

CAPÍTULO IX

Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder*

1. INTRODUCCIÓN. ÓRGANOS EXTRAPODER Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

El objeto de este capítulo es presentar a los órganos extrapoder y a los órganos constitucionales autónomos, describir los motivos de su multiplicación, esbozar cómo impactan en la arquitectura constitucional y cuáles son sus más significativas pautas de buen o mal suceso. Marginalmente, se considerará si solamente pueden ser creados por el constituyente, o también por vía de ley.

En una primera aproximación, la expresión “órgano extrapoder” —u órganos “extrapoderes”—,¹ se emplea para referirse a órganos estatales no situados en la órbita de alguno de los tres poderes clásicos del Estado —legislativo, ejecutivo y judicial—. En las constituciones que enuncian, además, otros poderes —situación que se reitera en el reciente constitucionalismo latinoamericano: Venezuela, Ecuador, Bolivia—,² también tendrían que encontrarse localizados fuera de éstos.

* Este trabajo se basa en el publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, t. I, pp. 301-312, con el título *Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes*. La presente versión ha sido actualizada y ampliada.

¹ La denominación de órganos “extrapoderes” fue la preferida por Bidart Campos, autor que probablemente lideró en América Latina el planteamiento de esta temática. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, t. I, p. 129.

² La Constitución de Venezuela de 1999, por ejemplo, programó el “Poder Ciudadano”, ejercido por el Consejo Moral Republicano (art. 273). La de Ecuador de

¿Por qué no llamar, directamente, “poderes”, a los órganos “extrapoder”? En Argentina ese debate se planteó puntualmente con relación al Ministerio Público federal, que la reforma realizada en 1994 presenta, en la arquitectura constitucional, como una suerte de “cuarto poder” —el título primero de la segunda parte de la Constitución, bajo el rótulo de “Gobierno federal”, tiene cuatro secciones: poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial, y ministerio público—.

Una explicación podría consistir en que el órgano “extrapoder”, por lo común, posee competencias —generalmente muy específicas— que desde el punto de vista cuantitativo son menos extensas que las conferidas por la constitución a los tres poderes clásicos. Si se compara, en efecto, las funciones de cualquiera de los órganos extrapoder, con las de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, se advertirá que por lo común son más concretas y menos expandidas, aunque desde el punto de vista cualitativo puedan ser de gran trascendencia, como es en particular el caso de un tribunal constitucional, intérprete final de la constitución. Alguna vez los órganos extra-poder han sido llamados, por eso, “minipoderes”, aunque este rótulo sea opinable.³

Existen debates en torno a la calificación de órgano “extrapoder” respecto de algunos organismos. Por ejemplo: cuando en un sistema parlamentario se desdobra el Poder Ejecutivo en una “jefatura de Estado” —presidente, rey— y una “jefatura de gobierno” —el primer ministro y el gabinete)—, ¿hay un solo “Poder” —el Ejecutivo— dividido en dos ramas —como un poder legislativo compuesto por dos cámaras, v. gr., las de diputados y senadores—, o un único poder ejecutivo —encarnado, por ejemplo, en el “gobierno”— con más un órgano “extrapoder”, el jefe de estado?⁴

2008, la “Función de Transparencia y Control Social”, formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias (art. 204). La de Bolivia de 2009, el “Órgano Electoral” (art. 205 y ss.), y las “Funciones de Control, de Defensa de la Sociedad y de Defensa del Estado” (arts. 213 y ss.).

³ Sobre la calificación de los órganos extra-poder como “minipoderes”, véase Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, ed. Astrea, 1999, t. 1, p. 669. Sobre la situación en Argentina del Ministerio Público, véase Bianchi, Alberto B., “El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? (Reexamen de la doctrina de los órganos extrapoder)”, en *El derecho*, Buenos Aires, 1995, t. 162, p. 139.

