

**Bandieri, Luis María**

*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas*

IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2013  
Facultad de Derecho - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Bandieri, L. M. (2013, octubre). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad : rápido repaso de límites y problemas [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf> [Fecha de consulta: ....]

# **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: RÁPIDO REPASO DE LÍMITES Y PROBLEMAS**

Luis María Bandieri

Van aquí unos apuntes sobre dos cuestiones que ocupan un lugar central en la enseñanza y en la práctica actual del derecho: control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Hay que entenderlas desde el tríptico donde se asientan las reflexiones del jurista posmoderno, es decir: Estado constitucional, neoconstitucionalismo, democracia constitucional. Obsérvese la utilización imprescindible de los prefijos “neo” (neoconstitucionalismo) y “post” (posmoderno), que están indicando situaciones de incertidumbre, en las que no se sabe bien qué hacer porque no se sabe bien qué pensar: “neo” –algo nuevo que no sabemos todavía qué es; “post” –algo que viene después de otra cosa, pero a lo que todavía no podemos darle un nombre propio.

## **Control: sentido “fuerte” y sentido “débil”**

Interroguemos ante todo a la palabra “control”. “Control”, que no es propiamente voz castellana, cuando nos remontamos a sus orígenes nos conduce a una bifurcación de sus significados. Por un lado, resulta un galicismo por

verificación, registro, inspección; así, en la expresión “control de identidad”, por ejemplo. Por otro, es un anglicismo por dominio, manejo, supremacía, dirección o gobierno de un asunto, como en las expresiones “controlar de un territorio” o “autocontrol”.

La locución “control de constitucionalidad” se utiliza aquí en su sentido “fuerte”, que es el único en la que puede hablarse propiamente de “control” y que resulta, además, el predominante desde el tríptico que más arriba señalamos como marco de referencia. Veamos primero, para diferenciarlos adecuadamente, el sentido “débil” de la expresión.

El sentido “débil” es el que surge de la modalidad originaria del llamado “control difuso”, como el norteamericano o el argentino, este último ejemplo solitario de tal orientación en la ecumene jurídica hispanoamericana. En la versión “débil”, se reconoce, ante todo, que la afirmación y defensa de la constitución “es función primaria de todos los poderes constituidos del Estado”<sup>1</sup>; esto es, del presidente de la República, de acuerdo con los términos de su juramento (art. 93 CN); del Congreso federal, cuyos miembros, atados también por juramento, pueden incluso juzgar y deponer al presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, ministros y jueces de la Corte Suprema de Justicia, cuando su conducta los haga indignos de la función constitucional que desempeñan; de los jueces, asimismo juramentados, que

---

<sup>1</sup> ) Adolfo Pliner, “*Inconstitucionalidad de las Leyes*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 16

pueden declarar inaplicable al caso, y solo al caso, las normas o actos que consideren contrarios a la constitución y al orden por ella establecido, y de los ciudadanos en general, que están obligados a “armarse en defensa de...esta Constitución” (art. 21 CN) y a los que se otorga “el derecho de resistencia” (art. 36 CN) contra quienes la interrumpen por actos de fuerza. Todos ellos son “guardianes de la Constitución”, que no instituye de manera explícita un poder encargado en forma exclusiva de su preservación<sup>2</sup>. El juez, en su tarea de resguardo constitucional, no ejerce un control constitucional propiamente dicho, o control “fuerte”, puesto que su pronunciamiento de inaplicabilidad no tiene, en esta versión --donde, en todo caso, la noción de “control” se parece a la verificación en los términos del antepasado francés-, eficacia directa sobre la ley, DNU, decreto, reglamento u ordenanza que califica en su decisorio, puesto que la “invalidación” no trasciende del caso juzgado. “Los jueces...carecen de poder para anular una ley o un decreto, puesto que se limitan a juzgar un caso concreto aplicando en la especie, si hay leyes contradictorias de diferente jerarquía, la que debe preferirse según el orden constitucional, dejando de lado la que, conforme a ese orden, carece de vigor. Esta selección de la norma –juicio jurídico y no político- no trasciende del caso decidido, y la norma preterida no sufre menoscabo formal”. Y concluye el autor citado: “la

