

LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA
Directores

Derecho constitucional comparado

1

La ciencia y el método

LUCIO PEGORARO

Traducción de
SABRINA RAGONE



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE
2016

ÍNDICE GENERAL

<i>Advertencias</i>	VII
<i>Abstract</i>	IX

INTRODUCCIÓN

.....	1
-------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LÉXICO DE LA COMPARACIÓN

§ 1. Delimitación del campo semántico: dos opciones en sentido amplio, una opción en sentido estricto (y un vocabulario mínimo)	7
1.1. Es una variable de “derecho” (mejor en sentido amplio)	11
1.2. Es una variable de “constitución” (mejor en sentido amplio)	16
1.3. Es una variable de “comparar” (mejor en sentido estricto)	19
§ 2. Visiones teóricas y visiones dogmáticas: la homologación objetiva entre Derecho constitucional y Derecho constitucional comparado. Derecho constitucional extranjero y Derecho comparado	21
§ 3. Definición (remisión)	31
§ 4. Un acercamiento analítico y la deconstrucción de los conceptos	32

CAPÍTULO II

LA COMPARACIÓN COMO MÉTODO
Y COMO CIENCIA

§ 1. La cuestión ciencia/método y su relación con los fines perseguidos (¿comparar para comparar, o emplear la comparación para estudiar el derecho nacional?)	45
§ 2. Vertiente ética de la comparación: el relativismo de una ciencia "laica"	65
§ 3. La comparación constitucionalista y los problemas en común con otras ciencias	68
§ 4. Comparación jurídica, comparación constitucionalista ...	70
§ 5. Aspectos históricos: desde un pasado "publicista" hasta hoy: la obra de los estudiosos del Derecho privado y el moderno Derecho comparado general	76
§ 6. El empleo de las categorías comparatistas del Derecho privado: ¿parasitismo metodológico o gemación en el Derecho constitucional comparado?	84
§ 7. La necesidad de enuclear los problemas distintos y elaborar metodologías propias y específicas para el objeto estudiado (las constituciones)	89

CAPÍTULO III

LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL
COMO FINALIDAD
(PARA "CONSTRUIR" LA CIENCIA)

PREMISA

§ 1. Factores de continuidad y discontinuidad en el objeto de investigación. (Lo que los comparatistas constitucionalistas deben usar, sin modificaciones, y lo que tienen que adaptar)	96
---	----

SECCIÓN I

VARIANTES E INVARIANTES METODOLÓGICAS

§ 1. Lenguaje, traducciones, conceptos	99
1.1. Desde las "leyes claras y concisas" en la edad de los códigos al Estado social y la globalización	101

1.2. Constitucionalismo y globalización lingüística	104
1.3. Traducciones y formantes implicados	107
1.4. Problemas antiguos de las traducciones	110
1.5. ... Y problemas nuevos: el ejemplo de la palabra "derechos" en el moderno léxico constitucional	116
1.6. El nomen en las clasificaciones	124
§ 2. Método/métodos	127
§ 3. Formantes	134
§ 4. El uso de los criptotipos y el "derecho mudo"	146
§ 5. Interdisciplinariedad	150
5.1. Problemas teóricos, problemas prácticos	150
5.2. Las disciplinas "de frontera"	154
5.2.1. Historia del derecho e Historia de las doctrinas políticas	155
5.2.2. Filosofía del derecho, Sociología del derecho y Antropología jurídica	161
5.2.3. Ciencia política	164
5.2.4. Otras ciencias sociales: Economía, Estadísticas, Geografía, Psicología	168
5.3. Ciencias formales o de la naturaleza	174
5.4. Las ciencias jurídicas "contiguas"	175
5.4.1. Derecho de la Unión Europea y Derecho internacional	177
§ 6. Los niveles de comparación	183
§ 7. Analogías y diferencias, comparabilidad, macro y micro-comparación, tertium comparationis	189
§ 8. Clasificaciones	198
§ 9. Elementos determinantes y elementos pertinentes	209
§ 10. Modelos y la dinámica de los modelos	232
§ 11. La circulación de los modelos entre prestigio e imposición	251

SECCIÓN II

VARIANTES E INVARIANTES OBJETIVAS

§ 1. Premisa	263
§ 2. Un problema compartido: la interpretación y la interpretación constitucional	265
§ 3. Clasificaciones: las interferencias mutuas	275
3.1. El concepto de familias jurídicas y sus influencias en la sistematización de la materia	275
3.2. Las formas de Estado	286
§ 4. Materias concurrentes	299
4.1. Las fuentes del derecho	299
4.2. La justicia constitucional	303

§ 5. El terreno de los constitucionalistas	311
5.1. Los derechos y libertades	311
5.2. El tipo de Estado	315
5.3. Las formas de gobierno	320
5.4. La organización del Estado	325

CAPÍTULO IV

LA COMPARACIÓN COMO MEDIO (PARA "USAR" LA CIENCIA)

§ 1. Funciones prácticas de la comparación	329
1.1. El estudio del derecho propio a través de la comparación	331
1.2. La construcción del derecho codificado	335
1.3. La edificación de derechos comunes (unificación/armonización del derecho)	340
1.4. El auxilio a los jueces	348
§ 2. Circulación (y disociación) entre formantes	359
2.1. Generalidad	359
2.2. En la elaboración de trabajos doctrinales	361
2.3. En la escritura de las leyes	364
2.4. En la motivación de las sentencias	367
§ 3. La circulación interformantes: de la doctrina a los formantes "dinámicos" (pero sólo donde la doctrina no es un formante dinámico)	372

CONCLUSIONES

§ 1. Constitucionalismo y globalización	377
§ 2. La armonización del derecho en la nueva Edad Media; la jurisprudencia entre sociedad y derecho codificado y el papel de la doctrina comparatista: guardián del legislador, juez de los jueces	382
§ 3. El Derecho comparado entre teoría general y derecho dogmático	384
<i>Bibliografía</i>	391

LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA
Directores

Derecho constitucional comparado

2

Sistemas constitucionales

LUCIO PEGORARO - ANGELO RINELLA

Capítulo IX de

SILVIA BAGNI, SERENA BALDIN, FIORAVANTE RINALDI,
MASSIMO RINALDI, GIORGIA PAVANI

Coordinadora

SABRINA RAGONE

Volumen A



G. Giappichelli Editore



ASTREA

£

BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2018

ÍNDICE GENERAL

Tomo 2, Volumen A

<i>Advertencia</i>	VII
<i>Abstract</i>	IX
<i>Premisa</i>	XI
<i>Bibliografía básica</i>	XXVII

CAPÍTULO I

EL MÉTODO COMPARATIVO: UN *SHORTCUT* PARA COMPRENDER EL MUNDO

§ 1. Delimitando el campo: “Derecho”; “Constitución”; “comparar” ...	1
§ 2. Una larga marcha para el Derecho comparado	7
§ 3. Derecho comparado, Derecho constitucional comparado, Derecho extranjero, Derechos internos: entre puentes y abismos	14
§ 4. Los componentes visibles y ocultos en el Derecho comparado: formantes, criptotipos, Derecho mudo	19
§ 5. El Derecho comparado y las cicatrices de la historia (las fronteras): más allá de finisterrae	24
§ 6. Más allá del Derecho: ciencias no jurídicas, ciencias jurídicas y el conocimiento del Derecho comparado	30
6.1. Lingüística, Traductología, Derecho	31
6.2. Historia del Derecho, el Derecho como historia e Historia de las doctrinas políticas	35
6.3. Filosofía del Derecho, Sociología del Derecho y Antropología jurídica	37

6.4. Ciencia política y Derecho comparado: entre <i>sein</i> y <i>sollen</i>	39
6.5. Ciencias sociales al servicio de la comparación: Economía, Estadística, Geografía, Psicología	42
§ 7. Clasificaciones, elementos pertinentes y elementos determinantes	45
§ 8. Los modelos y sus dinámicas	49
§ 9. Los niveles de la comparación	54
§ 10. Teleología e instrumentalidad de la comparación: las funciones auxiliares	56
10.1. Conocerse a sí mismo a través de los otros: el estudio del propio Derecho	56
10.2. Auxiliar al legislador	57
10.3. Edificar Derechos comunes: la unificación y la armonización del Derecho	58
10.4. Proporcionar fundamentos al <i>reasoning</i> de los jueces ...	61
§ 11. Las diferencias y la uniformidad globalizante	65

CAPÍTULO II

FAMILIAS JURÍDICAS Y FORMAS DE ESTADO: DIVERSIDAD Y CONVERGENCIA

I. PREMISA	70
------------------	----

SECCIÓN I

LAS FAMILIAS JURÍDICAS

§ 1. Definición y tipologías clasificatorias	73
§ 2. Raza, ideología, tradiciones, religión, estructuras jurídicas, en la base de las clasificaciones de tipo absoluto	75
§ 3. El tiempo y el espacio: las familias jurídicas según las clasificaciones de tipo relativo	77
§ 4. Clasificaciones <i>fuzzy</i> de las familias jurídicas	78
§ 5. Familias jurídicas vs formas de Estado: la convergencia entre Derecho comparado y Derecho constitucional comparado	80

SECCIÓN II

LAS FORMAS DE ESTADO

§ 1. El concepto de forma de Estado y los criterios de clasificación	85
1.1. Definiciones y criterios de clasificación	86
1.2. Fenomenologías contemporáneas	93
§ 2. Una forma de Estado histórica: el Estado absolutista como primera forma de Estado moderno; del absolutismo al Estado policial	95
§ 3. Las formas de Estado emanadas de la revolución burguesa (y derivadas del constitucionalismo)	100
3.1. <i>La richesse et les lumières</i> : el logro de la burguesía y la oligarquía censitaria	100
3.2. El Estado de democracia pluralista y el Estado social ..	107
3.2.1. Democracia representativa, democracia directa y democracia participativa: la expresión del principio democrático	112
3.2.2. Federalismo; regionalismo: la prevalencia de formas de "Estado institucionalmente descentralizado" (reenvío)	115
§ 4. Un híbrido: la incorporación de las culturas autóctonas en el ámbito de las formas de Estado con separación de poderes (el <i>Caring State</i>)	116
§ 5. Dictaduras	118
§ 6. Forma de Estado totalitaria	121
§ 7. El nacionalismo socialista árabe	123
§ 8. La forma de Estado socialista y la nueva forma de Estado chino	129
8.1. La forma de Estado socialista clásica	130
8.2. La forma de Estado china socialista-liberal	134
§ 9. El factor religioso en la clasificación de las formas de Estado	135
9.1. Religión y Estado	136
9.2. La forma de Estado teocrática y la teocracia constitucional	142
9.3. Las experiencias de Afganistán y de Irán; el Califato yihadista	145
§ 10. Globalización y metamorfosis de las formas contemporáneas de Estado	147

CAPÍTULO III

**DOCTRINAS CONSTITUCIONALES:
ALINEAMIENTOS Y FRACTURAS ENTRE RELIGIÓN,
CULTURA, POLÍTICA Y DERECHO**

I. PREMISA	151
------------------	-----

SECCIÓN I

EL CONSTITUCIONALISMO Y SUS DECLINACIONES

§ 1. El constitucionalismo clásico	153
§ 2. El neoconstitucionalismo	159
§ 3. El "nuevo constitucionalismo"	161

SECCIÓN II

**DOCTRINAS CONSTITUCIONALES
SIN CONSTITUCIONALISMO**

§ 1. Constituciones con constitucionalismo, Constituciones sin constitucionalismo y constitucionalismo sin Constitución formal	165
§ 2. La función decorativa de las Constituciones en los regímenes autocráticos	167
§ 3. Teorías soviéticas del constitucionalismo	173
§ 4. Filosofías, religiones y doctrinas políticas vs Constituciones en los países africanos y asiáticos	176
4.1. Un caso emblemático: "Constituciones" y "constitucionalismo" con tinta china	181
§ 5. Teocracia y Constituciones	185

