

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A
LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES SOBRE
DERECHOS HUMANOS
(Una aproximación al sentido del artículo 75 inc. 22 de la
Constitución nacional)¹

Por Santiago J. Martín.²

D) Introducción a las posiciones en doctrina y a la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al art. 75 inc. 22 CN.-

Una de las reformas más importantes introducidas por el convencional constituyente del año 1994 fue la referida a la jerarquía de los tratados internacionales en relación al derecho interno, tanto en lo que a hace a su consagración supralegal, cuanto a la jerarquía constitucional que se le confirió a algunos instrumentos sobre derechos humanos. Lo primero, vino a confirmar al entonces reciente cambio jurisprudencial que había efectuado la Corte Suprema de Justicia a partir del Fallo 'Ekmedkjian c/ Sofovich' (1992)³, en el cual el Tribunal cambió su añeja jurisprudencia en la materia, afirmando que los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las de cualquier norma interna⁴. Lo segundo, quizás más novedoso ya que no tenía antecedente jurisprudencial alguno, vino a conceder a ciertos tratados de derechos humanos 'jerarquía constitucional'. La norma (art.

¹ Trabajo expuesto en el V Encuentro Nacional de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional y I Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional, llevado a cabo entre los días 18 y 20 de mayo de 2006 en la Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² Profesor de la materia Teoría Constitucional en la Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, y Jefe de Trabajos Prácticos en la materia Derechos Humanos, Universidad Atlántida Argentina, Facultad de Derecho, ciudad de Mar del Plata.-

³ LL, 1992-C, 543.-

⁴ Luego en 'Fibraca Constructora' aclarará su postura, sosteniendo que la jerarquía superior de los tratados es sobre cualquier norma de carácter interno, siempre que se respeten los principios de derecho público constitucionales a que hace referencia el art. 27 CN.-

75 inc. 22) en lo que aquí interesa, luego de mencionar los tratados en cuestión, establece que:

“...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. Sólo 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 jerarquía constitucional”

La interpretación de este artículo generó diversas posturas en doctrina, que fueron expuestas al poco tiempo de sancionada la reforma. En lo que hace concretamente a la jerarquía constitucional, podemos agrupar las posiciones principalmente en dos:

- Quienes consideran que luego de la reforma existen relaciones intrajerárquicas dentro del denominado ‘bloque de constitucionalidad federal’;
- Quienes afirman que el artículo transcrito no admite este tipo de interpretaciones, no existiendo por lo tanto relaciones intrajerárquicas dentro del bloque.

Entre los primeros, podemos aún hacer una subclasificación, en aquellos que consideran que la propia Constitución Nacional ahora posee normas de distinta jerarquía, y aquellos que sólo distinguen entre la jerarquía de los instrumentos internacionales y la Constitución.-

La controversia se generó principalmente por la inclusión de la frase ‘...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución...’ contenida en el referido inciso 22. Ello significa, para algunos, que las normas contenidas en esta ‘primera parte dogmática’ de la Constitución, al no ser derogadas por las de los instrumentos internacionales, tienen mayor jerarquía, y por lo tanto, deben prevalecer frente a cualquier conflicto normativo entre estos dos grupos de normas. A ello se suma, como argumento central, que el artículo 27 que establece la supremacía constitucional sobre los tratados internacionales de que sea parte el Estado argentino, mantiene su vigencia luego de operada

la reforma. Recordemos que esta norma no fue modificada (y mucho menos suprimida), ya que la Convención Constituyente de 1994 no se encontraba habilitada para reformar artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Esta posición puede tener otras implicancias, afirmando que si bien la primera parte de la Constitución posee mayor jerarquía que los instrumentos internacionales, éstos se hallan en la misma o mayor escala normativa que la segunda parte de la Constitución, con lo cual ésta segunda parte posee inferior jerarquía que la primera parte de la Constitución nacional. Como consecuencia se sostiene que no sólo el ‘bloque de constitucionalidad federal’ posee relaciones intrajerárquicas, sino que también la Constitución nacional ahora contiene normas de distinta alcurnia.

