



## ÍNDICE GENERAL

*Palabras del autor*

XVII

### Capítulo Primero CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

|  |    |
|--|----|
| § 1. Introducción  | 1  |
| § 2. Reflexiones en torno a la constitución                      | 2  |
| § 3. Reflexiones en torno a la democracia                        | 5  |
| § 4. El fundamento de la democracia. La igualdad y la libertad   | 5  |
| § 5. El funcionamiento de la democracia                          | 6  |
| § 6. Tipos y modelos de democracia                               | 8  |
| § 7. Una democracia no constitucional                            | 15 |
| § 8. La regla de la mayoría en la democracia                     | 16 |
| § 9. Mayorías y minorías en la democracia. Las reglas de minoría | 19 |

### Capítulo II ORIGEN Y FUNDAMENTOS

#### A) Ideología y principios

|   |    |
|---|----|
| § 10. Primeros conceptos importantes para la comprensión del origen, los fundamentos y los modelos de control de constitucionalidad | 27 |
| a) La ideología liberal. Sus postulados básicos   | 31 |
| b) La ideología socialista. Sus postulados básicos  | 32 |
| c) La ideología del Estado social de derecho. Sus postulados básicos  | 36 |
| § 11. La teoría del control y la división del poder. Sus postulados básicos   | 38 |
| a) La visión europea de la división de poderes  | 41 |
| b) La visión estadounidense de la división de poderes   | 43 |
| c) Otras visiones de la división de poderes   | 46 |
| 1) El modelo dualista   | 46 |
| 2) El modelo pluralista   | 48 |
| 3) El modelo de Ackerman  | 49 |
| d) Mapas conceptuales en torno a la división de poderes   | 51 |
| § 12. Otros conceptos para la comprensión del control de constitucionalidad   | 54 |
| a) El principio de la supremacía constitucional   | 54 |
| b) Las tradiciones jurídicas del mundo contemporáneo y su filosofía   | 55 |
| c) Origen conceptual del control de constitucionalidad  | 58 |
| d) Capital social, seguridad jurídica y control de constitucionalidad   | 59 |

#### B) Nacimiento del control judicial de constitucionalidad. “Marbury V. Madison”

|   |    |
|---|----|
| § 13. Los antecedentes históricos del control judicial de constitucionalidad. La independencia estadounidense y sus momentos críticos | 64 |
| § 14. Los antecedentes jurídicos del control judicial de constitucionalidad   | 67 |
| a) El caso “Bonham”   | 67 |
| b) El modelo jurídico de las colonias estadounidenses   | 69 |
| c) Una constitución escrita y suprema   | 71 |
| d) La Convención Constituyente de Filadelfia  | 73 |
| § 15. Antecedentes ideológicos y políticos del control judicial de constitucionalidad. “El Federalista”                               | 74 |
| § 16. El arribo de “Marbury v. Madison”   | 76 |
| a) La tesis antimayoritaria   | 83 |
| b) Conclusiones contradictorias de la célebre sentencia   | 87 |