CAPÍTULO IV

LA CONSTITUCIÓN

§ 1. "Constitución": un concepto polisémico	190
---	-----

§ 2. Clasificaciones de las Constituciones: algunas propuestas de la doctrina	195
§ 3. Constituciones y factores disociativos	199
§ 4. Ciclos constitucionales	202
§ 5. Constituciones <i>leader</i> y circulación de los modelos constitucionales: imposición y prestigio	205
§ 6. La legitimidad de las Constituciones: clasificaciones tradicionales y taxonomías contemporáneas	211
6.1. Interpretaciones diacrónicas: Rey, Estado, nación, pueblo	212
6.2. Perspectivas contemporáneas: la dinámica de la soberanía interna y externa	218
§ 7. Génesis de las Constituciones	223
7.1. La aspiración hacia lo eterno: el criterio formal y el principio de continuidad	223
7.2. Los procesos de formación de las Constituciones autócráticas, socialistas, democráticas	226
§ 8. Estructura de las Constituciones: Constituciones consuetudinarias/escritas y de texto único/múltiple	230
§ 9. Las Constituciones en el tiempo: provisionales/estables	235
§ 10. Sociedad homogénea y sociedad dividida: rigidez/flexibilidad constitucional y la variante federal	237
§ 11. Una segunda recaída de la complejidad social: el contenido de las Constituciones (largas/cortas; integración; hiperconstitucionalización)	240
§ 12. Las Constituciones "sustanciales y/o simbólicas": preámbulos y declaraciones	247
§ 13. El lenguaje de las Constituciones: una delegación a favor de la evolución	255
§ 14. Interpretar la Constitución	259

CAPÍTULO V

LAS FUENTES DEL DERECHO

SECCIÓN I

**LAS FUENTES EN EL DERECHO COMPARADO
Y EN LOS DERECHOS NACIONALES**

§ 1. Definiciones dogmáticas y definiciones teóricas	269
§ 2. Poliformismo y tipología de las fuentes	272

SECCIÓN II

**ANTES DEL DERECHO POSITIVO:
LAS FUENTES DE LEGITIMACIÓN**

§ 1. Premisa: los criterios de producción	277
§ 2. "Haz lo que hicieron los padres": tradiciones, usos y costumbres	278
§ 3. "Compórtate según los acuerdos": convenciones y tratados	282
§ 4. "Obedece a Dios": el Derecho divino y el Derecho con bases religiosas	285
4.1. Derecho hebreo	288
4.2. Derecho canónico	290
4.3. Derecho musulmán	291
§ 5. "Sigue la razón": el Derecho jurisprudencial	292
5.1. Los <i>responsa</i> (pareceres) de los doctos (Derecho romano, Islam, Derecho hindú)	292
5.2. "Los Señores del Derecho": los jueces y la interpretación ..	296
5.3. Derecho transnacional	299
5.4. <i>El common law</i>	300
5.4.1. Los orígenes	301
5.4.2. La jurisdicción de <i>equity</i>	303
5.4.3. Circulación del modelo	306
5.4.4. El precedente judicial y el <i>stare decisis</i>	307
5.4.5. <i>Statute law</i> e interpretación en los sistemas de <i>common law</i>	310
§ 6. Los modelos hegemónicos: <i>common law</i> vs Derecho codificado	312
§ 7. "Obedece al <i>leader</i> político": el Derecho de los Parlamentos y los Gobiernos (pero también de los jefes tribales y dictadores); el Derecho ideológico	314
7.1. El <i>civil law</i> de la gran codificación a la crisis de la ley	316
7.2. El <i>soft law</i> : ¿un no-Derecho?	322
7.3. La producción normativa en estado de crisis	324

SECCIÓN III

FUENTES-ACTO DEL DERECHO OCCIDENTAL

§ 1. Premisa: Estado social y rigidez de la Constitución	327
--	-----

§ 2. La Constitución como meta-fuente	330
§ 3. La ley (en general y dentro del <i>common law</i>)	332
3.1. La reserva de ley	334
3.2. "Administrativización" de la ley y leyes formales	336
3.3. El procedimiento de formación	337
3.3.1. Activación del procedimiento: la fase de iniciativa	338
3.3.2. La fase constitutiva y el papel de las comisiones	341
3.3.3. Monarcas y Presidentes en el proceso legislativo: sanción, promulgación, veto, reenvío	343
3.3.4. <i>Ignorantia legis non excusat</i> : la publicación	345
§ 4. La intervención de las minorías y de la sociedad en el proceso de decisión: leyes reforzadas, leyes atípicas, leyes orgánicas ..	346
§ 5. El ejecutivo-legislador	350
5.1. Exigencias de coherencia, técnica y organicidad: la legislación delegada	350
5.2. Más allá de la emergencia: decretos y ordenanzas de necesidad	352
5.3. <i>Subordinate legislation</i> en el <i>common law</i>	355
§ 6. Las fuentes de los entes territoriales autónomos	356
6.1. Constituciones y Estatutos	357
6.2. El reparto de las competencias entre centro y periferia ..	358
§ 7. Fuentes de la Unión Europea y Derechos internos (reenvío) ..	361
§ 8. La legislación material del ejecutivo: los reglamentos	361
§ 9. Otras fuentes del Derecho	364
9.1. Auto-regulación: los reglamentos de las Cámaras parlamentarias	364
9.2. Sentencias constitucionales (reenvío)	367
9.3. El pueblo legislador: el referéndum (reenvío)	367
§ 10. ¿Normas o matrices de normas?: los principios del Derecho ..	367

