BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
CONSTITUTIONAL OBSTRUCTION

José Miguel Onaindia*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumen: La nueva jerarquía normativa de los tratados internacionales y la elevación a rango constitucional de dos declaraciones y ocho pactos de derechos humanos, por la reforma constitucional argentina de 1994, ha causado una transformación en la interpretación de la trama de derechos protegidos. Este nuevo orden de prelación de normas, ha hecho surgir en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y tribunales inferiores el concepto de "bloque de constitucionalidad", por el cual se propone una interpretación conjunta y armónica de la compleja trama normativa que hoy constituye el sistema protectorio de los derechos humanos. Este concepto se vincula con las nuevas tendencias del derecho constitucional comparado y constituye desde la ciencia jurídica un avance para lograr una mejor protección de los derechos, que lamentablemente no coincide con la realidad de la comunidad.
Palabras claves: Jerarquía normativa. Bloque de constitucionalidad. Interpretación armónica. Conjunto de cláusulas. Sistema de derechos.

Abstract: The new normative hierarchy of International agreements and the elevation of constitutional of two declarations and eight pacts of human rights, for the Argentina Constitutional reform in 1994, motivating to transform the interpretation of the protected rights. This new order composes inside the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court for Justice and for other Courts, the concept of the "Constitutional Obstruction", through are purposed a common and uniformity interpretation for the normative de los derechos humanos. Este concepto se vincula con las nuevas tendencias del derecho constitucional comparado y constituye desde la ciencia jurídica un avance para lograr una mejor protección de los derechos, que lamentablemente no coincide con la realidad de la comunidad rules.
Key Words: Normative hierarchy. Constitutional Obstruction. Uniformity interpretation. Clauses. Rights system.

1. Introduccion

El orden de jerarquía de las normas es una de las cuestiones de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico, puesto que se vincula íntimamente con el principio de supremacía de la constitución y en los estados de forma federal, con el principio de supremacía del derecho federal respecto del derecho local. La comprensión y respeto del sistema jerárquico de normas son presupuestos básicos de un buen funcionamiento del estado de derecho. La jerarquía de las normas determina la necesaria coherencia jurídica con la que todas las disposiciones deben formar un conjunto lógico y la forma en que deben subordinarse los diferentes actos estatales.

El acatamiento del orden de jerarquía normativa significa el respeto del orden institucional y de las competencias propias que la constitución reconoce a cada uno

* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor invitado para cursos de pos-grado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la UBA, Universidad del Litoral, Universidad Notarial Argentina, Universidad Católica Argentina y en las Universidad de Zaragoza y San Pablo CEU (España) y Universidad de Tours (Francia). Es autor de diversas obras de su especialidad (La Constitución de los argentinos y La Constitución de los porteños, entre otras) y de más de sesenta artículos en revistas especializadas. Es colaborador habitual de medios de prensa escritos y audiovisuales.

de los órganos del estado. La subordinación a las disposiciones que la constitución otorga mayor jerarquía implica el preciso cumplimiento de la forma de gobierno y del acatamiento a las normas preexistentes que es la esencia de una democracia constitucional. El respeto al orden normativo impuesto por el constituyente se vincula con los dos elementos básicos de esta forma de organización estatal: porque implica la garantía para el ciudadano del respeto de sus derechos humanos y el cumplimiento de la forma de gobierno que organiza la constitución, como garantía genérica de los derechos mencionados.

El notable desarrollo del derecho internacional, especialmente vinculado a la protección internacional de los derechos humanos, durante la segunda mitad del siglo XX y la aparición de organismos supranacionales con facultades de legislación y jurisdicción, dio nueva complejidad al orden de prelación de las normas en el derecho constitucional contemporáneo. Tal fenómeno trajo como consecuencia la revisión de los principios clásicos del constitucionalismo moderno sobre la materia y la aparición de diferentes criterios en el derecho comparado para solucionar las tensiones entre el principio de soberanía de los pueblos y la aparición de este orden jurídico internacional.

La República Argentina no escapó a esta transformación. La doctrina en primer término y luego la jurisprudencia, recibieron estos cambios y mediante un criterio dinámico de interpretación normativa propusieron la modificación de la metodología de análisis de la cuestión que tradicionalmente se efectuaba desde el origen de nuestro sistema constitucional. Finalmente, estas tendencias fueron introducidas en la reforma constitucional de 1994 y con su sanción se produjo una transformación esencial del orden de jerarquía normativa, que a mi juicio constituye la modificación más trascendente que produjo esa última reforma constitucional y la que tendrá mayor repercusión en el curso de nuestra presente y futura vida institucional.