### Capítulo III MODELOS Y SISTEMAS

|  |     |
|--|-----|
| § 17. Introducción   | 89  |
| <b>A) Modelos de control de constitucionalidad</b>   |     |
| § 18. El modelo estadounidense. Una constitución escrita como ley fundamental  | 90  |
| a) Características y reglas del modelo. Las reglas de Marshall, de Cooley y de Brandeis                                | 92  |
| b) Mapa conceptual de las características del modelo   | 96  |
| c) La doctrina del precedente obligatorio o "stare decisis"  | 96  |
| d) Ventajas y desventajas del precedente obligatorio   | 99  |
| § 19. El modelo político o francés. Características  | 100 |
| a) El Consejo Constitucional de la Quinta República. Naturaleza y evolución  | 103 |
| b) La reforma constitucional del año 2008  | 106 |
| c) Mapa conceptual de las características del modelo   | 106 |
| § 20. El modelo kelseniano o europeo-continental   | 107 |
| a) Checoslovaquia. Primer ejemplo del "modelo europeo"   | 107 |
| b) La Constitución austríaca de 1920   | 108 |
| c) Kelsen y la teoría del legislador negativo  | 111 |
| d) La polémica Kelsen-Schmitt  | 117 |
| e) Mapa conceptual de las características del modelo   | 119 |
| § 21. La identidad sobrevenida   | 119 |
| <b>B) Sistemas latinoamericanos de control de constitucionalidad</b>   |     |
| § 22. Introducción   | 122 |
| § 23. El sistema federal argentino. ¿Modelo puro?  | 123 |
| § 24. El sistema federal argentino y las reformas introducidas al funcionamiento de su máximo tribunal                 | 128 |
| a) El "writ of certiorari"   | 129 |
| 1) Antecedentes del "certiorari"   | 129 |
| 2) El objeto de la institución   | 131 |
| 3) Algunas cuestiones sobre el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación                         | 132 |
| b) El "per saltum"   | 136 |
| 1) Concepto, antecedentes y derecho comparado  | 136 |
| 2) El nacimiento del "per saltum" en la Argentina  | 140 |
| 3) Su regulación actual  | 143 |
| c) La acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación   | 147 |
| § 25. Los sistemas provinciales argentinos. ¿Sistemas mixtos?  | 150 |
| § 26. El sistema "dual o paralelo". El peruano   | 159 |
| § 27. Sistemas latinoamericanos "mixtos"   | 164 |
| § 28. La doctrina del precedente constitucional en Iberoamérica. Una propuesta institucional para el sistema argentino | 169 |
| § 29. Mapas conceptuales de los sistemas latinoamericanos  | 180 |

### Capítulo IV TENSIONES PARTICULARES DEL CONTRO DE CONSTITUCIONALIDAD

|   |     |
|---|-----|
| <b>A) Tensión política. Las cuestiones políticas no justiciables</b>                                  |     |
| § 30. Introducción  | 185 |
| § 31. Competencia y control de constitucionalidad   | 186 |
| § 32. Los primeros casos "políticos no judiciables". Cuestiones políticas y cuestiones no judiciables | 189 |
| § 33. Posiciones doctrinales en torno a las cuestiones "políticas no judiciables"                     | 191 |
| a) Posturas restrictivas  | 191 |

|  |     |
|--|-----|
| b) Posturas amplias  | 192 |
| § 34. La temática de las "cuestiones políticas"  | 194 |
| a) Facultades privativas   | 194 |
| b) Forma republicana de gobierno   | 194 |
| c) Autonomía provincial  | 194 |
| d) Intervención federal  | 195 |
| e) Enjuiciamiento de magistrados   | 195 |
| f) Composición de las cámaras del Congreso   | 196 |
| g) Procedimiento legislativo   | 196 |
| h) Estado de sitio   | 197 |
| i) Reforma constitucional  | 197 |
| § 35. Las "cuestiones políticas" y la política   | 198 |
| a) Cuestiones electorales y de partidos políticos  | 198 |
| b) Cuestiones vinculadas a la participación política   | 200 |
| 1) "José Eduardo Ormache"  | 200 |
| 2) "Antonio Ríos"  | 200 |
| 3) "Miguel Ángel Rossi Cibils y otros y su acumulado José A. Romero Feris"   | 201 |
| 4) "Horacio Eduardo Malamud y otros"   | 202 |
| 5) "Emilio F. Mignone"   | 203 |
| 6) "Partido Nuevo Distrito Corrientes s/oficialización de listas de senadores y diputados nacionales - elecciones del 23 de noviembre de 2003" | 203 |
| 7) "Pagani, Enzo Luis"   | 205 |
| 8) "Antonio Bussi" y "Luis Abelardo Patti"   | 206 |
| 9) "Partido Nuevo Triunfo"   | 207 |
| 10) "Unión para Vivir Mejor"   | 208 |
| § 36. Conclusión   | 210 |