Hubo voces también que se opusieron a estas interpretaciones, rechazando la posibilidad de la conformación de relaciones intrajerárquicas dentro del ‘bloque de constitucionalidad’. Entre ellos se destacaba Germán Bidart Campos, quien sostenía por aquél entonces que gozando ambos grupos de normas (las de la primera parte y las de los instrumentos internacionales de derechos humanos) de idéntica jerarquía, cualquier conflicto normativo habría de resolverse aplicando principalmente la solución que mayor beneficio otorgue a la plena vigencia del derecho fundamental de que se trate. En síntesis, aplicando el principio ‘pro homine’⁵. Nuestra postura, adelantamos, coincide en lo sustancial con la del maestro, aunque con algunos matices que luego expondremos.-

Fue la Corte Suprema quien vino a zanjar la cuestión, al fallar en los casos “Chocobar”⁶ (27/12/1996) y “Monges” (26/12/1996)⁷, donde afirmó que en realidad, cuando el convencional constituyente dispuso que los instrumentos internacionales mencionados ‘...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución...’, lo que efectuó fue un **juicio de comprobación**, mediante el cual se evaluó la compatibilidad de las normas convencionales con las constitucionales. Por ello, no es posible para el Tribunal que los poderes constituidos declaren inconstitucional norma alguna de un tratado, por su eventual oposición con una norma constitucional, o viceversa, ya que aquél juicio de comprobación efectuado por el constituyente ya fue realizado y no puede ser desconocido. En consecuencia, todas las normas del referido ‘bloque’ (del que los jueces no

⁵ Ver del autor ‘Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino’; Ed. Ediar, T. I-A, p. 388/392.-

⁶ LL, 1997-B, 247.

Este fallo es célebre no tanto por la definición del tema que estamos tratando aquí, sino por habilitar jurisprudencialmente un despojo claramente inconstitucional a los haberes de nuestros queridos jubilados... Vaya nuestro sentido homenaje a quienes no pudieron obtener justicia a causa de este fallo.

⁷ LL, 1997-C, 150.-

hacen mención) tienen la misma jerarquía, y el intérprete habrá de extremar los esfuerzos para armonizarlas, sin desaplicar a ninguna en beneficio de otra u otras⁸.-

El Tribunal rechaza entonces la tesis que sostiene que dentro del bloque de constitucionalidad existen relaciones intrajerárquicas, afirmando en “Monges” que la autonomía y autarquía universitarias (consagradas en el art. 75 inciso 18 de la Constitución nacional) tienen el mismo rango o jerarquía constitucional que el acceso sobre la base de la capacidad (consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). “La autonomía – afirma – no puede estar reñida con el principio de acceso por capacidad” (cons. 17).

En este sentido también se opone a la posibilidad de que la frase ‘no derogar...’ tenga como efecto el quiebre de la Constitución Nacional en dos grupos de normas con distinta jerarquía, cuando sostiene que ‘no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución’. Que por el contrario, ‘debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente’ (cons. 27).-

Ésta actualmente es la jurisprudencia de la Corte Suprema, a pesar de que los jueces que la sentaron ya no forman parte del Tribunal, y que no puede desconocerse que la nueva integración podría suscitar un cambio jurisprudencial de un momento a otro⁹.

El art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, no sólo toca un tema bien sensible para el derecho constitucional, sino que deja resquicios importantes para una diversidad de opiniones sobre su alcance. Sin embargo podemos resumir la doctrina judicial de la Corte Suprema de la siguiente manera:

- Tanto la Constitución nacional como los instrumentos internacionales sobre derechos humanos comparten la misma jerarquía normativa;
- Ambos deben interpretarse como un conjunto armónico, dentro del cual, cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás;
- Los constituyentes han efectuado un ‘juicio de comprobación’ en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna;

⁸ Dijo la Corte en ‘Chocobar’: “Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir” (cons. 12).

⁹ El voto mayoritario de ‘Chocobar’ fue firmado por los jueces Nazareno y Moline O’Connor, y el de ‘Monges’ por Nazareno, Moline O’Connor, Boggiano y López.

