Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

CONTROL MULTINIVEL DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRES NIVELES POSIBLES PARA SU CONCRECIÓN

Carlos Alberto Calderón Medrano[1]

Presentado el 20 de marzo de 2024
Aceptado el 27 de abril de 2024

RESUMEN.

El presente artículo tiene el objetivo de desarrollar de manera analítica la configuración de un control multinivel como mecanismo de vigencia y protección de los Derechos Fundamentales, proponiendo el análisis de la protección y control tutelar desde distintos ángulos, y una diferenciación entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales; en ese sentido, para el caso de los derechos fundamentales, se establecerá que un garante primario es aquella autoridad judicial o administrativa que en primera instancia protege y garantiza el derecho en el Estado, y que en un segundo nivel de garantía, se sitúa el Control Tutelar de Constitucionalidad, que puede estar a cargo de un Órgano Especializado denominada Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, y finalmente, si el derecho se sitúa dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, este derecho será objeto de un Control de Convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un garante terciario de los derechos, y también de manera general por el Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos, a través de Naciones Unidas. De esta manera se encuentran algunas distinciones, por el Órgano que ejerce control, procedimientos, alcance y naturaleza, que aporta al análisis de aquel control multinivel de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Control Tutelar de Constitucionalidad, Derechos Fundamentales, Constitución.

1 Ex magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional; graduado de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca; Master en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional; especialidad en Razonamiento Judicial e Interpretación – Génova; candidato a PH.D en Derecho Constitucional; correo electrónico: carlos_calderon_medrano@hotmail.com. Código Orcid: 0009-0001-0898-3983

SUMMARY.

The purpose of this article is to analytically develop the configuration of a multilevel control as a mechanism for the enforcement and protection of Fundamental Rights, proposing the analysis of protection and tutelary control from different angles, and a differentiation between Human Rights and Fundamental Rights; In this sense, in the case of fundamental rights, it will be established that a primary guarantor is the judicial or administrative authority that in the first instance protects and guarantees the right in the State, and that in a second level of guarantee, the Tutelary Control of Constitutionality is situated, which can be in charge of a Specialized Body called Constitutional Court or Constitutional Tribunal, and finally, if the right falls within the American Convention on Human Rights, this right will be subject to a Control of Conventionality by the Inter-American Court of Human Rights, as a tertiary guarantor of rights, and also generally by the Universal Protection System of Human Rights, through the United Nations. In this way, some distinctions are found, by the Body that exercises control, procedures, scope and nature, which contributes to the analysis of that multilevel control of fundamental rights.

Keywords: Tutelary Control of Constitutionality, Fundamental Rights, Constitution.

1. EL ESTADO EN SU PAPEL DE GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR GARANTE?

De acuerdo a la RAE, se debe entender por garante como un adjetivo que hace referencia a “alguien” persona jurídica o natural que da garantía; en el ámbito normativo, se habla de los garantes de derechos, que son entidades o personas que tiene una obligación o la responsabilidad particular de respetar, promover y garantizar el ejercicio de los derechos, ya sean estos humanos o fundamentales.

1.2. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR ESTADO DE DERECHO?

Se refiere al principio de gobernanza por el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente y se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Las instituciones políticas regidas por dicho principio garantizan en su ejercicio la primacía e igualdad ante la ley, así como la

CONTROL MULTINIVEL DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRES NIVELES POSIBLES PARA SU CONCRECIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

separación de poderes, la participación social en la adopción de decisiones, la legalidad, no arbitrariedad y la transparencia procesal y legal.

En esta definición se pueden encontrar, dentro de sus elementos constitutivos:

1) La estructura formal de un sistema jurídico y la garantía de libertades fundamentales a través de leyes generales aplicadas por jueces independientes (división de poderes);
2) Libertad de competencia en el mercado garantizada por un sistema jurídico;
3) División de poderes políticos en la estructura del Estado; y,
4) La integración de los diversos sectores sociales y económicos en la estructura jurídica.