⁴ Cfr. por ejemplo Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., p. 130. El mismo autor (*ibidem*, p. 140), ha sostenido que en Argentina el

Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder

Además, el mismo órgano puede asumir en un país la condición de órgano extrapoder, y en otros no. El caso de un tribunal constitucional es paradigmático: si está fuera de la tríada tradicional de poderes, es indiscutiblemente órgano extrapoder. Algo similar puede ocurrir con el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, un Tribunal Electoral Supremo, un Consejo de Estado (cuando es órgano máximo de la jurisdicción contencioso administrativa, al estilo del art. 237 de la constitución de Colombia, *v. gr.*), una “Corte de Cuentas” (art. 195 de la Constitución de El Salvador), etc. En cambio, si se los sitúa dentro de algún poder —judicial, ejecutivo, legislativo, o el que fuere—, no serían, en sentido estricto, órganos extrapoder.

Quizá para evitar esos debates, parte de la calificada literatura especializada, especialmente en México, prefiere hablar de “órganos constitucionales autónomos”.⁵ Desde esta perspectiva, lo importante no es la ubicación formal o protocolar del órgano en cuestión, dentro o fuera de un “poder”, sino el grado efectivo de su autonomía funcional, según el organigrama de la Constitución. Si tal autonomía es plena, el ente en cuestión merece llamarse “órgano constitucional autónomo”. Por ejemplo: la Corte Constitucional de Colombia, un cuerpo fuertemente autónomo, y a quien se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, integra formalmente la “rama judicial” —véase arts. 239 y 241 de la Constitución—, con lo que, asimismo desde una perspectiva puramente formal, no sería quizá, en sentido muy estricto, “órgano extrapoder”. Sin embargo, es incuestionable que resulta un “órgano constitucional autónomo”, que en sus funciones por cierto no depende de la Corte Suprema de Justicia, ni de otro departamento estatal. Lo mismo podría sostenerse en cuanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (art. 92 de la constitución), que cohabita institucionalmente

Ministerio —conjunto de los ministros del presidente de la nación—, es un órgano extrapoder, y en igual condición estaría el vicepresidente de la nación, según explica, con relación al presidente (*ibidem*, t. II, p. 29), tesis por cierto controvertibles, fundamentalmente por razones de diseño constitucional, que claramente insertan a esas figuras en el ámbito del poder ejecutivo.

⁵ Véase Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 413. En el sentido que un órgano constitucional autónomo, como es en algunos países el Ministerio Público, no es un poder del Estado, cfr. Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa, 2005, p. 16.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

con varios tribunales federales supremos, dentro del mismo título constitucional de “la jurisdicción” o poder judicial.⁶ En definitiva, algunos órganos “intrapoder” merecen, según este enfoque, ser rotulados como “órganos constitucionales autónomos”.

El problema de la denominación “órganos constitucionales autónomos”, es que puede ampliar con demasiada indulgencia la lista de los entes visualizados inicialmente como órganos extrapoder, incluyendo en ella, *v. gr.*, a un Banco Central, órganos de control de los medios de comunicación, oficinas de información, tribunales de cuentas, etc., a más, desde luego, del Consejo de la Magistratura, contralorías de diverso tipo, y los citados ejemplos de tribunales constitucionales, electorales y administrativos supremos, defensorías del pueblo, ministerios públicos y jurados de enjuiciamiento de jueces, aun cuando estuvieren insertados, según los respectivos casos, *v. gr.*, en la esfera de la administración pública, del poder judicial o del legislativo, pero siempre que tuvieran un desenvolvimiento constitucional funcional aparte.⁷

El tema, conviene advertirlo, persiste algo confuso.⁸

Ahora bien: tanto los órganos extrapoder, como los órganos constitucionales autónomos, son, valga la redundancia, *órganos*, y no meros “sujetos auxiliares” del Estado.⁹ Entendemos aquí al “órgano” estatal como un ente que representa al Estado y cuya voluntad se imputa jurí-

⁶ Seguimos la traducción de la Constitución federal alemana de Daranas Peláez, Mariano, *Las Constituciones europeas*, Madrid, Nacional, 1979, t. I, p. 100.

⁷ Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia*, México, UNAM, 1996, pp. 243 y ss. (se trata aquí de un proyecto de diseño institucional).