---

<sup>2</sup> ) “Creo –dice acertadamente Pliner, op. cit. pp. 15/16- que si las expresiones acuñadas por una inveterada repetición, como la que la Corte Suprema, o el poder judicial, es el ‘guardián de la Constitución’, o de que ‘ejercen el control constitucional de las leyes’ y de los actos de los otros poderes, no son empleadas en sentido puramente metafórico, se está incurriendo en una exageración al pronunciarlas”

supremacía constitucional se hace efectiva así ‘en el caso’ y el supuesto control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley se cumple de manera indirecta, puesto que los jueces no enjuician la ley misma, ni su pronunciamiento va dirigida contra ella”<sup>3</sup>.

En el control “fuerte”, en cambio, se postula que, o a una judicatura difusa, encabezada por una corte o tribunal supremo, o a un tribunal constitucional concentrado, en ambos casos preeminentes sobre las otras competencias superiores del Estado, se les otorga la potestad exclusiva y excluyente de invalidar toda clase de actos o normas por considerarlas contrarias a la constitución del país, a los tratados posmodernos de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de 1948 y, en términos generales, a la constitución global posmoderna, de cuyos instrumentos aquellos estrados se consideran únicos guardianes<sup>4</sup>. En estos casos, el tribunal actúa como legislador negativo, positivo, y hasta como poder constituyente<sup>5</sup>. Expresa la voluntad de un cuerpo que decide no sólo y no ya como suprema instancia jurídica, sino como suprema instancia política, esto es, como supremo guardián de una soberanía constitucional impersonal, depositada en los tribunales y cortes supremas nacionales y supranacionales.

---

<sup>3</sup> ) Pliner, op. cit., pp. 19/20

<sup>4</sup> ) Sobre la constitución cosmopolítica de nuestros días, ver Luis María Bandieri, “Ojeada a los Problemas (y Algunas Paradojas) del “Estado Constitucional” y de la “Democracia Constitucional” en George Salomao Leite, Ingo Wolfgang Sarlet –coordinadores- “Constituição, Política e Cidadania –em homenagem a Michel Temer”, pp. 312/333.

<sup>5</sup> ) Vaya como ejemplo el Tribunal Constitucional peruano, que se considera “vocero del poder constituyente” y “poder constituyente constituido”, ver en [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

Ya el notable y astucioso *tour de force* de Marshall en el pronunciamiento en *Marbury vs. Madison* culminaba con la afirmación excesiva de que “la ley contraria a la constitución es *nula*”. Y Hamilton había antes señalado la facultad y el deber de los tribunales de “declarar *nulos* todos los actos contrarios al sentido evidente de la constitución”<sup>6</sup>. Estaba allí el germen para un control en el sentido de la ascendencia anglosajona del término, esto es, “fuerte”, donde la Corte, por vía pretoriana, a través de la repetición de fórmulas que todo práctico conoce y a través de años de acumulación de fallos y apostillas doctrinarias pudiese convertirse en oráculo y juez de la constitución. Sus decisiones, más allá del caso resuelto, van alcanzando progresivamente un efecto *erga omnes*, a veces explícitamente manifestado y en otras a través de lo que Alberto Bianchi llama un *stare decisis* de hecho, lo que va de la mano con la culminación de la doctrina sobre posibilidad y obligatoriedad para los jueces del control constitucional de oficio<sup>7</sup>. En el espíritu del tiempo está que, sea por vías difusas o concentradas, se plantee como

---

<sup>6</sup>) Hamilton, Madison y Jay, “El Federalista”, FCE, México, 1998, p. 331

