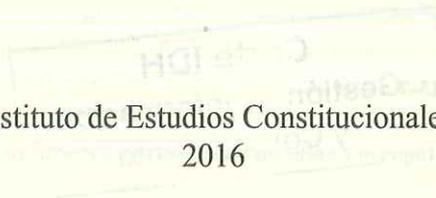


# La Constitución bajo tensión

Néstor Pedro Sagüés



Instituto de Estudios Constitucionales  
2016

## Contenido

Abreviaturas, acrónimos y siglas .....	19
Nota preliminar .....	21

### PRIMERA PARTE LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

CAPÍTULO I. El concepto de “constitución viviente” ( <i>living constitution</i> ) .....	25
1. Introducción. El paisaje constitucional en los Estados Unidos .....	25
2. El concepto de “constitución viviente” .....	27
3. Legitimación y funcionamiento .....	28
4. Objeciones a la doctrina de la “constitución viviente”. El problema de la seguridad .....	30
5. El problema del consenso .....	31
6. El problema del operador .....	35
7. Evaluación .....	39
CAPÍTULO II. Notas sobre el poder constituyente irregular .....	43
1. Introducción. El concepto de poder constituyente irregular. Dos situaciones distintas .....	43
2. El poder constituyente originario irregular .....	43
3. El poder constituyente derivado irregular .....	46
4. Consecuencias del poder constituyente irregular .....	48
5. Purga del poder constituyente irregular .....	51

6. El poder constituyente irregular en el escenario latinoamericano . . . . .	54
CAPÍTULO III. Derecho constitucional y derecho de emergencia . . . . .	
1. Elementos y dimensiones de la emergencia . . . . .	57
A. Introducción . . . . .	57
B. Necesidad y emergencia . . . . .	58
C. Elementos de la doctrina del estado de necesidad . . . . .	58
D. La situación de necesidad . . . . .	59
E. El acto necesario . . . . .	60
F. El sujeto necesitado . . . . .	60
G. El derecho de necesidad . . . . .	61
H. Dimensiones del estado de necesidad . . . . .	62
2. Ética de la necesidad . . . . .	62
A. Transcendencia del tema . . . . .	62
B. Ética de mínima . . . . .	62
C. Ética de máxima . . . . .	64
D. Necesidad y razón de Estado . . . . .	66
3. La emergencia económica en el derecho argentino . . . . .	67
A. Emergencia sustantiva y emergencia procesal . . . . .	67
B. Emergencia bajo la Constitución y fuera de la Constitución . . . . .	68
C. Emergencia económica bajo la Constitución. Situaciones expresamente incluidas en la Constitución . . . . .	68
D. La emergencia en el derecho consuetudinario constitucional. Descripción de la emergencia . . . . .	70
E. Requisitos del derecho de emergencia. Realidad de la situación de emergencia . . . . .	71
F. Transitoriedad de la norma de emergencia . . . . .	71
G. Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia . . . . .	73
H. Respeto a la Constitución . . . . .	74
I. Distinción entre “frustración” y “suspensión” de los derechos constitucionales . . . . .	75
J. Conflicto entre el derecho de emergencia y la Constitución . . . . .	78
K. Distintas alternativas. Rechazo total del derecho de necesidad opuesto a la Constitución . . . . .	78