⁸ Por ejemplo, Alberto B. Bianchi (*El Ministerio Público: ¿un nuevo poder?... cit.*, p. 151), escribe: “...De lo dicho se desprende que cada poder del Estado puede tener sus órganos extrapoderes, *que no lo integran pero le pertenecen*, están dentro de su órbita y forman parte de la rama o departamento cuya cabeza serán los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Pero al mismo tiempo no es posible concebir órganos extrapoderes que no dependan o estén bajo la órbita de alguno de los poderes. Se supone que cuando hablamos de órgano extrapoder es porque ese órgano está relacionado con alguno de los poderes del Estado” (las cursivas son nuestras). Por nuestra parte, comprendemos que un órgano extrapoder mantenga conexiones con un poder clásico del Estado; pero si estuviera bajo su dependencia, no podría calificarse como “extrapoder”.

⁹ Sobre los “sujetos auxiliares del Estado”, véase Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, trad. por Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 206 y ss.

Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder

dicamente a este último.¹⁰ La rotulación, pues, de “órgano” es vital en el tema. Por ejemplo, el cuerpo electoral —“poder electoral”—, para muchos, es o no “órgano extrapoder”, según se lo admita, o se lo descarte, como órgano constitucional del Estado.¹¹

2. RAZÓN DE SER DE LOS ÓRGANOS EXTRAPODER

La justificación de los órganos extrapoder deriva de razones técnicas y políticas.

a) *Desde el ángulo técnico.* Una de las características del Estado contemporáneo es lo que Reinhold Zippelius denomina la “diversificación de funciones” y la “multiplicación de estructuras”.¹² En términos muy simples, puede contemplarse al Estado actual, comparándolo con el de un siglo atrás, como un organismo mucho más complejo, perfeccionado y sofisticado. Determinadas funciones, otrora aglutinadas en los tres poderes principales, actualmente se subdividen, descentralizan y sincronizan con mayores detalles y especificaciones. Y ello explica que se programen nuevos sujetos estatales destinados a asumir con mayor idoneidad esos papeles, fuera de los moldes de los tres poderes iniciales. Para algunos, es una tendencia al “policentrismo”.

Una muestra ilustrativa de ello es la erección de la jurisdicción constitucional especializada, que a partir de Hans Kelsen comienza a otorgarse a órganos con fisonomía judicial —pero muchas veces fuera de la judicatura ordinaria—, integrados por juristas que se dedican con cuasi exclusividad al manejo de temas constitucionales, lo que implica forjar una “mentalidad” constitucionalista en la interpretación y funcionamiento de la Ley suprema. A ello se suma el lanzamiento de una asignatura *ad hoc* —el derecho procesal constitucional, o como se lo quiera llamar—, ocupada de la magistratura constitucional y de los recursos y procesos constitucionales, que adquieren también un alto gra-

¹⁰ Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. I, p. 50.

¹¹ *Ibidem*, p. 143. En tal sentido, cabe pensar que cuando la constitución declara autónoma a una universidad (lo hace de modo explícito y puntual la de Guatemala, respecto de la de San Carlos, según su art. 85), está hablando efectivamente de un cuerpo autónomo, pero que no importa un “órgano extrapoder”.

¹² Reinhold Zippelius, *Teoría general del Estado*, 2ª ed., trad. por Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1989, pp. 289-290.

do de especialización —amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, acciones declarativas de inconstitucionalidad, consultas, demandas y recursos de inconstitucionalidad, etcétera—.

El ministerio público es otro ejemplo. Destinado en épocas pretéritas a sostener los intereses del poder ejecutivo, la conciencia jurídica dominante lo piensa hoy más para tutelar valores comunitarios y sociales distintos a los específicos del jefe de Estado o jefe de Gobierno, como los principios de legalidad, orden público y supremacía constitucional. Ello justifica, por un lado, la emancipación de dicho ministerio público de la órbita del poder ejecutivo —contra el cual, incluso, debe en ciertos momentos, y llegado el caso, dictaminar—, y su encuadre como órgano extrapoder; y por otro, que el cuerpo de abogados del Estado, apto para patrocinar la representación judicial del gobierno, también sea jerarquizado, dentro del organigrama ejecutivo. Incluso, en ciertos países, aquel ministerio público extrapoder es desdoblado, bicefálicamente, en Ministerio “fiscal” y “tutelar” —de la defensa—, liderados respectivamente por el procurador general de la Nación y el Defensor General de la Nación, conforme al nuevo artículo 120 de la Constitución argentina. En El Salvador, el ministerio público cuenta aun con tres jefes: El fiscal general de la República, el procurador general de la República, y el procurador para la Defensa de los Derechos Humanos (art. 191 de la Constitución).