<sup>7</sup>) Bianchi, Alberto B., “De la obligatoriedad de los fallos de la CS –Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*”, ED, Serie Constitucional, tº 2000/1. En “Cerámicas San Lorenzo SA” (fallos 307-1094), la Corte estableció que “los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones” a los fallos supremos, aunque sólo decididos en procesos concretos, porque de otro modo aquellos fallos inferiores “carecen de fundamentos”, salvo que justifiquen la modificación del criterio sentado por el tribunal supremo. Mientras en sus fundamentos el ministro Fayt habló de un “deber moral” de los jueces en el ajuste al precedente, la mayoría afirmó un “deber” a secas en tal sentido. Posteriormente, en el caso “Bussi” (fallos 330-3160) se confirma que el precedente debe ser respetado, con fundamento en la igualdad ante la ley, para una igual solución a casos análogos, y en la seguridad jurídica, condición de la certeza y estabilidad del derecho. Con ello, como advierte Bianchi, se va produciendo un derecho jurisprudencial con efectos similares al del *common law*, donde la resolución tribunalicia de los casos va tomando el lugar de ley suprema. En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, hacia cuya aceptación se fue marchando escalonadamente desde “Mill de Pereyra” hasta “Banco Comercial de Finanzas SA”, culmina en “Rodríguez Pereyra”, del 27 de noviembre de 2012, cuando el control *ex officio* se extiende de la constitucionalidad también a la convencionalidad, como se verá más adelante.

imperativo sin el que no puede concebirse un Estado constitucional ni hablarse de democracia constitucional, el control constitucional “fuerte” a cargo de un altísimo tribunal en teoría soberano. A continuación, y dentro de los límites impuestos a esta comunicación, se expresarán reservas a este megacontrol constitucional y sus virtudes y beneficios hasta ahora inconcretados. Tales reparos se inscriben en una crítica de fondo al asiento doctrinario de aquel imperativo de la época, es decir, al trípode Estado constitucional-democracia constitucional-neoconstitucionalismo, que el autor de esta entrega ha efectuado en varios trabajos a los que debe necesariamente remitirse<sup>8</sup>. Téngase en cuenta que el grueso de la munición académica, entre nosotros, se dispara en defensa del referido trípode. Por otra parte, en ocasión de la ley de reforma judicial y el pronunciamiento judicial consiguiente, la discusión sobre los alcances de la justicia constitucional quedó lamentablemente confinada, por los voceros de uno y otro lado, al reñidero político de circunstancias, sin los alcances de un debate doctrinario que sigue pendiente. Como contracara de la crítica que se anuncia a la acepción “fuerte”, la reivindicación de un ejercicio de protección constitucional “débil”, que funcionase a título de “atribución moderadora”<sup>9</sup>, como lo hubo entre nosotros, resultaría, a juicio del autor, más beneficioso que el

---

<sup>8</sup> ) Ver Luis María Bandieri “*Notas al margen del Neoconstitucionalismo*”, EDCO (“El Derecho Constitucional”, serie especial), Buenos Aires, 2009, p. 343; “*En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI*”, en “*Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*”, Eugenio Luis Palazzo, director, El Derecho, Bs. As., 2012, p. 33/51; “*Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento*”, en “*Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*”, coordinadores George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, ed. Jus Podium, Bahia, 2012, p. 333/363.

<sup>9</sup> ) Frase contenida en nuestro Marbury, es decir, “Municipalidad c/Elortondo”, Fallos 33-163

activismo actual. Bien sabe que podría ser tachado de ejercicio nostálgico, con la letra de una vieja canción: “no se estila, ya sé que no se estila”. Pero en las ocasiones en que el pensamiento jurídico se presenta monolítico y monocolor, conviene poner a prueba un lugar común, aunque que ya casi parezca escapar a toda crítica.