- La armonía o concordancia entre los tratados y la constitución es un juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.

En consecuencia:

- Veda la posibilidad a los jueces de desaplicar cualquier norma con jerarquía constitucional, ya que el intérprete siempre tiene que armonizar los contenidos normativos. Esto significa, según nuestro parecer, que nos encontramos ante un área exenta del control de constitucionalidad.
- Esta interpretación ‘auténtica’ de la norma, hace que el Tribunal no se sujete a ninguna pauta cierta de resolución de conflictos normativos intra-bloque, ya que éstos no existen.

Además:

- El Tribunal no asumió postura en torno a la existencia del denominado ‘bloque de constitucionalidad federal’;
- Tampoco aclaró cómo juega el artículo 27 de la Constitución nacional en la interpretación armónica que impone.

II) El significado del ‘juicio de comprobación’.-

Creemos que es posible asignar a la frase ‘no derogan artículo alguno...’ los siguientes significados:

- a) **‘Manifestación de cumplimiento’ de los deberes del convencional constituyente** en torno a los límites fijados por el temario de reforma: Esto desde que aquella Convención – como toda otra de naturaleza ‘derivada’ – se encontraba limitada en sus atribuciones reformadoras por el temario habilitado a través de la Ley 24.309. Por lo tanto, en virtud de esta ley ninguna reforma que se efectuare podía modificar, y menos aún derogar, artículo alguno de la primera parte de la Constitución nacional. De ello quisieron dejar constancia los convencionales en la letra de la Constitución cuando incluyeron en el artículo 75 inciso 22 la frase ‘no derogan artículo alguno...’, ya que no tenían facultades para producir ningún tipo de alteración a las normas de esta Primera Parte. En consecuencia, podemos considerar a esta frase como una especie de

‘reaseguro’ que quiso dejar la Convención Constituyente, a través de la cual expresa claramente que no se extralimitó en sus facultades al incorporar un importante número de disposiciones normativas con jerarquía constitucional.¹⁰ Reaseguro ciertamente innecesario, porque los operadores jurídicos han de partir imperativamente desde la hipótesis de que esta Primera Parte se encuentra plenamente vigente, ya que no fue habilitada su reforma por el temario preconstituyente.-

- b) Asimismo, es posible sostener que se ha sentado una ‘**regla imperativa de interpretación**’: la de que aún tratándose de normas de idéntica jerarquía, no puede aplicarse el principio de ‘ley posterior – los tratados constitucionalizados - deroga a la anterior – la Constitución’.-
- c) Finalmente, y tal cual lo sostuvo la Corte Suprema, puede significar el ejercicio de un ‘**juicio de comprobación de armonización normativa**. Ciertamente esta tarea pudo haberse realizado así como se realiza siempre que el Congreso Nacional hace ingresar al ordenamiento jurídico interno disposiciones provenientes del derecho internacional. Sólo que aquí la comprobación es más amplia, porque no alcanza únicamente a los principios de derecho público constitucional como impone el art. 27 CN, sino a ‘todos los artículos de la primera parte de la Constitución’. Si bien es cierto que de las actas de la Convención Constituyente del año 1994 no surge que tal ‘juicio’ se haya realizado, tampoco exigimos constancia de él cuando el Congreso nacional aprueba un tratado internacional cualquiera. Sin embargo, ello no puede llevarnos a la conclusión de que los convencionales no cumplieron con su obligación de constatar que el contenido de los instrumentos de derechos humanos fuera compatible con la Constitución. Este es, a nuestro entender, el ejercicio del control político – o si se quiere, no judicial – de constitucionalidad que efectuó el Poder Constituyente derivado en la Reforma del año 1994.
- d) Luego, no adherimos a la tesis que deriva de esta frase la existencia de una **preferencia jerárquica** entre la Primer Parte de la Constitución y