Hay factores, pues, de *eficiencia funcional*, que impulsan el nacimiento de los órganos extrapoder.

b) *Los motivos políticos*. Del planeamiento de los órganos extrapoder se vinculan, a menudo, con la idea de un mejor *control*. Mayor fiscalización, por ejemplo, sobre el poder ejecutivo —de ahí el “Defensor del Pueblo”, *v. gr.*, a más del ministerio público, según vimos—, pero también sobre el poder judicial —para lo cual puede ser útil tanto el mismo defensor del pueblo, como el propio ministerio público, encargado de velar por una recta administración de justicia, a título de control externo sobre los jueces—, o sobre el Congreso, mediante la revisión jurisdiccional especializada de las leyes, a cargo de un Tribunal Constitucional, igualmente a título de ejemplo.

La justificación de los órganos extrapoder en virtud de su misión de control, no se ciñe a la revisión del comportamiento constitucional —formal y de contenido— de los poderes públicos, sino que puede proyectarse sobre grupos de particulares, pero que tienen una significa-

Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder

tiva gravitación social, como sindicatos, medios de difusión, partidos, o empresas.¹³

Una misión paralela de varios entes extrapoder puede estribar en la tutela y promoción de los derechos constitucionales y de los derechos humanos en general, incluyendo los provenientes de fuente internacional, como misión garantista y de promoción de esos derechos, que debe asumir modernamente el Estado. Eso implica una innegable misión de control sobre la administración pública y los poderes públicos en general.

3. DESARROLLO Y PROLIFERACIÓN

Algunos órganos extrapoder son desglosados de alguno de los tres poderes clásicos. En el caso del ministerio público, se lo ha separado, según los diferentes estados, del poder ejecutivo o del judicial. El defensor del pueblo, u *ombudsman*, ha sido históricamente un comisionado parlamentario —en ciertos países conserva tal condición; en otros es ya ente extrapoder—.

Otros han sido creados *ex novo*. Tal ha sido el caso de países que prácticamente no contaban con un control judicial de constitucionalidad, o que lo poseían pero no muy intenso, y que adoptan, para inaugurar esas tareas, la alternativa de un tribunal constitucional extrapoder. Austria pudo haber sido un ejemplo de ello, con su constitución de 1920.

Naturalmente, uno de los riesgos del lanzamiento de órganos extrapoder es el de su exagerada multiplicación. Como todo exceso, la saturación de estos organismos puede provocar congestionamientos, interferencias y bloqueos mutuos entre ellos y respecto de los tres poderes tradicionales. Estos problemas tienden a acentuarse si la constitución no delimita con cuidado sus competencias. Si se ocupan de materias ambiguamente concurrentes, esa mixtura alienta confusiones, duplicidades de esfuerzos y hasta rivalidades institucionales. Como ejemplo de tales desorientaciones, en el caso argentino, al ministerio público le toca cuidar, ante la Justicia, “los intereses generales de la sociedad” (art. 120 de la Constitución), pero el defensor del pueblo está también

¹³ Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional...*, cit., p. 414.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

habilitado para plantear acciones de amparo en favor de “los derechos de incidencia colectiva” (art. 43).

Por lo demás, no se trata de crear órganos extrapoder por razones de simple moda modernista o de lujoso plagio constitucional. Tómese el caso de un “tribunal electoral nacional”, o como se quiera llamar a un instituto ocupado de esa materia. La decisión de programarlo como ente extrapoder, y por ende, supremo en lo suyo; o en cambio, de situarlo como un tribunal inferior a una Corte Suprema, es una opción de política constitucional que debe ser producto de una meditada evaluación de los antecedentes, realidades y problemas propios de un país concreto, más que de un juicio *a priori* a favor de las novedades sobre los órganos extrapoder. En otras palabras: no por ser dicho tribunal “extrapoder”, será necesariamente bueno.