Es decir, se tiene una fuerte esencia del constructo liberal contractual, que es la base sobre la que se asienta todo Estado de Derecho occidental.

Esta estructura formal determinada además el modelo de Estado, la forma de gobierno, y los compromisos básicos a través de Derechos como parte de este pacto contractualista, provenientes, básicamente, del pensamiento de Thomas Hobbes, siguió con John Locke, se perfeccionó con Jean Jacques Rousseau, y se materializó en la Convención de Filadelfia.

2. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¿Qué entendemos por Derechos Fundamentales?

Para entender con mayor claridad el concepto en torno a los Derechos Fundamentales, debe de tenerse en cuenta que en esencia se está hablando del concepto liberal de los mismos, como corresponde el sustento a cualquier definición de Estado de Derecho, por ende, tanto Derechos Fundamentales como “Estado de Derecho” proviene y se interrelaciona a partir de una perspectiva liberal.

No obstante, debe hacerse la necesaria aclaración de que la tarea de identificar un concepto válido y uniforme acerca de los derechos fundamentales, no se reduce en otorgar una definición, y analizar los elementos constitutivos de esto; sino que más bien, se trata de un trabajo analítico que incida a la aproximación conceptual desde las distintas perspectivas que permite un fenómeno constructivista, como es el caso de los “Derechos Fundamentales”

Ahora bien, los principales fundamentos filosóficos de la teoría liberal de los derechos fundamentales, se nutre del desarrollo constitucional contemporáneo europeo, en específico de lo acontecido en el siglo XVIII, es así que la teoría liberal de los derechos fundamentales es una amalgama y desarrollo de una amplia diversidad de autores occidentales, que han desarrollado gran parte de su trabajo en torno al concepto de libertad, como propiedad inherente al género humano, incluso, como elemento diferenciador de otras especies, en ese entendido, puede decirse que autores como Jhon LOCKE e Immanuel KANT, son de los más representativos de esta época y de esta corriente liberal.

De acuerdo a BERNAL PULIDO, Locke ofrece una fundamentación con base en una perspectiva contractualista e iusnaturalista de la concepción de los derechos fundamentales, tomando a estos como derechos de defensa frente al Estado. La idea base de este fundamento es que en el estado de naturaleza el individuo dispone de una libertad absoluta. En cambio, en el estado de naturaleza, el hombre es "dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones" (Bernal Pulido, citando a J. LOCKE, 1991); no obstantes, el hombre renunciaría a esta libertad absoluta, porque las posibilidades de disfrutarla son inciertas. A partir de este criterio es que BERNAL desgrana dos consecuencias, la primera, por una parte, que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la "vida, libertad y hacienda" del individuo, conceptos que LOCKE conglomera bajo el un concepto aún más general, como es el de "propiedad", tal cual se puede observar de su postura contundente resumida en una oración: "el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades" (LOCKE, 1991); la segunda consecuencia que BERNAL extrae de la postura de LOCKE, consiste en que el límite del ejercicio del poder del Estado está marcado precisamente por la libertad del individuo: "el poder de la sociedad, o el legislativo que ella constituya, nunca ha de salirse del terreno que delimita el bien común" (LOCKE, 1991); en ese entendido, está claro que las libertades del individuo necesitan ser desarrolladas mediante la legislación, y que a la vez imponen límites a la legislación (BERNAL, 2014).

