



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..... 111	
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..... 127	
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..... 143	
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..... 157	
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..... 169	
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