

## CAPÍTULO XXIII

### Derechos nacionales y derechos internacionales de la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada”\*

#### 1. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, plantea importantes y a la vez interesantes puntos de conexión entre ambos órdenes jurídicos.

Un punto de partida es advertir que actualmente la mayor parte de los derechos fundamentales de una Constitución contemporánea, están también tratados por el derecho internacional de los derechos humanos. Ello implica a menudo similitud de contenidos y de respuestas jurídicas; pero pueden darse situaciones de confrontación.

En tal hipótesis deben arbitrarse recetas que resuelvan el problema. La vieja tesis de la supremacía constitucional tendía, a rajatabla, a priorizar la Constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata, sin embargo, de una regla hoy día erosionada o diluida, naturalmente no aceptada por el derecho internacional.

Desde el ángulo de observación de este último, otra vieja tesis postulaba la solución absolutamente adversa, esto es, priorizar los tratados internacionales sobre derechos humanos sobre el derecho local, a cualquier costo, incluso visualizando al derecho doméstico como mero

---

\* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

“hecho”, que además, como regla, no podía invocarse para desconocer al derecho emergente de los tratados.<sup>1</sup>

Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado, y prácticamente aceptado en día, propone la primacía del “mejor derecho”, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo —principio *pro persona*—, sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de *preferencia de normas* como de *preferencia de interpretaciones*.<sup>2</sup> Es una solución transaccional sumamente razonable y equitativa, aunque las posturas nacionalistas extremas no la aceptan.

El debate persiste todavía. Sin embargo, es evidente que las presiones de un derecho internacional de los derechos humanos cada vez más fuerte y apremiante, han impactado en un derecho constitucional algunas veces en repliegue. Por ejemplo, a través de la jerarquización constitucional de tratados internacionales de derechos humanos (al estilo del art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina, *v. gr.*), o simplemente, mediante el reconocimiento constitucional de esos tratados con superioridad sobre el derecho interno, aun el constitucional, sin perjuicio de hacer operar siempre el principio *pro persona*.<sup>3</sup>

La polémica se incrementa cuando la primacía del derecho internacional no solamente es una cuestión de tensión entre las reglas de un tratado y la Constitución, sino entre la interpretación dada a aquellas reglas convencionales por los órganos jurisdiccionales gestados por un tratado, y la Constitución. Tal ha sido el caso del “control de convencionalidad” reclamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que postula la superioridad del Pacto de San José de Costa Rica, y de la doctrina sentada por la Corte Interamericana, por sobre las normas loca-

---

<sup>1</sup> Esta última solución es la dispuesta por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, arts. 22 y 46.

<sup>2</sup> Véase sobre el tema Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 211-212.

<sup>3</sup> Una fórmula excelente, en esta tesitura, es la empleada por el art. 23 de la Constitución de Venezuela de 1999: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la república, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

## Derechos nacionales y derechos internacionales...

---

les. En particular, estimamos que tal supremacía de la doctrina judicial expuesta por la Corte Interamericana, no emerge clara y directamente del Pacto de San José, sino más bien, de una jurisprudencia mutativa por adición expuesta por la Corte, en aras, eso sí, de afirmar el vigor del Pacto y de su propia jurisprudencia como tribunal supranacional.<sup>4</sup> El éxito definitivo de tal operativo dependerá de varios factores, entre ellos, el acierto de los fallos de la Corte, y el seguimiento de su doctrina por los tribunales nacionales.

### 2. LOS DERECHOS DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS DE LAS CONVENCIONES. DIVERSOS MODOS DE ARTICULACIÓN. ROL “REPRESIVO” Y “CONSTRUCTIVO” DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES Y CONSTRUCCIÓN DE INTERPRETACIONES

En concreto, de darse una colisión entre derechos, bienes y valores sostenidos por una convención sobre derechos humanos —en nuestro caso, el Pacto de San José de Costa Rica— o la doctrina del órgano jurisdiccional internacional respectivo, y la Constitución nacional, pueden

