

CAPÍTULO V

LA SUPREMACÍA Y EL CONTROL CONSTITUCIONALES

"La supremacía de la Constitución no se ha de considerar subordinada a las leyes ordinarias...Estas leyes y estas construcciones técnicas edificadas sobre ellas, tienen solamente un valor relativo, esto es, presuponen las reservas necesarias para que su aplicación no menoscabe o ponga en peligro los fines esenciales de la ley suprema. Todas las construcciones técnicas, todas las doctrinas generales no impuestas por la Constitución, valen en la Corte "sólo en principio", salvo la Constitución misma, que ella sí y solo ella, vale absolutamente

Alfredo Orgaz

"¿Se ha extraviado o dejado de existir la supremacía de la Constitución? Mas bien, cabría sostener que hay un reajuste de la misma.

Germán J. Bidart Campos

5.1.- Supremacía e la Constitución: fundamentos generales. La supremacía constitucional en sus dos vertientes clásicas, concebida como "soberanía" y como "jerarquía".

Es usual sostener que la existencia de una constitución, tuvo un doble e importante fin para la consolidación del sistema que hemos denominado como "constitucionalismo".

Por un lado, permitió elaborar el diseño de una instancia superior, y jerárquicamente prevalente, que no podría ser alterada por el accionar cotidiano de los poderes constituidos.

Por el otro, acentuó (en el marco del cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho) la potestad irrevisable del Estado para definir sus políticas y actuar sus potestades, en el ámbito interno regido por la mismísima constitución

No dudamos en sostener que la gran lucha del sistema constitucional, al menos hasta promediar el fin de éste milenio, ha sido la de garantizar jurídicamente el hecho político e la prevalencia de la Constitución, como eje y

marco del sistema, que se articula sobre la base de la organización democrática de Estados soberanos que - en ese marco relacional - se vinculan a otras Naciones, también soberanas.

Por ello es que el sistema constitucional edificó con solidez el contexto de la Constitución codificada, a la que califica como "superley" y aloja en la cúspide de una teórica pirámide que determina las jerarquías normativas de las estructuras que ella crea, desde la acción de los representantes del pueblo (constituyentes)

Desde el prisma anterior a la reciente reforma constitucional, no existía duda alguna referente a la supremacía de la Constitución Nacional, no solo sobre todo el sistema normativo nacional, sino también respecto de las legislaciones provinciales. Ello pues con base en un ordenamiento constitucional rígido como el nuestro, la Constitución es Ley Suprema y todas las demás normas jurídicas se le deben adecuar.

Así, la doctrina constitucional ha explicitado el problema de la supremacía de la Constitución y su preeminencia, por significar su estructura, la base del ordenamiento jurídico que de ella se deriva y al cual comunica juridicidad.

En consecuencia, y dentro de este marco conceptual, la Constitución **debe mantener su jerarquía frente a las posibles violaciones o quebrantos**. Caso contrario, este principio de la Supremacía Constitucional, sería negado en los hechos.

Desde la óptica preanunciada, el concepto "supremacía constitucional" puede desgranarse (como ya vimos), en dos matices claramente identificables.

- Como "soberanía", ya que así se legitima globalmente el sistema, rechazándose su violación.
- Como relación jerárquica entre normas, a partir del ya clásico diagrama kelseniano en cuya cúspide se encuentra la razón de la existencia de todo el sistema de imputación normativa.

Desde esta segunda perspectiva, es que cobra fuerza la ya conocida conceptualización de Quiroga Lavié' que la define como la **particular relación de supra y subordinación en que se encuentran las normas en un ordenamiento jurídico**.

¿Qué ha implicado, en definitiva, la enunciación de esa regla?

- Que el Poder Constituyente es distinto de los poderes constituidos, a los que da existencia en el sistema, y por ende, limita, subordina y condiciona
- A raíz de la distinción antedicha, el sistema *es encabezado por la Constitución*, que emana como creación directa del poder constituyente, definiendo entonces una fundamental regla de coherencia, al indicar que toda prelación se resuelve a favor del texto fundamental.
- En caso de fractura del orden de prelación que impone la Constitución, la norma o acto contrapuesto a la ley suprema se encuentra viciado de inconstitucionalidad

Como derivación de estas pautas, puede concluirse que el principio de supremacía de la Constitución coincide con la regla de la rigidez del texto fundamental.

O sea, que para predicar la supremacía de una constitución determinada, el texto fundamental debe ser - en ese sistema - rígido, lo que implica que no podrá ser modificado por una ley ordinaria o acto alguno emanado de los poderes constituidos, sinó en la forma en que la propia Constitución predica que ha de ser reformada

No podemos dejar de lado al abordar esta temática principal, la elaboración referente a las obligaciones en el Derecho Constitucional

No hay duda de que ellas provienen - directa o indirectamente, expresa o implícitamente - de la Constitución la que *es suprema* Y aquí es que la misma supremacía que nos sirve para decir que los derechos que la constitución reconoce alcanzan el nivel máximo de ella, nos lleva a afirmar que *las obligaciones que impone, tienen idéntico rango*.

De ello se deriva sin conflicto, que cuando se omite el cumplimiento de un deber impuesto por la Constitución, o se actúa sobre un marco constitucionalmente prohibido, se viola al texto fundamental, y con ello a su supremacía.

El correlato de lo expuesto es el desarrollo de la teoría de la inconstitucionalidad por omisión' en el intento de evitar la inercia en operativizar los derechos Humanos, por parte de los Poderes Públicos, incumpliendo mandas constitucionales cuando ellas surgen del propio contexto constitucional.

Finalmente, coincidimos con Bidart Campos en cuanto pregona acertadamente que la doctrina clásica de la supremacía constitucional ha de ser actualizada, para tornarla compatible con las pautas que hoy irradia el

derecho internacional.

Por ello, y si bien no hay duda de que la supremacía constitucional convierte a la Constitución en estructura fundante y articuladora del orden jurídico estatal, es necesario arbitrar los medios jurídicos para verificar en qué forma puede ella admitir la existencia de un nivel superior al propio (nos referimos al derecho constitucional internacional), lo que hoy se compadece con las nuevas reglas de globalización e integración que se imponen en el plano universal.

Creemos que esta tendencia puede ser realizada en la práctica, y ello no heriría de muerte a nuestra doctrina de la supremacía de la Constitución, ya que la ley fundamental, desde el propio vértice del sistema, puede, en caso de así estimarlo una Convención Constituyente, resignar su lugar de privilegio en la pirámide sin que por ello se despoje de la supremacía que históricamente detentó en el esquema político y jurídico del constitucionalismo

5.2.- Antecedentes en el derecho extranjero y su recepción por la jurisprudencia argentina

En realidad, el principio o regla de la separación de poderes, la revisión judicial de los actos legislativos y particularmente la declaración de la supremacía de la Constitución, frente a la posible colisión con otros actos infraconstitucionales, se ha desarrollado principalmente en los Estados Unidos.

Y es lógico que ello sea así, pues los "revolucionarios" franceses, descreían por regla de los jueces, quienes habían sido parte principalísima de lo que se dio en denominar "el viejo régimen" que cae con los hechos paradigmáticos de la Toma de La Bastilla y la decapitación de Luis XVI y María Antonieta.

Por ello, las nuevas ideas en la Europa de las grandes revoluciones pasaban por considerar a la Constitución como un documento en el que se contenían leyes políticas, y definían cuales eran los departamentos políticos encargados de su interpretación, delegando su custodia a la rama legislativa del gobierno.

De todas maneras, la tesis contraria no fue definida en forma explícita por los constituyentes norteamericanos de 1787 en el texto constituttional. Al punto que el convencional Madison adujo en el recinto que:

<p>"Ni en las constituciones estatales, como tampoco en la federal, se ha previsto el</p>

caso de desacuerdo con su interpretación; y como los tribunales son los últimos en fallar, serían ellos los que, rehusando o no dar efecto a la ley, le darían su carácter final. Esto hace al departamento judicial superior en efecto al legislativo, lo que nunca fue contemplado y nunca puede ser justo"

Cabe señalar que en la Convención, se enfrentaron - en relación a la cuestión de la supremacía constitucional y su garantización - dos posturas, que podemos definir gráficamente en la siguiente forma:

<u>LA CUESTIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SU RESPECTIVA TUTELA EN LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE NORTEAMERICANA DE 1787</u>		
TESIS ADUCIDA	SOSTENEDOR PRINCIPAL	ADHESIONES
<ul style="list-style-type: none"> • Cuando los jueces estimen que una ley infringe la Constitución, no considerarán dicha ley como válida y la declararán nula 	<p>John Marshall (luego presidente de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Samuel Adams (Massachussets) 2. Ellsworth (Connecticut) 3. Wilson (Pensilvania) 4. Martin (Maryland) 5. Hanson (Maryland) 6. Grayson (Virginia) 7. Pandleton (Virginia) 8. Davis (Carolina del Norte)
<ul style="list-style-type: none"> • Las leyes deben ser hechas consciente y cautelosamente, pero una vez hechas no pueden estar sujetas a control • No es prudente poner en manos de ningún hombre el derecho de anular una ley pasada por una legislatura, pues le daría el control sobre la legislatura 	<p>Mercer (Maryland)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Benjamin Franklin (Pennsylvania) 2. John Dickinson (Pennsylvania) 3. Bedford (Delaware) 4. Spaight (Carolina del Norte)

Aún así, los estadounidenses fueron pragmáticos, y dada las diferencias de criterios, decidieron incluir en la Constitución solo la regla básica (artículo 6.2, que impone su supremacía), sin determinar quien sería el custodio de tan importante enunciación.

Historiando acerca del origen del principio de la supremacía

constitucional, tal como hoy se lo enuncia, podemos encontrar una influencia importante en la opinión sentada por el magistrado inglés Sir Edward Coke en el célebre caso del "Dr. Bonham", en el que expresó que el Common Law debe controlar las leyes del Parlamento y a veces juzgarlas como totalmente nulas, porque cuando una ley es contraria al derecho y razón comunes, o repugnante, o imposible de ser ejecutada, el Common Law la controlará y determinará su nulidad.

Por supuesto que debemos considerar a este caso, como un precedente absolutamente aislado, y que nunca fue hasta la fecha retomado en Inglaterra, donde se sostiene la supremacía del Parlamento y no de su constitución (hasta hora) no codificada.

Retomando la cuestión en Estados Unidos, y luego de sancionada su Constitución en 1787, no podemos olvidar - a fin de la reseña, que 7 cortes estatales habían sentado antes de 1803 el principio de la posibilidad de revisión judicial de las leyes sancionadas por sus propias legislaturas.