L. Admisión parcial (en materia de asunción del ejercicio de competencias de los órganos del poder) del derecho de emergencia inconstitucional . . . . .	79
M. El derecho de emergencia y de necesidad como derecho constitucional implícito . . . . .	80
N. El derecho de emergencia como derecho supraconstitucional . . . . .	80
4. Reexamen de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia . . . . .	81
A. La necesidad como opción constitucional . . . . .	81
B. La necesidad como superación de la Constitución. Supuestos de cumplimiento materialmente imposible, o racionalmente imposible de la Constitución . . . . .	82
C. Fundamentos del derecho de necesidad como superación de la constitución. Orden fáctico . . . . .	84
D. Orden conceptual . . . . .	85
E. Variantes y fronteras del derecho de necesidad superador de la Constitución. La necesidad como evasión . . . . .	88
F. La necesidad como dispensa . . . . .	89
G. Judiciabilidad del derecho de emergencia . . . . .	92
5. Conclusiones . . . . .	94
A. Sinopsis . . . . .	94
CAPÍTULO IV. El concepto de “desconstitucionalización” . . . . .	
1. Introducción . . . . .	97
2. Desconstitucionalización como reducción de la Constitución . . . . .	97
3. Desconstitucionalización como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo . . . . .	98
4. Desconstitucionalización como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales . . . . .	99
5. Desconstitucionalización como derogación sociológica de normas constitucionales . . . . .	100
6. Fenómenos próximos. Desconstitucionalización y “desmontaje de la Constitución” . . . . .	100
7. Desconstitucionalización y “desvalorización” de la Constitución . . . . .	102
8. Desconstitucionalización y “falseamiento” o “fraude” constitucional . . . . .	104

9. Reexamen.....	105
10. Reflexiones axiológicas.....	108
11. Colofón.....	109
CAPÍTULO V. Hiperpresidencialismo y reelección presidencial en Argentina.....	
1. Introducción.....	111
2. Primera fórmula. Sexenio presidencial con posibilidad de reelección diferida. El texto original de la constitución de 1853/60.....	111
3. Segunda fórmula: la reelección indefinida. Constitución de 1949.....	113
4. El fin de la segunda fórmula: revolución de 1955, reformas constitucionales de 1956 y 1957.....	116
5. Tercera fórmula: periodo presidencial de cuatro años y posibilidad de una sola reelección.....	116
6. Cuarta fórmula: reforma constitucional de 1994. Periodo de cuatro años, con posibilidad de una reelección inmediata, con más posibles reelecciones, distanciadas por un periodo en blanco.....	117
7. Tentativa de interpretación espúrea de la Constitución....	120
8. Modulación familiar de la reforma constitucional de 1994.....	122
9. Conclusiones. Situación actual.....	123
10. El tema en las constituciones provinciales. Remisión.....	125
CAPÍTULO VI. Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: el “minipremier” en Perú y Argentina. Experiencias y perspectivas.....	
Primera parte: presidencialismo y parlamentarismo en América Latina.....	127
1. Introducción. El parlamentarismo como esperanza....	127
2. El presidencialismo, un régimen a la defensiva.....	128
3. Modelos normativos de confrontación. Alternativas parlamentaristas.....	129
4. Alternativas presidencialistas.....	131
5. Otras variables.....	132
6. Evaluación.....	134
7. La opción entre parlamentarismo y presidencialismo. Activo y pasivo de cada régimen.....	135

8. Criterios de opción. El recurso a los presupuestos sociológico-políticos.....	137
9. El recurso al mal menor.....	139
10. Parlamentarismo estructural y parlamentarismo de coyuntura.....	140
11. Conclusiones.....	141
Segunda parte. Diagramación y experiencias del “minipremier” en Perú y Argentina.....	
12. Introducción.....	143
13. Perú. El presidente del Consejo de Ministros.....	143
14. El caso argentino. El jefe de Gabinete de Ministros. Argumentos sistémicos del “puente” y del “fusible”.....	147
15. Facultades del jefe de Gabinete.....	149
16. La devaluación institucional del jefe de Gabinete.....	150
17. Conclusiones. Reflexiones sobre la gobernabilidad sistémica.....	154
CAPÍTULO VII. Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución.....	
1. Introducción.....	157
2. Variables de las cláusulas antigolpistas.....	159
A. Subsistencia de la vigencia de la Constitución.....	159
B. Nulidad de los actos del usurpador.....	160
C. Delitos del agresor al orden constitucional.....	161
D. Inhabilitaciones políticas.....	163
E. La desobediencia ante el régimen <i>de facto</i> .....	163
3. Sobre la eficacia de las reglas constitucionales de salvaguardia de la Constitución.....	166
CAPÍTULO VIII. Derecho constitucional y gobernabilidad. Problemática del repliegue acelerado, o de la desaparición, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.....	
1. ¿Un tema de ciencia ficción?.....	169
2. Perfil constitucional de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.....	170
3. Una doctrina axial para el equilibrio sistémico constitucional.....	173
4. Las razones de una crisis.....	173