La cuestión vinculada a este tema no constituyó uno de los puntos relevantes del pacto político que dio origen a la reforma de 1994. La ley que declaró su necesidad (Ley 24.309), en cumplimiento del procedimiento estatuido por el art. 30 de la C.N., habilitó a la Convención Constituyente a debatir la cuestión en su artículo 3ro. Punto I (Institutos para la Integración y Jerarquía de los Tratados Internacionales), admitiendo la incorporación de nuevos incisos a la disposición que regula las competencias del Congreso Nacional y prohibió en su art. 7mo. la modificación de la denominada parte dogmática de la Constitución Nacional. Esta limitación de la facultad reformadora de la Convención derivó en la ausencia de adecuación de las normas que regulan el orden de prelación en la primera parte de la Constitución con las nuevas y trascendentes disposiciones incorporadas en un artículo, en principio, ajeno a la cuestión como es el que determina las facultades del Congreso. El camino seguido por las fuerzas políticas que pactaron la reforma fue diferente al del movimiento reformador provincial, pues las múltiples reformas introducidas en textos de constituciones provinciales luego de la recuperación del orden institucional en 1983 modificaron sustancialmente los capítulos dedicados a declaraciones, derechos y garantías.

Sin embargo, la deficiencia en la técnica legislativa antes señalada no impidió un debate amplio de la materia y la adopción de una modificación que conmueve profundamente no sólo una cuestión que puede aparecer meramente técnica como el orden de prelación de las leyes, sino las bases de nuestro sistema de derecho. Esta modificación amplió en forma indudable

la extensión y protección de los derechos humanos de los habitantes de nuestro país, al otorgar a dos declaraciones de derechos humanos y ocho pactos sobre esta materia igual jerarquía que la Constitución Nacional. Desgraciadamente, la distorsión entre derecho y realidad que ha caracterizado profundamente nuestra vida comunitaria en el tiempo histórico transcurrido desde la adopción de la reforma hasta el presente, impide que la población advierta este avance, pero no quita valor al mandato que surge de la constitución formal.

2. Bloque de Constitucionalidad

La incorporación de la cláusula del art. 75 inc. 22, segundo párrafo, hizo surgir la corriente doctrinaria que considera que los tratados y declaraciones de derechos humanos a los que la citada norma otorga jerarquía constitucional, forman con la constitución un conjunto denominado "bloque de constitucionalidad" que determina los alcances de la protección de nuestro orden constitucional a los derechos del hombre (Bidart Campos, G.J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 1995, To. VI p. 555). Esta doctrina ya fue recibida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues en el voto del Dr. Santiago Petracchi emitido en el voto del fallo "Gonzáles de Delgado, Cristina y otros c/U.N.C." (Fallos 323:2359) afirma que "...la reforma constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) que, junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina. A partir de entonces son muchas las normas de ese rango que nos rigen y en las que se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, se prohíbe la discriminación y se garantiza el acceso a la educación." Con esta clara afirmación el máximo intérprete de la constitución nacional reconoce la existencia del denominado bloque de constitucionalidad, que servirá como principio orientador de la jurisprudencia para salvar cualquier posible diferencia interpretativa respecto del complejo conjunto de normas que lo integran.

Debe también señalarse que otros integrantes de la Corte han hecho uso del concepto de "bloque de constitucionalidad", aún sin usar esta expresión. En el mismo caso el Dr. Gustavo Bossert expresa que no puede dejar de señalarse que tanto por expresas disposiciones de la Constitución Nacional, complementadas por los principios reconocidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional debe resolverse a favor de la ordenanza cuestionada en el caso en resolución. Destaca que la igualdad ante la ley se encuentra contemplada en el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, específicamente referida a la igualdad de la mujer con el hombre en el art. 15 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Con este minucioso análisis evidencia la necesidad de efectuar una interpretación "en bloque" de todas las disposiciones que conjuntamente con las constitucionales protegen y fijan los alcances de los derechos del hombre en nuestro ordenamiento jurídico.

También de los fallos "Chocobar" y "Monges" surge que dentro del denominado bloque de constitucionalidad no existen jerarquías normativas disímiles y que todas las normas que lo integran deben interpretarse armónicamente. Expresa el Tribunal que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, den-

tro del cual cada una de sus disposiciones ha de evaluarse de acuerdo con el contenido de las demás, pues las expresiones utilizadas por el constituyente son indicativas de que han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han verificado la inexistencia de contradicción entre las normas de la constitución y las declaraciones y pactos a los que se otorga rango constitucional (CS, 27/12/96 "Chocobar Sixto c/Caja Nac. De Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", LL 1997-B,247). Si bien con esta interpretación parece zanjarse el dilema sobre la diferencia jerárquica entre las cláusulas de la constitución y normas elevadas a rango constitucional, queda subsistente la mayor flexibilidad de éstas últimas para perder ese rango por el procedimiento legislativo previsto en el art. 75 inc. 22.

