

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE “CONSTITUTIONALITY BLOCK” AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

José Antonio Ñique de la Puente (*)

Recibido: 6 de junio de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

RESUMEN

El bloque de constitucionalidad es un conjunto de principios, valores y normas que sirven a la interpretación, razonamiento y argumentación del derecho constitucional en su integración al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Estas nuevas posibilidades, impensables en un sistema jurídico cerrado, tienen la característica fundamental de que colocan en primer lugar a la persona humana y su dignidad al momento de realizar el control de la constitucionalidad de las leyes (supremacía constitucional) y el control de convencionalidad a favor de los tratados internacionales de derechos humanos a partir de la Constitución francesa de la Quinta República (04.10.1958).

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, paradigma constitucional, normas interpuestas, pro homine, garantismo y neo constitucionalismo, derecho internacional y derecho nacional interno nacional.

* Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ABSTRACT

The constitutionality block is a set of principles, values and norms that serve to the interpretation, reasoning and argumentation of constitutional law in its integration to the international law of human rights and international humanitarian law. These new possibilities, unthinkable in a closed legal system, have the fundamental characteristic that enhance the human being and uphold the dignity of the human person for conducting the control of constitutionality of laws (constitutional supremacy) and the control of conventionality in favour of the main international human rights by the French Constitution of the Fifth Republic (10. 4.1958).

Key words: block of constitutionality, constitutional paradigm, interposed norms, pro homine, guaranteeism and neo-constitutionalism, domestic and international law.

1. INTRODUCCIÓN

El bloque de constitucionalidad y su influencia en la protección de los derechos humanos es un tema jurídico, histórico y comparativista que ha sido desarrollado originalmente en el constitucionalismo francés por vía jurisprudencial del Consejo Constitucional en 1971. Sus aspectos doctrinarios han sido desarrollados por Louis Favoreu y posteriormente, en sus grandes vertientes, por la justicia constitucional y los derechos humanos. Su aporte en el actual contexto del neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales orienta una línea en favor de la dignidad humana.

En el presente trabajo nos esforzamos por desarrollar conceptual y teóricamente el criterio de bloque de constitucionalidad y su papel dentro de la justicia constitucional comparada, interpretada sistemáticamente a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario, de la Carta del Medio Ambiente francesa del 01.03.2005, clave en la defensa de la naturaleza y de la casa común, en términos expresados por el papa Francisco.

Por otro lado, procuramos desarrollar la triple integración: derecho constitucional, derechos humanos y derecho internacional hacia la defensa de un constitucionalismo garantista y principialista al servicio de una vida digna y democrática.

2. METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS

Se elabora un diseño de investigación teórico, histórico-jurídico, entre el derecho constitucional, los derechos humanos y la filosofía del derecho en la justicia constitucional, con un enfoque de triple integración sustentado desde el humanismo contemporáneo, utilizando los métodos exegéticos y dogmáticos, a partir de sus distintos enfoques comparativos y cualitativos.

Nos enfocaremos en investigar los presupuestos históricos, jurídicos y de derecho comparado del concepto bloque de constitucionalidad y su vínculo indesligable con la protección de los derechos humanos, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, la derrota del nazifascismo, el desarrollo de las fuentes del derecho internacional y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, empleando los métodos histórico, jurídico, dialéctico y los de la Escuela Histórica del Derecho, así como la dogmática constitucional y de los derechos humanos.

3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos

1. El origen y antecedentes del bloque de constitucionalidad en Francia. 2. La recepción e influencia del bloque de constitucionalidad en España y América Latina. 3. La recepción del bloque de constitucionalidad en el Perú.

1. El origen y antecedentes del bloque de constitucionalidad en Francia

Según el panorama del Derecho Constitucional contemporáneo de Paolo Biscaretti di Ruffia¹, se toma a la revolución francesa como tránsito de la monarquía absolutista a la República, antecedida por el movimiento intelectual y filosófico de la ilustración, que preparó las condiciones subjetivas y las mentalidades y sentimientos de transformación concretados en la Toma de la Bastilla del 14 de julio de 1789. En este acontecimiento histórico se enarboló la búsqueda de la felicidad, la defensa y protección de los derechos fundamentales o derechos humanos, diseñados magistralmente en los 17 artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobados en la Asamblea Legislativa francesa, el 26 de agosto de 1789. En esta declaración se prescribió como *norma normarum* o norma de normas el art. XVI: “En aquella sociedad donde los derechos de las personas están garantizados y donde no se da la separación de poderes, ese Estado no tiene una Constitución.” Casi dos siglos después y por razón histórica constitucional se crearon, a partir de la Constitución de 1958, las cláusulas de referencia, los paradigmas constitucionales, parámetros o normas interpuestas, pero figurando siempre en primer lugar la “Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano”. Se adoptó el significado iusnaturalista de ciudadano, miembro de la comunidad política en el sentido de Michel Troper², del concepto de ciudadano en la Francia revolucionaria.

¹ Ver: Biscaretti di Ruffia, Paolo (1996). *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México D.F. FCE. Pág.62 y ss.

² Ver.: Troper, Michel (2004). *Ensayos de Teoría Constitucional. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política*. Distribuciones Fontamara .México. Pág. 1969 y ss.