De esto se extrae que la teoría liberal de los derechos fundamentales tiene su fundamento tanto en la libertad y la propiedad de las personas, básicamente dos de los conceptos que acompañaron y se desarrollaron con mayor raigambre tanto la época de la ilustración, como en el edad contemporánea, y en sí, son conceptos que estuvieron constantes en el desarrollo dogmático del constitucionalismos a través del tiempo.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

Claro está que el desarrollo de constitucionalismo tiene una conexión directa con el desarrollo del concepto de Estado, esa es una referencia casi directa, considerando que este concepto último también proviene de una perspectiva liberal, así también lo entiende FIORAVANTI: "Asociada a 'Estado', en cambio, la Constitución es antes que nada ordenamiento de los poderes, que en el curso del siglo XIX se convierte en regulación de los poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial- de su actividad y de sus límites, sobre los últimos de los cuales se construye (…) [e]l derecho público estatal dedicad a las libertades de los individuos- (Fioravanti, 2022).

Con base en esto puede señalarse que la idea misma de los Derechos Fundamentales está vinculada de manera directa con la noción de Estado, y la construcción liberal de este, por lo que no es equivocado señalar que estos dos conceptos fueron nutriéndose el uno con el otro, interactuando de una manera peculiar en torno a las características de validez que el propio constitucionalismo se encargó de desarrollar a través de su desarrollo dogmático

Ahora bien, ya habiéndose observado el fundamento liberar de la teoría de los derechos fundamentales, y su conexión inevitable con el concepto de Estado, en el plano teórico-doctrinal corresponde seguir a Fioravanti, mismo que propone tres modelos que se integran de manera parcial en sus elementos constitutivos desde la Teoría del Estado para explicar y abordar los Derechos Fundamentales, en ese entendido, se tiene los modelos historicista, individualista y estatalista. Para fines de esta ponencia, se hará hincapié en el modelo "estatalista"

Modelo estatalista

Se basa en la idea de que el Estado total es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum ómnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno.

En este sentido, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, ya que los derechos nacen con el Estado. En esta lógica, no se concibe un poder constituyente autónomo como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como manifestación de la *decisión política*, en

tanto está alejada de los cálculos individuales de la descompuesta y desesperada conveniencia de los sujetos. Tales voluntades encuentran en la autoridad del Estado que los representa, el sentido de su unidad y orden político, convirtiéndose a partir de entonces en pueblo o nación, sin diferenciar si la autoridad se trata de un gobernante o asamblea autocrática o democrática.

El modelo estatalista, en consecuencia, concibe a los derechos políticos como funciones del poder soberano, en tanto que la diferencia entre la libertad y el poder desaparece a favor de este último; asimismo, la autoridad estatal no se encuentra sometida ni a la Constitución ni a la costumbre, sino a la voluntad de la autoridad; en la medida que la necesidad de estabilidad y de unidad cumplen un rol que legitima transitoriamente al modelo estatalista, sobre todo en etapas de crisis social. Por ello se ha dicho que "puede ser justo temer el arbitrio del soberano, pero no se debe por ello olvidar jamás que sin soberano se está destinado fatalmente a sucumbir a la ley del más fuerte".

Estas corrientes *historicista, individualista* y *estatalista* han tenido una clara expresión histórica desde el desarrollo del primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales, con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de la renovación democrática de los Estados constitucionales, durante la postguerra se ha iniciado una segunda gran fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional. (Landa, 2022, p. 56-57).

2.1. UNA DISTINCIÓN NECESARIA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

Desde hace un tiempo, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, se habla de forma especial sobre los derechos humanos. En no pocas ocasiones se ha utilizado como sinónimo de derechos fundamentales. Este tema ha sido objeto de frecuentes discusiones académicas y judiciales, y también ha sido abordado en asuntos diplomáticos y gubernamentales, sobre todo en materias relacionadas con la dignidad de la persona y su protección como titular de derechos y garantías esenciales para su propia existencia.

Desde entonces se ha reconocido a la persona como legítima para recibir apoyo legal del Estado, independientemente de su nacionalidad, religión, clase social, raza o género.

Teniendo en cuenta que el derecho humano es, como su propio nombre indica, un derecho inherente al ser humano, esencial para su existencia, surge por así decirlo una nueva figura normativa que se define como un derecho fundamental, por lo que, en virtud del carácter esencial tanto del derecho humano como del derecho fundamental, existen dudas académicas al suponer que estos dos derechos son idénticos o forman términos sinónimos que tienen el mismo significado y tipicidad jurídica, lo que no es cierto.