5. Una sentencia detonante. El caso “Zamora Bolaños y otros”, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica . . . . . 175
6. Recapitulación. Una doctrina local . . . . . 178
7. Conjeturas sobre la expansión de la doctrina negatoria de las cuestiones políticas no justiciables . . . . . 178
8. Vías de reencuadre sistémico ante un repliegue intenso del mapa de las cuestiones políticas no justiciables. . . . . 181

SEGUNDA PARTE  
AVATARES DE LOS TRIBUNALES  
CONSTITUCIONALES

- CAPÍTULO IX. Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder . . . . . 187
1. Introducción. Órganos extrapoder y órganos constitucionales autónomos. . . . . 187
  2. Razón de ser de los órganos extrapoder. . . . . 191
  3. Desarrollo y proliferación . . . . . 193
  4. Los órganos extrapoder y el principio de independencia (y equilibrio) de los poderes del Estado. . . . . 194
  5. Variables de éxito y de fracaso de los órganos extrapoder. . . . . 195
  6. La fuente de creación jurídica de los órganos extrapoder . . 197
  7. Conclusiones . . . . . 198
- CAPÍTULO X. Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales . . . . . 201
1. Introducción. El doble sentido del concepto de “agente”: convalidante o promotor . . . . . 201
  2. Tesis negativa . . . . . 203
  3. Tesis afirmativa . . . . . 205
  4. Reexamen. Roles de la jurisdicción constitucional como agente de cambios sociales. Distintos escenarios normativos . . . . . 209
  5. Respuestas posibles . . . . . 211
  6. Un tope material (y jurídico-político). El presupuesto del Estado y su equilibrio. Alternativas . . . . . 216
  7. Conclusiones . . . . . 218

- CAPÍTULO XI. La autorrevisión de las sentencias definitivas de los tribunales constitucionales . . . . . 221
1. Introducción. Revisión y autorrevisión de las sentencias de los tribunales constitucionales . . . . . 221
  2. El caso de Argentina . . . . . 223
  3. El caso de Perú. . . . . 226
  4. Evaluación . . . . . 228
  5. Variables. . . . . 231
  6. El problema de las no-sentencias. . . . . 232
  7. El derecho consuetudinario constitucional y procesal constitucional . . . . . 234
  8. La revisión de sentencias de un Tribunal o Corte Suprema nacional, como consecuencia de la decisión de un órgano jurisdiccional internacional. . . . . 235
  9. La eventual autorrevisión por aplicación de la doctrina del “doble conforme” . . . . . 236
- Conclusiones. . . . . 238
- CAPÍTULO XII. Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión. Los tribunales constitucionales en Latinoamérica, como legisladores suplentes y precarios. . . . . 243
1. Introducción. Evolución en los roles de los tribunales constitucionales. . . . . 243
  2. Caso ecuatoriano. El Tribunal Constitucional como legislador suplente y precario. . . . . 246
  3. Antecedentes . . . . . 249
  4. Fundamentos de la solución constitucional . . . . . 250
  5. Críticas . . . . . 252
  6. Balance y replanteo . . . . . 254
- CAPÍTULO XIII. Activismo y garantismo. A propósito del “juez actor”, del “juez investigador” y del “juez preservador”, en el derecho procesal constitucional . . . . . 257
1. Introducción . . . . . 257
  2. Las ideologías en juego. El activo “juez Hércules” . . . . . 260
  3. La contraposición ideológica: el garantismo . . . . . 264
  4. Recapitulación . . . . . 267
  5. Evaluación . . . . . 270