¹⁰ De las Actas de la Convención Constituyente se extrae la siguiente afirmación del Convencional Miguel Ortíz Pellegrini (UCR): "nos parecen correctas las modificaciones que se han propuesto, porque ya nadie podrá decir que nos hemos extralimitado o que, de alguna manera, hemos usado nuestras atribuciones fuera del estricto marco de la ley que nos trajo aquí, es decir, la 24.309".-

los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y aún entre éstos y la Segunda Parte de la Constitución.-

En atención al significado asignado por el Alto Tribunal aparecen los primeros interrogantes: ¿Es correcto, como afirma la Corte Suprema, que tal juicio de comprobación se encuentra vedado a los poderes constituidos? Planteamos nuestras dudas: si una norma convencional resulta totalmente incompatible con una de la Constitución ¿no habrá el convencional constituyente violado la prohibición contenida en la ley 24.309 de no alterar el articulado de la parte dogmática? ¿no habría habido aquí un exceso del Poder Constituyente susceptible de control de constitucionalidad, conforme la habilitación expresa que hizo la Corte en el caso ‘Fayt’? ¿el control político que hizo la Convención, veda al control judicial posterior? Seguidamente volcamos nuestra opinión.

Por una parte afirmar que los convencionales constituyentes ya efectuaron un juicio de compatibilidad integral y definitivo entre diez instrumentos internacionales – cada uno de considerable extensión – y 43 artículos de la Constitución (con más todos los de la segunda parte que signifiquen una expresión normativa de un principio de derecho público constitucional en los términos del artículo 27 CN) no deja de ser una manifestación de dogmática jurídica que no conduce a buen puerto, desde que materialmente es imposible prever la infinidad de conflictos normativos que pueden presentarse. Por lo tanto corresponde asignar un alcance restringido a este acto de reconocimiento normativo, que no puede enervar las atribuciones propias de los órganos judiciales en el ejercicio del control de constitucionalidad.

Por otra parte, si bien la Corte Suprema no lo dice expresamente, de los términos de su doctrina parece desprenderse la existencia de una nueva hipótesis de ‘causa política no judicial’, ya que según el Tribunal, los jueces están inhibidos de realizar el mentado ‘juicio de comprobación’, que no es otra cosa que un control de constitucionalidad¹¹.

Como principio, renegamos de la existencia de las causas políticas no justiciables, con lo cual desde un comienzo este argumento no nos convence. En el marco de una causa, los jueces tienen jurisdicción – concedida por el art. 116 CN, que establece que deben entender en ‘todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (...); y por los tratados con las naciones extranjeras...’ – para comprobar si efectivamente las normas convencionales derogan – o no – a las de la Primera Parte de la Constitución

¹¹ Se nos puede responder a ello que no nos encontramos frente a una ‘causa política no judicial’, sino ante una reducción constitucional a la jurisdicción judicial del art. 116 CN. Luego, la única alternativa sería suponer que el alcance del art. 116 CN se encuentra restringido por la reforma constitucional, algo imposible desde que ello no era materia habilitada por la Ley 24.309.-

nacional, ya que ello conforma la decisión sobre ‘un punto regido por la Constitución y los tratados’.

El objeto del ‘juicio de comprobación’ será: determinar si las normas convencionales derogan, o no, a las de la Primera Parte de la Constitución nacional. Si la respuesta es afirmativa, debemos concluir que la reforma constitucional en cuanto hizo ingresar una norma opuesta a otra de la primera parte de la CN, es nula, por no ser éste tema habilitado para su reforma (Art. 6 y 7 de la Ley 24.039). Es decir, si hay una oposición total (absoluta incompatibilidad) entre las normas, debe prevalecer la norma constitucional, por ser nula la introducción de una norma contraria al ‘bloque de constitucionalidad federal’.-

Es decir, que prevalece la norma constitucional en tanto se efectúa un control judicial sobre la reforma constitucional, que en el caso se declararías inválida, y no porque las normas constitucionales posean mayor jerarquía que las convencionales. Aquí evaluamos una norma con jerarquía constitucional, en oposición a otra que no ha logrado obtener dicho status, ya que el intérprete se sitúa en el momento anterior, es decir, en el de su introducción – vía reforma constitucional – al bloque de constitucionalidad federal.-