CAPÍTULO VI

DERECHOS, LIBERTADES Y GARANTÍAS

SECCIÓN I

DERECHOS Y LIBERTADES

§ 1. Problemas de definición, metodológicos y clasificadores	373
--	-----

1.1. Definiciones	373
1.2. Las clasificaciones de los derechos y de las libertades: los elementos pertinentes	384
1.3. Derechos y doctrinas políticas	388
§ 2. Génesis y desarrollo de los derechos y de las libertades fundamentales	392
§ 3. Las clasificaciones de los derechos fundamentales: el criterio generacional	396
§ 4. De la "preexistencia" a los procesos de codificación de los derechos	405
§ 5. El "relativismo" de los derechos: los límites	416
§ 6. Las dinámicas de los derechos reivindicados	418
§ 7. Universalismo e internacionalización de los derechos	420
§ 8. Universalismo vs localismo de los derechos: en búsqueda de un difícil equilibrio	424
8.1. Clonación del universalismo: la regionalización de los derechos en Europa	425
8.2. Una regionalización conflictiva y no universalista: las cartas de los derechos en América	428
8.3. Individualismo vs comunitarismo en las cartas africanas	431
8.4. <i>Clash of interests</i> : regionalización de los derechos en el mundo árabe	434
8.5. Derechos humanos y valores asiáticos	438
§ 9. <i>Egalité</i> : génesis y desarrollo de un principio bifronte	442

SECCIÓN II

LA TUTELA DE LOS DERECHOS

§ 1. Los instrumentos de tutela	447
1.1. Técnicas de garantía institucional	448
1.2. Medios políticos	449
1.3. Medios cuasi-jurisdiccionales: el <i>Ombudsman</i>	450
1.4. Medios jurisdiccionales	452
§ 2. La jurisdicción constitucional de la libertad	452
2.1. Amparo y <i>Beschwerde</i> : nacimiento y difusión	456

2.2. Perfiles comparativos de los recursos directos de protección	463
§ 3. La protección "multinivel"	467
§ 4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	470
§ 5. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	473
§ 6. La protección supranacional de los derechos fuera de Europa	476
6.1. América	476
6.2. África	478
6.3. Mundo islámico y Asia	480

CAPÍTULO VII

EL TIPO DE ESTADO: LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y LA PLURINACIÓN

§ 1. Conceptos generales	481
§ 2. Léxico de la descentralización política y administrativa	485
§ 3. Estado Unitario, descentralización administrativa y autonomías locales	490
§ 4. Las teorías sobre el federalismo y el Estado policéntrico	503
§ 5. Prototipos y modelos de Estado federal	508
§ 6. La difusión del Estado federal	516
6.1. Influencias estadounidenses en el mundo anglosajón ...	517
6.2. ... y en el <i>civil law</i>	522
6.3. Otros federalismos o pseudo-federalismos	525
§ 7. El Estado regional	530
§ 8. Las (supuestas) diferencias entre Estado regional y ordenamientos federales	538
§ 9. Experiencias excéntricas	542
§ 10. Pulsiones confederales y la Unión Europea	545
§ 11. Criterios relevantes para clasificaciones dúctiles y el carácter no ideológico de las clasificaciones; federalismos de asimilación y de reconocimiento	551
§ 12. Territorialidad y otras autonomías	564

CAPÍTULO VIII

LAS FORMAS DE GOBIERNO

§ 1.	Las formas de gobierno: definición y relaciones con las formas de Estado	568
§ 2.	La Monarquía absoluta como (única) forma de gobierno del Estado absoluto	573
§ 3.	Las formas de gobierno en los ordenamientos sin separación de poderes	574
3.1.	La dictadura como forma de gobierno del Estado autocrático: crítica	575
3.2.	Las formas de gobierno del Estado totalitario	577
3.3.	Las formas de gobierno del Estado socialista	579
3.4.	Las formas de gobierno en los Estados islámicos	582
§ 4.	El principio de la separación de poderes (reenvío)	583
§ 5.	Formas de gobierno constitucionales puras y formas de gobierno constitucionales parlamentarias; formas "dualísticas" y formas "monísticas" del régimen parlamentario; sistemas asamblearios	584
§ 6.	Principales formas de gobierno en las democracias contemporáneas; la incidencia de los sistemas de partidos	587
§ 7.	La forma de gobierno presidencial de los Estados Unidos de América y su (anómala) circulación	589
§ 8.	"Hipersemipresidencialismo": el sistema de gobierno de la Federación Rusa	597
§ 9.	Formas de gobierno parlamentarias contemporáneas y sus variantes: en particular, el premierato británico (modelo fértil) y el cancillerato alemán (modelo estéril)	600
9.1.	Evolución del parlamentarismo en el Reino Unido	602
9.2.	El cancillerato alemán	606
9.3.	La circulación del parlamentarismo y sus declinaciones ..	608
§ 10.	La forma de gobierno semipresidencial: el modelo francés y sus imitaciones	609
10.1.	El arquetipo francés	609
10.2.	Exportación unidireccional	613
10.3.	La circulación del prototipo en la Europa Centro-Oriental: de la transición a la consolidación	615
§ 11.	Un modelo no exportable: la forma de gobierno directorial de Suiza	620

§ 12.	Un experimento abandonado: la forma de gobierno "semi-parlamentario" (o "del primerazgo"); la singular experiencia de Sudáfrica	622
§ 13.	El empoderamiento del ejecutivo en las actuales democracias y división de los poderes: dirección política activa, órganos de garantía y balances recíprocos	625
§ 14.	Clasificaciones dúctiles: entre presidencialismo y parlamentarismo (y entre formas de Estado con o sin separación de los poderes)	629

CONTENIDO DEL VOLUMEN B

CAPÍTULO IX. La organización del Estado	2
Sección I. La organización del pueblo (representación, democracia directa, partidos políticos y sistemas electorales)	5
Sección II. El Parlamento	103
Sección III. El jefe del Estado	147
Sección IV. El gobierno	179
Sección V. El poder judicial	209
CAPÍTULO X. Garantías constitucionales y protección de la Constitución ..	275
Sección I. Justicia constitucional	275
Sección II. Reforma constitucional	389
Sección III. Protección ideológica de la Constitución	427

LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA
Directores

Derecho constitucional comparado

2

Sistemas constitucionales

LUCIO PEGORARO - ANGELO RINELLA

Capítulo IX de

SILVIA BAGNI, SERENA BALDIN, FIORAVANTE RINALDI,
MASSIMO RINALDI, GIORGIA PAVANI

Coordinadora

SABRINA RAGONE

Volumen B



G. Giappichelli Editore



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2018

ÍNDICE GENERAL

Tomo 2, Volumen B

CONTENIDO DEL VOLUMEN A

CAPÍTULO I. El método comparativo: un shortcut para comprender el mundo	1
CAPÍTULO II. Familias jurídicas y formas de Estado: diversidad y convergencia	70
Sección I. Las familias jurídicas	73
Sección II. Las formas de Estado	85
CAPÍTULO III. Doctrinas constitucionales: alineamientos y fracturas entre religión, cultura, política y derecho	151
Sección I. El constitucionalismo y sus declinaciones	153
Sección II. Doctrinas constitucionales sin constitucionalismo	165
CAPÍTULO IV. La Constitución	190
CAPÍTULO V. Las fuentes del derecho	269
Sección I. Las fuentes en el derecho comparado y en los derechos nacionales ...	269
Sección II. Antes del derecho positivo: las fuentes de legitimación	277
Sección III. Fuentes-acto del derecho occidental	327
CAPÍTULO VI. Derechos, libertades y garantías	373
Sección I. Derechos y libertades	373
Sección II. La tutela de los derechos	447
CAPÍTULO VII. El tipo de Estado: la organización territorial y la plurinación	481
CAPÍTULO VIII. Las formas de gobierno	568

CAPÍTULO IX**LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO**

INTRODUCCIÓN	2
--------------------	---

SECCIÓN I**LA ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO (REPRESENTACIÓN, DEMOCRACIA DIRECTA, PARTIDOS POLÍTICOS Y SISTEMAS ELECTORALES)**

§ 1. El pueblo soberano	5
§ 2. Democracia: delimitación estipulativa del concepto	14
§ 3. Los orígenes de la democracia: la "democracia directa"	18
§ 4. La democracia moderna como "democracia representativa"	23
§ 5. Los sistemas electorales	28
§ 6. Entre sociedad y Estado: los partidos políticos	38
6.1. Perfiles históricos; partidos y otras formaciones sociales	39
6.2. Una mirada fuera de Occidente y América Latina	44
6.3. Disciplina jurídica y constitucionalización (naturaleza jurídica, límites internos, financiamiento)	50
6.4. Tipos: partidos "presentes" y partidos "intermitentes"; partidos de sistema y anti-sistema; la crisis de los partidos y los partidos anti-política	58
6.5. Partidos y formas de Estado; el partido único	62
6.6. Modelos de partidos y formas de gobierno	64
§ 7. La democracia representativa integrada por la democracia directa	66
7.1. El caso suizo: ¡democracia directa a todas horas!	67
7.2. <i>Initiative</i> y referéndum en los Estados miembros americanos	70
7.3. La circulación y la (a menudo fatigosa) afirmación de los institutos de la legislación popular en el mundo	73
7.4. La revocación del mandato	81
§ 8. La democracia representativa integrada por la democracia participativa	85
§ 9. <i>E-democracy</i> : un "meta-instrumento" al servicio de los derechos de participación política	98

SECCIÓN II**EL PARLAMENTO**

§ 1. Antecedentes históricos	103
§ 2. Perfiles estructurales	108
2.1. Unicameralismo, bicameralismo, Parlamento en sesión conjunta	109
2.2. La composición	113
§ 3. La duración de la legislatura y la disolución anticipada	118
§ 4. Prerrogativas institucionales y estatuto jurídico de los parlamentarios	121
§ 5. La organización interna	126
§ 6. Las funciones	132
§ 7. Modos de funcionamiento y procedimientos de toma de decisiones	140
§ 8. Parlamentos débiles o fuertes, que toman decisiones, controladores o ratificadores	143

SECCIÓN III**EL JEFE DEL ESTADO**

§ 1. Léxico y contexto histórico	147
§ 2. Las teorías acerca del jefe del Estado	152
§ 3. Los métodos de elección	154
§ 4. Duración del mandato y causas de cese anticipadas	162
§ 5. Poderes	167
§ 6. Responsabilidad política y penal	171
§ 7. Los jefes de Estado, hoy: forma de Estado, forma de gobierno, forma institucional, factores extra-jurídicos	175

SECCIÓN IV**EL GOBIERNO**

§ 1. Orígenes históricos	179
--------------------------------	-----

§ 2. La estructura	186
§ 3. El procedimiento de formación	195
§ 4. La crisis de gobierno	199
§ 5. Los poderes	203
§ 6. Ejecutivos cada vez más fuertes	207

SECCIÓN V

EL PODER JUDICIAL

§ 1. Trasfondo histórico	209
§ 2. <i>Iurisdictio</i>	211
2.1. <i>Iurisdictio</i> como parte del <i>imperium</i>	211
2.2. <i>Iurisdictio</i> más allá del <i>imperium</i> : el poder judicial como corolario del principio de separación de poderes	215
§ 3. Perfiles teóricos: poder judicial y función judicial	222
§ 4. "Dar justicia": pluralidad de soluciones	228
4.1. La justicia indígena	230
4.2. La justicia religiosa: el caso del Islam	232
§ 5. La organización de la magistratura en Occidente	237
5.1. Modelo anglosajón vs modelo francés	239
5.1.1. Modalidad de reclutamiento y formación cultural de los jueces	240
5.1.2. El Ministerio Fiscal	246
5.1.3. Los órganos de autogobierno	249
§ 6. Tendencias actuales del " <i>jus dicere</i> " en el mundo globalizado	253
6.1. La expansión del poder judicial: jurisdiccionalización de la política y politización de la justicia	257
6.2. La "unicidad" de la jurisdicción estatal en crisis	259
6.2.1. La erosión desde el interior: <i>Alternative Dispute Resolution</i> (ADR) y otras formas no autoritativas de jurisdicción	260
6.2.2. La concurrencia externa: el Derecho transnacional y supranacional (reenvío)	266
6.3. La justicia transicional y de la reconciliación	267