---

<sup>4</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, para fundar su doctrina del control de convencionalidad, se ha basado en los principios internacionalistas de la *bona fide*, del *pacta sunt servanda* y el efecto útil de los tratados, contenidos en los arts. 1º y 2º del Pacto de San José de Costa Rica. No obstante, advertimos que el art. 68 de éste determina que los estados deben cumplir con las sentencias en los procesos en que han sido parte, pero nada dice que deban seguir la doctrina sentada por la CIDH en casos donde no lo fueron. Por ello, en nuestra opinión, la doctrina del control de convencionalidad no es en sentido estricto una tesis realmente inferida o deducida de cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, sino que nace de una interpretación mutativa por adición al Pacto, consumada por la Corte, que ha generado aquí una norma muy relevante. No cabe desconocer, desde luego, la jurisprudencia creativa que han desarrollado cortes constitucionales, en temas importantes como éste. El mismo control judicial de constitucionalidad, en Estados Unidos, y especialmente la fuerza expansiva de la doctrina judicial de su Corte Suprema, sentada en “Cooper vs. Aaron”, son dos muestras emblemáticas de un activismo judicial convertido ya en derecho consuetudinario. Véase sobre esta última cuestión Sagüés, María Sofía, “Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, núm. 2, 2004, pp. 223-225.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

darse estas hipótesis de solución, a la luz de la doctrina del control de convencionalidad.

- a) *aplicación del mejor derecho y de la mejor interpretación*. Aquí se efectiviza la receta del principio *pro homine*, o *pro persona*, sin perjuicio de recurrir, llegado el caso, al principio del *margin de apreciación nacional*, como elemento de modulación de derechos, en función de realidades, creencias, posibilidades y experiencias locales;<sup>5</sup>
- b) *inaplicación de la regla constitucional*. Si la confrontación es total y la norma doméstica es radicalmente incompatible con la convencional, tutelando en menor medida al derecho en juego, la primera no deberá efectivizarse. Tal fue el caso paradigmático, *v. gr.*, de “La última tentación de Cristo”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia a una cláusula constitucional de Chile entonces vigente, y luego modificada, admisoria de la censura televisiva. Responde a lo que podríamos llamar el rol “represivo” o negativo del control de convencionalidad, y
- c) *reciclaje de la norma constitucional*. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso “Radilla Pacheco *vs.* México”, párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya —si bien escuetamente— la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, párr. 233, y sus citas de “Fernández Ortega *vs.* México” y “Rosendo Cantú”), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más tarde, en “Gelman *vs.* Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia (del 20 de marzo de 2013), la Corte Interameri-

---

<sup>5</sup> Naturalmente, el margen de apreciación nacional (admitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 4/84 y en “Barreto Leiva”, párr. 90, o “Herrera Ulloa”, párr. 161), no puede alterar el contenido esencial de los derechos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica, ni sostener excepciones solitarias en los casos en que hubiere consenso mayoritario en los estados del sistema, sobre el contenido de un derecho. Sobre el mismo, *cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, *cit.*, pp. 222 y ss.

## Derechos nacionales y derechos internacionales...

---

cana destaca que el control de convencionalidad, en la etapa que comentamos, opera igualmente en la *emisión* como en la *aplicación* de las normas nacionales (párr. 69). Aquí estamos en lo que cabría denominar control “constructivo” o positivo de convencionalidad.

Todo ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones*, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico, especialmente del constitucional, compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de *construcción de interpretaciones*, mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* —cuando se agrega algo al documento constitucional, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados—, *mutativas por sustracción* —al revés, si se quita algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia—, o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* —también son llamadas “sustitutivas”—, donde el operador extrae algo y añade algo al contenido de una norma constitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.<sup>6</sup> El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas —no en sentido peyorativo—, manipulativas o modulativas.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Constitución nacional, así como la declaración de invalidez, por inconventionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manajo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero tal función es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

---

<sup>6</sup> Sobre las interpretaciones mutativas de la Constitución, nos remitimos igualmente a Sagués, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, op. cit., pp. 42 y ss. La mutación deja incólume el texto, pero altera el contenido del mensaje normativo.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

Advirtiendo igualmente las directrices del caso “Gelman vs. Uruguay” que hemos indicado en este párrafo, el control de convencionalidad obliga a los “emisores” de normas nacionales, incluso a los constituyentes, (i) a no dictar cláusulas opuestas al Pacto de San José o a los precedentes de la Corte Interamericana, y también, (ii) a corregir a las vigentes, para conformarlas con tales parámetros.