En definitiva, nosotros creemos que cuando la Corte Suprema inhibe a los jueces de ejercer el ‘juicio de comprobación’, veda la posibilidad de efectuar el control judicial de constitucionalidad sobre la reforma constitucional, contrariando su propia doctrina judicial que sostiene que la Corte se configura como el ‘intérprete final de la Constitución’.-

De todas formas, este último supuesto – el de la oposición total entre las normas – seguramente será el más extremo y menos común. Debe recordarse que el control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional sólo puede hacerse fundado en el ejercicio excesivo del poder constituyente o constituyente delegado. Debe destacarse que para hacer este tipo de declaración, habrán de extremarse y agotarse definitivamente todos los intentos de conciliación, porque – reiteramos – aquí el control se efectúa frente al más importante poder político – jurídico que nuestro sistema concibe: el reformador de las normas constitucionales. Habrá de configurarse, entonces, un **manifiesto exceso** del Poder Constituyente, que no admita otra solución que su abrogación.

La crítica a los efectos que la Corte Suprema le adjudicó al ‘juicio de comprobación’, se ha centrado hasta aquí en los instrumentos que obtuvieron jerarquía constitucional en la reforma de 1994. Ello así, porque la propia Corte Suprema alude al ‘juicio del constituyente’, pero omite que el último párrafo del inciso 22 ha consagrado la posibilidad de que los poderes constituidos, en ejercicio de poder constituyente delegado,

otorguen jerarquía constitucional a otros instrumentos sobre derechos humanos, como sucedió con la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. En estos casos, el Tribunal no aclaró el sentido de la frase ‘no derogar...’, que no podrá referirse al ‘juicio de comprobación’ aludido anteriormente. VER BOGGIANO CONS. 10 EN ARANCIBIA CLAVEL

En este caso, aparece un nuevo significado de la frase mencionada: el de limitante del poder constituyente delegado ejercido por el Congreso de la Nación, ya que opera como una restricción a dicho poder, impuesta por la propia Constitución Nacional (no ya por la Ley 24.309, que restringía las atribuciones de la Convención Constituyente). El sentido de esta disposición se patentiza desde que, de no encontrarse incorporada al texto constitucional, se daría la paradoja de que el poder delegado hubiera sido más amplio que el delegante. El Alto Tribunal, a pesar de haber tenido la posibilidad de aclarar este punto (en los casos ‘Arancibia’, ‘Espósito’ y ‘Simón’, para nombrar los más relevantes) no lo hizo, pero creemos que éste será el sentido de su interpretación en el futuro.-

Como primera conclusión, consideramos que sería positivo que la Corte corrija su doctrina en lo que tiene de restrictiva al ejercicio del control de constitucionalidad. Vale recordar que los pronunciamientos cimeros referidos (‘Chocobar’ y ‘Monges’ principalmente) que sentaron la jurisprudencia todavía vigente, fueron suscriptos por magistrados que actualmente no integran el Tribunal.¹² De hecho, al fallar en el sonado caso ‘Simón’ (junio de 2005), ninguno de los nuevos integrantes sostuvo aquella doctrina, con la excepción quizás del Dr. Lorenzetti, que se acerca a la tesis mencionada, cuando afirma que la incorporación de los tratados sobre derechos humanos es una decisión de los constituyentes que los poderes constituidos no pueden discutir, y que ‘la función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones’ (considerando 17 de su voto). Luego, sólo el Dr. Boggiano, que ya no es parte del Tribunal, sostuvo esta tesis. Finalmente, parece surgir de los últimos pronunciamientos sobre el tema, que la opinión general los actuales integrantes, es no

¹² La doctrina del ‘juicio de comprobación’ fue sustentada por los siguientes magistrados: causa "Monges", Fallos: 319:3148 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López); "Chocobar", Fallos: 319:3241 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Petric", Fallos: 321:885 (votos de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano); "Rozenblum", Fallos: 321:2314 (disidencia del juez Boggiano); "Cancela", Fallos: 321:2637 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez); "S., V.", Fallos: 324:975 (voto de los jueces Moliné O'Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez); "Menem", Fallos: 324:2895 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Alianza 'Frente para la Unidad'", Fallos: 324:3143 (voto del juez Boggiano); "Guazzoni", Fallos: 324:4433 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Mignone", Fallos: 325: 524, votos del los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López; entre muchas otras.-

admitir la posibilidad de establecer relaciones intrajerárquicas¹³ dentro del ‘bloque de constitucionalidad’¹⁴.

