

2.A.- Supremacía de la Constitución:

Todo el movimiento constitucionalista ha considerado a las constituciones como “ley fundamental y suprema”. Se alude a que en ella se establecen los principios básicos de ordenación destinados a los gobiernos y que estos no podrán transponer. Esta calidad de "fundamental" puede, a su vez, ser desplegada, a saber:

1º) Se refiere a la Constitución como instrumento jurídico-político "fundante" de un Estado. Una sociedad política -en determinado momento histórico- se estructura mediante la fijación de una norma jurídica, primera y básica.

“Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzge más adecuados a su propia felicidad. ...Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes.... Y para que estos límites no se confundan u olviden la Constitución es escrita.¹”

2º) Como consecuencia de la naturaleza "básica" de la Constitución, toda otra norma jurídica derivará de ella. Así, la Constitución es la piedra basal de toda una estructura jurídica.

3º) Asimismo, por ser "suprema" - fundamento político y primer antecedente del orden jurídico-, la Constitución obliga a que toda norma jurídica ulterior se ajuste a ella. Todo el orden jurídico debe subordinársele. La teoría constitucional expresa este nivel de análisis al decir que la norma constitucional es el fundamento de validez de la estructura normativa de un Estado; y sanciona a la norma inferior -ley, decreto, etc.- que no mantenga congruencia con la Constitución, con la "nulidad", "ineficacia" o, más precisamente, "inconstitucionalidad". Así se pretende resguardar la decisión tomada al momento de crear o fundar el Estado.

“Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios o ... puede reformarse siempre que al Congreso le plazca.²”

En resumidas cuentas, tal como lo expresa Ziulu, *"La constitución es la ley fundamental del Estado, en cuanto representa la base o cimiento sobre el cual se asienta toda la estructura política*

¹ Marbury v. Madison, 1 Crunch 137 2L. Ed.60, 1803.

² Marbury v. Madison, 1 Crunch 137 2L. Ed.60, 1803.

y jurídica del él; y es suprema, además, porque ella está por encima de todas las demás normas jurídicas que constituyen el ordenamiento del Estado."³

Al ser la constitución expresión de la ideología garantista del liberalismo clásico, norma jurídica de contención del poder, el principio de supremacía constitucional rigidiza la limitación y la garantía. Lo primero en cuanto limita a los representantes políticos a actuar conforme sus normas y a no poder modificarlas fácilmente. Lo segundo, porque las normas legales que de ella deriven nunca podrían desconocer dicha libertad, sin el riesgo de ser declaradas inválidas. En este sentido, *"Este principio es universalmente reconocido como una de las manifestaciones imprescindibles para asegurar la libertad y la dignidad del hombre."*⁴

Lo que es más, es requisito fundamental que haya una verdadera constitución en sentido sustancial, y no meramente declamativo, cuya esencia sea la tutela de la libertad y la dignidad del hombre para poder hablar de supremacía constitucional. En otras palabras, el principio de supremacía no estaría asociado a constituciones que menoscaben o supriman aquellos derechos fundamentales.⁵

En este orden de ideas, la supremacía constitucional *"ampara tanto los contenidos materiales como los formales de la constitución. Los primeros tienen que ver con el resguardo de los principios sustanciales, que generalmente aparecen referidos en la parte dogmática de ella. Los segundos tienden a garantizar que la producción del ordenamiento jurídico infraconstitucional tenga lugar por medio de los órganos y procedimientos expresados en la parte orgánica."*⁶

2.A.a. Origen y evolución de la noción de supremacía constitucional

Primero, en Inglaterra, se fue construyendo espontáneamente un conjunto de normas consuetudinarias que adquirieron el rango de "leyes fundamentales del reino", imponibles incluso al Rey, aún cuando en éste residía el Poder Legislativo. Así se fue avanzando, lentamente, hacia una monarquía limitada.

Por otro lado, las colonias inglesas son organizadas por "cartas estatutarias" o "cartas coloniales". Estas eran supremas respecto de los cuerpos legislativos que ellas mismas creaban "[a los cuales] *se les da el derecho a hacerlo todo salvo violar los términos de este plan y rebasar los poderes que le concede el documento a que debe su existencia*"⁷. Esta característica de norma

³ Ziulu, Adolfo G. "La supremacía de la constitución y el control del constitucionalidad" en *Derecho Constitucional*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1996.