En el más importante de tales precedentes (Caso "Bayard vs. Singleton, 1NCS), la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró que la constitución estatal debía ser considerada como la primera ley, y otras leyes que se le opusieran eran nulas.

Aún así, el primer caso en que la Corte Suprema de los Estados Unidos consagró la supremacía de la Constitución (mediante el control de constitucionalidad, efectuado por jueces federales) fue "Marbury vs. Madison", en el que hubo de evaluarse una ley que se había dictado en contravención a lo dispuesto en la Constitución, ya que ampliaba el ámbito de competencia originaria de la Corte Suprema, lo que sólo podía hacerse por vía de reforma constitucional.

El precedente, fue emitido en 1803 y la redacción pertenece al entonces Presidente de la Corte Suprema, quien era entonces John Marshall.

Allí se sostuvo que:

"No hay alternativa. O bien la Constitución es una ley superior, no enmendable por medios ordinarios, o está a un mismo nivel que la legislación ordinaria, y como otras leyes, es

enmendable cuando a la legislatura le plazca hacerlo"

"Si la segunda proposición fuera la correcta, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos de la parte del pueblo, por limitar un poder de por sí ilimitable"

"No queda duda entonces de que los que adoptan constituciones lo hacen contemplándolas como la ley fundamental y superior de la Nación y, consecuentemente, la teoría de cada gobierno de este tipo debe ser la de que cada ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como todos los demás departamentos del gobierno, están obligados por ese instrumento"

Respecto de la recepción de esta tendencia en nuestro medio, cabe acotar en primer lugar, que nuestra Constitución Nacional predica su supremacía no solamente respecto de todo el sistema normativo nacional, sino además sobre los sistemas provinciales, según lo indica en forma expresa el art. 31, y lo ratifica el art. 5° de la Constitución.

Esta supremacía también está dispuesta por el art. 27 con referencia a los Tratados Internacionales, por el art. 28 en relación a las leyes del Congreso y por el art. 86 inc. 2° respecto de los decretos que emite el Poder Ejecutivo.

Fue en 1887, que nuestra Corte Suprema tuvo la primera ocasión de evaluar la constitucionalidad de una ley que aparentemente ampliaba la competencia originaria de la Corte Suprema, y lo hizo en el caso "Sojo" (CSJN Fallos 32:110), aunque entendió que la ley en realidad tal norma no ampliaba su competencia originaria, y por lo tanto, no hizo lugar al pedido.

El Sr. Sojo era un periodista que fue detenido por la Cámara de Diputados, aduciendo que había injuriado a miembros del cuerpo a partir de sus caricaturas.

Debido a ello, el periodista interpone una acción de habeas corpus directamente por ante la Corte, que lo desestimó, por entender que el decisorio del Congreso era propio de su jurisdicción e irrecurrible ante el alto cuerpo judicial, por vía de apelación.

Fue en realidad en el caso *Municipalidad de La Capital c/Elortondo* (1888) en que la Corte Suprema declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una ley en la Argentina.

El planteo judicial se motivó en una ley de expropiación que había declarado de utilidad pública a una franja adyacente a un terreno expropiado para construir la actual Avenida de Mayo. Se sostuvo la inconstitucionalidad de la declaración de utilidad pública de la mentada franja de terreno, no utilizada en la obra que se realizaba.

La Corte (Fallos 33:184) hizo lugar al planteo, sustituyendo el criterio de

utilidad pública adoptado por el Congreso (debemos señalar aquí que este ha sido un caso aislado, pues como veremos más adelante, la Corte Suprema ha estimado, antes y después de este caso, que este criterio es discrecional del Congreso, y por lo tanto, no justiciable)

5.3.- La supremacía de la Constitución en el derecho argentino: el esquema clásico y la trascendente reforma de 1994: la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos enunciados en el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional: actuación de la Convención Nacional Constituyente.

Desde la óptica en estudio, aparece claro que hasta la reforma constitucional de 1994, nuestra Constitución Nacional respondía al modelo de texto escrito, rígido y con carácter dualista respecto a las relaciones derecho interno-derecho internacional, estableciendo la supremacía del orden Federal por sobre el provincial, y luego jerarquizando internamente las relaciones entre derechos constitucionales, tratados internacionales, leyes y decretos (por vía de los arts. 31, 27, 14 y 28, 5, 86 inc. 2 y sus concordancias.)

En definitiva, las conflictivas relaciones entre Constitución y Tratados Internacionales, y entre ellos y las leyes del Congreso, parecían haber sido resueltas a partir de precedentes de la Alta Corte¹ que sellaron la primacía de la Constitución Nacional (art.27) aunque poniendo a los Tratados por encima de las leyes del Congreso.

De todos modos, la interpretación de lo enunciado a partir de las referencias jurisprudenciales detalladas, no ha sido unívoca. Cierta doctrina, liderada por Rodolfo Barra, indica que los precedentes "Ekmekdján" y "Fibraca" avalaron la regla de que la primacía del Derecho Internacional no encuentra su fundamento en las normas internas sino que emana del propio Derecho Internacional

Por otra parte, Daniel Herrendorf ha sostenido que la sentencia de nuestra Corte Federal, conocida como "Fibraca" había causado un fuerte impacto en la comunidad jurídica revolucionando la jurisprudencia en materia de derecho internacional público y la doctrina clásica en materia de soberanía.

1 C.S.J.N. E. 64 XXIII "Ekmekdján s/Recurso de hecho" Julio 7-1992, ED. 148-338 y además F.433. XXIII, Recurso de hecho "Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" Julio 7-1993. ED. 154-161.

Por primera vez, en su decir, de un modo claro la Corte Suprema de Justicia admitió la supremacía de los tratados ratificados "sobre cualquier norma interna contraria"

Sin perjuicio de ello, interpretando diversamente a lo resuelto por la Corte, Hitters indicó que tal incognita (la de la eventual primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, generada a partir del pronunciamiento "Ekmekdján"), fue despejada por ese cuerpo judicial, que un año después, en el caso "Fibraca", señaló que la aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar esa superioridad al tratado internacional sobre el ordenamiento interno **"una vez asegurados los principios de derecho público constitucional"**.

De este modo, en el decir de Hitters, que aquí compartimos, la Corte reafirmó su posición clásica sobre la preponderancia de la Constitución Nacional en relación a los Tratados, variada ocasionalmente en el precedente "Merk Química", que bien podemos considerar un caso aislado

De todos modos, parte de la doctrina ya ansiaba la equiparación en rango de la Constitución Nacional a los Tratados Internacionales, o la lisa y llana postura "monista"

Frente al proceso reformador de la Constitución Nacional, cabe preguntarnos ¿cuál es el "estatus" que hoy los Tratados en materia de Derechos Humanos y otros tienen en el contexto constitucional?

La **ambigüedad** o quizá **defectuosa redacción** de la norma que meritúa nuestro comentario (art. 75 inc. 22 del texto constitucional), nos lleva necesariamente a un esfuerzo interpretativo, a fin de definir el lugar de esos Tratados conforme la reforma constitucional recientemente realizada

Sin perjuicio de ello, no hemos de dejar de reconocer con Carlos Nino, que al ser las constituciones en general resultantes de compromisos entre intereses e ideologías contrapuestos, tales negociaciones se registran frecuentemente en normas contrapuestas o aún contradictorias.

Con lo expuesto, pretendemos aclarar que muchas contradicciones reflejadas en el texto constitucional no siempre son el resultado de redacciones defectuosas, sino que en muchas ocasiones significan recursos intencionales y funcionales para hacer un compromiso entre diversas exigencias y permitir la adaptación de la Constitución a las nuevas circunstancias institucionales.

Aún así, el desafío de su interpretación y coordinación no puede ser rechazado por quienes nos encontramos involucrados y comprometidos con el estudio del Derecho Constitucional y la temática de los Derechos Humanos.

La norma expresa en lo pertinente, lo que sigue:

Art. 75: Corresponde al Congreso:

inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los Concordatos con la Santa Sede. Los Tratados y Concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, para gozar de la jerarquía constitucional (el subrayado es propio)

El tema pasa por desentrañar cual es el significado que debe atribuirse a la expresión incluida en el art. 75 inc. 22 de la Carta Fundamental, que indica, que determinados Tratados enunciados en el texto constitucional **tienen jerarquía constitucional.**

Las respuestas en doctrina a este interrogante han sido variadas, debiendo apuntarse aquí que en ocasiones algunas de ellas se complementan entre sí, aunque en determinados casos, se descartan unas a otras por opuestas. Hemos de perfilar aquí suscintamente el estado actual de la doctrina, y particularmente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la cuestión, sugiriendo finalmente nuestra postura al respecto

5.4.- Posiciones en doctrina y jurisprudencia

Comenzaremos indicando una coincidencia general en doctrina, al reconocer que el constituyente ha seguido una corriente que tiende a imponerse en el derecho constitucional comparado, que se resume en la "tendencia a la internacionalización de los derechos humanos" Nos referimos aquí al fenómeno que Mauro Capeletti ha sindicado como la "dimensión transnacional del derecho y la justicia"

Adentrándonos ahora en el contexto de las discrepancias doctrinarias, indicaremos en primer término, que según una posición minoritaria, el art. 75 inc. 22 ha incorporado al texto de la Constitución Nacional el articulado de los instrumentos internacionales de mención, lo que significa -desde esa postura- que son sin más parte de la Constitución, y comparten sus reglas de Supremacía

Así, según Colautti, la jerarquía constitucional de estos instrumentos implica que "son, fuera de toda duda, normas constitucionales parte de la Constitución formal

Creemos que en el punto, es el maestro Bidart Campos quien aclara la cuestión, al referir que una cosa es incorporar a esos instrumentos, haciéndolos formar parte del texto supremo, y otra distinta es depararles - desde fuera de dicho texto- idéntica jerarquía que la de la Constitución.-

La cuestión no es meramente semántica o académica, sino que las consecuencias derivadas de la posición que se adopte al respecto implica dar diversas soluciones al planteo, ya que si tales instrumentos formasen parte de la constitución textual, ellos podrían ser modificados conforme el procedimiento establecido por el art. 30 de nuestra Carta Magna, lo que presentaría una definitiva colisión con reglas primarias derivadas del derecho internacional, a partir del que los Estados parte no pueden modificar unilateralmente las estipulaciones contenidas en un Tratado.-

Otra cosa es sostener -en nuestro criterio adecuadamente - que en la forma con que han sido estos instrumentos adoptados por nuestro Derecho Constitucional , el constituyente reformador podría sí, con base en el artículo 30, decidirse a *quitarles jerarquía constitucional*, pero no más.-

Podemos concluir entonces que la incorporación de ciertos instrumentos al derecho constitucional argentino con jerarquía constitucional, *no implica lisa y llana incorporación a la constitución*.-

Ello, de todos modos no nos sitúa sino en el principio de esta discusión, pues descartado que fue aquello que el término "jerarquía

constitucional" *no significa*, cabe evaluar lo que sí ha significado, circunstancia que -como podrá imaginarse el lector - también merece diversas respuestas.-

Está claro que estos instrumentos enunciados en el art. 75 inciso 22 del texto supremo poseen *jerarquía superior a las leyes* y también respecto de otros Tratados que no revistan esa jerarquía, aunque la duda que aquí se suscita es cuál es la relación que ellos poseen con el texto supremo.-

La propia Constitución aclara que los instrumentos allí estipulados poseen jerarquía constitucional, lo que los sitúa con claridad en el contexto de lo que la doctrina española denomina "bloque de constitucionalidad".

