

## 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	33
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

**A) MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

§ 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) SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

§ 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 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

#### **A) TENSIÓN POLÍTICA. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES**

§ 30.	Introducción	185
§ 31.	Competencia y control de constitucionalidad	186
§ 32.	Los primeros casos “políticos no judiciales”. Cuestiones políticas y cuestiones no judiciales	189
§ 33.	Posiciones doctrinales en torno a las cuestiones “políticas no judiciales”	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/ofi- cialización de listas de senadores y diputa- dos nacionales - elecciones del 23 de no- viembre 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) TENSION JUDICIAL. DEMOCRACIA, PODER JUDICIAL  
Y CONTRAMAYORÍA**

§ 37.	Introducción .....	210
§ 38.	La dificultad contramayoritaria y sus distintas in- tensidades .....	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

XVIII

ÍNDICE GENERAL

§ 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) TENSION 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 Mill 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

**D) Tensión Institucional. El rol institucional de las Cortes Supremas**

§ 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

**E) Tensión Soberana. El control de las reformas constitucionales**

§ 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. Carter, 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
-------	--------------------	-----



## ÍNDICE GENERAL

XXI

§ 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 .....	429
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

XXIV	ÍNDICE GENERAL	
§ 96.	Las garantías del proceso .....	509
§ 97.	Reflexiones e interrogantes constitucionales y procesales constitucionales .....	513

### **CONCLUSIONES FINALES**

.....	519
-------	-----

### **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