### **B) Tensión judicial. Democracia, Poder Judicial y contramayoría**

|   |     |
|---|-----|
| § 37. Introducción  | 210 |
| § 38. La dificultad contramayoritaria y sus distintas intensidades  | 211 |
| a) Las dificultades básicas   | 212 |
| b) La opinión de Waldron  | 214 |
| c) La opinión de Elster y Ackerman  | 217 |
| d) La opinión de Holmes   | 218 |
| § 39. Distintos argumentos y modalidades de la opción judicialista  | 218 |
| a) La opinión de Ely  | 220 |
| b) El constitucionalismo "débil"  | 221 |
| § 40. La actualidad del tema  | 223 |
| a) El "constitucionalismo popular". A favor, Tushnet y Kramer   | 223 |
| b) El "constitucionalismo popular". En contra, Tribe y Chemerinsky  | 225 |
| § 41. Conclusión  | 226 |
| § 42. Diagnóstico y propuesta   | 228 |
| a) Legitimación activa de la minoría política para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación  | 232 |
| b) Legitimación activa de los partidos políticos, del Defensor del pueblo y de ONG's para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación | 237 |

### **C) Tensión procesal. La inconstitucionalidad de oficio**

|  |     |
|--|-----|
| § 43. Introducción   | 239 |
| § 44. Argumentos a favor de la declaración de oficio del control de constitucionalidad | 241 |
| a) El principio de supremacía constitucional   | 242 |
| b) La regla "iura novit curia"   | 244 |
| c) El requisito de la existencia de una "causa"  | 246 |

|  |     |
|--|-----|
| d) El equilibrio de los poderes  | 247 |
| e) Presunción de validez de los actos estatales  | 248 |
| f) El debido proceso legal   | 250 |
| § 45. Argumentos en contra de la declaración de oficio del control de constitucionalidad   | 250 |
| a) Contradicción, perjuicio e impugnación  | 252 |
| b) La presunción de legitimidad  | 253 |
| c) La bilateralidad del debate   | 253 |
| d) La división de poderes  | 254 |
| § 46. La cuestión en el derecho constitucional de las provincias   | 254 |
| § 47. Evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina  | 255 |
| a) Caso "Rita Mili de Pereyra"   | 256 |
| b) Caso "Banco Comercial de Finanzas SA"   | 258 |
| c) Estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La instalación definitiva del control oficioso de constitucionalidad por parte de los jueces | 259 |
| § 48. Nuestra opinión  | 262 |
| <br><b>D) Tensión institucional. El rol institución de las cortes supremas</b>   |     |
| § 49. Introducción   | 263 |
| § 50. Características e identidad institucional de las cortes supremas. La opción constitucional o poder contramayoritario   | 266 |
| § 51. Características e identidad institucional de los tribunales constitucionales. La opción democrática o el rol de garante del proceso democrático                            | 269 |
| § 52. La inversión de las identidades  | 271 |
| § 53. La Corte Suprema de Justicia de la Nación. Roles y tendencias  | 274 |
| § 54. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición   | 277 |
| a) Roles y tendencias. Los modelos "actitudinal" y "actor estratégico" en sus decisiones   | 283 |
| b) Los roles "contramayoritario", "democrático", "custodio de la responsabilidad internacional del Estado", de "equilibrio de los poderes" y la "tendencia restrictiva"          | 287 |
| c) "La tendencia fundacional"  | 291 |
| § 55. Conclusiones   | 296 |
| <br><b>E) Tensión soberana. El control de las reformas constitucionales</b>  |     |
| § 56. Introducción   | 298 |
| § 57. El control de una reforma constitucional. Reflexiones previas  | 301 |
| § 58. El parámetro del valor constitucional implicado  | 302 |
| § 59. El órgano de control constitucional y su rol institucional   | 304 |
| § 60. El control de la Constitución de los Estados Unidos de América   | 308 |
| a) "Hollingsworth v. Virginia"   | 308 |
| b) "Hawke v. Smith"  | 309 |
| c) Los casos de la "Prohibición Nacional"  | 311 |
| d) "Dillon v. Gloss"   | 313 |
| e) "Leser v. Garnet"   | 314 |
| f) "United States v. Sprague"  | 316 |
| g) "Coleman v. Miller"   | 318 |
| h) "Goldwater, Barry y otros v. Cáster, James E., presidente de los Estados Unidos de América y otros"   | 320 |
| § 61. El control de la Constitución en Colombia  | 320 |
| a) Los primeros casos  | 321 |
| b) Los casos siguientes  | 321 |
| § 62. El control de la Constitución en México  | 323 |
| a) "Banco del Atlántico y otros v. Congreso de la Unión"   | 323 |
| b) "Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión". Primer caso   | 323 |