### 3. EL CASO ARGENTINO. INVALIDACIONES, REDUCCIONES, ADICIONES Y SUSTITUCIONES

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia convalidó explícitamente la doctrina del control de convencionalidad exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso transcribiéndola entre comillas.<sup>7</sup> El camino, pues, se encuentra allanado en gran medida.

Veamos algunas alternativas de efectivización de las operaciones interpretativas que hemos apuntado.

- a) *invalididad de reglas constitucionales*. El artículo 55 de la Constitución nacional (concordado con los arts. 89 y 111) demanda todavía, entre otros requisitos, para ser Senador, Juez de la Corte Suprema de Justicia, presidente de la Nación o vicepresidente, “disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente”. Tal regla, producto del texto sancionado en 1853, es tributaria de una entonces teoría democrática —en verdad, aristocrática—, elitista, basada en razones tales como conjeturar que la tenencia de fortuna era indicio de responsabilidad, éxito, mesura y seriedad de juicio. En la actualidad requeriría un ingreso económico, para el candidato del caso, de varios miles de dólares mensuales, recaudo por cierto irremediablemente incompatible con las ideas de igualdad en general (art. 1º), y con las regulaciones aceptables en materia político-electoral sentadas por el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica;<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, casos “Mazzeo”, CSJNA, *Fallos*, 330:2248, “Videla y Massera”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010-IV-836. Más tarde, en “Rodríguez Pereyra”, *La Ley*, 2012-F-559.

<sup>8</sup> Nos hemos referido en detalle a esta norma en Sagüés, Néstor Pedro, “Derecho e ideología. Una cláusula ilegítima de la Constitución”, en Academia Nacional

## Derechos nacionales y derechos internacionales...

---

- b) *selección de interpretaciones*. El artículo 14 de la Constitución argentina, sancionado en 1853, declara como derecho de los habitantes “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. La norma podría posibilitar una lectura literal, arcaica y restrictiva, en el sentido de circunscribir su radio de cobertura a la prensa escrita —la única existente cuando se aprobó la Constitución—, y solamente para “ideas” —por ejemplo, no para imágenes, o informaciones—. Otra interpretación posible, sin embargo, más amplia y evolutiva, capta dentro de la libertad de expresión a todo tipo de prensa —incluyendo la oral y televisiva, *v. gr.*— y con cualquier tipo de contenido, aparte de las “ideas” —informaciones, dibujos, relatos históricos o de ficción, etc.—. El texto del Pacto de San José de Costa Rica (art. 13) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lleva a rechazar la primera interpretación de aquella cláusula de la Constitución argentina, y a aceptar la segunda. Baste recordar, por ejemplo, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, cuando este último Tribunal recuerda que el contenido de la libertad de pensamiento y de expresión incluye “informaciones e ideas de toda índole”, a más de los relatos y las noticias, y de “utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios” (párrs. 108 a 110);
- c) *interpretaciones mutativas por adición*. El artículo 75, inciso 17 de la Constitución se refiere a los pueblos indígenas. Respeto su identidad cultural, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades “y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras *que tradicionalmente poseen*” (las cursivas son nuestras). Esta cláusula se compadece con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos elaborada sobre el tema, que ha desplegado y desarrollado mutativamente las escuetas normas convencionales referidas a la vida digna y al derecho a la propiedad, aplicado en este caso a dichos pueblos. Pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana enuncia algo más que la titularidad de las tierras que las tribus poseen *actualmente*: en el caso “Yakye Axa vs. Paraguay”, aludió a casos de devolución de tierras sustraídas a

---

de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Estudios sobre la Constitución Nacional en su sesquicentenario*, Buenos Aires, 2003, pp. 551-564.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

los pueblos originarios, poseídas ahora por terceros. En “Sawhoyamaya vs. Paraguay”, advirtió que “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” (párr. 128). Lo dicho obliga a extender el sentido de la cláusula constitucional argentina, incluyendo el derecho, por ejemplo, y en ciertos supuestos, a recuperar tierras de las que esos pueblos fueron ilegítimamente desposeídos;

- d) *interpretaciones mutativas por sustracción*. El artículo 75, inciso 21 de la Constitución nacional enuncia como facultad del Congreso “conceder amnistías generales”. Y el artículo 99, inciso 5º, respecto del poder ejecutivo, “Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal...”.