TERCERA PARTE  
EL CURSO DE LOS DERECHOS

CAPÍTULO XIV. Derechos humanos: universalismo y relativismo.	
Conflictos y eventuales vías de solución . . . . .	275
1. Introducción . . . . .	275
2. Relativismo ideológico . . . . .	276
3. Relativismo religioso . . . . .	278
4. Relativismo estatal . . . . .	278
5. Relativismo intraestatal . . . . .	280
6. Alternativas de solución. Conflictos ideológicos, religiosos y estatales. El “argumento democrático” . . . . .	281
7. El “argumento jerárquico” . . . . .	283
8. El “argumento aristocrático” . . . . .	284
9. La doctrina del “margen de apreciación nacional” . . . . .	285
10. La doctrina del esfuerzo compartido . . . . .	287
11. Un elemento corrector: las cegueras axiológicas . . . . .	287
12. El multiculturalismo intraestatal . . . . .	289
13. Evaluación . . . . .	290
CAPÍTULO XV. El <i>habeas corpus</i> en el sistema interamericano de derechos humanos . . . . .	293
1. Introducción. El <i>habeas corpus</i> y el control de convencionalidad . . . . .	293
2. Texto normativo . . . . .	295
3. Naturaleza del <i>habeas corpus</i> interamericano . . . . .	296
4. Rol reparador, preventivo y correctivo . . . . .	297
5. <i>Habeas Corpus</i> a favor de desaparecidos . . . . .	297
6. <i>Habeas corpus</i> individual y colectivo . . . . .	297
7. ¿Qué detenciones se discuten en el <i>habeas corpus</i> ? . . . . .	298
8. Instrumentación procesal del <i>habeas corpus</i> . . . . .	299
9. No suspensión durante los estados de excepción . . . . .	300
10. Evaluación . . . . .	301
CAPÍTULO XVI. Derecho a la seguridad (a propósito de la violencia urbana) . . . . .	303
1. Introducción. La seguridad personal como derecho humano . . . . .	303
2. “Legitimación” de las agresiones. Aspectos psicosociales . . . . .	305
3. Marco jurídico del debate. Su ideologización . . . . .	309

CAPÍTULO XVII. Derechos y contraderechos . . . . .	313
1. Introducción . . . . .	313
2. Las notas distintivas del contraderecho . . . . .	314
3. Fundamentación jurídica del contraderecho. Crítica . . . . .	316
4. Conclusión . . . . .	319
CAPÍTULO XVIII. Sobre los rotulados “derechos imposibles” . . . . .	323
1. Introducción. Derechos “imposibles” y derechos “imposibilitados” . . . . .	323
2. Fuentes y causas de los derechos imposibles . . . . .	324
3. ¿Por qué preocupan hoy los derechos imposibles? . . . . .	326
4. Situación actual. La motorización de la Constitución . . . . .	329
5. Balance y prospectiva. ¿Qué no es justiciable? . . . . .	332
CAPÍTULO XIX. Dignidad de la persona e ideología constitucional . . . . .	339
1. Introducción. Versiones “de máxima” y “circunscritas” del concepto de dignidad humana . . . . .	339
2. Dimensiones. Rango constitucional . . . . .	341
3. El concepto de dignidad humana como juicio moral relativo . . . . .	343
4. Reexamen. Los conceptos constitucionales imprecisos . . . . .	345
5. Vías de precisión. El recurso al acuerdo social relevante. Casos del <i>habeas corpus</i> correctivo y de los amparos . . . . .	346
6. El recurso al derecho inter y transnacional y al techo ideológico de la Constitución . . . . .	350
7. Problemática de los techos ideológicos múltiples . . . . .	351
8. Conclusiones . . . . .	354
CAPÍTULO XX. El derecho a ser oído ante la jurisdicción supranacional . . . . .	357
1. Introducción . . . . .	357
2. Casos seleccionados . . . . .	358
3. Reexamen. Observaciones de la Corte Suprema de Justicia Argentina . . . . .	361
4. Evaluación . . . . .	363