### **Transformación del concepto de constitución**

El proceso de transformación de un control “débil” en un control “fuerte” ha ido *pari passu* con una transformación paralela del concepto de constitución. García Pelayo, con un eco aristotélico, definía a la constitución, allá por los 50 del siglo pasado, como la “ordenación de las competencias supremas el Estado”<sup>10</sup>. En aquel tiempo, la constitución estaba *dentro* y en el ápice del ordenamiento jurídico estatal. Hoy, la constitución está *fuera y enfrente* del ordenamiento jurídico estatal. Gil Domínguez lo define muy claramente: “el Estado constitucional de derecho configura un paradigma en donde *la Constitución* es el nexo que une el Estado con el derecho, generando de esta manera una serie de consecuencias positivas para las personas, al presentarse como un Otro que no produce respuestas absolutas y que intenta garantizar la convivencia pacífica de una sociedad heterogénea que presenta como característica esencial una

---

<sup>10</sup> ) Manuel García Pelayo, “*Derecho Constitucional Comparado*”, Madrid, 1957, p. 19

constelación plural de biografías”<sup>11</sup>. La constitución es fuente de valores y usina constante de principios, que se van reformulando a medida que, en ese adunamiento de proyectos biográficos individuales, se presentan conflictos entre valores contrapuestos, que los jueces arbitran mediante un ejercicio de ponderación –es decir, pesaje- abierto a la subjetividad, ya que carecen de un sistema objetivo de medidas, que no sea un retorno referencial a la contextura problemática de principios y valores contrapuestos, que así se convierten en única fuente del reconocimiento de derechos y sentencias de mérito. Esa constitución ya no es el ápice de un ordenamiento jurídico localizado sino, por lo menos en su parte dogmática, un capítulo de una constitución cosmopolítica supraestatal y prácticamente desterritorializada. En este marco, el control “fuerte” de constitucionalidad se ha transformado sin que los constitucionalistas clásicos lo advirtiesen, porque el núcleo controlante no es ya la “supremacía” local, como la del art. 31 CN, sino la cúspide piramidal formada por principios cosmopolíticos irrevocables e indecibles, que expresan una constelación de valores universales resultantes de las convenciones del derecho posmoderno de los derechos humanos, sobrevolada por un mandato hipotético: “debes obedecer a la constitución global”. Esta constitución global no resulta, como las constituciones estatales clásicas, un modo de límite o contención para los gobernantes, sino es ella

---

<sup>11</sup> ) Andrés Gil Domínguez, “Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad”, EDIAR, Bs. As. 2011, p. 87, destacado nuestro.

misma un gobierno impersonal desterritorializado: la “gobernanza”, expresión que ha entrado, muchas veces de modo incauto, en el léxico constitucionalista

### **Objeción contramayoritaria y democracia**

Aquí se plantea otro problema, hasta ahora irresuelto: la colisión con el mito de la “soberanía del pueblo”, es decir, con el principio democrático que recogen todas las constituciones del mundo y, desde luego, la nuestra (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 21.3, la GG (*Grundgesetz*), Ley Fundamental alemana, 20.2, pasando por la constitución argentina (arts. 33 y 37) y la constitución brasileña (art. 1º y art. 14, inc. I,II,III) siguen proclamando la “soberanía” del pueblo, a pesar de la merma brutal que, con fundamento en esos mismo textos, se le aplica.). ¿Quién decide?: el pueblo, contestan los textos. ¿Quién decide qué puede y qué no puede decidirse? La respuesta es: el areópago<sup>12</sup> de la justicia constitucional. Es decir, las cortes supremas o tribunales constitucionales o, más bien, la mayoría que se forme entre sus miembros (cuatro sobre siete en la Argentina, seis sobre once en Brasil, etc.) De allí surge el nudo irresuelto de la “objeción contramayoritaria”, planteada originariamente por Bickel. Como resulta de los muy valiosos trabajos de Juan