- José Antonio Nique de la Puente

El bloque de constitucionalidad advertido por vía jurisprudencial por el Consejo Constitucional francés el 16 de junio de 1971, es el resultado de la lucha por los derechos fundamentales y una nueva ilustración que elevó la conciencia y sensibilidad de los constitucionalistas y el pueblo galo luego de la invasión nazi.

La fuerza principista, normativa y los valores que inspiran el bloque de constitucionalidad vienen de un bloque doctrinario expresado por la obra inspiradora de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789³ y tiene su punto más alto, en pleno siglo XX, con el general Charles de Gaulle, presidente de Francia, y su célebre discurso de Bayeux del 16 de junio de 1946, donde anunció cómo debería ser la Constitución francesa, la de la cuarta república del 27 de octubre de 1946 en la que se introdujo el bloque de constitucionalidad y se plasmó en la Constitución de la quinta república del 4 de octubre de 1958.⁴

Acerca de la génesis del bloque de constitucionalidad debemos precisar que es “jurisprudencial primero, puesto que, por su decisión del 16 de julio de 1971 “Libertad de asociación”, el Consejo Constitucional reconoce sin ambages que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, a los que se remite también el Preámbulo de la Constitución de 1958, forman parte de las normas constitucionales de referencia y pueden ser así invocadas en el marco del control de constitucionalidad”.⁵

Esta jurisprudencia incluye la defensa de las libertades y los derechos del hombre y del ciudadano, fundamento del constitucionalismo francés (incluido en la Constitución de 1791), lo mismo que los principios del preámbulo de la Constitución de 1946 y las cláusulas de remisión del preámbulo de la Constitución de la quinta República, en un verdadero encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos inspirados por Charles de Gaulle y por la influencia de su mano derecha, Michell Debré.

³ En: “Montesquieu, Rousseau y José Manuel de Sienes. Pág. XVI y XVII del prólogo de Mario de la Cueva al libro de Sánchez Viamonte, Carlos (1956) “Los derechos del hombre en la Revolución francesa” UNAM. “...“El espíritu de las leyes”, el “Contrato Social” y “¿Qué es el Tercer Estado?” devinieron patrimonio de las masas, que recrearon en ellos su conciencia y sus sentimientos: “...esos tres libros fueron el manifiesto de la democracia y encarnan el anhelo de vida de los hombres y de los pueblos” (Mario de la Cueva, Op. Cit. Pág XVII del Prólogo). Todos los documentos que integran el bloque de constitucionalidad se inspiran en estas obras y su integración al Derecho internacional Público y a los Derechos Humanos en su proceso de universalización, internacionalización y positivación. “De los tres libros citados, el Contrato Social de Juan Jacobo es el que más íntimamente se adueñó del alma de los hombres de Francia; el contenido de ese libro forjó, pero era al mismo tiempo, parte de la manera espiritual de ser de la nación francesa” (Mario de la Cueva. Prólogo a la obra de Carlos Sánchez Viamonte. *Ibidem*) Más adelante expresa también que “El contrato social es la más grande y noble utopía de la época moderna, es quizá la utopía humana de todos los tiempos”. (Op.Cit. Pág-XVII. Prólogo)

⁴ “Antaño, los griegos le preguntaron al sabio Solón: ¿Cuál es la mejor Constitución? “Contestó. ”Primero díganme para qué pueblo y época” Se trata del pueblo francés y de los pueblos de la unión francesa, de una época en suma difícil y peligrosa” <http://www.charles-de-gaulle.es/16-de-junio-de-1946-discurso-pronunciado-en-bayeux.html>. Consultada el 19 de marzo del 2017.

⁵ Comparando “el papel del Consejo como garante de los derechos y de las libertades” <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentacion-general/presentacion-general.25785.html>).

El bloque de constitucionalidad o paradigma de constitucionalidad, o llamado también de suprallegalidad, originalmente según Louis Favoreu proviene del derecho administrativo. Está en Maurice Hariou⁶ como bloque de legalidad, pero a raíz del desarrollo del constitucionalismo clásico post segunda guerra mundial y con la cuestión de Argelia y los movimientos de liberación nacional, se procuró garantizar el republicanismo neopresidencialista y la garantía de los derechos humanos. De esta manera, se continuó en el siglo XX, el siglo de las luces, una “nueva dialéctica de la ilustración”, convirtiéndose en un bloque jurídico y político que blinda la defensa de la Constitución en materia de derechos fundamentales y de la dignidad humana.

En la interpretación del Derecho Constitucional en Francia y en otros países donde el panorama del Derecho Constitucional comparado- término usado por Biscaretti- y de la ley en general, más allá de las diferentes denominaciones o interpretación de lo que para Francia es el bloque de constitucionalidad, es ahora *mutatis mutandis*, utilizando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como control de convencionalidad, complementando el control de constitucionalidad, en el criterio del *judicial review* o del control concentrado desarrollado por Hans Kelsen.⁷

Todos los métodos de la interpretación de la ley son necesarios pero insuficientes como explicaba Eduardo Ferrer Mc Gregor en su interpretación constitucional, escrita en francés y que nos sirve para las cuestiones prioritarias de constitucionalidad en otros lugares y en el Perú para la justicia constitucional, en nuestro código procesal constitucional (art.79) como principios de interpretación para apreciar la validez constitucional de las normas. El tribunal constitucional considera además otras normas.