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

⁷ Bryce, James, citado por Hauriou, Maurice en *"Principios de Derecho Público y Constitucional"*. Ed. Instituto Editorial Raial. Madrid. Segunda Edición. Pág 306.

superior se transmitirá luego a las primeras constituciones norteamericanas.

En cuanto al derecho continental europeo, ya antes de la Revolución Francesa existía una serie de normas referentes a cuestiones institucionales que no podían ser desconocidas por el monarca y, por lo tanto, eran supremas respecto de él. Por ejemplo, estaba prevista la nulidad de todos los actos del rey que modificaran las reglas de sucesión al trono, o aquellas referidas a la regencia.

Así, la doctrina de la “supremacía constitucional” es una reelaboración del constitucionalismo de la concepción aceptada y vigente en el régimen anterior, de “leyes fundamentales del reino”.

Sin embargo, las primeras constituciones nada dicen respecto de su supralegalidad. La Constitución de los Estados Unidos es la que enuncia en forma categórica el principio, al establecer en su art. VI, que *"esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten, y todos los tratados celebrados o a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley suprema del país, y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado."*⁸ En Estados Unidos, esta característica va a ser finalmente explicitada en el famoso fallo “Marbury vs. Madison” citado:

“Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser de una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerado ... como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.”

Tan contundente afirmación nos enfrenta a problemas nuevos. Si la Constitución y la ley son, ambas, expresión de la voluntad popular ¿por qué una de ellas tiene un jeraquía superior, llegando a anular a la otra?

En *El Federalista* se intentará una respuesta distinguiendo entre la “voluntad permanente” de la “voluntad ocasional” del pueblo. En la Constitución quedará plasmada la voluntad permanente que puede enfrentar con éxito la voluntad ocasional y coyuntural de las mayorías ocasionales explicitada en la ley.

En el derecho europeo, en cambio, resultó más difícil su explicación ya que la larga tradición civilista proveniente del derecho romano imperial coloca a la ley en un lugar distinto. Así, la Constitución es vista más como un acuerdo o pacto político que como norma jurídica exigible. La ley, en cambio, es la norma que regula las situaciones concretas de manera obligatoria. Entonces, la

⁸ Ídem.

ley se presumirá constitucional. Más tarde se ha aceptado la inconstitucionalidad cuando ella es clara e inequívoca, manteniendo que, en caso de duda, se resolverá a favor del legislador: *in dubio pro legislatore*.

Hoy día aún continúa, en Europa, el debate doctrinario acerca de si las normas constitucionales son normas jurídicas o, si en cambio, son “principios orientadores”⁹; pero, a partir de la Segunda Guerra Mundial ha ido prevaleciendo el carácter jurídico de sus preceptos.

2.A.b.La supremacía constitucional en nuestra Constitución

Nuestra Constitución no la expresa taxativamente, sin embargo, nunca se dudó acerca de su supremacía y superlegalidad, por influencia del modelo norteamericano en los constituyentes y nuestra práctica constitucional posterior.

Asimismo, el texto constitucional tiene muchas cláusulas que son aplicación de este principio. Entre ellos, los artículos 31, 30, 27, 28, 14, 75, 99.

* El art.31 establece que *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859."*

La primera duda que surge tiene que ver con el orden jerárquico de las distintas normas que el art. 31 nombra. Es decir que es necesario dilucidar si la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ocupan el mismo grado jerárquico o si hay una relación de subordinación de unos a otros.¹⁰

En el caso de la Constitución respecto a las demás leyes, parece claro concluir que si las leyes deben ser dictadas en consecuencia de la Constitución, tienen que guardar armonía con ésta. Consecuentemente, primero está la Constitución y después las leyes.¹¹ El lugar que ocupan los tratados internacionales resulta más complejo de determinar y será tratado en el siguiente apartado.

El art. 31 a su vez determina la supremacía del derecho federal -Constitución, leyes federales y tratados- sobre el derecho provincial o local. Su inclusión es una respuesta a uno de los problemas que plantea el federalismo: determinar la articulación entre ambos ordenamientos. La

⁹ En España, la sanción de la nueva constitución de 1978 motivó la discusión entre Pablo Lucas Verdú, sostenedor del carácter de principios orientadores, y Eduardo García de Enterría defendiendo el rango jurídico, de sus normas.

¹⁰ Ziulu, Adolfo G. "La supremacía de la constitución y el control del constitucionalidad" en *Derecho Constitucional*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1996.

¹¹ Ídem.

solución constitucional es que las normas provinciales deben ajustarse, sin perjuicio de sus competencias propias, a las normas federales en conjunto. Entonces, en caso de que una Provincia se arrogara competencias que la Constitución delega en el Estado federal, esta última tiene primacía.