Permítasenos volver sobre esta construcción del constitucionalismo español, en párrafos ulteriores. Baste ahora esta referencia a fin de enmarcar el contexto de nuestra elaboración teórica.-

Entonces, ya ubicados estos instrumentos fuera de la Constitución textual, aunque compartiendo -de alguna manera- su status, cabe preguntarnos ahora: ¿A qué apunta la expresión *jerarquía constitucional*?

Podríamos responder al interrogante, razonando que la expresión implica que, desde afuera, son parte de la Constitución, compartiendo sus reglas de supremacía.-

Así lo entiende Daniel Herrendorf, quien sostiene que la innovación de una cláusula que confiere *status especial* a los tratados en materia de derechos humanos, es preclara, ya que (...)coloca al derecho internacional de los derechos humanos en el mismo sitio de la Constitución

Si ésta última fuera la respuesta, debiéramos continuar razonando que ellos tienen la mentada "*jerarquía constitucional*" (lo que significaría compartir todas las características de la supremacía de la constitución textual) *en las condiciones de su vigencia* y además, que *no derogan artículo alguno de la primera parte de ésta constitución* y que *deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidas*, de lo que cabe derivarse que pueden haber distintas jerarquías dentro de la propia constitución, al integrar ella misma, junto con los tratados sobre Derechos Humanos, el mentado "bloque de constitucionalidad".-

Desde otro ángulo, los Tratados sobre Derechos Humanos (ya "integrados" al texto constitucional), no podrían derogar la parte dogmática del texto supremo, pero quizá sí su parte orgánica, de lo que también se podría inferir que la parte "dogmática" del texto constitucional posee un valor superior a la "orgánica"

Tal planteo se presenta como arduo y sugiere la existencia de modos de jerarquía intra-bloque de constitucionalidad, con formas internas de supra y

subordinación que únicamente jugarían en caso de no poder llegar el intérprete, en circunstancia de conflicto normativo, a la ansiada armonización.

Dan por supuesto quienes así piensan, que la parte dogmática de la constitución no puede ser en modo alguno modificada por los instrumentos de Derechos Humanos, los que se someterán en modo invariable a un test de no derogación de las normas constitucionales incorporadas a la parte dogmática del texto supremo, aunque no se encontraría vedada la ampliación de sus contenidos.

De tal interpretación, surge que los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional podrían - en caso de colisión que no admita armonización- prevalecer sobre la parte orgánica de la Constitución Nacional.

En el marco de esta tesitura interpretativa, enfatiza Sagues, que tales instrumentos "valen" como la Constitución, sin formar parte de ella, sosteniendo - en lo pertinente - que pueden prevalecer sobre normas contradictorias de la parte orgánica de la Constitución, aunque no sobre las de la parte dogmática.

Avanza en este sentido, en forma enfática María Cecilia Recalde de Villar' al indicar expresamente el orden jerárquico del denominado "bloque de constitucionalidad", situando en primer lugar, a la 1º parte de la Constitución, y luego, por debajo, a los tratados que gocen de "jerarquía constitucional", con fundamento en que "los mismos podrían derogar disposiciones de la segunda parte de la Constitución por no haberse dispuesto expresamente lo contrario, tal como se hiciera para la primera parte de nuestra Carta Magna".

Por último, encaja recién entonces a la segunda parte de la Constitución Nacional en el 3º peldaño del nuevo orden de prelación normativa que -entiende- existe después de producida la reforma constitucional de 1994.

Apartándose parcialmente de esta posición, sostiene el maestro Bidart Campos al definir la suya, que le resulta muy difícil admitir que la inserción de los once instrumentos en el bloque de constitucionalidad, tenga el alcance de dividir a la constitución formal en dos sectores con distinto rango respecto de aquellos instrumentos, porque ello equivaldría a la fragmentación de un texto unitario y el dislocamiento de su estructura sistemática, optando por una interpretación más sencilla, desde la que indica que "todo el articulado completo de la constitución formal, con la adición de los once instrumentos internacionales citados en el inciso 22, componen el bloque de constitucionalidad federal, dentro del cual el conjunto íntegro reviste en todas sus partes un mismo nivel jerárquico, sin que haya dentro de él planos

supraordinantes y planos subordinados.

En definitiva, afirma el querido maestro que al momento de una eventual colisión normativa prevalecerá aquella parte del "bloque de constitucionalidad" más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

Con algunas variaciones, respecto de la postura del maestro Bidart Campos, señala Andrés Gil Domínguez que en caso de conflicto, por aplicación de los principios de jerarquía y competencia, coloca a la segunda parte de la Constitución en un plano de igualdad jerárquica con los instrumentos mencionados, y para los supuestos de colisión, propone inclinar la balanza hacia uno u otro lado, sobre la base de la aplicación de la regla "pro hómine", a la que suma la opción por el sistema de derechos que mayor protección ofrece a la persona.

Desde otra óptica interpretativa, Gregorio Badeni al intentar develar el sentido de la asignación de jerarquía constitucional a estos instrumentos internacionales, deja en claro que ellos poseen jerarquía superior a las leyes, aunque les asigna *jerarquía constitucional limitada*, ya que también los sitúa por encima de otros Tratados de Integración e instrumentos internacionales mencionados en el primer párrafo del art. 75 inc. 22 C.N. e intenta resolver eventuales puntos de colisión solamente entre los once instrumentos a los que la Constitución ofreció su jerarquía, concluyendo que en estos casos se privilegiará la norma "pro homine"

Badeni no admite colisión entre la Constitución textual y los instrumentos de mención, ya que expresa que todos los derechos humanos gozan de reconocimiento en el texto, ya sea de modo expreso o implícito, por lo que estima imposible que un Tratado añada derecho alguno, por estar ellos previstos en la Constitución Nacional.

El autor, refiere entonces que esas normas provenientes del Derecho Internacional, solamente precisarán ciertas modalidades bajo las que se exterioriza el ejercicio de tales derechos, agregando además que los instrumentos indicados en el art. 75 inc. 22 C.N. "tienen una jerarquía constitucional limitada, disfrutando de un rango superior, no solamente respecto de las leyes, sino también de los tratados de integración y de los citados en el punto anterior (se refiere a aquellos previstos en el 1º párrafo del art. 75 inc. 22 C.N.)" adunando a ello que "ante un eventual conflicto entre ellos, tendrán preferencia los tratados sobre derechos humanos que enumera la Constitución".

Otro sector doctrinario propugna que la enunciación de mención sólo ha rescatado, para el texto constitucional, la regla jurisprudencial de

"Ekmekdjian c/Sofovich", según la cual, y como ya se dijo, los Tratados internacionales tienen solamente jerarquía superior a las leyes.

Así, Juan Carlos Hitters ha dicho que los Tratados ya eran derecho positivo desde el momento de su ratificación por el Congreso(...) porque nuestra propia Corte Suprema los había hecho ingresar casi a la antesala de la propia Constitución, a través de los conocidos fallos "Ekmekdjian c/Sofovich" (1992) y "Fibraca" (1993).

Por eso, cree que *en cuanto a su operatividad nada ha cambiado*. Y sostiene que la única diferencia -y fundamental- es que ahora tienen rango constitucional (...) se les ha otorgado jerarquía constitucional, pasando a complementar la carta Magna sin violentar el artículo 31 de ella.

Para esta posición, *en caso de una eventual contraposición con la Constitución, prevalecerá ésta*, teniendo en cuenta que su artículo 27 dispone que los Tratados deben mantener conformidad con los principios de derecho público establecidos en ella

Cabe además rescatar la interesante postura expuesta por Juan Vicente Sola, para quien los instrumentos alojados en el art. 75 inc.22 de la Constitución, son más una guía para los legisladores que fuentes autónomas de derechos para los habitantes, aunque advierte, que su lugar debía haber estado en alguno de los capítulos sobre Declaraciones, Derechos y Garantías.

Aún así, previene que la enumeración cumple un importante fin didáctico, ya que textos en gran medida ignorados por la opinión pública serán ahora de lectura habitual.

No hemos de olvidar, para cerrar este reseña, a quienes como Alfredo Vítolo, propugnan que el sistema creado por el reformador de 1994 en esta materia no constituye sino otra falacia

Ello por cuanto sostienen que si hubiese sido realmente la intención del constituyente la de conceder a los derechos reconocidos por los tratados la misma jerarquía que aquellos ya incorporados en la Constitución, éste no habría incluido la frase "tienen jerarquía constitucional", ya que resultaría de aplicación el principio general, largamente reconocido por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, en el sentido de que en materia de derechos, todos aquellos enumerados, tanto explícita como implícitamente en la Constitución tienen igual jerarquía, y en caso de conflicto, debe procurarse aquella interpretación que procurando armonizarlos, deje a ambos derechos con el mayor efecto posible.

En la búsqueda de una razón de ser, respecto de aquello que no cabe presumir como una inconsecuencia del legislador, ha encontrado Vítolo la

significación de esta especial mención, en la "ratio legis" de la ley N°24.302 de declaración de necesidad de la reforma constitucional, art. 7º, que prohibió - no sólo alterar- sino aún "introducir modificación alguna" en los derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución.

Con referencia a la actuación de la jurisprudencia, hemos de poner de manifiesto dos fases en el desarrollo de su interpretación, respecto de la situación de la normativa de jerarquía constitucional frente a la Constitución textual:

En primer lugar, hemos de recurrir a un importante pronunciamiento dictado en fecha 7 de abril de 1995², cuando al ocuparse de algunas disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, reiteró una conclusión ya esbozada en 1992³, en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales** ratificados por la Argentina.

Allí infirió de la jerarquía constitucional de los Tratados en materia de Derechos Humanos, que es guía interpretativa para el tribunal, la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para su interpretación.