III) Armonización entre normas del bloque de constitucionalidad.

a) Supremacía y jerarquía constitucional.-

Veamos qué sucede cuando se trata de interpretar normas compatibles, esto es, que no se derogan mutuamente (teniendo presente que el intérprete siempre debe procurar la compatibilización y armonización normativa).-

Aquí es donde nos oponemos a las teorías que admiten las relaciones intrajerárquicas dentro del bloque de constitucionalidad. A nuestro entender – y en esto coincidimos con la jurisprudencia de la Corte Suprema – tratándose de normas de igual jerarquía, no hay fundamento válido que permita sostener la superioridad de un bloque normativo sobre otro. Ya indicamos el sentido asignado al término ‘no derogan...’, que se encuentra lejos de suponer una prevalencia jerárquica entre la primera parte de la Constitución y los instrumentos internacionales jerarquizados, prevalencia que no es posible sostener cuando la misma Constitución le concede a estos instrumentos idéntico rango.

Por ello, superado el examen de su inclusión al bloque de constitucionalidad federal, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos enunciados en el art. 75 inc. 22, tienen la misma jerarquía que toda la constitución – esto y sólo esto puede significar ‘jerarquía constitucional’ – y las normas de este bloque no pueden derogarse recíprocamente. Esto incluye al art. 27 CN, que sólo puede ser aplicable a los instrumentos internacionales que no poseen jerarquía constitucional, ya que según nuestra interpretación, el alcance de esta norma se relativiza frente a la previa admisión de los tratados al bloque de constitucionalidad federal, que supone su compatibilidad normativa con la Constitución.

En consecuencia, parece correcto afirmar que hoy la supremacía de la constitución no es exclusiva en materia de derechos humanos, al menos si asimilamos este concepto de ‘supremacía’ al de ‘jerarquía’, según el sentido tradicional del término que nos ofrece Quiroga Lavié: “...la particular relación de supra y subordinación en que se encuentran las normas en un ordenamiento jurídico determinado”.¹⁵ De esta forma parece que la única posibilidad de admitir la relación intrajerárquica dentro del bloque de constitucionalidad

¹³ Con las excepciones del Dr. Fayt, que defiende la supremacía de la Constitución nacional por sobre cualquier instrumento internacional, inclusive los que poseen jerarquía constitucional, y del Dr. Maqueda, que en otro extremo de la argumentación, defiende la supremacía del derecho de gentes por sobre la Constitución nacional, con basamento en la recepción que del mismo hace el art. 118 CN.-

¹⁴ Sobre cuya existencia tampoco se expidieron.-

¹⁵ Quiroga Lavié, Humberto; ‘Derecho Constitucional’, Ed. Desalma, Bs. As., 1984, p. 431.-

federal sea distinguiendo entre 'supremacía constitucional' y 'jerarquía constitucional', ya que si ambos significaran lo mismo, no podría sostenerse que la Constitución sigue siendo exclusivamente suprema al mismo tiempo que asigna 'jerarquía constitucional' a los instrumentos enunciados en el art. 75 inc. 22. Definitivamente, afirmando que sólo las normas de la Constitución pueden gozar de 'supremacía', entonces la 'jerarquía' que tienen los tratados del art. 75 inc. 22 ha de significar alguna otra cosa.-

Nosotros creemos que no necesariamente toda norma 'suprema' ha de tener la mayor jerarquía dentro del orden jurídico. Sin embargo, toda norma que se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica, necesariamente ha de ser suprema, al menos mientras mantenga ese rango. Es decir, las normas supremas pueden ocupar otros lugares además del más alto del ordenamiento, pero este último es exclusivo de ellas.-