CAPÍTULO XXI. El trasplante de los derechos. La Constitución de Querétaro y su influencia, en materia de derechos sociales, en la Constitución nacional argentina .....	367
1. Introducción .....	367
2. La constitución justicialista de 1949 .....	368
3. La reforma constitucional de 1957 .....	369
4. Querétaro en Santa Fe .....	370
5. Evaluación .....	374
6. Reforma constitucional de 1994 .....	376
7. Colofón .....	379

CUARTA PARTE  
LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL  
DE CONVENCIONALIDAD

CAPÍTULO XXII. El control de convencionalidad .....	383
1. Sinopsis .....	383
2. Control “externo” e “interno” de convencionalidad .....	383
3. Principales casos que diseñan el control .....	384
4. Las “manifestaciones” del control de convencionalidad ...	385
5. Material controlante y material controlado .....	386
6. Sujetos que deben realizar control de convencionalidad ...	387
7. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad .....	387
8. Sobre los topes o límites del control de convencionalidad .....	387

CAPÍTULO XXIII. Derechos nacionales y derechos internacionales de la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada” .....	389
1. Introducción .....	389
2. Los derechos de la Constitución y los derechos de las convenciones. Diversos modos de articulación. Rol “represivo” y “constructivo” del control de convencionalidad. Selección de interpretaciones y construcción de interpretaciones .....	391
3. El caso argentino. Invalidaciones, reducciones, adiciones y sustituciones .....	394
4. La Constitución “convencionalizada” .....	397

CAPÍTULO XXIV. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad .....	401
1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad .....	401
2. Un avance del control de convencionalidad: el practicado por órganos nomogénicos nacionales .....	403
3. Las inconventionalidades sobrevinientes .....	409
4. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones .....	410
4.1. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas .....	411
4.2. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas .....	411
5. Recapitulación .....	414
6. La construcción de la doctrina del control de convencionalidad .....	415

CAPÍTULO XXV. Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano .....	417
1. Introducción .....	417
2. Obstáculos funcionales .....	417
3. Acceso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	418
4. Un conflicto de lealtades jurídicas: ¿la Constitución o el Pacto? .....	419
5. La coexistencia de la doctrina del control de convencionalidad, con la doctrina del margen de apreciación nacional .....	422
6. El recorte de las competencias judiciales nacionales para interpretar al derecho local .....	423
7. No todos los jueces están habilitados para realizar control represivo de convencionalidad, pero sí todos deben (en principio) practicar control constructivo de convencionalidad .....	424
8. Recepción y evasiones de la doctrina del control de convencionalidad .....	426
9. Recapitulación .....	428

CAPÍTULO XXVI. Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al control de convencionalidad . . . . .	431
1. Introducción . . . . .	431
2. La Corte Interamericana y la “cuarta instancia” . . . . .	432
3. Evaluación . . . . .	433
4. El allanamiento del Estado y las soluciones amistosas frente a resoluciones judiciales acusadas de infracción a los derechos humanos . . . . .	438
5. El agotamiento de los recursos ante la jurisdicción interna. Recaudos de forma y de fondo . . . . .	441
6. El derecho a ser oído ante la jurisdicción regional . . . . .	443
7. Los límites del control de convencionalidad . . . . .	443
8. Reflexiones finales . . . . .	446
CAPÍTULO XXVII. Hacia la cuarta instancia. El debido proceso según la Corte Interamericana y el repliegue del principio dispositivo . . . . .	449
1. Introducción . . . . .	449
2. Pautas que sienta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trámite de ejecución integra el tiempo del proceso . . . . .	450
3. La determinación del plazo razonable. La complejidad de lo debatido . . . . .	451
4. La actividad procesal del actor . . . . .	451
5. La actuación de las autoridades judiciales . . . . .	452
6. Conclusiones de la Corte Interamericana . . . . .	452
7. Proyecciones del fallo “Furlán” . . . . .	454
8. El carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana. Sugerencias . . . . .	456
9. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	458
Índice temático . . . . .	459
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	465