CAPÍTULO X

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
Y PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

SECCIÓN I

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

§ 1. Premisa	275
1.1. Cuestiones definitorias y metodológicas	275
1.2. Del Derecho ático al caso Bonham	277
1.3. La "vía francesa" de control de las leyes	280
§ 2. Del control "político" al control abstracto y preventivo, pero jurisdiccional, en la Francia de la segunda postguerra, hasta la introducción del control incidental y sucesivo	281
2.1. El control de constitucionalidad en la IV República	281
2.2. Evolución a lo largo de la V República	281
§ 3. El control "político"	285
3.1. Los países socialistas: la unidad del poder estatal y el rechazo del control externo	285
3.2. El jefe del Estado como "guardián de la Constitución": la supervivencia (aunque marginal) de un modelo	287
3.3. Otras formas de control "interno" o "político"	288
3.4. El control religioso: entre forma y sustancia	290
§ 4. El control jurisdiccional, concreto y (en parte) difuso: la <i>judicial review of legislation</i> en los Estados Unidos de América	291
4.1. Aspectos históricos	291
4.2. Características de la <i>judicial review</i> en los Estados Unidos	293
§ 5. La <i>Verfassungsgerichtsbarkeit</i>	296
5.1. La teoría de Hans Kelsen	296
5.2. La aplicación en la Constitución austriaca de 1920	298
§ 6. Elementos de difusión y de concentración en el control incidental de constitucionalidad	299
6.1. El sistema italiano	300
6.2. La solución alemana	303
§ 7. Control difuso y pulsiones centralizadoras en Europa y América Latina	305

§ 8.	Circulación de los modelos	310
8.1.	Circulación del control previo	311
8.2.	El control difuso en los ordenamientos de <i>common law</i> y su recepción en el <i>civil law</i>	313
8.3.	Hacia la concentración del control: la reafirmación de los modelos de control concentrado	317
8.4.	Un rito en expansión: el control incidental en España, en Francia y en el resto del mundo	319
8.5.	Soluciones anómalas: Bélgica y Suiza	322
§ 9.	Garantizando la independencia: la selección de los jueces de los Tribunales Supremos y de los especializados	325
9.1.	Los Tribunales ordinarios	325
9.2.	Los Tribunales Constitucionales especializados	328
§ 10.	<i>Right to stand</i> : el acceso a los Tribunales Constitucionales	332
10.1.	El recurso directo	333
10.2.	La tutela de la libertad y de los derechos de los particulares: perfiles procesales de amparo y <i>Verfassungsbeschwerde</i>	336
§ 11.	Tipología y "autoridad" de las decisiones de constitucionalidad	341
11.1.	Las sentencias constitucionales como fuentes del Derecho	344
11.2.	El "arsenal" de las Cortes: sentencias estimativas, sentencias de rechazo, sentencias interpretativas y otros tipos de pronunciamientos	346
11.3.	Los jueces y la sujeción a las sentencias de constitucionalidad	349
11.4.	Diálogos y monólogos: los jueces constitucionales y el legislador	351
11.5.	El dominio sobre el tiempo: la eficacia temporal de los pronunciamientos	352
§ 12.	El "discurso" de los Tribunales y su "auditorio"; límites a la actividad de los Tribunales	355
12.1.	Procesos de decisión (o "de invención") y procesos de justificación (o "de validación")	355
12.2.	Límites a la actividad de los Tribunales	360
12.2.1.	Las estructuras lingüísticas	361
12.2.2.	Límites jurídico-institucionales	361
12.2.3.	Límites de naturaleza política	362
§ 13.	<i>Overbooking</i> : las "funciones ulteriores" de los Tribunales Constitucionales	365
§ 14.	Desde los modelos a los sistemas	370
14.1.	Reclasificando la justicia constitucional: la mistificación de los modelos y la reconstrucción empírica	372

14.2.	Un cambio de perspectiva: la ampliación del parámetro y del objeto (y por lo tanto el cambio de la naturaleza) de la justicia constitucional	379
§ 15.	Hiperactivismo judicial y teorías justificacionistas	382

SECCIÓN II

REFORMA CONSTITUCIONAL

§ 1.	Poder constituyente, poder constituido y reforma constitucional: un <i>puzzle</i> sin respuesta unívoca	389
§ 2.	Grados de rigidez y procedimientos de revisión	392
§ 3.	Cambiar sin tocar el texto: las revisiones implícitas	397
3.1.	Cambios a través de las costumbres y las convenciones constitucionales	399
3.2.	Cambios a través de normas	401
3.3.	La revisión jurisprudencial y el papel de los Tribunales Constitucionales	405
§ 4.	Límites a la revisión	410
4.1.	Límites expresos	410
4.2.	Límites implícitos	412
4.3.	Límites lógicos	414
§ 5.	Derogaciones, rupturas, normas supletorias/devolutivas, suspensiones	417

SECCIÓN III

PROTECCIÓN IDEOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

§ 1.	Instrumentos de protección y democracia militante	427
§ 2.	Modelos clásicos de protección	433
§ 3.	Clases y circulación de modelos de protección	437
§ 4.	Procedimientos, sujetos pasivos de la protección/represión, factor temporal	443
<i>Bibliografía</i>		447

LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA
Directores

Derecho constitucional comparado

3

Constituciones y fuentes del derecho

LUCIO PEGORARO - ANGELO RINELLA

Traducción de
DIEGO A. BOTERO URQUIJO



G. Giappichelli Editore



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2019

ÍNDICE GENERAL

Tomo 3

<i>Advertencia</i>	IX
<i>Abstract</i>	XI

INTRODUCCIÓN

.....	1
-------	---

CAPÍTULO I

FUENTES DEL DERECHO Y COMPARACIÓN

§ 1. Semántica de “fuentes del Derecho”	7
§ 2. Poliformismo de las fuentes	15
§ 3. Los principios del Derecho	18
§ 4. Fuentes y familias jurídicas	20
§ 5. Fuentes y formas de Estado	24
§ 6. Fuentes y tipo de Estado	26
§ 7. Fuentes y formas de gobierno	28