El bloque de constitucionalidad comprende los principios, normas y valores como los tratados internacionales de Derechos Humanos, del Derecho Internacional humanitario, incorporándolos a los derechos internos de los Estados, siguiendo la tesis de Hans Kelsen del monismo internacionalista, con predominio del derecho internacional sobre el derecho interno o nacional para lograr el sistema de naciones unidas.⁸

⁶ “Es el llamado por Maurice Hariou bloque de legalidad. No se trata sólo de lo que dice la ley formal-aquella producida por el poder legislativo-sino por el entero ordenamiento jurídico” Romero Pérez, Jorge Enrique (1999)Derecho Administrativo General. EUNED San José de Costa Rica. Pág 63.

⁷ Ahora que el Derecho Constitucional se ha internacionalizado en el sentido del término utilizado por Martín Kriele: Rechts-gewinnung, que debe ser entendido con una categoría englobante de los términos Auslegung (interpretación en el sentido de comentario) y Rechtsergänzung (acción de completar el derecho) (Miele, M. Theorie der Rechtsgewinnung. pág.13.Citado por Gregorio Robles. Epistemología y Derecho. 1982. Pág.105).

⁸ Ver: Kelsen, Hans.(2009) Teoría Pura del derecho. Eudeba. Buenos Aires. Pág. 157 y ss.

- José Antonio Nique de la Puente

En el preámbulo de la Constitución, dentro de la política de Naciones Unidas adoptada por Francia: "...de una estrategia más global de desarrollo sustentable, frente a desafíos económicos y sociales de los "factores reales de poder" señalados en 1863 por Ferdinand de Lassalle, este país aprobó, según su embajada en México,⁹ medidas nacionales a favor del medio ambiente, constitucionalizando derechos fundamentales no numerados de la novena enmienda de la Constitución americana o Derechos humanos de la tercera generación en la terminología de los derechos fundamentales.

Introduce así la Carta del Medioambiente como preámbulo de la Constitución por la Ley N° 2005-205, del 1 de marzo de 2005 en la que se señalan los derechos y deberes en materia ambiental, en 10 artículos inspirados en los principios de la Agenda 21, en la Conferencia de la Tierra del 5 al 9 de junio de 1992 para lograr una verdadera transformación jurídica de la protección de los derechos medioambientales de la humanidad y como parte del bloque de constitucionalidad, con efectos sobre todo el constitucionalismo contemporáneo, a saber "los principios de precaución, de acción preventiva y de corrección, del contaminador –pagador y el de participación informativa".¹⁰

En adelante todo tópico y argumentación jurídica en materia de abogacía y políticas de protección del ecosistema necesariamente tienen en el bloque de constitucionalidad francés su inspiración. Asimismo parte de los bloques de constitucionalidad en el mundo incluyen los tratados internacionales de derechos humanos y la protección de la casa del hombre y los derechos de la naturaleza, como inherentes a la defensa de la dignidad humana, como lo señala la Declaración de Gijón, en la búsqueda de "un medio ambiente para el mañana".¹¹

Se incluye en el parámetro de constitucionalidad, denominado por el Consejo Constitucional francés bloque de constitucionalidad, la Carta del Medio Ambiente del 1 de marzo del 2005, la protección de la naturaleza, que aplican principios y normas *ius cogens*, art 53 y 64 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados entre estados del 23 de mayo de 1969, obra de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.¹²

⁹ En: www.ambafrance-mx.org El medioambiente en Francia. Consultado el 19 de marzo de 2017.

¹⁰ www.ambafrance-mx.org El desarrollo sustentable, marco de la política ambiental nacional. Consultado el 19 de marzo de 2017.

¹¹ En la Declaración de Gijón se llama a propiciar el respeto y protección de la dignidad humana y de la biósfera, aprobada como compromiso universal por la dignidad humana en Gijón (España) el 4 de octubre del 2002 en el II Congreso Mundial de Bioética.

¹² En nuestro país el gran poeta César Vallejo es considerado el precursor de la protección del medio ambiente en su obra "El Tungsteno" (Editorial Cenet, Madrid.1931) donde los heraldos negros de la minería de Quiruvilca como los heraldos negros nos mandan la muerte.

La polémica sobre el origen histórico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las influencias de este catecismo de los derechos fundamentales la encontramos en la obra de Georg Jellinek, escrita en 1895, y la postura de Emile Boutmy,¹³ así como en la protección internacional de los derechos humanos más allá de las fronteras, reinos o naciones, basada en la unidad esencial del ser humano anunciada en Salamanca en el siglo XVI andaluz y castellano por el canonista Francisco Suárez (1548-1617), en su obra *De legibus ac Deo legislatore*.

El Derecho Internacional Público, desde la antigüedad en Mesopotamia o en los hebreos, griegos y en la humanitas romana, va a encontrar lo que en la modernidad denominó Emmerich de Vattel principios *ius cogens*, que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU positivizó en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados celebrado entre estados como principios y normas imperativas del Derecho Internacional que integran el bloque de constitucionalidad como normas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Francisco Rubio Llorente, expositor inicial del concepto francés bloque de constitucionalidad, en obra conjunta con Louis Favoreu, explica cómo se integra con distintas variantes al Derecho Constitucional español, afirmando: “El bloque de constitucionalidad con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de las Constituciones del Estado español como Estado compuesto”.¹⁴ En el discurso antes señalado, el profesor Rubio señala que en “la doctrina francesa, la expresión *bloc de constitutionalité* se utiliza para designar un conjunto de normas que el Conseil Constitutionnel aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y los reglamentos parlamentarios. Este conjunto al que ya alude una decisión de 1966 está integrado en todo caso por la Constitución y por la remisión del preámbulo de ésta, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente una declaración de derechos, sobre todo de carácter social (Decisión del 8 de julio de 1966, en *Recueil des decisions du Conseil Constitutionnell* (RDCC)).¹⁵