De ello, pudo colegirse sin hesitación, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es hoy **fuentes o guía para la interpretación de los convenios y tratados sobre Derechos Humanos**, y al tener ellos jerarquía constitucional, ella es válida también **como guía** para interpretar a la Constitución Nacional

Ha hecho lo propio nuestro más alto tribunal, respecto de la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando expresó que ella debe servir de guía para nuestros tribunales, en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica⁴

Creemos de utilidad rescatar esta toma de posición de nuestro superior tribunal nacional, en especial teniendo en cuenta que dicho instrumento integra y complementa hoy nuestra Carta Magna, en el contexto ya mencionado del art. 75 inc. 22 C.N.

Hoy, y ya ingresando en la segunda fase prometida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ocuparse en particular, de los mentados instrumento, ante supuestos de colisión entre ellos y la Constitución textual,

2 Nos referimos al precedente "Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación"(Causa N°32/93), recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial, pub. en E.D., diario del 7/5/1995.-

3 Autos "Ekmekdján...", ya citado antes.-

4Nos referimos a la causa "Bramajo", resuelta por la C.S.J.N. en 12 de setiembre de 1996 (JA 1996-IV-439), en su considerando N°15.-

ha especificado desde la formulación de dos pronunciamientos recientes⁵, el sentido del artículo e inciso en cuestión, definiendo su interpretación respecto de ciertas cuestiones que - como se vio - motivaron la generación de las antes detalladas posturas discrepantes en doctrina..-

En reglas generales, no se ha apartado la Alta Corte de sus precedentes, en cuanto ha vuelto a indicar la regla de armonización, sobre la base de presunción de coherencia, en los designios del constituyente reformador de 1994, con los matices específicos que ahora describiremos:

Así, en el caso "Chocobar", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo al resolver acerca de un difundido caso sobre reajustes en movilidad previsional, que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado los derechos consagrados en ciertos Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado, agregando luego que esas referencias resultan idóneas para interpretar el alcance de la movilidad establecida en el artículo 14 "bis" de la Constitución Nacional, de modo que la atención a los recursos disponibles del sistema puede constituir una directriz adecuada para determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria"⁶

Y el complemento rescatado es relevante, ya que de la amalgama de la norma constitucional en cuestión (art. 14 "bis C.N.) e instrumentos con jerarquía constitucional, que sirven de pauta de interpretación [obligatoria, en nuestro sentir] para los poderes públicos, se sigue que - en el caso concreto, con referencia al ámbito de la seguridad social - ya no hay cabida para el voluntarismo, demagogia o privilegios que lamentablemente persisten aún en importantes sectores de nuestra sociedad.-

Destacamos ahora en particular, el fallo "Monges" en donde el superior tribunal del país se explaya con mayor (aunque aún ambigua y conservadora) definición, respecto de la cuestión en estudio.-

Comienza enfatizando en su considerando 20º, que el art. 75 inc. 22 mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte que aquellos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben

5 Nos referimos al pronunciamiento vertido en Autos CSJN "Monges, Analía M. c/U.B.A." Resol. Nº2314/95 M.399.XXXII del 26/12/1996 y luego, CSJN diciembre 27-996 "Chocobar, Sixto C. c/Caja Nac. de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", LL. "Suplemento de Derecho Constitucional, del 21/3/1997, pag.1 y ss.-

6 CSJN Diciembre 27-986 "Chocobar, Sixto C. c/ Caja Nac. de Previsión para el Estado y Servicios Públicos" LL. Suplemento de Derecho Constitucional, del 21 de marzo de 1997..

entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".-

Desarrolla a renglón seguido tal enunciado, interpretando que no significa ni más ni menos que un **juicio de comprobación** en virtud del cual el constituyente habría cotejado "a priori" los tratados y artículos constitucionales, verificando que entre ellos *no se produce derogación alguna*, juicio que en su entender, no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.

De la afirmación antecedente, deduce la Corte Suprema que la **armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución, es un juicio constituyente**, aclarando que por ello tales normas provenientes del Derecho Internacional, **no pueden ni han podido derogar la Constitución** (considerando 21).

Concluye la Corte destacando que de tal modo, los tratados *complementan las normas constitucionales* sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución(...) aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. (considerando 22°).

Por el contrario -finaliza- debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen igual jerarquía, son complementarias, y por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (considerando 22°).

Permítasenos volver más adelante sobre este último párrafo transcripto del importante precedente del superior tribunal de justicia de la Nación, aunque previo a destacar nuestro parecer, es bueno poner de resalto que en esta cuestión, y según nuestra lectura del caso en estudio, la Corte Suprema ha descartado aquellas posturas que sostienen que las normas contenidas en la nómina de instrumentos internacionales en materia de derechos Humanos insertos en el art. 75 inc. 22 C.N., se hallen por encima de la parte "orgánica" de la Constitución textual.

Como a renglón seguido indicaremos, es nuestro parecer que la posición de la Corte Suprema deja ciertos interrogantes que en el futuro, requerirán una mayor precisión conceptual, a fin de ser develados.

5.5.-Nuestra postura.

Nosotros pretendemos ofrecer una solución particular al conflicto planteado, partiendo de un presupuesto interpretativo que ofrece matices discrepantes respecto de los antes desarrollados.

No obstante, podrá advertirse que, pese a lo enunciado, existirán algunos puntos de equiparación teórica relacionados con ciertos elementos de análisis, tales como:

- la concepción de "bloque de constitucionalidad"
- La referencia de aplicación obligatoria de las indicaciones de los instrumentos de mención (salvo colisión imposible de superar con la constitución textual).

Así, entendemos que los Tratados sobre Derechos Humanos no integran la Constitución, sino que *solo tienen su jerarquía, en los términos del "test" propuesto por la propia Carta Magna, que los invita a actuar desde un escalón superior, complementando su articulado, a modo de pauta valorativa, que -por su jerarquización- resulta ser de interpretación obligatoria para los poderes públicos que los apliquen.*

Insistimos en este modo de viabilizar a la nueva formulación normativa del texto supremo, pues entendemos que ella resguarda la regla originaria de la "supremacía de la constitución textual".

Entendemos que otra interpretación de los alcances de la norma en estudio, que invite a señalar que esta categoría de instrumentos internacionales se encuentre por encima, o en igual rango que la propia Constitución, equiparándose a ella, o superándola en jerarquía, habilitaría a sostener que se habría modificado la regla del art. 30 del texto supremo, el que reserva la función constituyente *sólo a una Convención Reformadora que debe ser convocada a tal efecto por el Congreso.*

Creemos que adoptando la tesitura propuesta, salvaríamos tal aparente desarmonía y podríamos arriesgar que el plexo normativo sobre Derechos Humanos, al igual que sucede en los sistemas español, y alemán, una vez adquirida tal jerarquía constitucional, se constituiría, además de texto normativo suprallegal, en *una pauta de interpretación obligatoria para los Poderes Públicos, al momento de aplicar la Constitución textual.*

Con ello se quiere significar que la normativa internacional sobre

derechos humanos (en particular, los textos expresamente enunciados por el constituyente reformador en el art. 75 inc.22, que solo perderían su jerarquía constitucional vía "reforma constitucional" activada por el art. 30) ya es derecho interno aplicable (con jerarquía supralegal).

Pero además, ***tiene jerarquía constitucional*** lo que en modo alguno significa que compartan su característica de "ley suprema" en delegación que el Constituyente no ha hecho, sino que tal forma lingüística, que no ha significado adición al texto constitucional debe ser entendida como una ***guía interpretativa obligatoria para los poderes públicos respecto de la materia de Derechos Humanos*** que en cualquier caso de colisión con la constitución textual, habrá de ceder ante ella.-

Ello así, pues es sabido que la norma contenida en el artículo 31 de la Constitución Nacional, debe - aún hoy - coordinarse con lo dispuesto en el artículo 27 de la propia norma fundamental, y así, al igual que para el caso de la restante legislación nacional, la validez constitucional de los Tratados y restantes instrumentos internacionales suscriptos por el Gobierno Nacional, deben adecuarse a la norma fundamental.

A partir de tales referencias, es dable interpretar que las garantías y derechos constitucionales contenidas en los Tratados Internacionales firmados y aprobados por el país, constituyen derecho interno directamente aplicable, superior en jerarquía a las leyes del Congreso, pero sometidas al principio de la Supremacía de la Constitución Textual, ya que su jerarquía constitucional es al solo fin (e importante fin), como se ha dicho mas arriba, de ofrecer pautas valorativas obligatorias a los Poderes Públicos.-

De este modo, la nueva formulación constitucional obligará a una construcción teórica de relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho infraconstitucional sobre la idea directriz del principio de "unidad del ordenamiento jurídico", que mandará interpretar el derecho "de fondo" en concordancia con la Constitución, por vía de la interpretación sistemática que ahora la propia norma fundamental indica

Podría algún contradictor argumentar frente a nuestra postura, que aún luego de lo dicho, subsiste una objeción fundamental a nuestro intento de dar coherencia armónica al marco de la Constitución textual, frente a la consagración de la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos en materia de derechos humanos.

Ello así, desde que nosotros descartamos la hipótesis formulada por quienes originan relaciones de jerarquía intra-bloque de constitucionalidad que admiten colisiones entre estos instrumentos y el texto fundamental, con

resolución a favor de los indicados Tratados, y aún más, no compartimos la solución de consenso con que Bidart Campos intenta dirimir el conflicto, según la versión de habilitación, en todos los casos, de la norma mas favorable para la vigencia de los Derechos Humanos.

Advierta el lector que - desde nuestro punto de vista - cuando el texto supremo enfatiza que tales instrumentos *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución*, está significando, por vía de inferencia, mucho más de lo que literalmente dice:

En consecuencia, si damos por cierto que el artículo 27 del texto fundamental (que, evidentemente, integra esta parte de la Constitución, y por ello no puede ser derogado por tal normativa internacional) expresa que el Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras *por medio de tratados que estén en conformidad a los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*, a lo que agregamos que *todos los enunciados contenidos en la Constitución son necesariamente de derecho público* (aún los que contiene su parte orgánica)' hemos de concluir que un instrumento internacional con jerarquía constitucional que se contrapusiese a alguna cláusula de la parte orgánica de la Constitución Federal, violentaría - por inferencia - también su parte dogmática, circunstancia esta última prohibida por el propio texto supremo.-

Un argumento adicional para sostener nuestra posición, es el que nos hace ponderar que no cabe desentenderse del hecho concreto de que los artículos de la primera parte de la Constitución, no solamente expresan derechos, sino también *Declaraciones y Principios de Organización Estatal* entre los que se encuentra la trascendente enunciación del artículo 1° de la C.N., por la que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal, que irradia su fuerza normativa a todo el contexto de la Constitución, particularmente a su parte orgánica, que es aquella a través de la cual se organiza el Poder.

