA, Alberto. Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. In: ANCAROLA, Gerardo et al. *Función política de la Corte Suprema: obra en homenaje a Julio Oyhanarte*. Buenos Aires: Abaco, 1998.

_____. *Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN*. Buenos Aires: Educa, 1999.