¹³ Para Georg Jellinek tiene origen anglo-norteamericano con la Declaración del gran pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 y la Declaración de independencia de EEUU del 4 de julio de 1776 o el Bill of Rights, del 13 de febrero de 1689; para E. Boutmy es fundamental la influencia de Juan Jacobo Rousseau y su obra el Contrato Social. Principios de Derecho Político publicados en 1762. Ver: Robles, Gregorio (1982) Epistemología y Derecho. Pirámide. Madrid. Capítulo VII Págs. 219 a 252.

¹⁴ Francisco Rubio Lorente en: .El bloque de constitucionalidad, dedicado a Eduardo García de Enterría.Pág.24. En: *Revista Española de Derecho*. Año 9.Número 27.Septiembre-diciembre 1989.Pág. 24.

¹⁵ En: Francisco Rubio Llorente. Op, cit. Pág 15.

- José Antonio Nique de la Puente

En los estudios de teoría del Derecho, en la cátedra de Introducción al Derecho, se explica la integración normativa en el contexto de la llamada pretensión positivista de la plenitud hermética del derecho, ahora llevada como principios, normas y valores en la defensa constitucional. En el control de la constitucionalidad de las leyes, con normas que integran la constitución material, más allá de la constitución formal, ahora con la doctrina constitucional de la Quinta República Francesa, podemos sostener que la Constitución no tiene lagunas ni deficiencias ni defectos, pues ellos se superan por el sistema de fuentes, como en la obra de Ignacio de Otto o la de Antonio Enrique Pérez Luño,¹⁶ donde se afirma que existe una plenitud hermética del sistema de fuentes de la constitución a partir de la doctrina y la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad con diferentes criterios: el bloc, bloque de constitucionalidad, parámetro, paradigma de constitucionalidad, normas de referencia o cláusulas de referencia, normas interpuestas o herramienta clave.

El constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá ha considerado con precisión el bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales: “entendemos el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto del derecho convencional como el consuetudinario) y los derechos implícitos expresamente incorporados por esta vía.”¹⁷

Para Louis Favoreu, la idea de bloque “...evoca la de solidez y unidad. A veces se define un bloque como un conjunto que no puede ser escindido, dividido “ (...) “se ha utilizado comúnmente en la doctrina ... Francois Luchaire prefería emplear la palabra *supralegalidad*”.¹⁸ Las herramientas clave del referido bloc o bloque de constitucionalidad son los principios fundamentales que son los derechos humanos, el derecho internacional público con las normas *ius cogens* y su conjunto de principios, normas, valores e instituciones que sostienen la protección y desarrollo de los derechos humanos.

¹⁶

Ver: Pérez Luño, Antonio Enrique (2011). *El desbordamiento de las fuentes de derecho*. Editorial La Ley. Madrid.

¹⁷

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008) Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción. Revista *Ius et Praxis*. Año 14.Nº 2: 561-589. Recordamos la superación en las fuentes de los derechos humanos, la era Pinochet y la Caravana de la Muerte, cuando los tanques y la represión bombardeaban el Palacio de la Moneda y el pueblo de Chile, el bloque de constitucionalidad incorpora normas *ius cogens* o imperativas con validez internacional para garantizar el orden constitucional y los derechos humanos. Lo mismo son las reformas constitucionales en Argentina en 1994 que nos hacen recordar el 41 aniversario del golpe militar del general Rafael Videla el 24 de marzo de 1976, con las violaciones sistemáticas a los derechos humanos relatados en tantos documentos como el informe Sábado “Nunca Más”, la llamada Enciclopedia del horror y la vesania. Ahora podemos defender la Constitución y los derechos fundamentales en el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli .

¹⁸

Louis Favoreu. El bloque de constitucionalidad. Revista del Centro de estudios Constitucionales. Número 5. Enero-marzo.1990.pág. 47. Más adelante Favoreu escribe que “... en 1989, el bloque de constitucionalidad stricto sensu se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las “leyes de la república” en la medida que sean portadores de “principios fundamentales”. (Louis Favoreu. *El bloque de constitucionalidad*. pág. 49)

El bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, es el señalado por la Constitución francesa de la Quinta República, del 4 de octubre de 1958; en sentido estricto, está constituido por los principios y normas que no figuran en la Constitución formal, pero pertenecen al bloque de constitucionalidad como premisas o paradigmas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que junto al Derecho Internacional Humanitario han desarrollado principios y normas imperativas o *ius cogens*, para proteger la dignidad humana expresada en el principio *pro homine*, pues la dignidad humana es más que un derecho, es el fundamento de todos los derechos.

Asimismo produce integración en un nivel de control de constitucionalidad y de convencionalidad a través de la interpretación del artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969); influye y trasciende el ordenamiento jurídico nacional a nivel constitucional del derecho penal, civil, administrativo y procesal en la lucha contra la impunidad y la corrupción.