Los términos de ambas cláusulas son amplios acerca de la materia sobre la que pueden versar las amnistías y los indultos. Sin embargo, según jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no son viables las amnistías o los indultos con relación a delitos de lesa humanidad,<sup>9</sup> conclusión explicable porque en tales casos el autor legislativo de tales delitos no es el Estado nacional, sino la comunidad regional o internacional, por vía formal o consuetudinaria. Por ende, indultos y amnistías practicados por autoridades argentinas en cuanto tales delitos, son inconvencionales. Para una lectura compatible de tales normas con el Pacto de San José de Costa Rica y demás tratados internacionales, las reglas constitucionales deben leerse, mediante una interpretación sustractiva, con el agregado de: “excepto respecto de delitos de lesa humanidad”, reduciendo entonces las competencias del Congreso y del presidente en los puntos que estamos considerando,

- e) *interpretaciones mutativas mixtas, por sustracción-adición*. Un caso de interés es el previsto por el artículo 115 de la Constitución, concerniente a las resoluciones del “Jurado de Enjuiciamiento” de jueces federales. El fallo del mismo, declara la norma, “será irrecurrible”. Dicho Jurado no es un órgano estrictamente de na-

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, casos “Velázquez Rodríguez”, “Loayza Tamayo”, “Barrios Altos”, “Almonacid Arellano”, etc. Véase una sinopsis de la jurisprudencia de la CIDH, y de otros tribunales a los que ella se remite, en “Gomes Lund vs. Brasil”, párr. 147 y ss.

## Derechos nacionales y derechos internacionales...

---

turaliza judicial. Se encuentra conformado por jueces, abogados y legisladores, según el mismo artículo 115. Pues bien: el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica determina que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competente, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”. En el caso “Brusa”, un juez federal destituido impugnó la irrecurribilidad sentada por el referido artículo 115 de la Constitución y argumentó violación del debido proceso en la tramitación que se le siguió ante el Jurado de Enjuiciamiento. La Corte Suprema, con el fin de compatibilizar al citado artículo 115 con el derecho a recurrir que emerge del Pacto, admitió el problema y habilitó una interpretación mutativa mixta de la Constitución. Por un lado, retaceó el rigor formal del artículo 115, acortando la extensión de lo “irrecurrible” —o circunscribiéndola al ámbito político o administrativo—. Por otro, habilitó un recurso —en el caso, el extraordinario federal—, ante la propia Corte.<sup>10</sup>

### 4. LA CONSTITUCIÓN “CONVENCIONALIZADA”

Lo dicho conduce a encontrar un nuevo diseño de la Constitución, que pasa a ser, de la “constitución nacional”, a la “constitución convencionalizada”.<sup>11</sup>

La *constitución convencionalizada* es la constitución nacional con dos notas de actualización: a) *depurada* de sus cláusulas radicalmente opuestas al derecho internacional de los derechos humanos, y en par-

---

<sup>10</sup> CSJNA, caso “Brusa”, *Fallos*, 326:4816.

<sup>11</sup> Nos remitimos también a Sagüés, Néstor Pedro, *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “constitución convencionalizada”*, en “II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, La justicia constitucional en el estado social de derecho”, Caracas, Universidad Monteávila, 2012, pp. 387 y ss. El mismo texto se encuentra en Universidad de Castilla-La Mancha, *Parlamento y Constitución*, Ciudad Real, 2011, núm. 14, pp. 141 y ss., y en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela, *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, 2013, Elsevier, pp. 617 y ss. Véase asimismo Ibarlucea, Emilio A., “¿Existe una constitución convencionalizada?”, *La Ley*, 22/8/13, p. 1.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

ticular, del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que pasan a ser reglas no operativas de la Constitución; *b) reciclada* conforme aquellos parámetros, mediante interpretaciones aditivas, sustractivas o mixtas del contenido del texto constitucional, que la conformen con aquellos parámetros internacionalistas.

La constitución convencionalizada, vale decir, *conformada, adaptada, completada e integrada*, es móvil, desde el momento que su contenido material —no necesariamente su texto formal—,<sup>12</sup> fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que generalmente está ampliando el cupo de derechos del Pacto de San José de Costa Rica, mediante despliegue y desarrollo de los allí enumerados. Inclusive, deberá absorber los cambios jurisprudenciales de dicho Tribunal regional. Ello impone a los operadores del sistema una constante actualización normativa y jurisprudencial.