Debemos enfatizar que si bien creemos que nuestra postura posee importantes aristas de acercamiento a la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia a la cuestión, advertimos una referencia -al menos oscura- en la solución jurisprudencial.

Así, no creemos que pueda inferirse de la expresión "tienen jerarquía constitucional" que ambos contextos - la constitución y los mentados instrumentos - no puedan, en hipótesis extremas, presentar soluciones antagónicas o disociadoras. La Corte Suprema ha "presupuesto" un cotejo normativo previo, efectuado por el Convencional Constituyente.

Nosotros también lo presumimos, aunque concluimos del mismo que el reformador de 1994 no se apartó de las reglas de supremacía constitucional dispuestas por los arts. 31 y 27 C.N. sino que indicó la unidad y supremacía de la Constitución textual sobre el contexto de tales instrumentos, y luego sí, una misma jerarquía entre ellos una vez evaluada la imposibilidad de confrontación normativa.

De ello derivamos que en supuesto de colisión insalvable, cede - en todos los casos - la normativa internacional frente a la Constitución textual, sea cual fuere el párrafo de confronste.

En suma, rescatamos como dijimos antes el concepto "jerarquía constitucional", a fin de unificar el bloque de constitucionalidad en su posición relevante respecto del restante ordenamiento interno, indicando a los mentados instrumentos, como un aporte de **complemento obligatorio** a la Constitución textual.

No alcanzamos a inferir, como sí lo hace la Corte Suprema, que la igualdad en jerarquía implica la imposibilidad de desplazarse o destruirse recíprocamente. En suma, entendemos que igualdad en jerarquía, dispuesta por la propia Constitución, no puede significar igualdad en supremacía.

Deberemos esperar a una hipotética situación de conflicto que - llevada a juicio - intente realzar un instrumento de jerarquía constitucional frente a la parte orgánica de la Constitución.-

Entendemos que en tal hipotético supuesto, la solución habría de ser simplemente, lo que también dijo la Corte en el precedente "Monges" en su considerando 22, aunque ampliando el concepto en su desarrollo. No solo se trata de que tal normativa **no se halla por encima de la Constitución**, sino que -además- **la Constitución es suprema a su respecto**.

En este sentido, y como hemos sostenido párrafos más arriba, y ahora reiteramos, toda colisión de un instrumento internacional de los enunciados en el artículo 75 inciso 22 C.N., con el propio texto supremo, deberá resolverse a favor de la constitución textual.

Por las razones antes desarrolladas, concluimos que no podrán existir matices de jerarquía interna entre el "bloque de constitucionalidad" mas allá de las que pudiesen surgir en la correlación e interpretación de los diversos tratados e instrumentos incluidos en el art. 75 inc. 22 **entre sí**.

Para este punto, y solamente en caso de desarmonía imposible de compatibilizar (entre ellos), es que propugnamos la solución por medio de la aplicación del principio "pro hómine" propugnada por el maestro Bidart

Campos.

Más aún, no debe olvidarse que tales instrumentos son *complementarios* de la constitución textual. Si bien Badeni deduce de ello que son reglamentarios del texto supremo, nosotros nos apartamos de tal tesis. Complementar, no quiere decir reglamentar. Ya el Diccionario de la Real Academia Española nos enseña que el término significa "que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa". Si correlacionamos su función complementaria de la constitución textual, con la implicancia no derogatoria, es dable sostener que, la idea de complementariedad sugiere la existencia de una parte principal y una accesoria, y a partir de ello, lo accesorio complementa a lo principal.

Seguimos entonces sosteniendo, que los instrumentos sobre derechos humanos, pese a detentar jerarquía constitucional, se encuentran subordinados a una constitución que - hasta la fecha - no se encuentran en condiciones jurídicas de modificar, ni aún en caso de colisión, pese a los buenos intentos interpretativos, sostenidos desde perspectivas de análisis diversas, ya apuntadas.-

Creemos en consecuencia, que no se han modificado luego de la reforma constitucional de 1994, las reglas clásicas de supremacía constitucional a partir de las cuales la Constitución textual se mantiene inalterable y sigue detentando el vértice de la pirámide.-

Sólo que ahora tales reglas se han adaptado a la idea de la constitucionalización de los derechos humanos, permitiendo el acompañamiento de estos once instrumentos con jerarquía constitucional que la secundan (situándose por debajo de ella, aunque por encima del resto del ordenamiento jurídico argentino).

Concordamos entonces con Nilda Medici Paz y Eodoro Albo en cuanto refieren que la expresión *jerarquía constitucional* no implica *supremacía constitucional* ya que es este un atributo exclusivo de la Constitución nacional, la que asigna en suma un rango inferior a los Tratados

De esta forma se armoniza la incorporación del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, con el hecho real de que no han variado las reglas expresas y particularizadas que la parte dogmática refiere acerca de la temática de reforma y supremacía constitucionales.

En resumen, nosotros pretendemos resolver el conflicto apuntado, con una dirección diversa a la indicada por doctrinarios cuyos análisis hemos

reseñado en forma previa y avanzando sobre la que estimamos una "tibia" interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. Sabemos que el propio texto constitucional nos informa que los instrumentos internacionales reseñados, en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional*, adicionando que ellos *no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*.
2. De allí inferimos que, luego de haberse integrado tales regulaciones internacionales en materia de Derechos Humanos al "bloque de constitucionalidad", existe ***una limitante expresa a su respecto***: no derogan a la primera parte de la Constitución, y son su "complemento". La duda surge respecto de la segunda parte de la Constitución. Y es allí donde nos apartamos de la posición del maestro Bidart Campos y de alguna manera, también de la sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la nación, ya que sostenemos que ***existen aquí planos subordinados y subordinantes***, pues la constitución textual, en su integridad, ***es suprema*** respecto de los instrumentos expuestos en el art. 75 inc. 22.-
3. Llegamos a esta conclusión, como se lo vio, al discurrir que siendo tales instrumentos ***complementarios*** de los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución, y no pudiendo derogar ellos artículo alguno de tal sección, la constitución textual ***en su totalidad ha sido preservada de un eventual embate por parte de alguno de estos instrumentos, así la colisión se produzca respecto de la segunda parte de la misma***, ya que el artículo 1º de la Carta Fundamental al adoptar la forma representativa, republicana, federal ***según lo establece la presente Constitución*** (y no los Tratados adicionados), irradia su supremacía y vigor hacia la segunda parte del texto fundamental, que desarrolla tal principio que, por esa razón, no puede ser desarticulado por norma convencional alguna.-
4. Sostenemos en definitiva que el plexo normativo incorporado sobre Derechos Humanos, al igual que sucede en los sistemas español y alemán, una vez adquirida tal jerarquía constitucional, se constituye - además de texto normativo supralegal en ***una pauta de valoración obligatoria para los poderes Públicos***

En consecuencia, y retomando luego de lo expuesto, nuestro tema principal, podríamos ahora nosotros intentar un diseño comparativo de las jerarquías impuestas por el sistema constitucional, antes y después de operada la reforma de 1994.

El mismo, nos traduciría el diseño que sigue:

<u>RELACIÓN JERÁRQUICA ANTES DE OPERADA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994</u>	<u>RELACIÓN JERÁRQUICA LUEGO DE OPERADA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994</u>
• Constitución Nacional	• Constitución textual
• Tratados suscriptos con Naciones Extranjeras (Doctrina de los precedentes "Ekmekdján" y "Fibraca")	• Instrumentos Internacionales jerarquizados (art. 75 inc. 22 C.N.)
	• Otros Tratados federales
	• Tratados provinciales (suscriptos con Naciones Extranjeras)
• Leyes emanadas del Congreso Federal	• Leyes Convenio (art. 75 inc. 2° C.N.)
	• Otras leyes emanadas del Congreso federal
	• Legislación "delegada" del Congreso federal
	• Decretos de Necesidad y Urgencia
• Decretos emanados del P.E.N.	• Restantes decretos (potestad reglamentaria)
• Sentencias Judiciales.	• Sentencias Judiciales

5.6.- Diversos sistemas de control constitucional: su análisis. Bases institucionales del control judicial de constitucionalidad. Materias controlables

Debemos clarificar aquí la importancia del tema que habremos de abordar en los párrafos que siguen. Es claro que la teoría de la supremacía constitucional, se deshace en el perfil de una mera expresión incumplida de deseos, si el sistema constitucional no garantiza con firmeza el cumplimiento de la principal regla que expone.

Esto significa que si el control constitucional no es posible, la supremacía de la Constitución no pasa de ser un simple enunciado.

Por lo tanto, todo lo analizado en los párrafos anteriores de este capítulo, debe necesariamente complementarse con el estudio que ahora se efectuará del *control constitucional* pues sin ésta última técnica, la base antes desarrollada solo se articularía como una concepción romántica del ideario racional- normativista, que indicaba que con solo enunciar un principio en el texto supremo, éste se cumpliría.

Y la práctica institucional cotidiana nos demuestra que ello no es así, ya que en los albores del Siglo XXI la efectiva vigencia de los Derechos pasa por su cabal garantía, que solo se opera a partir de un eficaz sistema de controles institucionales que permitan la supervivencia de la regla de Supremacía Constitucional.

Se trata de que cuando la Constitución - que pregona su indemnidad o supremacía - es violentada - actúen las defensas necesarias para retomar el camino de la integridad del sistema

Incardinada íntimamente al principio de la supremacía de la constitución escrita y rígida; la técnica del control de la constitucionalidad también ha sido una creación del derecho norteamericano.

No obstante ello - como hemos dicho antes - la constitución estadounidense carece de norma imperativa que obligue a efectuar el control constitucional.

Por tal razón hemos rescatado nosotros el precedente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos "Marbury vs. Madison, en el que a partir del razonamiento casi silogístico de su presidente Marshall, ese cuerpo judicial rescata el principio de la supremacía de la Constitución y *asumiendo por primera vez, su rol de Poder de Estado, se arroga la potestad de efectuar el respectivo control de la invocada supremacía de la ley fundamental.*

Podemos decir entonces que el control de la supremacía de la Constitución es una modalidad de defensa del sistema constitucional por la que el órgano encargado de realizarla, constata que las estructuras infraconstitucionales, no contraríen la manda del texto supremo.

De darse esta contradicción, y una vez constatada, ella se desplaza, declarando la inconstitucionalidad del acto o norma en que se funda

Como vemos, el acto de control de constitucionalidad no siempre tiene por objeto invalidar una norma o acto infraconstitucional, pues puede ser que ella no contraríe a la Constitución.