El bloque de constitucionalidad es la herramienta clave de la defensa constitucional y de la protección de los derechos fundamentales, pero necesita de un Estado Constitucional que supere los abismos sociales y que genere una Constitución material a la vez que formal, en un Estado social como lo expresó Herman Hesse que inspiraron en México los principios de la Constitución de Querétaro del 5 de febrero de 1917.

2. La recepción e influencia del bloque de constitucionalidad en España y América Latina

En España, al fallecer el generalísimo Francisco Franco se inicia la transición hacia un régimen constitucional democrático de derecho, que se plasma con la aprobación de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978, vigente desde el 29 de diciembre del mismo año, estableciendo en la norma suprema un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes: El Tribunal Constitucional. (Título IX, arts. 159-165)

Con criterios y matices distintos fue recepcionado por la Constitución española de 1978. En la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional el constitucionalismo ibérico puso como señaló Eduardo García de Enterría- a la Constitución como norma y el tribunal constitucional se difundió en América Latina y otros continentes.

En la doctrina de los constitucionalistas y juristas españoles destaca Francisco Rubio Llorente, quien escribe una obra junto a Louis Favoreu sobre el bloque de constitucionalidad francés señalando sus diferencias pro vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. (Sentencia 10/1982 del 23 de marzo. BOE. Núm.95, de 21 de abril de 1982). ECLI.Es.TC.1982.10

- José Antonio Nique de la Puente

El pleno del Tribunal Constitucional compuesto entonces por Manuel García-Pelayo y Alonso como presidente y otros ilustres magistrados pronuncia en nombre del Rey la sentencia pertinente en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente de gobierno contra la ley 6/1981, del 19 de junio, de la Generalitat de Catalunya, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión española en Cataluña, en sus artículos 1.2, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 y 11; disposición adicional y transitoria compareciendo el Parlamento de la Generalitat de la Cataluña, representado por su presidente y su consejo ejecutivo, siendo ponente el magistrado Antonio Truyol y Serra, quien expresa al parecer del Tribunal en los fundamentos jurídicos de la sentencia número 2 para interpretar debidamente la normatividad aplicable al caso. El bloque de constitucionalidad sirvió de base para enjuiciar la ley impugnada partiendo del hecho de que la Constitución remite con carácter general a los estatutos para que estos determinen las competencias autonómicas.

Es en la vía de sentencia del Tribunal Constitucional que se invoca por primera vez el concepto de bloque de constitucionalidad en el sistema de fuentes de España. Esta sentencia influye en Europa para la defensa constitucional de la noción del bloque constitucional en Portugal, en vigor desde 1976, con las modificaciones del art.8, por el cual las normas de Derecho Internacional forman parte íntegramente del Derecho portugués.

En Italia, el constitucionalismo italiano de la Constitución del 1 de enero de 1948 para superar su falta de eficacia advertida por Piero Calamandrei en su libro *La Constitución inactuada* también incluyó dentro del control constitucional el bloque de constitucionalidad.

Luego el bloque de constitucionalidad con sus variantes ha llegado a América Latina en un proceso doctrinario legislativo, constitucional y jurisprudencial como fenómeno de recepción selectiva en medio de las oleadas jurídicas empleando los conceptos de don Jorge Basadre en los Fundamentos de Historia del Derecho.

La Constitución de la República italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947 y que entró en vigor el 1 de enero de 1948, actualizada con las sucesivas modificaciones constitucionales establece en el Título VI. De las Garantías Constitucionales, en la sección I del Tribunal Constitucional en los arts. 134 al 137, para “la interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal”.

En Colombia, la Corte Constitucional en su sentencia C-225/95 Derecho Internacional Humanitario establece la naturaleza imperativa/ *ius cogens* art.53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados: “La imperatividad de esta normatividad (derecho internacional humanitario) no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario”. Al definir el bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional señala que “está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional son

utilizados como parámetros de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.¹⁹

Es a partir de 1999 que la Corte Constitucional adoptó el concepto de bloque de constitucionalidad, favorecido positivamente por los arts. 9, 93, 94, 214.2, 53, 102.2 de la Constitución de 1991 (República de Colombia-Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067/07Bloque de constitucionalidad. Concepto).

En México, el bloque de constitucionalidad no busca combatir el principio de supremacía constitucional: “...podría concebirse más bien como una confirmación del valor supremo de la Constitución”, “considerando que el objetivo de la remisión es dotar de valor constitucional a dichas normas”.²⁰

La revolución mexicana de 1910 se consagró jurídica y constitucionalmente en la Constitución de Querétaro del 5 de febrero de 1917, que antecedió a todas las Constituciones del mundo en afirmar un Estado Social de Derecho basado en el trabajo, obra de una transformación histórica y social de México que influyó en nuestro constitucionalismo. Al cumplirse el centenario de la constitución de Querétaro, el 5 de febrero de 2017, que estableció un Estado Social de Derecho, concretando ideales de la revolución agrarista mexicana en las reformas constitucionales del bloque de constitucionalidad es pertinente recordar que “...el alcance y valor constitucional no derivan del uso del concepto bloque de constitucionalidad sino de la cláusula de remisión”, “es una mera herramienta descriptiva y no prescriptiva”.²¹

Encontramos que en los juristas de la reforma se desarrolló el principio favor persona o *pro homine*, junto a la tesis monista en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional, basados también en normas imperativas de la comunidad internacional o *ius cogens*, art. 53 de la Convención de Viena. Derecho de los Tratados Internacionales entre Estados del 23 de mayo de 1969.