La diagramación de múltiples órganos extrapoder puede motivar, desde luego, y en la medida en que aumentan los protagonistas del juego constitucional, más conflictos de y entre poderes, lo que implica, a más de eventuales situaciones críticas tensivas en tal escenario, mayor trabajo para la jurisdicción constitucional orgánica encargada de resolverlos. Esto se conecta con la responsabilidad y aplomo con que se manejen todos esos operadores, a fin de encontrar soluciones razonables y no acelerar el nivel de conflictividad institucional.

4. LOS ÓRGANOS EXTRAPODER Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA (Y EQUILIBRIO) DE LOS PODERES DEL ESTADO

¿Contribuyen los órganos extrapoder a afianzar la tesis de la independencia y equilibrio de los poderes del Estado? La respuesta tiene dos niveles, uno teórico y otro experimental.

En abstracto puede conjeturarse que si van a ejercer funciones políticas de control sobre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, van a afianzar al estado de derecho y a reprimir las hipertrofias de alguno de ellos, en particular del más agigantado, que es el ejecutivo. Además, históricamente parecen ser planeados también para tutelar más intensamente los derechos personales, el buen desempeño de la administración, de los procesos electorales y la ética pública, con lo cual operarían como mecanismos de contención de los poderes tradicionales y de saneamiento del sistema constitucional.

Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder

En los hechos, esas aspiraciones pueden devaluarse por muchos motivos —tratamos el punto en el parágrafo siguiente—. Pero además, hay quienes apuntan que si a un poder del Estado congénitamente débil, como es el judicial,¹⁴ se lo fracciona y extrae de él un cupo importante de competencias —como el control de constitucionalidad— a fin de montar, por ejemplo, un Tribunal Constitucional extrapoder, se estaría perjudicando, en vez de reforzar, el esquema de división y equilibrio de los poderes, en mengua del acosado poder judicial.

Estos temores —ciertos o meramente supuestos, según los distintos panoramas—, han provocado que varios países latinoamericanos adopten soluciones políticamente transaccionales e inserten al tribunal o corte constitucional dentro de la rama o poder judicial; o que creen una Sala Constitucional —con cometidos parecidos al de un tribunal constitucional—, en el interior de la Corte Suprema; o que instauren un sistema dual, donde el poder judicial conserva significativos papeles de control de constitucionalidad, a más de los conferidos por la Constitución al tribunal constitucional.¹⁵

5. VARIABLES DE ÉXITO Y DE FRACASO DE LOS ÓRGANOS EXTRAPODER

Llegamos así a la hora de la verdad: la consideración de los motivos que explican el buen o mal suceso de los órganos extrapoder. En ese estudio cabe distinguir dos tipos de elementos:

a) *Factores exógenos*. Hay razones de éxito o de fracaso que no dependen de los órganos extrapoder, sino de otros protagonistas. En especial, de la voluntad de la clase política de erigirlos genuinamente como entes autónomos. En ese terreno, abundan muestras de ingenioso gatopardismo, como son los sistemas de integración de dichos órganos. Por ejemplo, si se planifica constitucionalmente un cuerpo extrapoder, o al

¹⁴ En cuanto las debilidades políticas congénitas del Poder Judicial —un poder históricamente huérfano, desorientado, acosado y dividido—, véase Sagüés, Néstor Pedro *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 3 y ss.