El presente estudio tiene por objeto aproximar conceptualmente estos dos derechos y sobre todo diferenciarlos, para que el lector pueda conocer las particularidades y diferencias que existen entre cada uno de ellos, pues si bien es cierto que existen aspectos en común como puede ser su base en la dignidad de la persona humana, también existen diferencias como es, por ejemplo, la universalidad.

No todos los derechos humanos son derechos fundamentales

Según el profesor Pérez Luño: "*Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estado de Derecho".*

Por tanto, se puede afirmar que los derechos humanos son aquellos que todo ser humano posee por el mero hecho de haber nacido y que poseen un carácter universal, es decir, que van a ser aplicables a todas las personas, independientemente del lugar en el que vivan, su nacionalidad, raza, sexo o religión, entre otras cosas. Sin embargo, los derechos fundamentales son derechos que se encuentran recogidos en el ordenamiento jurídico de un país determinado, en concreto, en su Constitución.

Mientras los derechos humanos tienen un alcance universal, pues se reconocen a todas las personas en el mundo desde el momento de su nacimiento, los derechos fundamentales tienen un alcance nacional y, dependiendo del país, pueden variar. Los derechos humanos están consagrados en la declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, y los derechos fundamentales en la Constitución de cada país.

3. EL ESTADO EN SU ROL DE GARANTE PRINCIPAL

Habiendo realizado estas precisiones conceptuales, es ahora necesario el establecer el rol que tiene el Estado como garante principal.

El Estado es quien garantiza y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales y humanos, de acuerdo a los compromisos asumidos en el pacto contractual denominado "Constitución", es decir, es un ente activo que tiene como fin el cumplimiento de loa acordado; en ese entendido, es el principal responsable de adoptar las medidas necesarias para lograr el ejercicio y satisfacción real y efectiva de los derechos fundamentales y humanos por parte de sus habitantes.

A partir de estos compromisos asumidos, es que el Estado distribuye y encomienda el poder necesario a los órganos públicos con sus respectivas atribuciones y competencias a sus autoridades, mismas que atan a estas para cumplir y satisfacer este tipo de compromisos asumidos.

4. EL SEGUNDO NIVEL GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una característica principal en esta estructura multinivel, es sin lugar su carácter subsidiario, mismo que puede definirse de la siguiente manera: El principio de subsidiariedad tiene como función general garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, en particular un poder local respecto de un poder central. Se refiere, por consiguiente, al reparto de las competencias entre los diferentes niveles de poder, principio que constituye la base institucional de los Estados.

Como puede darse cuenta, es un fundamento más de la base institucional que sirve para:

Otorgar una independencia a las autoridades inferiores

Distribuir el poder

Repartir competencias

Una atención inmediata a posibles conflictos que necesitan solución pronta.

En la jurisprudencia constitucional el propio TCP ha definido a la subsidiariedad de la siguiente manera, en esencia, es la SC 1337/2003-R de 15 de septiembre que señala no podrá ser interpuesta esta acción extraordinaria, mientras no se haya hecho uso de los recursos ordinarios o administrativos y, en caso de haber utilizado los mismos deberán ser agotados dentro de ese proceso o vía legal, sea judicial o administrativa,

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

salvo que la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales ocasione perjuicio irremediable e irreparable.

Que, de ese entendimiento jurisprudencial, se extraen las siguientes reglas y sub reglas de improcedencia de amparo por subsidiariedad cuando: 1) las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: a) cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y b) cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico; y 2) las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: a) cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución. Ambos casos, se excluyen de la excepción al principio de subsidiaridad, que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales denunciadas, ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuya situación y de manera excepcional, procede la tutela demandada, aún existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución. (En un mismo sentido las SSCC 1089/2003-R, 552/2003-R, 374/2022-R)

Como puede darse cuenta, en este criterio se puede observar un cumplimiento al principio de subsidiariedad como base y requisito institucional al acceso a la justicia constitucional.