CAPÍTULO II

LAS FUENTES DE LEGITIMACIÓN

§ 1. Los criterios de producción	31
§ 2. “Haz lo que hicieron los padres”: las tradiciones y las costumbres	32
§ 3. “Compórtate según los acuerdos”: tratados y las <i>conventions of the Constitution</i>	38

§ 4. “Obedece a Dios”: el Derecho con bases religiosas y el Derecho divino	45
4.1. El derecho con bases religiosas	46
4.1.1. Derecho hindú	46
4.1.2. Derecho chino	50
4.1.3. Derecho japonés	53
4.1.4. Derecho indígena	55
4.2. Derecho divino	59
4.2.1. Derecho hebreo	59
4.2.2. Derecho canónico	62
4.2.3. Derecho musulmán	63
§ 5. “Sigue la razón”: el Derecho jurisprudencial	67
5.1. Los <i>responsa</i> (pareceres) de los doctos	68
5.2. Los jueces y la interpretación	73
5.3. Derecho transnacional	76
§ 6. El <i>common law</i>	78
6.1. Los orígenes	79
6.2. La <i>equity</i>	81
6.3. El precedente judicial y el <i>stare decisis</i>	84
6.4. <i>Statute law</i> e interpretación en el <i>common law</i>	87
6.5. Circulación del modelo	89
§ 7. “Obedece al jefe”: el Derecho de las Asambleas y líderes políticos; el Derecho ideológico	91
7.1. El <i>civil law</i> de la codificación decimonónica al <i>Welfare State</i>	95
7.2. El <i>soft law</i> : ¿un no-Derecho?	101
7.3. Las fuentes de la emergencia	104

CAPÍTULO III

FUENTES CONSTITUCIONALES: CONSTITUCIÓN E HÍPER-CONSTITUCIÓN

SECCIÓN I

CONSTITUCIONES

§ 1. Premisa	115
§ 2. Polisemia de “Constitución” (y elementos sobre clasificaciones)	116
§ 3. Constituciones, clasificaciones y factores disociativos	122

§ 4. Constituciones <i>leader</i> y circulación de los modelos constitucionales: imposición y prestigio	127
§ 5. La legitimidad de las Constituciones	136
5.1. Las fuentes de la soberanía: Rey, Estado, nación, pueblo	136
5.2. La dinámica de la soberanía interna y externa	138
§ 6. Génesis de las Constituciones	146
6.1. La aspiración hacia lo eterno: el criterio formal y el principio de continuidad	146
6.2. Los procesos de formación de las Constituciones	149
§ 7. Estructura de las Constituciones: Constituciones consuetudinarias/escritas y de texto único/múltiple	154
§ 8. El tiempo y las Constituciones: provisionales/estables	157
§ 9. Sociedad homogénea y sociedad dividida: rigidez/flexibilidad constitucional y la variante federal	160
§ 10. El contenido de las Constituciones (largas/cortas; integración; híper-constitucionalización)	162
§ 11. Las Constituciones “sustanciales” y/o “simbólicas”: preámbulos y declaraciones	168
§ 12. El lenguaje de las Constituciones: una delegación a favor de la evolución	175
§ 13. Interpretar la Constitución	178
§ 14. La Constitución como meta-fuente	187

SECCIÓN II

HÍPER-CONSTITUCIÓN Y REFORMAS CONSTITUCIONALES

§ 1. Premisa	189
§ 2. Poder constituyente, poder constituido y reforma constitucional	192
§ 3. Rigidez variable y procedimientos de revisión	195
§ 4. Cambiar sin tocar el texto: las revisiones implícitas	200
4.1. Costumbres y convenciones constitucionales	201
4.2. Cambios a través de normas	202
4.3. La revisión judicial	206
§ 5. Límites a la revisión	210
5.1. Límites expresos	210
5.2. Límites implícitos	211
5.3. Límites lógicos	214

CAPÍTULO IV
FUENTES-ACTO:
LA UBICUIDAD DE LOS ARQUETIPOS
OCCIDENTALES

§ 1.	Estado social y rigidez de la Constitución	217
§ 2.	El pueblo legislador	220
§ 3.	La ley (en general y dentro del <i>common law</i>)	226
3.1.	La reserva de ley	229
3.2.	“Administrativización” de la ley y leyes formales	231
3.3.	El procedimiento de formación	233
3.3.1.	Activación del procedimiento: la fase de iniciativa	235
3.3.2.	El papel de las comisiones y modalidades de decisión	238
3.3.3.	Las segundas Cámaras	241
3.3.4.	Monarcas y Presidentes en el proceso legislativo: sanción, promulgación, veto, reenvío	242
3.3.5.	<i>Ignorantia legis non excusat</i> : la publicación	245
§ 4.	Agravaciones en el proceso de decisión: leyes reforzadas, leyes atípicas, leyes orgánicas	246
§ 5.	El ejecutivo-legislador	251
5.1.	La legislación delegada	251
5.2.	Decretos y ordenanzas de necesidad	253
5.3.	<i>Subordinate legislation</i> en el <i>common law</i>	255
§ 6.	Las fuentes descentralizadas	257
6.1.	Constituciones y Estatutos	258
6.2.	El reparto de las competencias entre centro y periferia ..	259
§ 7.	La Unión Europea: las fuentes y la recepción en los Derechos internos	268
§ 8.	La legislación material del ejecutivo: los reglamentos	271
§ 9.	Auto-regulación: los reglamentos de las Cámaras parlamentarias	275
§ 10.	Sentencias constitucionales	277
	<i>Bibliografía</i>	281

LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA
Directores

Derecho constitucional comparado

4

Sistemas de justicia constitucional

LUCIO PEGORARO

Traducción de
MANUEL FONDEVILA MARÓN



G. Giappichelli Editore



ASTREA

BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2020

ÍNDICE GENERAL

Tomo 4

<i>Advertencia</i>	IX
<i>Abstract</i>	XI

INTRODUCCIÓN

§ 1. Definiciones	1
§ 2. Metodología	13
§ 3. Historia: la idea de <i>lex superior</i> , los antiguos precedentes y la positivización del parámetro	16