---

<sup>12</sup>) “Areópago de Karlsruhe” llama Robert ALEXY al Tribunal Constitucional Federal alemán. Ver “*Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*”, en “*Neoconstitucionalismo(s)*”, p. 38 edición de MIGUEL CARBONELL, ed. Trotta, 4º Ed., 2009

Carlos Bayón<sup>13</sup>, no ha tenido una respuesta satisfactoria hasta el momento. Los intentos de justificarla –del mismo Bickel, Dworkin, Ely, Ackerman, etc.- circulan alrededor de una aporía irresuelta: la realización de la democracia presupone, bajo la custodia de un colegio restringido de expertos, un núcleo de derechos fundamentales expansivos, indecidibles democráticamente. La democracia se asienta en una precondition no democrática, y esta precondition no democrática es la que asegura la democracia. ¿Cómo afirmar a la vez que es el pueblo “soberano” el que crea y legitima el poder y luego impedirle que se sirva de ese poder, por una “soberanía” del areópago judicialista? Bien decía Learned Hand que en ese ejercicio contramayoritario los jueces supremos aparecían a manera de “un corro de guardianes de Platón”<sup>14</sup>. Problema que se agrava con la notoria crisis en la legitimidad de la representación política, cuando por doquier la clase política es vista como tabicada y autorreferencial. Congresos, asambleas y parlamentos toman también decisiones contramayoritarias, en oposición a las mayorías sociológicas, como se advierte en las determinaciones sobre “ajustes” económicos o, en el notorio caso francés, respecto del matrimonio entre persona del mismo sexo.

---

<sup>13</sup>) “*Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*”, en “*El Canon Neoconstitucional*”, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, ed. Trotta, Madrid, 2010, p. 285/355; “Derechos, Democracia y Constitución”, en “*Neoconstitucionalismo(s)*”, cit. p. 188/211.

<sup>14</sup>) Cit. en Gustavo BINEMBOJM, “*Duzentos anos de jurisdicao constitucional: as lições de Marbury vs. Madison*”, en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n° 9 jul/dez 2008), Fortaleza, p. 537.

Se afirma, también, que el control constitucional “fuerte” es el gran contrapoder contra las demasías de los ejecutivos o los excesos de las asambleas. Sería la “respuesta madisoniana”<sup>15</sup> a los excesos democráticos de “mayorías circunstanciales” y la principal justificación de la justicia constitucional, a la que se supondría así aislada de la presión de la opinión pública. Ya Robert Dahl, en 1957, demostró que, en el caso de los EE.UU., la Corte Suprema ha funcionado, más bien, como una especie de órgano de legitimación de las decisiones del “régimen dominante” (“*ruling regime*”)<sup>16</sup>, esto es, con el presidente y el Congreso, siendo rarísimos los casos en que, desde su sede, se intentó bloquear la voluntad mayoritaria en cuestiones políticas importantes. Lo mismo cabe decir de nuestra Corte Suprema; por ejemplo, como instrumento de validación de la “emergencia económica”, equivalente actual de las antiguas “facultades extraordinarias” y “suma del poder público” decimonónicas: desde “Ercolano (1922) hasta “Massa” (2006) se sacramentaron las facultades extraordinarias en la emergencia, aun las ejercidas por decreto. Las excepciones, en tiempos del “corralito” y del “corralón”, caso “Smith” (2002) y “Provincia de San Luis” (2003), provocaron una inmediata presión, renuncia de ministros de la Corte y destitución de dos de ellos por juicio

---

<sup>15</sup> ) La respuesta del James Madison joven de 1787 en “*El Federalista*” X, muy distinto del Madison maduro, luego de culminada su presidencia, que ve en el gobierno de las mayorías la forma “menos imperfecta” (cf. Robert Dahl, “¿Es Democrática la Constitución de los EE.UU.?”, FCE, Buenos Aires, 2003, pp. 46/48)

<sup>16</sup> ) Robert Dahl, “*Decision-making in a democracy the Supreme Court as a national policy-maker*”, *Journal of Public Law*, pp. 279/295. En el mismo sentido, véase Charles L. Black jr., “*The People and the Court*”, McMillan, NY, 1960, p.35

político –con un fuerte efecto de demostración hacia díscolos futuros.