El fundamento axiológico de la constitución convencionalizada se encuentra en la primacía del valor bien común regional, o bien común internacional, sobre el bien común nacional,<sup>13</sup> circunstancia que implica una profunda modulación —se puede hablar, igualmente, de erosión o crisis— del clásico concepto de supremacía constitucional. Responde, paralelamente, a un nuevo estadio de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional, en particular, del derecho internacional de los derechos humanos.

La constitución convencionalizada, por último, es el material que debe trabajar el operador local cuando realiza el control interno de

---

<sup>12</sup> Algunas veces, como en el caso argentino (art. 75, inc. 22), la Constitución confiere jerarquía constitucional a determinados tratados sobre derechos humanos. Con ello se engrosa, si bien no al mismo texto constitucional, sí al “bloque de constitucionalidad” formal, integrado por la Constitución propiamente dicha y tales tratados.

<sup>13</sup> Sobre el bien común internacional, cfr. Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado*, trad. por Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Jus, 1946, pp. 471 y ss. La idea se remonta a varios siglos atrás, encontrando fundamentos en escritos de Francisco de Vitoria y Francisco Suárez, entre otros. Véase Pereña, Vicente Luciano, “Comunidad y autoridad supranacional”, en AA.VV., *Comentarios a la Pacem in Terris*, Madrid, Instituto Social León XIII-Biblioteca de Autores Cristianos, 1963, p. 599. Igualmente nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Integración y desintegración del concepto de soberanía*, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 1966, pp. 214 y ss. Inédita.

## Derechos nacionales y derechos internacionales...

---

constitucionalidad. En efecto, para determinar si una ley, reglamento, decreto o resolución es o no constitucional, no debe partir de una constitución autista, sino de la constitución nacional combinada con los tratados y la jurisprudencia interamericana a que hicimos referencia. Solamente así podrá emitir un juicio completo y actualizado de constitucionalidad, respecto del derecho subconstitucional.

Los derechos fundamentales reconocidos en la constitución nacional quedan, por lo común, robustecidos y engrosados en la constitución convencionalizada, dado que el derecho internacional de los derechos humanos habitualmente pone al día y aumenta el tanto el listado como el contenido de esos derechos. Dejamos para otro lugar el muy conflictivo tema de la hipotética deslegitimación ocasional de reglas formales o consuetudinarias de derecho internacional, o de fallos de tribunales internacionales, que también por vía de hipótesis contravengan de modo irremediable pautas jurídicas de derecho superior y conduzcan, en su caso, a situaciones próximas al llamado principio o regla de Gustav Radbruch, o a la tesis de Werner Goldschmidt sobre carencia dikelógica de normas, que conduce al tema de las lagunas axiológicas.<sup>14</sup> En principio, esas infracciones, de ser indiscutiblemente ciertas y graves, y de no mediar otra solución para resolverlas, podrían perfilarse como topes excepcionalísimos a la convencionalización. El asunto exige un análisis complejo, serio y prudente, similar en muchos aspectos a la confrontación entre derecho natural y derecho positivo, cuando ella se presentare de un modo inexorable. Nos remitimos al capítulo XXVI, *in fine*.

---

<sup>14</sup> La llamada “fórmula de Radbruch”, aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, pregona que la injusticia extrema no es derecho. Por ello, normas que padezcan de ese vicio, como fueron numerosas del derecho nazi o del derecho formal de la ex República Democrática Alemana, carecen de vigor jurídico. Véase Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, 1ª reimpr., Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 84, 94, 167. Por su parte, la doctrina de las *lagunas dikelógicas* apunta que las normas gravemente injustas no son obedecibles, generando su propia invalidez y provocando así un vacío jurídico. Cfr. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 221. En el caso —conjetural— de reglas o sentencias internacionales portadoras de una injusticia extrema e inaceptable, su no aplicación en el ámbito nacional, derivaría allí no de la tesis de la presunta superioridad del derecho doméstico sobre el internacional, sino de la invalidación del último de ellos por las razones axiológicas indicadas, en las que en última instancia anida, entendemos, la doctrina de la supremacía del derecho natural sobre el positivo.