

JORGE ALEJANDRO AMAYA

Doctor en derecho (UBA). Premios Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en Derecho Constitucional, y al Mérito Académico de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

Control de constitucionalidad

Modelos y sistemas. Control judicial. Cuestiones políticas
Tribunales constitucionales. Doctrina contramayoritaria
Inconstitucionalidad de oficio. Rol de las cortes supremas
Reformas constitucionales y derechos políticos

Prólogo de

ALBERTO R. DALLA VIA



EDITORIAL ASTREA
BUENOS AIRES · BOGOTÁ

2012

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---------------------------------|------|
| <i>Prólogo</i> | XI |
| <i>Palabras del autor</i> | 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 | 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 | 92 |
| | b) Mapa conceptual de las características del modelo | 94 |
| | c) La doctrina del precedente obligatorio o "stare decisis" | 94 |
| | d) Ventajas y desventajas del precedente obligatorio | 97 |
| § 19. | El modelo político o francés. Características | 98 |
| | a) El Consejo Constitucional de la Quinta República. Naturaleza y evolución | 101 |
| | b) La reforma constitucional del año 2008 | 104 |
| | c) Mapa conceptual de las características del modelo | 104 |
| § 20. | El modelo kelseniano o europeo-continental | 105 |
| | a) Checoslovaquia. Primer ejemplo del "modelo europeo" | 105 |
| | b) La Constitución austríaca de 1920 | 106 |
| | c) Kelsen y la teoría del legislador negativo | 109 |
| | d) La polémica Kelsen-Schmitt | 115 |
| | e) Mapa conceptual de las características del modelo | 117 |
| § 21. | La identidad sobrevenida | 117 |

B) SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

| | | |
|-------|---|-----|
| § 22. | Introducción | 120 |
| § 23. | El sistema federal argentino. ¿Modelo puro? | 121 |
| § 24. | Los sistemas provinciales argentinos. ¿Sistemas mixtos? | 126 |

| | | |
|-------|---|-----|
| § 25. | El sistema "dual o paralelo". El peruano | 136 |
| § 26. | Sistemas latinoamericanos "mixtos" | 140 |
| § 27. | Mapas conceptuales de los sistemas latinoamericanos | 145 |

CAPÍTULO IV

TENSIONES PARTICULARES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A) TENSIÓN POLÍTICA. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIALES

| | | |
|-------|--|-----|
| § 28. | Introducción | 149 |
| § 29. | Competencia y control de constitucionalidad | 150 |
| § 30. | Los primeros casos "políticos no judiciales". Cuestiones políticas y cuestiones no judiciales ... | 153 |
| § 31. | Posiciones doctrinales en torno a las cuestiones "políticas no judiciales" | 155 |
| | a) Posturas restrictivas | 155 |
| | b) Posturas amplias | 156 |
| § 32. | La temática de las "cuestiones políticas" | 158 |
| | a) Facultades privativas | 158 |
| | b) Forma republicana de gobierno | 158 |
| | c) Autonomía provincial | 158 |
| | d) Intervención federal | 159 |
| | e) Enjuiciamiento de magistrados | 159 |
| | f) Composición de las cámaras del Congreso | 160 |
| | g) Procedimiento legislativo | 160 |
| | h) Estado de sitio | 160 |
| | i) Reforma constitucional | 161 |
| § 33. | Las "cuestiones políticas" y la política | 162 |
| | a) Cuestiones electorales y de partidos políticos .. | 162 |
| | b) Cuestiones vinculadas a la participación política | 164 |
| | 1) "José Eduardo Ormache" | 164 |
| | 2) "Antonio Ríos" | 164 |
| | 3) "Miguel Ángel Rossi Cibils y otros y su acu- mulado José A. Romero Feris" | 165 |
| | 4) "Horacio Eduardo Malamud y otros" | 165 |
| | 5) "Emilio F. Mignone" | 166 |

| | |
|--|-----|
| 6) "Pagani, Enzo Luis" | 167 |
| 7) "Antonio Bussi y Luis Abelardo Patti" | 168 |
| 8) "Partido Nuevo Triunfo" | 169 |
| § 34. Conclusión | 170 |