¹⁹ “Son pues verdaderos principios y reglas de vida constitucional” y señala luego la prevalencia de los tratados de derechos humanos en la Corte Constitucional de la República de Colombia (La corte Constitucional de Colombia con su presidente José Gregorio Hernández Galindo y los ilustres magistrados en Santa Fe de Bogotá, 18 de mayo de 1995) www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.html “La noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que un texto constitucional dado que existen otras disposiciones contenidas en otros instrumentos o recopilaciones que también son normas”. *Ibidem*

²⁰ <http://www.reformadh.org.mx/reformadh/index>.

²¹ www2scjm.gob.Mx/red/coordinación/Bloque%constitucionalidad.pdf Pág 20 Sobre las reformas de los derechos en México.

- José Antonio Ñique de la Puente

En Ecuador, la Constitución de la República, en el título IX Supremacía de la Constitución, establece un Estado Constitucional de derechos y justicia, en la interpretación de Danilo Alberto Caicedo Tapia.²² Asimismo Andrés Martínez Moscoso señala que Ecuador ha optado por un “monismo moderado” donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno se encuentran al mismo nivel.²³

En nuestros países, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales celebrados entre los Estados de 1969, arts. 26 y 27, ha influido en el desarrollo del Derecho Constitucional con nuevos criterios basados en principios y valores de un garantismo de los derechos fundamentales, de los derechos de los pueblos indígenas y de los Convenios de la OIT (Organización Internacional de Trabajo). En la línea de predominio del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, que según la pirámide de Hans Kelsen y Adolf Merkl- su discípulo- en algunos casos se ha ampliado en el vértice superior al incluir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, teniendo presente la sentencia de Nüremberg y el acta de la Asamblea General de la ONU en París, el 11 de diciembre de 1946, donde las sentencias generan principios, doctrina y jurisprudencia internacional, erga omnes y se integran en el art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexa e integrante de la Carta de San Francisco del 26 de junio de 1945.

3. La recepción del bloque de constitucionalidad en el Perú

Las constituciones formales (hojas de papel) en Ferdinand de Lassalle, como expresión de los factores reales de poder en su libro de 1864 *¿Qué es una Constitución?*, conjuga muy bien con la Constitución semántica que describe Karl Loewenstein: Es por ello necesario un sistema que posea un bloque de constitucionalidad por normas interpuestas o de remisión, o parámetros de constitucionalidad que servirán para hacer posible desarrollar un Estado de Derecho que supere las desigualdades humanas²⁴ y hacer posible desarrollar este Estado de derecho, que en algunos países es “Derecho de Estado”, hacia un Estado constitucional y de justicia con el derecho al buen vivir de nuestros pueblos (sumak kawsay).

²² Ver: Caicedo Tapia, Danilo Alberto. El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Más allá de la Constitución. Foro. Revista de Derecho N° 12 UASB. Ecuador/CEN.Quito.2009.Foro 5 <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>

²³ “En la Constitución ecuatoriana la integración del bloque de constitucionalidad... en los artículos 11, numeral tercero, 417, segundo inciso, 426 y 436, numeral quinto... se confirma la interacción que debe existir entre el derecho interno y el derecho internacional”. En: Martínez Moscoso, Andrés. El Mercurio. Diario Independiente de Cuenca. Publicado el 2012/01/17. Consultado el 19 de marzo de 2017.

²⁴ Duran Abarca, Washington (2012). *Derecho constitucional y desigualdades humanas*. CEPREDIM. Lima.

Mediante el desarrollo constitucional y el desarrollo económico y social del Perú con el parámetro de constitucionalidad o las normas interpuestas, señalados por Ignacio de Otto²⁵ como normas interpuestas “a las que al constitución atribuye la virtualidad de condición la creación de otras que, sin embargo son de un mismo rango”.²⁶

La Constitución Política del Perú incorpora los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derecho Humanos y los convenios de OIT 151 sobre sindicalización en los arts. 105 con rango constitucional y en la decimosexta y decimoséptima disposición general y transitoria de la Constitución peruana del 12 de julio de 1979.²⁷

En la polémica entre el Derecho Internacional público y su relación con el Derecho, luego del nacionalismo prusiano con G.F.Hegel y el dualismo de H Trieppe se impone el monismo jurídico de Hans Kelsen, ya en la asamblea Nacional Constituyente de 1978 y 1979, con un monismo moderado, a decir del doctor Andrés Aramburú Menchaca . Ya en el siglo XVIII los ingleses señalaban que el Derecho Internacional forma parte del Derecho nacional. En Argentina, en 1874, el presidente Nicolás de Avellaneda ante el Congreso expresó que “Para nosotros los argentinos, el derecho internacional y los tratados constituyen la primera página de nuestra constitución”.

El artículo 79, principio de interpretación prescribe: “para apreciar la validez constitucional de las normas, el tribunal constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas”.

²⁸ El artículo 79 del Código Procesal Constitucional es una norma de remisión o parámetro que sirve como un factor de conexión para incorporar otras normas y para el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona a los que implícitamente se refieren los tratados internacionales de derechos humanos.

²⁵ De Otto y Pardo, Ignacio (2005). *Derecho constitucional y sistema de fuentes*. Ariel. Barcelona.

²⁶ Francisco Rubio Llorente señaló: “no guarda parecido con la noción introducida por la doctrina francesa al referirse al *bloc de constitutionnalité*” Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00023-2007PI/TC Caso Federación de Docentes Universitarios y más de 5000 ciudadanos. Decretos de Urgencia N°033-2005 y 002-2006.