¹⁵ Sobre las distintas variables de órganos de control de constitucionalidad en el área, nos remitimos a la síntesis que hacemos en Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, pp. 27 y ss.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

menos un órgano constitucional autónomo, para seleccionar jueces, teóricamente imparcial y de perfil profesional y menos “partidizado”, pero se termina conformándolo con una mayoría de vocales representativos —directa o indirectamente— de esos mismos partidos políticos; o si se erige un organismo independiente del presidente y del Parlamento, para fiscalizar a ambos, pero cuyos máximos titulares, por ejemplo son nombrados —y resultan removibles— por el presidente y el Parlamento. Estas estrategias de domesticación pueden finalmente anestesiar el sentido y el vigor de un cuerpo extrapoder, salvo que la cultura jurídica y política del lugar tenga suficientes anticuerpos como para preservarlo, y que los operadores respondan con un comportamiento digno. Efectivamente, aún con dificultades y defectos estructurales, un órgano extrapoder juicioso y autónomo tiene serias posibilidades de lograr consenso, prestigio y apoyo comunitario, y así consolidarse sistémicamente.

En otros casos, el diseño operativo del órgano extrapoder puede ser deficiente. Una de las vías más seguras para deslegitimar a un ente extrapoder es asignarle roles ambiguos, o tantas funciones que jamás pueda cumplir adecuadamente —vienen a la memoria, aquí, ciertas constituciones que le otorgan al defensor del pueblo prácticamente la custodia de los derechos de todos y frente a todos, convirtiéndolo en una suerte de Redentor del sistema constitucional—; o no dotarlo, al mismo tiempo, de los recursos materiales y humanos indispensables para cumplir mínimamente sus cometidos.

En algunas ocasiones, las reglas procedimentales de actuación de un órgano extrapoder, generalmente impuestas por el poder legislativo, pueden entorpecer seriamente su desempeño. Por ello, *v. gr.*, si a un tribunal constitucional o electoral se le exigen mayorías calificadas muy altas e irrazonables para reunirse o decidir, o para declarar la inconstitucionalidad de una ley, es muy probable que su función de custodia de la legalidad constitucional quede frustrada.

b) Factores endógenos. Naturalmente, el buen resultado de un órgano extrapoder depende igualmente de ingredientes internos a él, como el grado de imparcialidad e independencia de sus autoridades, que no siempre brilla; la calidad profesional, diligencia y responsabilidad que muestren en el cumplimiento de sus funciones; y el acierto, tanto jurídico como político, de sus pronunciamientos. Es vital, aquí, manejar una interpretación *previsora* de la Constitución, que mida las consecuencias y verifique los resultados de las decisiones que ese órgano adopte, sobre

Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder

todo para descartar aquellas que aunque fueren jurídica y académicamente impecables, de hecho produjesen efectos antisistémicos.¹⁶

Otro dato significativo es la aptitud de convivencia, o en cambio, de confrontación, que el órgano adopte. Saber ubicarse donde le corresponde, sin permitir su avasallamiento por quienes debe controlar, y al mismo tiempo, sin invadir competencias que no posee, y sin abusar de las que le son propias, es todo un arte constitucional. Un órgano extrapoder no es mejor porque hostigue o sea un opositor constante de los poderes clásicos: su función no es atacar, sino, generalmente, controlar. Reglas de coexistencia, *v. gr.*, por parte de un tribunal constitucional y con relación a la judicatura ordinaria, de la *cortesía constitucional*, y del principio de *máxima conservación* —de las resoluciones de esta última—, implican sabias máximas para lograr una armonía sistémica.¹⁷ Si ellas no se acatan, un régimen que sume a los tres poderes clásicos una colección de órganos extrapoder, mal llevados entre sí, puede convertirse en un *pandemonium* caótico.

6. LA FUENTE DE CREACIÓN JURÍDICA DE LOS ÓRGANOS EXTRAPODER

Hasta el momento se ha dado por sobreentendido, y los ejemplos dados apuntan a ello, que los órganos extrapoder son tales por voluntad y decisión del constituyente. Lo mismo ocurre, desde luego, y por su propia definición, con los órganos constitucionales autónomos.

Cabe preguntarse si el legislador ordinario puede válidamente, por su propia iniciativa, y sin norma constitucional que lo habilite expresamente, crear un órgano extrapoder. Desde luego, y por explicable obviedad, no está habilitado para programar por sí solo a “órganos *constitucionales* autónomos”. Una actitud tradicionalista es probable

¹⁶ En cuanto la interpretación previsora de la constitución derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, *cit.*, pp. 83 y ss.