B) TENSION JUDICIAL. DEMOCRACIA, PODER JUDICIAL Y CONTRAMAYORÍA

| | |
|--|-----|
| § 35. Introducción | 170 |
| § 36. La dificultad contramayoritaria y sus distintas intensidades | 171 |
| a) Las dificultades básicas | 172 |
| b) La opinión de Waldron | 174 |
| c) La opinión de Elster. Ackerman | 177 |
| d) La opinión de Holmes | 178 |
| § 37. Distintos argumentos y modalidades de la opción judicialista | 178 |
| a) La opinión de Ely | 180 |
| b) El constitucionalismo "débil" | 181 |
| § 38. La actualidad del tema | 183 |
| a) El "constitucionalismo popular". A favor, Tushnet y Kramer | 183 |
| b) El "constitucionalismo popular". En contra, Tribe y Chemerinsky | 185 |
| § 39. Conclusión | 186 |

C) TENSION PROCESAL. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

| | |
|--|-----|
| § 40. Introducción | 188 |
| § 41. Argumentos a favor de la declaración de oficio del control de constitucionalidad | 190 |
| a) El principio de supremacía constitucional | 191 |
| b) La regla "iura novit curia" | 193 |
| c) El requisito de la existencia de una "causa" | 194 |
| d) El equilibrio de los poderes | 196 |
| e) Presunción de validez de los actos estatales | 197 |
| f) El debido proceso legal | 199 |
| 42. Argumentos en contra de la declaración de oficio del control de constitucionalidad | 199 |
| a) Contradicción; perjuicio e impugnación | 201 |

| | | |
|-------|--|-----|
| | b) La presunción de legitimidad | 202 |
| | c) La bilateralidad del debate | 202 |
| | d) La división de poderes | 203 |
| § 43. | La cuestión en el derecho constitucional de las provincias | 203 |
| § 44. | Evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina | 204 |
| | a) Caso "Rita Mill de Pereyra" | 205 |
| | b) Caso "Banco Comercial de Finanzas SA" | 207 |
| | c) Estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación | 208 |
| § 45. | Nuestra opinión | 209 |

D) TENSIÓN INSTITUCIONAL. EL ROL INSTITUCIONAL DE LAS CORTES SUPREMAS

| | | |
|-------|---|----|
| § 46. | Introducción | 21 |
| § 47. | Características e identidad institucional de las cortes supremas. La opción constitucional o poder contramayoritario | 21 |
| § 48. | Características e identidad institucional de los tribunales constitucionales. La opción democrática o el rol de garante del proceso democrático | 21 |
| § 49. | La inversión de las identidades | 21 |
| § 50. | La Corte Suprema de Justicia de la Nación. Roles y tendencias | 22 |
| § 51. | La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición | 22 |
| | a) Roles y tendencias. Los modelos "actitudinal" y "actor estratégico" en sus decisiones | 22 |
| | b) Los roles "contramayoritario", "democrático", "custodio de la responsabilidad internacional del Estado", de "equilibrio de los poderes" y la "tendencia restrictiva" | 22 |
| | c) "La tendencia fundacional" | 23 |
| § 52. | Conclusiones | 23 |