* El art. 30 prevé un sistema rígido de reforma constitucional, de tal modo que la Constitución no pueda ser alterada, desde el punto de vista formal, por el mismo procedimiento que las leyes ordinarias. Si hay rigidez, si las leyes no pueden modificar la Constitución, hay supremacía.

* El art. 28 expresamente dispone que los primeros veintisiete artículos del texto constitucional no pueden ser alterados por las leyes que los reglamenten. Teniendo presente que siempre se ha interpretado este artículo con criterio amplio –e incluyendo por lo tanto todas las normas constitucionales- se deduce que:

α) la Constitución es reglamentable por ley,

β) dichas leyes no pueden alterar (modificar sustancialmente, cercenar, según ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación) el texto constitucional.

Y esto es así, sólo si la constitución es suprema.

* El art. 14 también se refiere a las leyes reglamentarias y es interpretado con el alcance del art. 28.

*El art. 99 obliga la adecuación de los decretos a la ley, por lo que, por carácter transitivo, el decreto reglamentario es siempre, infraconstitucional e infralegal¹².

Los artículos 27, 75 inc. 22 y 75 inc. 24 se refieren al rango constitucional de los tratados. Aquí la cuestión es más compleja y la veremos en el punto siguiente.

2.B. Jerarquías de las normas en la Constitución Nacional.

Si bien, aún sin norma expresa, siempre se aceptó a la Constitución como suprema, queda por explicitar qué rango tienen los distintos tipos de normas infraconstitucionales. De los principios que estructuran el constitucionalismo, fundamentalmente el principio de separación de poderes, ya dijimos que se ha considerado a la ley –decisiones del Poder legislativo- como “*consecuencia*”¹³ de la Constitución y a las del Poder Ejecutivo, denominados “decretos”, como infralegales. A la

¹² Cuestión más compleja es el rango de los decretos de necesidad y urgencia, previstos por el art. 99 inc. 3. Dicha cuestión será abordada al tratarlos específicamente.

¹³ Terminología de nuestro art. 31 C.N.

misma solución se llega por:

- a. el juego de los arts.31, 28, 14 y 75 respecto a la ley,
- b. por el art. 99 en cuanto a los decretos.

Pero se han presentado situaciones conflictivas, en especial respecto a la relación Constitución-tratados. El art. 31 califica como ley suprema de la Nación a los tratados internacionales. Lo que queda por definir, entonces, es si éstos están en el mismo peldaño que la Constitución, o si se hallan por encima de ésta, o subordinados a ella.¹⁴ Más recientemente, plantean dificultades los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados.

La jerarquía de los tratados:

Desde el comienzo del constitucionalismo ha sido dificultosa la articulación de las normas internacionales y nacionales. Podemos simplificar las distintas posturas en:

- α) quienes equiparan tratado a norma constitucional;
- β) las que sostienen que los tratados deben ser conforme a la Constitución;
- χ) aquellas para las cuáles el tratado -norma de derecho internacional- se encuentra por encima de la Constitución -norma de derecho interno.

A título de ejemplo recordemos que en los albores de nuestra organización, Vélez Sarfield sostenía que "*El tratado es una ley particular que no puede destruir la Constitución*". Mitre le replicó afirmando "*los tratados tienen la misma fuerza que la ley constitucional*", con la adhesión de Gutiérrez que argumentaba que "*tienen más fuerza que la Constitución, porque hay tratados de paz que derogan los artículos constitucionales*"¹⁵.

El art. 27 de la Constitución para llevarnos a la respuesta de la subordinación de los tratados a la Constitución al establecer 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 con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.*"

Si la respuesta es la infraconstitucionalidad del tratado, queda pendiente resolver cuál es la jerarquía respecto a las demás normas del sistema. O sea, su relación con la ley, el decreto, etc. En los distintos países y a lo largo de la historia constitucional se han dado distintas respuestas.

Esbozaremos aquí, la solución en nuestro país.

a) Hasta 1992 había un consenso generalizado en una relación piramidal, cuyo vértice era la Constitución Nacional. Por debajo de ella las leyes y tratados con jerarquía equivalentes. Luego se

¹⁴ Ziulu, Adolfo G. "La supremacía de la constitución y el control del constitucionalidad" en *Derecho Constitucional*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1996.