Demás está decir que para que el control de constitucionalidad se convierta en un insumo efectivo del sistema de que se trate, debe existir una

serie de condiciones que lo permitan, tales como:

1. La condición de rigidez del texto constitucional: ya que si cualquier ley ordinaria tiene aptitud para modificar la Constitución, la verificación carece de base de sustento, porque no existe inconstitucionalidad para verificar
2. La condición de independencia del controlante respecto del controlado: ya que la ineficacia del autocontrol es más que evidente. Sostenía Loewenstein respecto de esta cuestión, que otorgar la potestad de control al mismo órgano que genera la ley que va a ser controlada, es como "poner un zorro al cuidado del gallinero"
3. La condición de fuerza vinculante en los decisorios del órgano encargado de controlar: ya que si al momento del control de constitucionalidad, los efectos de la decisión final del controlante son meramente indicativos, o implican sólo recomendaciones, la estructura carecerá de vigor político y eficacia.
4. A condición de Legitimación para peticionar por parte de quienes advierten el agravio constitucional: ya que si los agraviados no pueden actuar ante el órgano correspondiente para reclamar por la vigencia de la Constitución, el sistema de control carecerá de legitimidad democrática. De allí que prediquemos en este punto, que a mayor aptitud para reclamar la tutela constitucional, más legitimado se encontrará el sistema.
5. La condición de inexistencia de áreas exentas de la potestad de control: ya que en un sistema democrático, la mayor cantidad de áreas exentas del control de constitucionalidad, hace a la menor legitimidad del mismo.
6. La condición de existencia de un ámbito de libertad, jurídicamente garantizado, sobre el que se pueda pretender hacer actuar al control de constitucionalidad: ya que como bien enuncia Miguel Ekmekdjian, la modalidad de control de constitucionalidad sirve en cuanto acrecienta los espacios de libertad del ser humano frente a los avances del poder que permanente se proyecta sobre ellos.

Existen diversos modos y vías para efectuar el control, dependiendo su articulación y efectos, de la conformación de cada sistema constitucional.

Nosotros hemos de desechar la que indica que existen órganos de control de constitucionalidad jurisdiccionales, políticos y mixtos, ya que creemos que el Poder Judicial es también un poder político, como los otros que integran la estructura constitucional.

Así es que, según el órgano encargado de efectuar el control podemos clasificar a los sistemas de control de constitucionalidad en judiciales, no judiciales y "sui generis"

En los sistemas no judiciales, el control puede ser efectuado por el propio Parlamento, el Poder Ejecutivo o por el electorado. Estos sistemas por

lo general restan confiabilidad al Poder Judicial sosteniendo que no posee suficiente legitimación democrática de origen, o porque la estructura judicial es considerada por demás conservadora.

Sus partidarios sostienen que todo lo que se relaciona con el control de constitucionalidad, al tener gran relevancia política, no puede ser competencia del Poder Judicial. El fundamento de esta posición, es que se trata de contener a los poderes públicos dentro de la órbita de competencia que les asigna la Constitución. En consecuencia, ese rol de tutela política e institucional (no jurídica) debe ser encomendado a un órgano que detente esencialmente esa naturaleza.

Los casos de control por el Parlamento se han dado esencialmente en aquellas Naciones tributarias del constitucionalismo marxista-leninista, con algunas modalidades diferenciadoras. En determinados supuestos (Bulgaria, China) el control es efectuado *directamente* por el parlamento, en otros, lo hace la legislatura desde un órgano descentralizado del cuerpo (es el caso del Soviet Supremo de la ex Unión Soviética)

En los países occidentales, el Parlamento también puede hacer control de constitucionalidad cuando deroga una ley en razón de su repugnancia a la Constitución.

Los supuestos en que el control lo efectúa el Poder Ejecutivo se dan en aquellos casos en que el presidente veta una ley por considerarla inconstitucional.

También puede ser efectuado el control de constitucionalidad por el electorado, cuando tiene aptitud para derogar una ley aprobada por el parlamento, invocando razones de inconstitucionalidad (Uruguay) o en forma genérica, al manifestar disconformidad con la actividad de los poderes políticos, en ocasión de sufragar para renovación de autoridades.

En Cuba se admite también el control de constitucionalidad por acción popular, instada por cualquier persona del pueblo, o un grupo de personas.

Los sistemas que Sagues denomina "sui géneris" (en puridad de conceptos, son también no judiciales) se caracterizan por su atípico modo de revisar la constitucionalidad de las leyes. Entre ellos podemos citar a:

- Consejo de la Revolución (Portugal): Entre 1974 y 1982 la constitución portuguesa proclamó el Consejo de la Revolución, compuesto por el Presidente y oficiales de las fuerzas armadas, con facultad de evaluar la constitucionalidad de los proyectos de ley y leyes aprobadas. Su decisión poseía fuerza derogatoria general.

- Consejo de los Custodios (Irán): Regulado en su Constitución de 1979, está conformado por 6 teólogos y 6 juristas musulmanes. Todo proyecto debe ser aprobado por ese Consejo antes de entrar en vigor. El cuerpo no sólo efectúa en esa ocasión un cotejo constitucional, sino también de su correspondencia con los principios del Islam
- Consejo Constitucional (Francia): Integrado por los ex presidentes de la República y otros nueve miembros (3 nombrados por el Presidente, 3 por el Presidente el Senado y 3 por el Presidente de la Asamblea Nacional). Ejerce usualmente un control preventivo de constitucionalidad, pero luego de dictada la Ley, a instancia de determinados funcionarios (Presidente de la República, Primer Ministro, 60 diputados o senadores, etc.). Sólo están exentas de este control, las leyes sujetas a referéndum.

Respecto del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, las bases institucionales de esta metodología de tutela constitucional fueron establecidas - como ya vimos - por los Estados Unidos.

El primer caso en que la Corte Suprema de Justicia de esa Nación consagró el principio de la Supremacía de la Constitución, mediante el ejercicio de la potestad de control a cargo de los jueces federales, fue en el precedente "Marbury vs. Madison" que si bien ya fue mencionado al tratar la supremacía de la Constitución, será ahora desarrollado con una mayor profundidad, atento la importancia del precedente:

El caso acontece a partir de las siguientes circunstancias fácticas: el Congreso Federal de EEUU autorizó al entonces presidente Adams a designar jueces de paz en el distrito de Columbia (Washington). En ese contexto, designa en el último día de su período a 12 magistrados, los que fueron confirmados por el senado norteamericano

Uno de ellos, William Marbury, no alcanzó a hacerse cargo de su puesto, sino hasta que había ya asumido el nuevo presidente de la República Thomas Jefferson (de distinto signo político que el saliente), requiriendo al nuevo Secretario de Estado, James Madison que lo ponga en posesión del cargo, en la forma de estilo.

El Secretario de Estado niega el pedido, a requerimiento del nuevo primer mandatario, y es entonces que el magistrado legítimamente nombrado,

pero arbitrariamente impedido de asumir su puesto, recurre a la justicia.

Y efectúa su reclamo en forma directa por ante la Corte Suprema, ya que una ley entonces vigente (Judiciary Act, 1789) acordaba competencia originaria a la Corte para expedir mandatos judiciales a fin de poner al Juez en funciones, ante este tipo de demoras.

Lo que sucede, es que en la constitución norteamericana, al igual que en la nuestra, la competencia originaria de la Corte Suprema está establecida taxativamente en el texto supremo (art. 117 C.N.) y no puede ser modificada sino por vía de una reforma constitucional.

En el caso que comentamos, la competencia originaria de la corte de los Estados Unidos, lo era sólo para el supuesto de diplomáticos extranjeros y un Estado local, ya que en los restantes supuestos de competencia federal, sólo podía conocer en grado de apelación.

Evidentemente, se había presentado un conflicto normativo entre la Constitución y una Ley del Congreso respecto de la competencia de la Corte Suprema.

La sentencia dictada por el tribunal norteamericano, decidió que pese a ser justa la reclamación de Marbury (pues él tenía derecho a asumir su cargo de juez, para el que había sido nombrado), la vía elegida para hacerla efectiva no era idónea, pues marcaba un camino procesal prohibido por la Constitución Federal.

En consecuencia el voto del juez marshall no derogó la ley en cuestión, pero resolvió que ella no debería ser aplicada. De tal modo, se preservó el principio de la división de poderes y el de las competencias legislativas de los Estados locales, pero se reivindicó la regla de la supremacía de la Constitución federal y la inaplicación de una norma contraria a ella.

La argumentación del juez Marshall, que dio nacimiento institucional a la regla del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, efectuado a pedido de parte y con efecto para los intervinientes en la contienda, puede ser sintetizada en los siguientes argumentos, brillantemente presentados por Segundo V. Linares Quintana:

1. La Constitución es una ley superior
2. Por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley
3. Es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto
4. Si un acto legislativo está en conflicto con una ley superior, la

Constitución, claramente es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto legislativo

5. Si el tribunal no rehusa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas

Creemos nosotros que el control judicial de constitucionalidad es el más apropiado para garantizar la supremacía de la constitución. En principio, porque se trata de una técnica estrictamente jurídica, aunque la realice un Poder de Estado, y por ende, un cuerpo político. Por él no se intenta evaluar la bondad o conveniencia de la norma, sino únicamente de cotejarla con la Constitución a fin de verificar si la contraría o no.

Respecto del modelo norteamericano, propicia una modalidad de control judicial de constitucionalidad de tipo *difuso*, lo que significa que cualquier juez puede verificar la constitucionalidad de una norma o acto. No tenemos aquí lo que se denomina una *magistratura especializada* encargada de estas cuestiones, ya que el juez tiene la potestad de controlar la constitucionalidad *además de las otras* que el sistema le confiere en su calidad de Magistrado.

Frente a este sistema, se alza el sistema de control judicial especializado y concentrado. Diseñado principalmente en el modelo que Hans Kelsen proveyó para la constitución austríaca de 1920, propicia la centralización del control de la constitucionalidad en un tribunal concentrado, que opera desde fuera de los tres poderes clásicos que diseña la Constitución.

Este sistema presupone que:

1. No es posible el control efectivo de la constitucionalidad, si el organismo controlante no puede resolver con efectos generales, y aún con potestad derogatoria de la norma ú acto contrario a la Constitución.
2. El poder institucional que esta modalidad implica, requiere que el órgano encargado de realizar el control, se sitúe fuera de los tres poderes de Estado, integrado por Magistrados de diversa y múltiple extracción, a fin de que representen correspondencia ideológica con los cambios políticos operados en la sociedad y el Estado.
3. El cuerpo encargado de tan importante rol debe ser especializado, e imbuído de una definida vocación constitucionalista.