Ello puede afirmarse dando al concepto de 'supremacía' más de un sentido. Uno, el que tienen aquellas normas que aún cuando no se encuentren en lo más alto del ordenamiento, tengan por objeto disponer del orden jerárquico que ocuparán otras normas de ése ordenamiento. Es decir, que deciden la relación de supra y subordinación de otras normas de la 'pirámide'. En nuestra Constitución un ejemplo lo hallamos en el último párrafo del inciso 22 del art. 75 CN, que decide la ordenación jerárquica del resto de los actos normativos, disponiendo que superados ciertos procedimientos, algunas normas adquieren jerarquía mayor que otras, o que la pierden.

En cuanto disposiciones como éstas existan en nuestra Constitución nacional, es decir, en cuanto sea la CN la que disponga del orden jerárquico normativo, sigue siendo suprema (sólo en este sentido), aún cuando se ubique en un lugar inferior de la estructura jerárquica¹⁶. Es decir, la referencia sigue siendo la Constitución, hacia abajo o hacia arriba, pero sigue siendo ella, a través de una decisión soberana del Estado que decide la relación entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional. En esto insistía Bidart Campos cuando definía a la Constitución como la fuente primaria y fundante del ordenamiento jurídico, característica que según el maestro continuaba poseyendo aún luego de la inclusión de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22 CN.-

Así, la Constitución en tanto norma suprema puede reservarse el peldaño más alto de la pirámide jurídica, o puede reservar dicho espacio para otras normas, como ser los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los que en tal caso gozan de 'jerarquía constitucional'. Ello sucede con el art. 75 inc.22, donde la Constitución cedió su

¹⁶ Barroso, Fernando; La supremacía y la reforma constitucional. El problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ED. T. 163-922.-

exclusivo lugar en lo más alto de la pirámide, para compartirlo junto a los instrumentos internacionales allí mencionados. En este caso, la norma con ‘jerarquía constitucional’ – que puede no pertenecer a la Constitución – tiene tanta fuerza normativa como la Constitución misma, independientemente de que no decida su lugar de prelación en el orden jurídico, pero mientras allí se mantenga, tal prelación produce todos sus efectos.

¿Cuáles son estos efectos? Definir imperativamente y sin restricciones posibles, junto con las normas constitucionales, el contenido de los derechos humanos del sistema jurídico infraconstitucional.

Desde esta óptica si bien las disposiciones convencionales con ‘jerarquía constitucional’ no gozan de supremacía en el sentido de ‘disponer del orden jerárquico de las demás normas’, son supremas en cuanto determinan los posibles contornos de las normas del sistema, así como la interpretación que los poderes públicos hagan sobre las mismas¹⁷. Por tal razón la Constitución perdió el monopolio de la supremacía en el sentido indicado.

Ello no debe entenderse como una alteración inconstitucional al principio de supremacía, debido a la habilitación expresa que se concedió al poder constituyente reformador para tratar el tema de la ‘jerarquía de los instrumentos internacionales’¹⁸ (Ley 24.309), además que la ‘letra’ del art. 27 en nada varió con la reforma de 1994. En segundo lugar, tal afirmación sólo puede hacerse desde una interpretación que sostenga que dentro de los ‘principios de derecho público constitucional’ aludidos por el art. 27 CN, se encuentra el de ‘supremacía exclusiva’ de la Constitución por sobre todo el derecho internacional, incluido el de los derechos humanos.