En cuanto al control de constitucionalidad como límite político último, cual barrera final contra decisiones mayoritarias de asambleas como la del Reichstag en 1933, que otorgó plenos poderes al Canciller, debemos comprobar, dolorosamente, que las instituciones judiciales no sirven para evitar los actos de fuerza, sean asamblearios, de fuerzas militares o de irregulares que se hagan con el poder. Menos aún, resultan el tipo de instituciones que puedan resistir al terror. Cuando aparece, o bien los tribunales se pliegan a él, o bien son rápidamente intervenidos: el derecho no puede dar protección cuando está suspendido<sup>17</sup>.

Hasta aquí un rápido repaso de límites y problemas en el control de constitucionalidad “fuerte”.

### **El Control de Convencionalidad**

El control de convencionalidad es un instrumento más joven que su similar de constitucionalidad, pero igualmente se encuentra asentado en el trípode Estado constitucional-democracia constitucional-corrientes neoconstitucionalistas mencionado al principio de este trabajo. Resulta un instrumento más avanzado hacia el constitucionalismo global

---

<sup>17</sup>) F. Atria, “El Derecho y la Contingencia de lo Político”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 26, Universidad de Alicante, ed. electrónica, p. 323, en <http://7publicaciones.au.es/7filespubli/pdf/02148676RD44939303.pdf>

cosmopolítico, cuyas manifestaciones ya vimos al tratar el control constitucional fuerte. Se trata de levantar, sobre las ruinas del derecho internacional clásico, un derecho planetario; en otras palabras, se marcha desde un derecho que regía relaciones entre Estados, a un derecho que se aplica al individuo cosmopolita (*Weltbürgerrecht*), miembro de una república mundial (*Weltrepublik*). Esta idea de un *ius cosmopolitanum* tiene una primera y notable manifestación en el opúsculo de vejez de Kant, “La Paz Perpetua”. En nuestro tiempo, se ha difundido a través de renovados planteos que proponen la progresiva construcción de, en palabras de Habermas, una “comunidad cosmopolita sometida a una autoridad superior”<sup>18</sup>. De tal modo, se va desplegando la red de un *ius cogens* con pretensión planetaria, concretado a partir de una constelación de principios, valores y reglas universales que se van plasmando a través de declaraciones, tratados, convenios y jurisprudencia internacionales. En esa trama reticular se inscribe el control de convencionalidad en nuestro continente.

El control de convencionalidad interamericano es planteado por vez primera en un voto razonado (fundado) del jurista mexicano Sergio García Ramírez, de la Corte Interamericana, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de noviembre de 2003, propiciando, al modo del control de constitucionalidad, un examen judicial de la compatibilidad

---

<sup>18</sup> Jürgen Habermas, “¿Tiene todavía alguna posibilidad la Constitucionalización del Derecho Internacional?”, en “*El Occidente escindido: pequeños escritos políticos X*”, Trotta, Madrid, 2006, p. 125

entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos. El control de convencionalidad obligatorio y aún de oficio se plasma en el fallo de la causa *Almonacid Arellano vs. Chile*. En esa tarea, dijo el tribunal, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte, su intérprete última. Ella, pues, tiene una última interpretación directa, en ejercicio de un control concentrado, cuando el caso llega a ella, e indirecta, ejercida difusamente en todos los niveles judiciales anteriores, por un control obligatorio y aún de oficio. Por cierto, la Corte puede encontrar más tarde que esa interpretación ha sido deficiente en alguno de aquellos niveles anteriores. Este deber de los jueces locales, que se transforman así, como dice Nogueira Alcalá<sup>19</sup>, en “jueces naturales” de la Convención, ha sido extendido por la Corte Interamericana a los funcionarios de todos los órganos públicos nacionales (caso *Gelman vs. Uruguay*, febrero de 2011). La jurisprudencia resultante, establecida por la Corte como intérprete supremo, rige con eficacia directa en el ámbito de todos los Estados miembros, “con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como parte material” (voto razonado de Eduardo Ferrer McGregor en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de noviembre de 2010). Los jueces y funcionarios nacionales tienen, pues, el deber jurídico de aplicar la jurisprudencia de la Corte y, en consecuencia de