Respecto de las materias controlables, podemos decir que la doctrina constitucionalista ha generado un espacio de cuestiones exenta del poder de control que los jueces poseen en el sistema. Entre ellas podemos contar a las cuestiones políticas, las cuestiones abstractas y a la no declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas.

Las cuestiones políticas son aquellas que incumben propiamente a los poderes políticos, por encontrarse dentro de la esfera de su incumbencia. Por tal razón este tipo de cuestiones han sido consideradas no justiciables, pues lo contrario implicaría quebrar el principio de la separación de los poderes y el establecimiento del gobierno de los jueces.

Señala Quiroga Lavié, a fin de determinar cuando nos encontramos realmente frente a una cuestión política que ella es la que resulta de actos políticos producidos frente a situaciones nuevas.

Obsérvese que para enfrentar estas situaciones no es posible acudir a normas, ya que ellas no pueden prever la dinámica social (por ejemplo, la decisión de gobierno, en el sentido de edificar escuelas, construir caminos, o levantar hospitales: no podríamos decir que el poder político incurre en inconstitucionalidad cuando toma una opción, dejando a las otras de lado; aunque la decisión pudiese ser políticamente errónea o inviable).

Es entonces en este contexto que puede predicarse que una cuestión deviene política, y por tanto, no justiciable.

Aún luego de lo explicado, entendemos nosotros que todos los órganos de gobierno obtienen su competencia por mandato de la Constitución. Y siendo que la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación poseen conocimiento sobre "todas las causas" que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación (art. 116 C.N.), no debiera habilitarse la inhibición del conocimiento de "ciertas causas" por parte de los jueces con el pretexto indicado.

Nosotros creemos que en realidad, la decisión política, en su momento de "libertad" no puede ser interferida por los jueces, cuando la situación es nueva, y por ende, no normada

Aún así, si bien los jueces no pueden cuestionar la motivación de los hechos de gobierno, si pueden evaluar si su "vestimenta jurídica" es adecuada, porque el gobernante bien pudo haber equivocado su calificación constitucional.

Creemos con esto, colocar a las cosas en sus justos términos: los jueces no delinear políticas de gobierno, ni interfieren en ellas, pero impiden violaciones constitucionales.

Así es que como bien ha sostenido la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el célebre caso "Baker c/Carr" (SCUS 369:U.S.196) cabe admitir por excepción y en casos de necesidad imperiosa para la vida del Estado, cuando los valores fundamentales de la sociedad estén en juego y para evitar el desborde de la fuerza en caso de continuar las cosas como están, pueden disponer los jueces un acto de gobierno frente a la contumaz negativa del gobernante a hacer respetar la Constitución y sólo cuando no hubiera otro camino institucional para evitarlo.

En todo caso, nosotros entendemos que una sociedad genuinamente democrática y participativa, recorta y diluye los espacios de no justiciabilidad de las cuestiones políticas, por parte de los jueces, sobre todo cuando se trata de verificar que los órganos de la Constitución no se extralimiten arbitrariamente en sus competencias, Aún así, la polémica en este punto es ardua, y se desenvuelve básicamente por los siguientes andariveles:

<u>POLÉMICA ENTRE PARTIDARIOS Y DETRACTORES DE LA PLENA JUSTICIABILIDAD DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS</u>	
Argumentos a favor	Argumentos en contra
<ul style="list-style-type: none"> • Si la justicia no interviene en estos casos, pueden darse supuestos de denegación de justicia • La división de poderes no se altera, sinó más bien se robustece cuando el poder Judicial controla los excesos de los restantes • La discrecionalidad de los poderes políticos no puede implicar descontrol • El Poder Judicial es el moderador de los restantes poderes de Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los Poderes políticos (y no el Judicial) son los únicos competentes para decidir sobre estas cuestiones • La intervención de los jueces en estas materias altera la forma republicana de gobierno • Podría generarse un modo de "gobierno de los jueces" incompatible con el sistema democrático • El control de los actos políticos debe ser ejercido por el pueblo al momento de votar

Diremos además, que el efecto principal de la declaración de inconstitucionalidad de una cuestión denominada "política", es impedir que tal cuestión se realice, o más bien, que el acto o norma en que ella se funda, se aplique

No ha de confundir el lector a las cuestiones políticas con aquellas denominadas *privativas*. Habiendo ya definido a las primeras, diremos de las segundas que éstas sí son previstas en la Constitución, pero son ejecutadas o cumplimentadas por los órganos indicados en las normas pertinentes, *sin que pueda controlarse su cumplimiento* (por caso, el procedimiento para la

formación y sanción de las leyes). Si respecto de las primeras, puede existir alguna duda razonable cuando hablamos de su judiciabilidad, en el caso de estas últimas, admitir que los jueces no puedan controlarlas, es herir gravemente el contexto del Estado de Derecho en la sociedad democrática.

También se abstienen de conocer los magistrados, respecto de las cuestiones que en doctrina se denominan "abstractas" (moot cases). Son aquellas que al momento de ser resueltas por los jueces, carecen de virtualidad jurídica, y por ende, su tratamiento en sede judicial es innecesario.

Esta modalidad requiere que la cuestión a ser analizada sea actual al momento de su análisis por los magistrados, y no cuando los derechos constitucionales ya han dejado de ser afectados

Es un caso de éste tipo de cuestiones, la situación que se dio con motivo de la impugnación que ciertos Convencionales Constituyentes efectuaron respecto del modo de votación de "núcleo de coincidencias básicas" (en bloque, y por la negativa o afirmativa) al sugerir que se estaba cercenando la libertad de la Convención Constituyente para decidir al respecto.

Al momento de llegar el caso a la Corte Suprema, la Convención Constituyente había votado ya su reglamento, haciendo suya la modalidad que había indicado el Congreso. Por tal razón, y sin perjuicio de la valoración que le hubiera merecido tal proceso a la Corte, el órgano encargado de la reforma de la Constitución había hecho uso de su libertad para decidir el modo de votación que estimó conveniente. La cuestión había devenido abstracta para la justicia.

En suma, ha indicado la doctrina que el meollo de la injusticiabilidad de las cuestiones abstractas radica en varios principios, que podemos sintetizar así:

- El Poder Judicial solo actúa ante casos judiciales
- La cuestión abstracta, demandaría asimismo un pronunciamiento judicial abstracto (no vinculado a un caso real y concreto)
- Las sentencias no pueden ser inoficiosas e inconducentes
- La pretensión del justiciable tiene que subsistir al momento de resolver el conflicto de intereses planteado en juicio

También se ha abstenido el Poder Judicial de su obligación de evaluar la constitucionalidad de las normas o actos infraconstitucionales, cuando la parte interesada no efectuó petición alguna al respecto, en un proceso, salvo que la cuestión a resolverse afecte, por sus implicancias, a la autonomía funcional del

poder Judicial.

Sin embargo, ha hecho algunas importantes excepciones a esa regla, en algunas ocasiones, entre las que podemos destacar un sonado caso sobre actuación de oficio (Outon; CSJN Fallos 267:215) respecto de un Decreto del PEN que obligaba a los trabajadores portuarios a afiliarse al sindicato único del ramo para poder trabajar en tareas de estiba.

Esta regla significa, en el decir de Bidart Campos, que en situaciones normales, el control de constitucionalidad no prospera sin pedido de parte interesada.

Seguimos en este caso, a la posición que detenta toda la doctrina de los constitucionalistas nacionales, al indicar que el control de constitucionalidad está dentro de la función de administrar justicia, y le corresponde al juez "motu proprio" en la causa judicial en que actúa. Ello porque este tipo de control hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y defensa de la constitución que le incumbe específicamente a los jueces.

Aún así, nuestra jurisprudencia ha sido reacia a efectuar control de constitucionalidad sin pedido de parte.

Los argumentos que sustentan a ambas posturas, pueden resumirse en los siguientes:

<u>DECLARACION JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD</u> <u>"DE OFICIO"</u>	
<u>Argumentos A favor</u> <u>(Doctrina)</u>	<u>Argumentos en contra</u> <u>(Jurisprudencia)</u>
<ul style="list-style-type: none"> • El control de la constitucionalidad es una cuestión de derecho que no depende de la voluntad de las partes • La no petición de declaración de inconstitucionalidad no hace presumir renuncia al derecho subjetivo que pudiese estar lesionado • La tutela de la supremacía constitucional es una regla de orden público, y por tanto imperativa para los Magistrados. • La declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, y por lo tanto, no es disponible para las partes en contienda 	<ul style="list-style-type: none"> • Efectuar "de oficio" el control de la constitucionalidad de las leyes rompe el equilibrio de los poderes por la absorción del poder Judicial en desmedro de los otros dos • El principio de congruencia y bilateralidad procesal indica que el Juez no debe fallar más allá de lo peticionado por las partes. Caso contrario, introduciría una cuestión constitucional no traída a contienda, desequilibrando el posicionamiento de los contendientes en el marco del proceso. • Si el juez declara "de oficio" la inconstitucionalidad, rompe el principio de

<ul style="list-style-type: none"> • La regla de administrar justicia le está impuesta por la Constitución a los jueces, por lo que no requiere petición de parte. 	<p>la presunción de legitimidad de los actos Estatales</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------

5.7.- El control de constitucionalidad en el derecho constitucional argentino.

Si hubiéramos de definir los principios básicos que rigen al control judicial de constitucionalidad en el derecho federal argentino, debiéramos enunciar los siguientes:

- El control de constitucionalidad se inserta en la argentina, en el contexto de causas judiciales (arts. 116/117 C.N.)
- Por regla, el control de constitucionalidad no se realiza en supuestos abstractos, ni respecto de cuestiones políticas. Como contrapartida, la declaración de inconstitucionalidad es una cuestión privativa del poder Judicial
- El control en causa judicial requiere instancia de parte interesada (no procede "de oficio").
- La declaración de inconstitucionalidad es un acto prudencial, de suma gravedad que constituye la "ultima ratio" del orden jurídico y debe pronunciarse solo en caso de ser manifiestamente imposible lograr una interpretación conciliadora
- La declaración de inconstitucionalidad no deroga a las leyes, solamente se limita a inaplicarlas en el caso concreto

Respecto de los controles de tipo "políticos", la argentina tuvo, entre 1853 y hasta la reforma constitucional de 1860, una modalidad de control constitucional preventivo, que el Congreso de la Nación efectuaba con relación a las constituciones provinciales, ya que ellas antes de su entrada en vigencia debían someter sus textos al control del Poder legislativo, que podía

exigir su adecuación a lo dispuesto en el art. 5 C.N.

Actualmente, tanto el Congreso de la Nación, al derogar una ley, o el Presidente al ejercer su derecho a vetarla, pueden válidamente adoptar esa tesitura por razones de constitucionalidad.