3. Bloque de Constitucionalidad y Jurisprudencia de Tribunales Internacionales

Otro elemento interesante para el análisis es el rol que juega la jurisprudencia de los tribunales internacionales para fijar los contenidos de las cláusulas integrantes de los pactos y tratados. Con anterioridad a la reforma constitucional, en el ya citado caso "Ekmekdjian c/ Sofovich", la Corte había invocado una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - la Nro. 7 – para la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica: "...Que la intepretación del pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Estatuto, art. 1)..."(considerando 21 del voto de mayoría). Y se resuelve la cuestión de acuerdo al criterio interpretativo que establece la mencionada opinión de este organismo internacional.

Con posterioridad a la reforma de 1994, la Corte interpretó el art. 75 inc. 22 y afirmó que la expresión "en las condiciones de su vigencia", significa que la aplicación debe hacerse tal como se hace en el ámbito internacional y cómo resulta interpretada por los tribunales internacionales competentes a tal efecto. Nuevamente en este caso, utilizó los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para resolver la cuestión planteada, invalidando una ley del Congreso en materia de doble instancia penal (Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación, recurso de hecho (causa Nro. 32/93). Sostuvo en el caso que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en el art. 8 inciso 2) apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, era declarar la inconstitucionalidad del art. 459, inciso 2) del Código procesal penal de la Nación porque vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales inferiores en razón del monto de la pena. Deja así sin efecto la jurisprudencia vigente hasta el dictado del fallo, en virtud de las reformas introducidas en la Constitución Nacional y la formación del bloque de constitucionalidad, junto con los tratados y declaraciones internacionales elevados a jerarquía constitucional.

En el pronunciamiento citado en el párrafo precedente, se aduce que la jerarquía otorgada a las declaraciones y pactos internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22, 2do. párrafo, ha sido voluntad expresa del constituyente que se hiciera de acuerdo con las pautas de interpretación de los tribunales internacionales. La Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además

"garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jursidicción" y

tal finalidad se logra si se toman todas las medidas que remuevan obstáculos para ejercer plenamente los derechos conferidos (Sabsay-Onaindia, *La Constitución de los argentinos*, Editorial ERREPAR, Pág. 123).

Resulta también de interés, la sentencia dictada en el caso "Cafés La Virginia SA s/apelación" (C.S.J.N., 13-10-94), que si bien no hizo aplicación de la reforma por su contemporaneidad con ella, señaló que el incumplimiento de una obligación internacional vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas y que la ley que en el caso se cuestionaba incurría en una transgresión a un tratado internacional y la aplicación de dicha norma colisionaba con otra de rango superior que debe ser desechada por incompatible con el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas. En el voto del juez Boggiano se destaca que la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuestas por la Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado, constituyendo este acto un avance inconstitucional sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo. El voto destaca la diferencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario- conforme el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea "Van Gend en Loos"-, entendiendo por éste el grupo de normas emanado de los órganos supranacionales de la comunidad (conf. Ekmekdjian, Miguel A., E.D., 1ro. de diciembre de 1994, "Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apuntala el proceso de la integración regional latinoamericana...").

La Corte a través de su dinámica interpretación de las normas constitucionales y los tratados internacionales permitió así que la Argentina estuviera en un lugar de vanguardia dentro del proceso de internacionalización del derecho y de protección jurídica –al menos- de los derechos humanos. "...Si la supremacía de la Constitución federal es la regla arquimédica que ordena lógica y ontológicamente todo el ordenamiento jurídico federal, la supremacía de los tratados de derechos fundamentales sobre todo ese ordenamiento traza el círculo de la eticidad: dentro de ese círculo sólo serán constitucionales las conductas y normas que se encuadren dentro de las pautas jurídico-normativas de esos tratados..." (Herrendorf, Daniel en *La Constitución Reformada*, Ministerio del Interior, 1996).