Ya Bidart Campos nos invitaba a reflexionar sobre este punto, preguntándose – y preguntándonos – si habrá lugar para sugerir que entre los ‘principios de derecho público’ aludidos en el art. 27 hemos de considerar incluido el de ‘primacía del derecho internacional sobre el derecho interno’¹⁹.-

Creemos que la respuesta puede ser afirmativa, desde que, como lo sostuvieron distintos magistrados en el caso ‘Simon’, es la propia Constitución la que permite convivir

¹⁷ Eduardo P. Jiménez si bien considera que la frase ‘tienen jerarquía constitucional’ ‘en modo alguno significa que comparten su característica de ley suprema en delegación que el constituyente no ha hecho’, sino que tal modo lingüístico deben interpretarse como una **guía interpretativa obligatoria para los poderes públicos respecto de la materia de Derechos Humanos**. De todas formas sostiene Jiménez que en cualquier caso de colisión con la Constitución textual, habrá de ceder ante ella. Ver “Las Reglas de Supremacía Constitucional luego de la Reforma Constitucional de 1994: Los Tratados sobre Derechos Humanos como pauta de interpretación obligatoria dirigida a los poderes públicos”, ED. T. 163-901.-

¹⁸ No debemos distinguir donde la ley no lo hace, y si la habilitación preconstituyente no limitó la facultad de la Convención en este punto, no existen motivos para que el intérprete lo haga.-

¹⁹ Ver su “Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, T. I-A, p. 473 y sigs., Addenda al capítulo V, ‘Los Principios Constitucionales de Derecho Público y el Derecho Internacional’.

al art. 27 con el art. 118, este último, receptor del denominado 'derecho de gentes' y de sus principios, entre ellos, el de primacía.

b) Criterios de interpretación y reflexión final.

Asumido que todas las normas del bloque de constitucionalidad federal poseen idéntica jerarquía, el intérprete, partiendo de la presunción de validez y constitucionalidad de las normas implicadas, deberá armonizarlas y coordinarlas a los efectos de asegurar el mayor goce posible de los derechos que consagran, y en caso de colisión adoptar la solución que sea más favorable a los derechos del hombre (principio 'pro homine'), cualquiera sea la fuente de que proceda la norma. Este no fue el camino seguido por la Corte Suprema en los precedentes 'Chocobar' y 'Monges', donde no resolvió en el sentido más favorable a la vigencia de los derechos implicados²⁰ ni sentó la regla 'pro homine' como pauta interpretativa para esos casos. También podrá acogerse el principio 'pro actione' y el 'favor debilis', o el principio de especialidad normativa, pero no el de jerarquía, por improcedente dentro del 'bloque de constitucionalidad'.

Por otro lado, se ha interpretado que la 'complementariedad' de los tratados demuestra su subordinación respecto de la Constitución, argumento éste que rechazamos ya que la jerarquía constitucional que éstos poseen descalifica cualquier interpretación en este sentido. En realidad, pareciera que aquí se pretendió volcar otro principio en materia de derechos humanos: el que afirma que las normas jurídicas han de complementarse recíprocamente en busca de una interpretación más favorable a los derechos. La norma en análisis no menciona la complementariedad recíproca, sino sólo la de los tratados hacia la Constitución, por lo que a este artículo habrá de interpretárselo extensivamente, como en definitiva, lo hizo la Corte Suprema al afirmar que ambos (los tratados y la CN) se complementan *mutuamente*.

De todas formas, apelamos a la interpretación dada por el Convencional Cafiero en el recinto constituyente, quien sostenía que: "acompañamos con la palabra 'complementario' la idea de una interpretación donde quede claro que la tutela más favorable al derecho a la persona es la interpretación válida".-

²⁰ En 'Chocobar', el Tribunal entendió que la movilidad consagrada en el art. 14 bis de la CN queda supeditada a los recursos disponibles del Estado, invocando al art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto significó en los hechos un congelamiento de los haberes que perduró durante años.

En 'Monges' supeditó el principio de autonomía universitaria consagrado en el art. 75 inc. 19 CN, al art. 13 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que la enseñanza superior debe hacerse accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados. También fueron citados el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el art. 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Frente a lo dicho hasta aquí concluimos sumándonos a la postura que sostiene que luego de la Reforma Constitucional de 1994 no subsiste incólume el principio de supremacía constitucional, sino que éste se vio afectado, ya que la Constitución dejó de ser la pauta determinante del contenido de los derechos humanos en el sistema constitucional argentino. Las puertas jurídicas ya se abrieron a favor del derecho internacional de los derechos humanos, resta que los operadores e intérpretes del sistema hagan lo propio.-