---

<sup>19</sup>) Humberto Nogueira Alcalá, “*Diálogo Interjurisdiccional de control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la CIDH en Chile*”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, 2013, p. 521

esa suerte de orden público interamericano, tiene que inaplicar expulsar del ordenamiento local las normas o actos que resulten “inconvencionales”, so pena de colocar en situación de reproche y condena al Estado al cual sirven. Téngase en cuenta que en el ámbito interamericano no se aplica el “margen de apreciación” estatal que más elásticamente se ha desarrollado en el ámbito intereuropeo.

### **El Control Vertical de la Corte Interamericana**

Nuestra Corte Suprema, en el fallo “Rodríguez Pereyra”, ya referido en nota, ha establecido, consecuentemente, el deber judicial del control de convencionalidad de oficio, con la regla interpretativa de la Corte Interamericana, que resulta la intérprete suprema de la Convención Americana. Aquí asoma la oreja del lobo, bajo forma de un problema. El art. 68.1 de la Convención dice que los Estados se comprometen a cumplir los fallos “en todos los casos en que sean partes”. Pero, como vimos, resulta ahora obligatoria para los jueces locales la jurisprudencia interamericana, esto es, la aplicación de interpretaciones en juicios donde el Estado en cuestión no ha sido parte. Ausente, como se dijo, el “margen de apreciación nacional”, se echa a un lado la subsidiariedad subyacente, en principio, a todo sistema global y la función meramente “coadyuvante o complementaria” de la Corte, que aparece en el preámbulo de la Convención. Con este planteo, por ejemplo, resulta de aplicación obligatoria por los jueces de nuestro país, comenzando por la Corte Suprema, la

interpretación del art. 4º de la Convención efectuada en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, acerca de que “concepción” debe entenderse desde la implantación del embrión en el útero, en contraposición, con lo que podría torcerse el sentido y alcance la reserva efectuada por nuestro país al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. Si se atiende a las arduas discusiones y negociaciones legislativas alrededor del artículo 19 del proyecto de reforma del Código Civil, que tiene lugar al momento de redactarse esta comunicación, se comprenderá la importancia que reviste esta aplicación del control de convencionalidad. No anduvo errado el juez *ad hoc* Figuereda Caldas en *Gomes Lund vs. Brasil*, cuando señaló que “para los Estados que libremente adoptaron la Convención, equivale a una *constitución supranacional* atinente a los derechos humanos”.

El control de constitucionalidad ampliado y afinado y el control de convencionalidad armado de *ius cogens* resultan instrumentos desarrollados a partir del trípode destacado al principio del trabajo, sobre el que se pretende expandir un derecho destinado a cumplir integralmente, en la posmodernidad, las promesas perdidas de la modernidad. Un derecho post Auchwitz destinado a terminar con los horrores. Una esfera pública mundial –en expresión de Ferrajoli– presidida por ese derecho e instauradora del vislumbre kantiano de la paz perpetua. La paz a través del derecho global, que prometía Kelsen sobre las ruinas de la posguerra. La realidad es un estado de excepción permanente

y la guerra civil extendida por el planeta. Quizás haya llegado el momento de tomar conciencia de ese fracaso y, sobre los escombros de las promesas incumplidas, reconstruir el derecho sobre sus sólidos cimientos clásicos.