4. El Orden de Jerarquia Posterior a la Reforma de 1994

Las importantes modificaciones introducidas en la reforma de 1994 al tema en análisis, principalmente originadas en las disposiciones de los incisos 22 y 24 del art. 75, produjeron una modificación y adaptación de los criterios de interpretación vigente hasta la modificación constitucional indicada. Pese al mantenimiento sin alteraciones de los arts. 27 y 31 de la Constitución, el orden de prelación de las normas resultante de la reforma y justifica el concepto de "bloque de constitucionalidad" puede exponerse del siguiente modo:

1. Constitución Nacional: tiene la rigidez proveniente del art. 30 de su texto y sólo puede ser modificado mediante el complejo procedimiento de reforma que en ese artículo se establece;

2. Declaraciones y Tratados Internacionales enumerados en el inciso 22) del art. 75: de rango constitucional pero con mayor flexibilidad, porque pueden perder ese rango por un acto del Congreso que requiere sólo la mayoría agravada de los dos tercios de sus miembros totales, sin concurrencia de ningún otro órgano con facultad constituyente específica;

3. Tratados y convenciones sobre derechos humanos no enumerados en el inc. 22) del art. 75, pero que el Congreso puede otorgarles esa jerarquía mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Tal acto se ha realizado con dos pactos desde 1994 hasta la fecha, circunstancia que determina que en la actualidad son diez los pactos que gozan de jerarquía constitucional (Ley 24.820 otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la ley 24584 a la Convención de Naciones Unidas sobre Delitos de Lesa Humanidad e Imprescriptibilidad de Delitos de Guerra. Debe aclararse que hasta tanto este acto del Congreso no se produzca, esta categoría de tratados goza de la situación general del resto de los tratados internacionales.

4. Tratados con otras Naciones o con organismos internacionales y concordatos con la Santa Sede, que son inferiores a las normas indicadas precedentemente pero superiores a la ley interna.

5. Normas dictadas como consecuencia de un tratado de integración territorial, en los términos previstos en el inciso 24, primer párrafo, del art. 75, con jerarquía superior a las leyes pero sin que resulte determinada su relación con los tratados y concordatos mencionados en el punto anterior, dado que el constituyente se limita a prescribir la superioridad referida.

6. Leyes.

Este es el orden de jerarquía normativa resultante de la reforma constitucional, el que es precedido por las demás disposiciones de carácter administrativo inferiores a la ley. Hay algunas cuestiones que no han sido resueltas por la norma como el caso de confrontación entre dos tratados con jerarquía constitucional, que queda derivado al control de constitucionalidad interna, mediante la interposición de los remedios procesales que nuestro ordenamiento formal prevé.

Resulta interesante recordar que en el caso "Méndez Valles, Fernando c/M. Pescio S.C.A. s/ejecución de alquileres", CSJN 26/12/95 RR, el Tribunal afirma que la naturaleza federal del tratado alcanza a su contenido, aunque las materias que el instrumento internacional regule se encuentren comprendidas dentro de las ramas del derecho que consideramos "común" (art. 75 inc. 12), porque la naturaleza federal está dada por la fuente internacional de la que provienen. El incumplimiento de las normas del tratado produce la responsabilidad del Estado, situación que le otorga la calidad "federal" suficiente para la interposición del recurso extraordinario. Esta decisión es acorde con la reforma de 1994 que no sólo otorgó jerarquía constitucional al derecho internacional de los derechos humanos sino que también intercaló la totalidad del derecho internacional público de base contractual entre la Constitución y el resto del orden jurídico interno (conf. Carnota, Walter *Los tratados internacionales frente al recurso extraordinario federal*, El Derecho, 9 de abril de 1996).

5. Conclusion

Dentro de este nuevo orden de jerarquía de las normas resultante de la última modificación introducida a nuestro texto constitucional, que seguramente seguirá enriqueciéndose con el aporte interpretativo de la jurisprudencia nacional y de los órganos supranacionales con competencia, el concepto de bloque de constitucionalidad significa un aporte trascendente para que las modificaciones adoptadas adquieran la dimensión y dinamismo que su compleja construcción merece.

Como bien afirma el Dr. Pablo Manili en un agudo y exhaustivo ensayo sobre el tema, si una Convención constituyente se abocó a tratar la recepción y jerarquía de los tratados internacionales de derechos

humanos por nuestro orden jurídico, "...es preciso extraer de esa voluntad del constituyente la mayor cantidad de enseñanzas posible en aras de fortalecer el sistema de protección y garantía de los derechos humanos, garantías y libertades fundamentales de todos los hombres del mundo que deseen habitar el suelo argentino...", tal como dispone el Preámbulo de nuestra constitución nacional. (*El bloque de constitucionalidad*, La Ley, 2003)

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina (texto según reforma 1994), leyes 24.584, ley 24.820.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

CSJN: "González de Delgado c/UNC (Fallos 323:2359)" Chocobar, Sixto c/Caja Nac. de Previsión para el Estado,LL1997-B,247).