¹⁷ Respecto de la noción de “cortesía constitucional”, véase Verdú, Pablo Lucas, *Curso de derecho político*, *cit.*, pp. 513 y ss.; y del principio de “máxima conservación”, Canosa Usera, Raúl, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, en *Ius et praxis*, año 4, núm. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Chile, 1998, p. 29.

que rechace la posibilidad que comentamos, más que nada por razones de inercia cultural —no debe olvidarse que autores apegados al esquema tripartito de Montesquieu, todavía no han digerido la existencia de los órganos extrapoder, aunque fueren constitucionalmente programados—. Por nuestra parte, no descartamos necesariamente esa alternativa, siempre que la Constitución le dé algún pie, y desde luego, siempre también que no la prohíba.

Por ejemplo, el artículo 75, inciso 32 de la Constitución argentina, puntualiza que al Congreso le corresponde “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. El texto, a todas luces muy abierto, no excluye entonces la diagramación, por el poder legislativo, de organismos situados fuera de los poderes clásicos, cuando hubiere serias razones que justifiquen el por qué de tal autonomía funcional. Por ejemplo, si se trata de practicar determinadas tareas en un marco fundamentalmente técnico y apartidista.

Claro está que en la hipótesis que pergeñamos, el ente extrapoder podría eventualmente ser disuelto por el legislador ordinario que lo edificó; y que el mismo legislador no podría afectar, con su criatura, las ecuaciones de poder y el sistema institucional de frenos y contrapesos que programó el constituyente.

7. CONCLUSIONES

1. El derecho constitucional contemporáneo abunda hoy en “órganos extrapoder”, situados fuera de los tres poderes tradicionales. En otros casos, se habla de “órganos constitucionales autónomos”, figura tal vez más amplia, que podría cubrir, además de los señalados, también a entes ubicados en el interior de un poder, pero con genuina independencia funcional. En ambos supuestos, no hay siempre consenso en admitir a determinados organismos en una u otra categoría.
2. El órgano extrapoder se explica por los principios de “diversificación de funciones” y “multiplicidad de estructuras”, propios del Estado contemporáneo, que posee un alto grado de desarrollo orgánico, especialización de tareas y sofisticación institucional. Procuran prestar, particularmente, una tarea de mejor

Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder

- control interorgánico y de tutela de los derechos personales. Se conjugan aquí, pues, razones técnicas —de eficiencia— y políticas.
3. No cabe exagerar el número de los órganos extrapoder, sino adoptarlos en la medida en que efectivamente sean útiles para una realidad concreta; pero sí deben extremarse las precauciones para evitar la mutua interferencia entre ellos, lo que importa planificar un cuidadoso deslinde constitucional de sus competencias.
 4. Como regla, los órganos extrapoder inteligentemente programados por el constituyente pueden afianzar los principios de independencia y de equilibrio de los poderes tradicionales, dado que sus funciones de control apuntan a neutralizar los desbordes de ellos. Habrá de todos modos que tener en cuenta, para su incorporación a un escenario constitucional, las particularidades locales, y el grado de aceptación o de rechazo que pueden tener en esa comunidad concreta.
 5. No cabe excluir que un órgano extrapoder sea creado por el legislador común, aunque no existan disposiciones constitucionales explícitas habilitantes de tal posibilidad. Ello requiere, no obstante, sólidas razones que justifiquen tal decisión, alguna directriz constitucional que pueda darle sustento indirecto y, naturalmente, que no existan normas constitucionales que la prohíban. Por supuesto, en cualquier caso el poder legislativo no podrá alterar las ecuaciones de poder previstas por la Constitución.
 6. El buen desempeño de un órgano extrapoder depende de factores exógenos o externos —auténtico deseo de la clase política de afirmar su autonomía, provisión adecuada de metas y recursos, buen diseño en sus procedimientos—, y endógenos o internos —idoneidad jurídica, honestidad, espíritu de independencia, dedicación, y visión política acertada de sus cuadros—. De modo particular, debe insistirse en las cualidades de sabia convivencia que deben ostentar sus protagonistas, con relación a los poderes clásicos y con los demás órganos extrapoder.