¹⁵ Vanossi, Jorge Reinaldo, "Régimen constitucional de los tratados". Ed. El Coloquio, Bs. As. 1969, pg.38.

ubicaban los decretos y reglamentaciones generales; a continuación decretos y normas individuales. Este consenso se basaba en la tesis dualista que partía del supuesto *"del reconocimiento de dos ordenamientos jurídicos: uno interno, propio de cada Estado, y otro internacional, que deberá subordinarse al primero."*¹⁶

b) El 7/7/92, la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Ekdmejian con Sofovich", modifica su postura y afirma *"Que la necesaria aplicación del art. 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(...)"*¹⁷. El límite a la constitucionalidad de un tratado es que no contradiga un "principio de derecho público establecido en la Constitución", como ordena el art. 27 CN.

El precedente "Ekmedjian" constituye un verdadero hito en la jurisprudencia del Tribunal, pues a partir de este trascendental fallo la Corte abandonó la teoría dualista que exigía una ley nacional para la incorporación de una norma de Derecho internacional. La Corte establece que *"Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata."*¹⁸

De esta manera la Corte Suprema recepta la tesis monista *"que parte del reconocimiento de un único ordenamiento jurídico internacional, al cual queda necesariamente subordinado el ordenamiento jurídico de cada Estado."*¹⁹

c) El constituyente de 1994 introdujo variantes importantes. Así reconoce un principio general: "los tratados son supra-legales" (art. 75 inc.22, 1p.). Pero este principio general tiene, al menos, dos excepciones:

i)-los tratados sobre derechos humanos incorporados a la Constitución en su art. 72 inc. 22, segundo párrafo;

ii)-los tratados sobre derechos humanos que posteriormente incorpore el Congreso de la Nación, conforme al mismo artículo, tercer párrafo.

En los supuestos i) y ii) la Constitución dice que dichos tratados tienen: *"jerarquía constitucional, no derogan norma alguna de la primera parte y deben entenderse complementarios de los derechos*

¹⁶ Ziulu, Adolfo G. "La supremacía de la constitución y el control del constitucionalidad" en *Derecho Constitucional*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1996.

¹⁷ CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", *Fallos*: 315:1492, LL, 1992.

¹⁸ CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", *Fallos*: 315:1492, LL, 1992.

¹⁹ Ziulu, Adolfo G. "La supremacía de la constitución y el control del constitucionalidad" en *Derecho Constitucional*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1996.

y garantías por ella reconocidos”.

Este nuevo cuadro de jerarquía de normas exige adecuar concepciones constitucionales muy estructuradas en nuestra práctica constitucional. Se verán a medida que avancemos en los distintos temas de la materia.

Además, la Constitución recoge nuevas categorías inexistentes al momento de la sanción de 1853, tales como los tratados de integración, previstos en el art. 75 inc. 24, sin que le otorgue una jerarquía expresa. También contempla las normas dictadas como consecuencia de un tratado de integración, o sea, por órganos comunitarios que ejercen jurisdicción y competencia delegadas, y que resultan luego de aplicación interna de los estados-partes. A estas normas “innominadas” las jerarquiza como supraleales.

Nada dice si esta supralealidad del 75 inc. 24 –respecto a las normas innominadas- es la misma del 75 inc. 22 –referido a los tratados en general. La doctrina se encuentra dividida entre quienes dan una respuesta afirmativa y quienes, en cambio, dentro de la categoría “supraleales” establecen distintos niveles.

En definitiva, según Ziulu²⁰, el orden jerárquico que surge a partir de la reforma de 1994 queda así conformado:

1. la Constitución Nacional; los tratados, convenciones y declaraciones de derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22, 2° párr., y los tratados y convenciones de derechos humanos que sean aprobados en el futuro con la mayoría requerida en el art. 75, inc. 22, 3° párr., siempre que guarden armonía con la primera parte de la Constitución;
2. los tratados y concordatos ordinarios (art. 75, inc. 22, 1° párr.) y los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones internacionales supraestatales, firmados con Estados latinoamericanos u otros, siguiendo el procedimiento establecido por el art. 75, inc. 24 (Ziulu, entonces, está poniendo en la misma categoría de supralealidad tanto a los tratados ordinarios como a las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración);
3. las leyes de la Nación que en consecuencia de la Constitución dicte el Congreso Nacional (art. 31);
4. los convenios internacionales que celebren las provincias, en los términos del art. 24 CN. Éstos están subordinados a la Constitución y a las leyes federales y ocupan, por lo tanto, un grado jerárquico inferior a ellas.

²⁰ Ídem.