E) TENSIÓN SOBERANA. EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

| | | |
|-------|--------------------|----|
| § 53. | Introducción | 24 |
|-------|--------------------|----|

| | | |
|-------|---|-----|
| § 54. | El control de una reforma constitucional. Reflexiones previas | 243 |
| § 55. | El parámetro del valor constitucional implicado | 244 |
| § 56. | El órgano de control constitucional y su rol institucional | 246 |
| § 57. | El control de la Constitución de los Estados Unidos de América | 250 |
| | a) "Hollingsworth v. Virginia" | 250 |
| | b) "Hawke v. Smith" | 251 |
| | c) Los casos de la "Prohibición Nacional" | 253 |
| | d) "Dillon v. Gloss" | 255 |
| | e) "Leser v. Garnet" | 256 |
| | f) "United States v. Sprague" | 258 |
| | g) "Coleman v. Miller" | 260 |
| | h) "Goldwater Bary y otros v. Carter James E., presidente de los Estados Unidos de América y otros" | 262 |
| § 58. | El control de la Constitución en Colombia | 262 |
| | a) Los primeros casos | 263 |
| | b) Los casos siguientes | 263 |
| § 59. | El control de la Constitución de México | 265 |
| | a) "Banco del Atlántico y otros v. Congreso de la Unión" | 265 |
| | b) "Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión". Primer caso | 265 |
| | c) "Manuel Camacho Solís v. Congreso de la Unión". Segundo caso | 266 |
| § 60. | El control de la Constitución en Brasil | 267 |
| § 61. | El control de la Constitución en la Argentina | 270 |
| | a) El caso "Soria de Guerrero" | 270 |
| | b) El caso "Gastón Cotti" | 272 |
| | c) El caso "Ríos" | 273 |
| | d) El caso "Polino" | 273 |
| | 1) El voto mayoritario | 275 |
| | 2) Los votos concurrentes | 277 |
| | 3) Los votos en disidencia | 278 |
| | e) El caso "Romero Feris" | 280 |
| | 1) El voto mayoritario | 282 |
| | 2) El voto concurrente | 283 |
| | 3) El voto en disidencia | 285 |
| | f) El caso "Fayt" | 287 |
| | g) El caso "Colegio de Abogados de Tucumán" ... | 293 |

CAPÍTULO V

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SUS FACULTADES DE INTERPRETACIÓN

| | | |
|-------|---|-----|
| § 62. | La interconexión de los modelos y el activismo constitucional | 297 |
| § 63. | El rol y el perfil del juez constitucional | 299 |
| | a) Su rol institucional | 299 |
| | b) Su perfil | 300 |
| | 1) Aspectos formales | 300 |
| | 2) Aspectos sustanciales | 303 |
| | a) Del porqué de la justicia constitucional | 303 |
| | b) La independencia, la imparcialidad y la responsabilidad | 305 |
| | c) Preparación académica, trayectoria profesional y conducta personal | 368 |
| § 64. | Los alcances de la interpretación del juez constitucional. Facultades y límites | 309 |
| | a) El dilema de la "verdad" constitucional y de los modelos descriptivos | 312 |
| | b) La interpretación y el proceso convencional ... | 316 |
| | c) Interpretación y derechos humanos | 318 |
| | d) Las convenciones interpretativas | 319 |
| § 65. | Reglas de interpretación constitucional | 320 |
| | a) Postulado sobre la eficacia de la Constitución | 320 |
| | b) Postulado sistémico | 321 |
| | c) Postulado sobre la unidad del ordenamiento jurídico | 322 |
| | d) Postulado que apela a la máxima funcionalidad del régimen político | 323 |
| | e) Postulado de la consolidación de los valores constitucionales | 325 |
| | f) Postulado que propugna la atención de las consecuencias sociales | 325 |
| | g) Postulado sobre el equilibrio entre la interpretación subjetiva y objetiva o entre lo estático y lo dinámico | 325 |
| § 66. | Conclusiones. ¿Vienen los jueces marchando? | 326 |

CAPÍTULO VI**HACIA UNA TEORÍA UNITARIA
DEL CONTROL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS**

| | |
|---|-----|
| § 67. Democracia y Constitución. Un equilibrio difícil .. | 331 |
| § 68. El "sistema unitario" de derechos y valores políticos en la democracia | 334 |
| § 69. 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 | 337 |
| <i>Bibliografía</i> | 343 |