²⁷ La Constitución promulgada el 29 de diciembre de 1993, en su artículo 55 incorpora los tratados de derecho internacional.

²⁸ Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237. 28 de mayo 2004.)

- José Antonio Ñique de la Puente

El bloque de constitucionalidad se incorpora por recepción selectiva al Derecho peruano por vía doctrinaria, por los principios generales del Derecho y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En la historia del Derecho peruano, incluyendo el derecho constitucional se han incorporado normas e instituciones de manera mecánica, a decir de Jorge Basadre como “un mosaico de importaciones” o, en palabras de Luciano Castillo Colonna, constituyente de 1931, producto de unas constituciones que se hicieron “a tijeretazos”, cuando debe ser una constitución viva y vivida, es decir existencial, que se interiorice en la vida de la gente, como en la obra de Pablo Lucas Verdú, realizando una interpretación creadora o demiúrgica de las normas jurídicas y de las instituciones como alguna vez lo quiso el jurista de Roma, Vittorio Frossini.

Las Constituciones, como señaló el padre de la independencia americana, no son para los muertos sino para la vida. Debe ser una Constitución con un derecho vivo.

No podemos trasplantar instituciones sin adaptarlas creadoramente a la realidad del ordenamiento jurídico nacional, para desarrollar en el Perú el patriotismo constitucional, anunciado en 1822 por José Faustino Sánchez Carrión: “una Constitución que descienda del cerebro a nuestros corazones.”²⁹

4. INTERPRETACIÓN DE DATOS

Es un tema clave en la defensa del Estado Constitucional y la protección de los derechos humanos, de gran relevancia teórica y práctica para el desarrollo de la ciencia jurídica del Derecho Constitucional y su aporte a la nación en la protección de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales. Es un tema central de gran dinámica en todas las facultades de Derecho del mundo.

El tema materia de investigación es fundamental para los fines de la justicia constitucional y la defensa de la persona humana y los pueblos, hacia un Estado Constitucional con una democracia sustantiva, representativa y participativa.

En toda argumentación jurídica y cada vez más en todos los campos del derecho, el bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos están presentes; es necesario y útil en la interpretación, razonamiento y argumentación, cada vez más necesarias en el mundo jurídico y en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

²⁹ Destacamos dos investigaciones respecto a su aplicación y desarrollo en el Perú: el primero corresponde a Carpio Marcos, Edgar En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, ISSN 1870-8390, N° 4, 2005, págs. 79-114. y el segundo a Meza Hurtado, Artemio Daniel. El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú? En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013.

5. CONCLUSIONES

El bloque de constitucionalidad está constituido por principios y normas de diversos documentos incluidos en la cláusula de referencia de la Constitución francesa, aprobada el 4 de octubre de 1958.

El origen republicano y de los derechos humanos en Francia tiene su fuente en la filosofía de la Ilustración y la Revolución francesa.

El bloque nace de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fundamenta e inspira el preámbulo de la Constitución de la IV República francesa del 27 de octubre de 1946.

Dialécticamente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano protege los derechos fundamentales de la persona, incluidos los no enumerados y su expresión más notable es la Carta de la Naturaleza del 1 de marzo del 2005, donde se defiende el medio ambiente.

El bloque de constitucionalidad es principialista y garantista y establece un Estado Constitucional producto de una dialéctica de la ilustración.

En Europa, particularmente en España, es una premisa o paradigma político y jurídico, y sirve para afirmar la Constitución de 1978, vía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con aspectos más amplios en Francia.

En América Latina, se recepciona especialmente en el constitucionalismo de países como Colombia, México, Ecuador, Chile, Argentina y Panamá,³⁰ incidiendo en la protección y defensa de los derechos humanos y contra la impunidad.

Dos vías principales influyen la conformación y desarrollo del bloque de constitucionalidad, los principios y normas materiales, más allá del texto constitucional, y los tratados internacionales y la Convención de Viena sobre derecho de los trabajadores y la protección internacional de los derechos humanos.

En el Perú, el bloque de constitucionalidad se concreta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el artículo 79 del Código procesal Constitucional, como referencia para otras normas y en la doctrina nacional.

³⁰ Hoyos Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. En: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2994/3250>. Consultado le 19 de marzo del 2017.

- José Antonio Nique de la Puente

El bloque de constitucionalidad es una herramienta fundamental para la supremacía constitucional y el control de la convencionalidad de las leyes.

Es una premisa o paradigma de principios y normas de valor constitucional, influenciadas por el garantismo y el principialismo constitucional para la defensa de la Constitución y la interpretación constitucional.

El bloque de constitucionalidad incluye los tratados internacionales de derecho humanos y de Derecho Internacional Humanitario, a partir de los principios y sentencias del Tribunal Militar de Nüremberg para actuar contra la impunidad y desarrollar un Estado de los Derechos Humanos próspero, pacífico y plural.

El bloque de constitucionalidad desarrolla el principio favor persona, a cien años de la Constitución de Querétaro (México, 5 de febrero de 1917).

6. RECOMENDACIONES

Incluir en una próxima Asamblea Constituyente las Bases Constitucionales de 1822, en su espíritu, como fundamento de nuestro constitucionalismo, adaptadas a nuestro tiempo y considerar a José Faustino Sánchez Carrión, el Tribuno de la República, como padre fundador del constitucionalismo peruano.