A partir de este criterio es que puede señalarse que cuando exista una falta de cumplimiento a estos compromisos asumidos por el Estado, será el juez de garantías a quien se debe acudir para enmendar dicha vulneración a los Derechos Fundamentales, mismo que actúa como un garante de segundo. Este tipo de revisión de acciones que vulneran dichos derechos, llega a la instancia que fue creada en esencia para la observancia del cumplimiento de los Derechos Fundamentales, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Desde la creación del Tribunal Constitucional, se ha dado en Bolivia mayor grado de efectividad al ejercicio de estos derechos y a las garantías que los protegen.

El Tribunal Constitucional Plurinacional es la instancia y autoridad que tiene a su cargo la observancia del cumplimiento y la satisfacción de los compromisos asumidos

por el Estado en materia de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. En ese entendido, es un órgano jurisdiccional plurinacional independiente, al servicio de la sociedad, que imparte justicia constitucional eficiente, eficaz y transparente, consolidando el Estado Constitucional de Derecho Plurinacional, descentralizado y con Autonomía. Y cuya misión es el velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad para precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, en el marco de una justicia plural, conforme a los principios y valores constitucionales.

5. LA APERTURA DEL ÁMBITO INTERNACIONAL PARA REPARAR UN DERECHO CONVENCIONAL

La observancia del principio de subsidiariedad está también presente en el tratamiento, no obstantes, por un fin pedagógico, es necesario hacer la distinción necesaria entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad

De acuerdo a los nuevos escenarios constitucionales que se plantean, surgió una discusión vigente en varios espacios académicos, que giró en torno a determinar cuál debería ser el valor que el derecho internacional tendría que alcanzar en los ordenamientos jurídicos nacionales. Ésta problemática se torna en más compleja a partir de un análisis de los mecanismos que los organismos internacionales emplean para promover la aplicación de los tratados; en razón a que, éstos mecanismos en más de un Estado han fracasado. Ese resultado que resulta indeseado, a su vez se ha vinculado a la casi nula coacción que se deriva en éste ámbito.

Sin embargo, en la actualidad los tratados internacionales, pese a las limitaciones que han sufrido en la práctica, ostentan un papel importante en el ordenamiento jurídico. Es por eso que, aunque con distintas limitaciones, se comenzaron a configurar mecanismos con el propósito de incentivar la aplicación directa de los instrumentos internacionales, pretendiendo alcanzar una suerte de incorporación masiva de ese derecho convencional en los ordenamientos internos. Sin embargo, tales mecanismos como analizaremos, han generado a la par situaciones de conflicto entre distintas disposiciones.

Otro debate surgido en éste ámbito, cuestionaba la competencia de los tribunales locales (especialmente, de los constitucionales) para analizar la validez de los tratados. Inclusive, pretendiendo zanjar el conflicto, muchos países recurrieron a la conocida figura de las cuestiones políticas no justiciables y sostuvieron de ésta forma

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

su falta de competencia para cuestionar la política exterior adoptada por el Gobierno. Un caso evidente se reflejó en el caso de Estados Unidos, cuya jurisprudencia sobre este punto ha sido tan oscilante que es dificultoso determinar cuáles asuntos de las relaciones exteriores quedan fuera de los controles judiciales y cuáles pueden ser sometidos a ese control. También es posible advertir que en otros casos, los países optaron por invocar de forma constante y reiterada al principio de separación de poderes con el propósito de no invadir las competencias de otro órgano del Estado.

El producto de estas marcadas tendencias, provocó que en inicio los ordenamientos jurídicos se mantengan en silencio y no establezcan regulación alguna sobre la posibilidad de controlar o no la constitucionalidad de los tratados internacionales.