PARTE PRIMERA

LOS MODELOS Y LA TEORÍA DE LOS MODELOS TRADICIONAL

PREMISA

§ 1. Las clasificaciones de la doctrina entre el conformismo y la innovación	25
--	----

CAPÍTULO I**CONTROL POLÍTICO VS CONTROL JURISDICCIONAL**

§ 1. El control político	35
1.1. La "vía francesa" de control de las leyes: rasgos históricos y dinámica del modelo	37
1.2. El Jefe del Estado: ¿garante o custodio de la Constitución?	45
1.3. El control de constitucionalidad "interno"	48
1.4. Los ordenamientos socialistas	51
1.5. El control "religioso"	54
1.6. La función integrativa del control político	55
§ 2. El control jurisdiccional	56
2.1. La bipartición clásica (y generalmente aceptada) entre concentrado y difuso	57
2.2. Génesis de la <i>judicial review of legislation</i> en los Estados Unidos de América	57
2.3. El control de constitucionalidad en los Estados Unidos ...	61
2.4. La <i>Verfassungsgerichtsbarkeit</i> kelseniana y su aplicación en la Constitución austríaca de 1920	64

CAPÍTULO II**EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LA DICOTOMÍA CONCENTRADO/DIFUSO; MODELOS Y SISTEMAS COMPLEJOS**

§ 1. Notas preliminares	71
-------------------------------	----

SECCIÓN I**LA CIRCULACIÓN DE MODELOS**

§ 1. Modelos hegemónicos y exportación	75
§ 2. Recepciones del modelo previo	79
§ 3. La circulación del control difuso en los ordenamientos de <i>common law</i>	83

§ 4. El control difuso en los ordenamientos de <i>civil law</i> ; influencia estadounidense y recepciones aparentes	88
§ 5. La consolidada propagación del control concentrado	96

SECCIÓN II**HIBRIDACIÓN DE LOS MODELOS Y POLIMORFISMO DE LOS SISTEMAS**

§ 1. Premisa	105
§ 2. La hibridación de los modelos clásicos: el control incidental de constitucionalidad	106
2.1. El control (predominantemente) incidental en Italia	107
2.2. El control (predominantemente) concreto en la República Federal Alemana	112
2.3. El modelo incidental: la "crisis de rechazo" en España y la circulación en el resto del mundo	116
§ 3. Polimorfismo de los sistemas: la "doble vía" control difuso/control concentrado	123

PARTE SEGUNDA**SISTEMÁTICA****CAPÍTULO I****DECONSTRUCCIÓN DE LOS MODELOS**

§ 1. Los elementos pertinentes de las clasificaciones	135
---	-----

SECCIÓN I**TITULARIDAD DEL CONTROL Y ESTRUCTURA DE LOS TRIBUNALES**

§ 1. La selección de los jueces de las Cortes Supremas	141
--	-----

§ 2. Criterios de nombramiento o de elección en los Tribunales Constitucionales especializados	148
§ 3. Las Cortes Constitucionales en los ordenamientos policéntricos	154
§ 4. <i>Status</i> , garantías y organización interna	158

SECCIÓN II

LAS COMPETENCIAS Y EL BIEN TUTELADO

§ 1. El núcleo histórico del control de constitucionalidad: de la regulación de las competencias en los ordenamientos policéntricos a la jurisdicción de las libertades y la igualdad	161
§ 2. El exceso de nuevas atribuciones	174
§ 3. El bien tutelado	183

SECCIÓN III

EL ACCESO

§ 1. El acceso a los Tribunales Constitucionales	187
§ 2. La tutela de las libertades y de los derechos (amparo y <i>Verfassungsbeschwerde</i>)	193

SECCIÓN IV

PARÁMETRO Y OBJETO

§ 1. Externalización del parámetro	203
§ 2. Ampliación del objeto	221

SECCIÓN V

TIPOLOGÍA Y “FUERZA” DE LAS DECISIONES

§ 1. Tipología de las sentencias	231
§ 2. La “fuerza” de las decisiones de constitucionalidad y las sentencias constitucionales como fuente de Derecho	239
§ 3. Los jueces frente al vínculo de las sentencias	246
§ 4. Los Tribunales y el legislador	250
§ 5. La eficacia temporal de las decisiones	252

CAPÍTULO II

ELEMENTOS PERTINENTES Y RE-CLASIFICACIONES

§ 1. Consideraciones introductorias	257
§ 2. La clasificación con base en la naturaleza política o jurisdiccional del control	262
§ 3. La clasificación basada en la titularidad y la estructura	268
§ 4. La clasificación según las funciones ejercitadas y el bien tutelado	270
§ 5. La clasificación basada en la amplitud del parámetro	272
§ 6. La clasificación según el objeto	276
§ 7. La clasificación con referencia a los sujetos y las modalidades del acceso	277
§ 8. La clasificación según la tipología y los efectos de las sentencias	280
§ 9. Reflexiones interlocutorias	283

PARTE TERCERA

EL “DISCURSO” DE LOS TRIBUNALES Y SU PAPEL POLÍTICO

§ 1. Interpretación constitucional y técnicas argumentativas	287
§ 2. Votos particulares (y concurrentes)	301
§ 3. El papel político del juez de las leyes	305
3.1. El “discurso” de los Tribunales y su “auditorio”: procesos de decisión (o “de invención”) y procesos de justificación (o “de validación”); la alianza entre doctrina y jurisprudencia constitucional	306
3.2. Límites a la actividad de los Tribunales: las estructuras lingüísticas	317
3.3. (Sigue). Límites jurídicos-institucionales	320
3.4. (Sigue). Límites de naturaleza política	322

CONCLUSIONES

§ 1. Cortes, forma de Estado y forma de gobierno	325
§ 2. Legitimación de la justicia constitucional	328
<i>Bibliografía</i>	333