Podemos entonces señalar que los poderes públicos efectivizan el control de constitucionalidad *fuera de causas judiciales*, entre otras, en las siguientes ocasiones

- El Presidente de la Nación, al vetar una ley sancionada por el Congreso, si su fundamento es considerarla lesiva de la Constitución
- El Presidente de la Nación, al reglamentar una ley respetando la prelación jerárquica de la carta magna respecto del decreto dictado
- El Presidente de la nación, quien al asumir sus funciones, cuando jura observar y hacer observar la Constitución
- Vicepresidente, Senadores y Diputados Nacionales en cuanto juran al asumir sus cargos, observar y hacer observar la Constitución
- El Congreso de la Nación, en cuanto sancionan las leyes de la república respetando la supremacía de la Constitución federal

Pero como se ha visto, el control de la constitucionalidad de las leyes, ha sido asumido, por el Poder Judicial de la República, como facultad propia en causas judiciales (control difuso), con un efecto no derogatorio de la norma en cuestión, la que - en su caso- sólo se torna inaplicable para las partes en litigio (inter partes).

Respecto de los legitimados para peticionar la inconstitucionalidad, ellos son:

1. El titular de un derecho o interés legítimo que padezca agravio por una norma o acto inconstitucionales
2. El afectado, el Ministerio Público, las ONGs. de defensa o cualquier ciudadano, para el caso de tratarse de derechos humanos de la tercera generación, y solo se intente una pretensión anulatoria de la norma o acto que se tacha de inconstitucional.
3. El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo

Gráficamente, el tema puede ser presentado de la siguiente manera:

<u>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO</u>		
CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL	CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS DE CONTROL	OTROS PRESUPUESTOS DEL CONTROL
<p>La Constitución ha organizado un sistema de control de constitucionalidad bastante complejo, que combina matices de control político con control jurisdiccional. Aún así, podemos decir que el perfil del control de la constitucionalidad en la Argentina es prevalentemente jurisdiccional, difuso, con efectos inter partes .</p> <p>Pese a importantes iniciativas al respecto en doctrina, la Argentina parece no haber receptado aún la línea europea de creación de tribunales especializados a fin de efectuar el control de constitucionalidad con efectos erga omnes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Por vía de acción y excepción:</u> Se genera la acción directa de inconstitucionalidad cuando se promueve un proceso autónomo a tal efecto. También puede ser hecha valer en el marco de un proceso, la excepción de inconstitucionalidad, como defensa • <u>Efectos del control:</u> En el orden federal , la regla es que los efectos del control de constitucionalidad alcanza solamente a las partes intervinientes en la contienda. Algunas provincias poseen sistemas con efectos "erga omnes" el control de constitucionalidad • <u>Tipos de control:</u> lo es concentrado cuando es efectuado por un órgano especializado y único (algunas provincias argentinas). Lo es difuso cuando lo efectúan todos los jueces (en el caso del orden federal) 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Improcedencia del control "de oficio"</u> Según la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, esta autorrestricción importa que un tribunal argentino está impedido de controlar la constitucionalidad si la misma no fue peticionada expresamente por parte interesada en el proceso • <u>Las cuestiones políticas:</u> Existe una porción de la actividad estatal en la que los Magistrados se han autorrestringido de actuar. Estas son las cuestiones políticas, con el fundamento de evitar entrometerse en la oportunidad, mérito o conveniencia de la esfera de acción de los otros poderes de estado • <u>Las cuestiones "abstractas":</u> son aquellas que al momento de ser juzgadas, han perdido virtualidad jurídica. El fundamento es el de evitar un desgaste jurisdiccional innecesario

Con relación a nuestro derecho público provincial, allí coexisten modalidades de control de constitucionalidad difuso, con supuestos de control concentrado. Enseña en el punto Bidart Campos, que en las provincias que poseen la vía de acción directa, el modo de control de constitucional es en esos supuestos concentrado (por ejemplo, Buenos Aires, Chaco, Santiago del Estero, Misiones, Neuquén, etc).

Podemos destacar de entre ellas, a la provincia de Tucuman, que establece un Tribunal de Constitucionalidad.

Existen algunas provincias, en las que el efecto del control de constitucionalidad, cuando la vía es directa y por tanto concentrada, posee alcance "erga omnes" y hasta aún derogatorio de la norma en cuestión. En estos supuestos, queda claro que jamás un tribunal provincial podría derogar con ese efecto una ley federal

5.8.- Preguntas, Notas y concordancias.

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

1. **¿Considera Ud. Obsoleta la teoría de la supremacía de la Constitución, frente al avance del derecho internacional de los derechos humanos y el concierto de globalización, vigente a nivel mundial?**
2. **¿Por qué cree Ud. Que al hablar de los antecedentes de la regla de la supremacía constitucional, no se hizo referencia al derecho griego, o Español del medioevo?**
3. **¿Cree Ud. Que el sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, genera en la práctica un "gobierno de los jueces"?**
4. **¿Cómo estima la cátedra que debe interpretarse la regla de la supremacía de la Constitución luego de operada la reforma constitucional de 1994?**
5. **¿Que opina Ud. De la creación de un Tribunal Constitucional que se ocupe del control de la constitucionalidad, con vía de acción directa y efectos erga omnes, sustitutivo del sistema actualmente vigente en el orden federal?**

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Bidart Campos, Germán: El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1995
2. Bidart Campos, Germán: La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Edit. EDIAR, 1988.
3. Bidart Campos, Germán: Los Tratados de Integración. Derecho comunitario versus derecho interno. Primacía o no de la Constitución. Edit. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1995
4. Jiménez, Eduardo: El MERCOSUR, la integración y el rol del constitucionalista. En revista jurídica El Derecho del 8/9/92.
5. Jiménez, Eduardo: La teoría de la Supremacía Constitucional en el Derecho

- Británico. En revista jurídica La Ley del 24/9/98, pag. 1 y ss.
6. Jiménez, Eduardo y Riquert, Marcelo: Teoría de la pena y Derechos Humanos. Edit. EDIAR, 1998 (Capítulos I y II)
 7. Sagues, Nestor: La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. Edit. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1998.
 8. Vanossi, Jorge: Teoría Constitucional. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1976. Tº1.

A continuación, haremos un cuadro de concordancias a fin de apreciar el modo en que nuestra Corte Suprema de Justicia receptó, antes de operarse la reforma constitucional de 1994, la regla del carácter suprallegal de los tratados internacionales (tesis del monismo atenuado).

Recordamos que luego de operada la enmienda de 1994, los tratados internacionales en general y los relativos a la temática del derecho comunitario (siguiendo la línea jurisprudencial que abajo indicaremos), tienen jerarquía superior a las leyes.

En cambio, los instrumentos que versan sobre derechos humanos, referidos por el art. 75 inc. 22 de la Constitución, tienen jerarquía constitucional

Ello, según el siguiente cuadro comparativo:

<i>Jurisprudencia (anterior a la reforma de 1994)</i>	<i>Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentado por esa jurisprudencia</i>
<i>Constitución Nacional y Tratados Internacionales. (Fallo "Martín")</i>	Respecto de las relaciones jerárquicas entre la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, la jurisprudencia del Alto Tribunal fue históricamente conteste en reconocer primacía a estos últimos sobre aquella. Así es que sostuvo que la Constitución Nacional prevalecía sobre el derecho internacional <i>en tiempos de paz, como en tiempos de guerra</i> . (por ejemplo en el caso "Martín").
<i>Fallo "Merk Química".</i>	Este caso fue una excepción en los precedentes de la Corte Suprema. Allí el Alto Tribunal dijo que el derecho internacional prima sobre la Constitución argentina <i>en tiempos de guerra</i> .
<i>Leyes internas y Tratados Internacionales.</i>	Si bien era relativamente clara la posición de la Corte respecto de la relación entre la Constitución y el Derecho Internacional, no lo era respecto de las leyes emanadas del Congreso Nacional. Ello debido a que el Alto Tribunal consideraba que no había fundamentos jurídicos que surjan de nuestro derecho interno para otorgar prevalencia a la normativa internacional por sobre nuestra legislación.
<i>Fallo "Ekmedjian Neustadt" (1988).</i>	Este es el precedente en el cual la Corte comienza a definir la dirección de interpretación referente a la jerarquía de los tratados con respecto a las leyes internas dictadas por el Congreso, estableciendo que <i>"la necesaria aplicación del</i>

	<p><i>artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional. Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en precedentes de esta Corte, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley".</i></p> <p>Sin embargo, a pesar de lo afirmado, el Tribunal rechazó la demanda por considerar no operativa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con lo cual este precedente no tuvo efectos concretos, perdiendo, debido a ello, relevancia jurídica en el tema que nos ocupa.</p>
<p>Fallo "Ekmedjian c/ Sofovich". (1992).</p>	<p>Aquí el Alto Tribunal vuelve a afirmar que de acuerdo a la Convención de Viena, ningún estado puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Sin embargo, considera operativo al Pacto de San José de Costa Rica - en el caso, al artículo 14 que regula el derecho de rectificación o respuesta - haciendo lugar a la demanda. Como consecuencia de ello, éste es el primer pronunciamiento en el cual se hace efectivo la primacía del derecho internacional por sobre nuestro derecho legislativo infraconstitucional. La ambigua decisión de la Corte hizo interpretar a algunos autores que había establecido la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno (aún la Constitución)</p>
<p>Fallo "Fibraca". (1993).</p>	<p>La Corte Suprema en este pronunciamiento sostuvo (aclarando el sentido del precedente antes mencionado) que <i>"la necesaria aplicación de este artículo (el 27 de la Convención de Viena) impone a los órganos del Estado argentino - una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales - asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria".</i></p> <p>La importancia de este pronunciamiento radica fundamentalmente en el hecho de que aquí se deja bien en claro la supremacía de nuestra constitución, al establecerse que se deben resguardar <i>los principios de derecho público constitucionales</i> como único requisito para que la normativa internacional prive por sobre cualquier norma interna contraria.</p>

3.7.- Autoevaluación.

1. Explique las dos vertientes de la supremacía constitucional, precisando sus fundamentos:

.....

.....

.....

.....

.....

2. ¿Cómo vincula Ud. A los conceptos de supremacía y control de la constitucionalidad?

.....

.....

.....

.....

.....

3. Desarrolle la evolución de las relaciones entre la Constitución y los Tratados Internacionales hasta la reforma constitucional de 1994:

.....
.....
.....
.....
.....

4. Señale cuales son las nuevas reglas en materia de supremacía constitucional luego de operada la reforma constitucional de 1994:

.....
.....
.....
.....
.....

5. Desarrolle las bases institucionales del control judicial de constitucionalidad en el orden federal argentino:

.....
.....
.....