Incorporar en nuestro bloque de constitucionalidad, como paradigma, el preámbulo de la Constitución de 1979, como espíritu de nuestra Carta Fundamental, que busca un Estado auténticamente constitucional y garantista.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta Sánchez, José (1998). *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid. Tecnos.

Albanese, Susana (Coord.) (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto (1994). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México D.F. Imprenta Universitaria UNAM.

Andrés Ibáñez, Perfecto (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado Constitucional*. Madrid. Trotta.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2007). *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales*. Lima. Grijley.

Biscaretti di Ruffia, Paolo (1996). *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México D.F. FCE.

Calamandrei, Piero (2013). *La Constitución inactuada*. Estudio preliminar y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid. Tecnos.

Cancio Fernández, Raúl C. (2011). *La heterogeneidad doctrinal en el Tribunal Supremo. Jurisdicción material universal como alternativa constitucionalmente viable*. San Vicente del Raspeig-Alicante. Editorial Club Universitario.

Casas Farfán, Luis Francisco (2006). “Bloque de constitucionalidad: Técnicas de remisión de las constituciones modernas” En: *Provincia*. Núm., especial, Venezuela. Universidad de los Andes.

Díaz Revorio, Francisco Javier (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Díaz Revorio, Francisco Javier (2004). *La Constitución abierta y su interpretación*. Lima. Palestra.

Duran Abarca, Washington (2012). *Derecho constitucional y desigualdades humanas*. CEPRE-DIM. Lima.

Escobar Fornos, Iván (2006). *La justicia constitucional*. Managua. Hispamer.

Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco (1991). *El bloque de constitucionalidad*. Madrid. Editorial Civitas.

Favoreu, Louis (1994). *Los tribunales constitucionales*. Ariel. Barcelona.

Fernández Rodríguez, José (2002). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid. Tecnos.

Fernández Segado, Francisco (2009). *La justicia constitucional. Una visión del derecho comparado*. 3 vols. Madrid. Dykinson.

Ferrajoli, Luigi (2001). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 2ª. Edición. Madrid. Trotta.

Ferrer Mac Gregor (2002). *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. México D. F. Fundap.

Fournier Acuña, Fernando (2010). *Historia del derecho*. San José. Juricentro.

- José Antonio Ñique de la Puente

García de Enterría, Eduardo (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Editorial Civitas. 1985.

García Belaúnde, Domingo (2000). *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima. Grijley.

García Belaúnde, Domingo (2001). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá. Temis.

Gialdino, Rolando E. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Prólogo de Antonio A. Cancado Trindade. Ed. Abeledo Perrot. 1ª edición. Buenos Aires. 2013.

Henao Hidrón, Javier (2010). *Derecho procesal constitucional*. 3ª edición. Bogotá. Temis.

Higuera Jiménez, Diego Mauricio. *Bloque de constitucionalidad en Colombia: Jurisprudencia y doctrina. Una propuesta de rigor y garantía*. Editorial Académica Española.

Kelsen, Hans. (2009). *Teoría Pura del derecho*. Eudeba. Buenos Aires.

Landa Arroyo, César (2011). *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. México D.F. Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Editorial Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 45.

Losano, Mario G. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid. Editorial Debate.

Molina Betancur, Carlos y otros (2006). *Derecho Constitucional General*. Medellín. Universidad de Medellín.

Moreso, José Juan (2014). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima. Palestra.

Nino, Carlos Santiago (2002). *Fundamentos de Derecho constitucional*. Buenos Aires. Astrea.

Palomino Manchego, Jose F. y Remotti Carbonell, José Carlos (Coord.)(2002). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Lima. Grijley.

Piniella y Sorli, Juan Sebastián (1994). *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad. Encrucijada de competencias*. Barcelona. Bosch

Pozzolo, Susanna (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima. Palestra.

Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima. Palestra.

Prieto Sanchís, Luis (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid. Trotta.

Rey Cantor, Ernesto (2006). El bloque de constitucionalidad, aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. En: *Revista de Estudios Constitucionales*. Año, Vol.4. Núm.002. Chile. Centro de Estudios Constitucionales.

Rey Cantor, Ernesto (2007). *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos (Colombia y Venezuela)*. Caracas. Universidad Andrés Bello.

Rivera Santibáñez, José Antonio (2004). *Jurisdicción constitucional*. Cochabamba. Kipus.

Robles, Gregorio (1982). *Epistemología y derecho*. Ed. Pirámide. Madrid.

Romero Pérez, Jorge Enrique (1999). *Derecho Administrativo General*. EUNED San José de Costa Rica.

Rousseau, Dominique (2002). *La justicia constitucional en Europa*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

Sánchez Viamonte, Carlos (1956). *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*. Prólogo de Mario de la Cueva. Edición de la Facultad de Derecho. UNAM. México.

Tribe, Laurence H. y Dorf, Michael C. (2010). *Interpretando la Constitución*. Lima. Palestra.

Troper, Michel (2004). *Ensayos de Teoría Constitucional*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Distribuciones Fontamara. México.

Uprimny Yépes, Rodrigo (2006). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia.

Varios Autores (1998). *La justicia constitucional a finales del siglo XX*. Lima. Palestra.

Zagrebelsky, Gustavo (2005). *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid. Mínima Trotta.