|   |     |
|---|-----|
| c) "Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión". Segundo caso | 324 |
| § 63. El control de la Constitución en el Brasil                | 325 |
| § 64. El control de la Constitución en la Argentina             | 328 |
| a) El caso "Soria de Guerrero"                                  | 328 |
| b) El caso "Gastón Cotti"                                       | 330 |
| c) El caso "Ríos"   | 331 |
| d) El caso "Polino"   | 331 |
| 1) El voto mayoritario  | 333 |
| 2) Los votos concurrentes                                       | 335 |
| 3) Los votos en disidencia                                      | 336 |
| e) El caso "Romero Feris"                                       | 338 |
| 1) El voto mayoritario  | 340 |
| 2) El voto concurrente  | 341 |
| 3) El voto en disidencia  | 343 |
| f) El caso "Fayt"   | 345 |
| g) El caso "Colegio de Abogados de Tucumán"                     | 351 |

## **Capítulo V**

### **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

|   |     |
|---|-----|
| § 65. Introducción  | 355 |
| § 66. El principio de supremacía constitucional y sus cambios. Incorporación de la República Argentina al sistema interamericano: el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH | 358 |
| § 67. Obligación de los Estados de adecuarse al sistema interamericano de derechos humanos  | 362 |
| § 68. Obligación de respetar los derechos   | 362 |
| § 69. Obligación de organizar las estructuras del poder público   | 364 |
| § 70. Control de convencionalidad. Origen y evolución   | 364 |
| § 71. La interrelación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la jurisprudencia de tribunales extranjeros. El llamado diálogo interjurisdiccional      | 368 |
| § 72. El monólogo referencial con la Corte Suprema de los Estados Unidos en el ejercicio del control de constitucionalidad  | 369 |
| § 73. El diálogo interjurisdiccional con la Corte IDH. Sus distintas intensidades   | 371 |
| § 74. La cuestión de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH  | 372 |
| § 75. La obligatoriedad para todos los poderes públicos de los estados: efecto "erga omnes"   | 380 |
| § 76. El control de convencionalidad. Actuación de oficio   | 392 |
| § 77. La competencia de la Corte Interamericana en la verificación de la aplicación de control de convencionalidad  | 399 |

## **Capítulo VI**

### **EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SUS FACULTADES DE INTERPRETACIÓN**

|   |     |
|---|-----|
| § 78. La interconexión de los modelos y el activismo constitucional                   | 401 |
| § 79. El rol y el perfil del juez constitucional                                      | 403 |
| a) Su rol institucional   | 403 |
| b) Su perfil  | 404 |
| 1) Aspectos formales  | 404 |
| 2) Aspectos sustanciales  | 407 |
| a) Del porqué de la justicia constitucional   | 407 |
| b) La independencia, la imparcialidad y la responsabilidad                            | 409 |
| c) Preparación académica, trayectoria profesional y conducta personal                 | 412 |
| § 80. Los alcances de la interpretación del juez constitucional. Facultades y límites | 413 |
| a) El dilema de la "verdad" constitucional y de los modelos descriptivos              | 416 |
| b) La interpretación y el proceso convencional  | 420 |

|  |     |
|--|-----|
| c) Interpretación y derechos humanos   | 422 |
| d) Las convenciones interpretativas  | 423 |
| § 81. Reglas de interpretación constitucional  | 424 |
| a) Postulado sobre la eficacia de la Constitución  | 424 |
| b) Postulado sistemático   | 425 |
| c) Postulado sobre la unidad del ordenamiento jurídico   | 426 |
| d) Postulado que apela a la máxima funcionalidad del régimen político  | 427 |
| e) Postulado de la consolidación de los valores constitucionales   | 249 |
| f) Postulado que propugna la atención de las consecuencias sociales  | 429 |
| g) Postulado sobre el equilibrio entre la interpretación subjetiva y objetiva o entre lo estático y lo dinámico  | 429 |
| § 82. Interpretación y control de constitucionalidad. La evolución interpretativa en el ejercicio de control   | 430 |
| § 83. El principio de razonabilidad y proporcionalidad en la interpretación constitucional. Su desarrollo en los Estados Unidos de América, Europa y Argentina | 431 |
| a) Estados Unidos de América   | 433 |
| b) Europa  | 438 |
| c) Argentina   | 441 |
| § 84. Los siete modelos constitucionales de Lawrence Tribe. Las llamadas "libertades preferidas" y su interpretación   | 446 |
| § 85. Las reglas de interpretación del derecho de igualdad. Las categorías sospechosas   | 455 |
| a) La presunción de constitucionalidad de las normas. El "test de mera razonabilidad"  | 459 |
| b) La presunción de inconstitucionalidad de las normas. Las categorías sospechosas.  | 460 |
| c) ¿En qué casos se aplica el examen estricto de constitucionalidad?   | 462 |
| § 86. Conclusiones. ¿Vienen los jueces marchando?  | 465 |

## Capítulo VII

### HACIA UNA TEORÍA UNITARIA DEL CONTROL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

|   |     |
|---|-----|
| § 87. Democracia y Constitución. Un equilibrio difícil  | 471 |
| § 88. El "sistema unitario" de derechos y valores políticos en la democracia  | 474 |
| § 89. La libertad de expresión democrática y su perfil reforzado. Los distintos aportes de la doctrina estadounidense y europea   | 477 |
| § 90. La libertad de expresión político democrática y su protección en la jurisprudencia norteamericana   | 483 |
| § 91. El perfil del "sistema unitario" y el control de constitucionalidad. Primera aproximación hacia una teoría unitaria del control de constitucionalidad de los derechos políticos en la democracia constitucional | 486 |
| § 92. La interpretación de los derechos políticos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos   | 491 |
| § 93. Los estándares de protección de los derechos políticos edificados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos   | 494 |
| § 94. Condiciones habilitantes para el ejercicio de los derechos políticos. Las reglas sobre edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental   | 498 |
| § 95. La condena por juez competente en el proceso penal ¿es una cláusula cerrada?  | 502 |
| § 96. Las garantías del proceso   | 509 |
| § 97. Reflexiones e interrogantes constitucionales y procesales constitucionales  | 513 |

## CONCLUSIONES FINALES

## **Apéndice**

### **A) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES**

|   |     |
|---|-----|
| 1) Corte Interamericana de Derechos Humanos                   | 527 |
| 2) Tribunal Europeo de Derechos Humanos                       | 531 |
| 3) Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América | 532 |
| 4) Corte de Justicia de México                                | 534 |
| 5) Corte Constitucional de Colombia                           | 534 |
| 6) Corte Suprema de Justicia del Brasil                       | 534 |
| 7) Tribunal Constitucional alemán                             | 534 |
| 8) Tribunal Constitucional español                            | 535 |

### **B) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES NACIONALES**

|   |     |
|---|-----|
| 1) Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina | 537 |
| 2) Cámara Nacional Electoral                        | 543 |
| 3) Jurisprudencia de otros tribunales argentinos    | 544 |

|                     |     |
|---------------------|-----|
| <i>Bibliografía</i> | 545 |
|---------------------|-----|