En éste tipo de escenarios y con problemáticas muy complejas detrás, el silencio del legislador sobre esta materia terminó también por conducir a que los tribunales se declaren como incompetentes para emitir un pronunciamiento de fondo. Sobre esto, el autor Cruz Villalón[2] destacaba el caso de la Constitución de Checoslovaquia de 1920, en la que existió un importante vacío en relación con la situación de los tratados; mientras que, por su parte el Tribunal Administrativo Supremo, a través de sentencia de 29 de marzo de 1921, declaró que estos tratados deberían estar excluidos de cualquier clase de control constitucional

En el continente americano se produjo una situación similar. En el caso colombiano Abello y Quinche[3] remarcan que, entre los años 1910 y 1985, prevalecía en ese país la idea de que los tratados internacionales no podían ser sometidos a control judicial, lo cual se relacionaba con la idea de que ejercer tal atribución suponía una vulneración del principio de separación de poderes, en la medida en que la celebración de tratados públicos era una competencia exclusiva del poder ejecutivo. Una idea análoga prevalecía en una considerable parte del mundo, donde se entendiera que los tribunales de justicia no tenían competencia para conocer de demandas en contra de tratados celebrados en el marco del Derecho internacional.

En la actualidad la posibilidad de ejercer el control jurisdiccional de control constitucional del tratado ya no es un asunto muy problemático; pero el debate se ha ampliado, a través de la extensión de los problemas a cuestiones como el grado o rango que

2 Cfr. Cruz Villalón, P. (s/a). Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1929-1938) y España (1931-1936). Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 2. p.127.

3 Cfr. Abello, R. y Quinche, M. (2006). El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión de control. The International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 8. P.16.

debe otorgarse a los tratados en el derecho interno; y, a partir de esta cuestión, la definición, alcance y forma de ejercer la labor de control de convencionalidad.

Debe considerarse que incluso antes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un importante sector de la doctrina consideraba que los conflictos entre disposiciones internacionales e internas debían resolverse a favor de estas últimas. En ese sentido, varios doctrinarios sostuvieron la idea de que el principio de la aplicabilidad inmediata del derecho internacional común, por parte de los tribunales estatales no implicaba que estos puedan aplicar una norma del derecho internacional común aún en el supuesto de que se oponga a una norma estatal[4]. De forma posterior, autores más contemporáneos también comparten la idea de considerar que la Constitución es una norma formal y materialmente superior; la consecuencia, es que no procedería que alguna disposición -aunque fuese del propio Derecho internacional- sea contraria a ella en afán de mantener esa superioridad. En ese sentido, señalaba el autor Oyarte (1998) "se debe tener en cuenta que los compromisos asumidos por un Estado pueden ser susceptibles de un control de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales. La autoridad del poder público no puede celebrar compromisos internacionales atentatorios a la Carta Política, pues de lo contrario superaría el ejercicio de facultades que le otorga la propia Constitución" (p. 79).

De forma ulterior, surge propiamente el concepto del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El control de constitucionalidad fue creado formalmente por la decisión en Almonacid Arellano et al v. Chile en 2006. En este caso acusó al Estado chileno de ser responsable internacionalmente por la decisión de adoptar e implementar el Decreto 2191 en 1978, que concedía una amnistía general a todos los responsables de crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La aplicación judicial del decreto tuvo como efecto inmediato el cese de todas las investigaciones y el archivo del expediente sobre la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de violaciones generalizadas de los derechos humanos tras el golpe de Estado del general Augusto Pinochet en 1973. En este caso, la Corte Interamericana declaró nulo *ab initio* el decreto de amnistía chileno; y, determinó que en los casos en que el poder legislativo incumple su deber de derogar las leyes que contravienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el poder judicial sigue obligado a respetar y garantizar los derechos convencionales. En

4 Crf. Verdross, A. (1963). Derecho Internacional Público, Madrid: Editorial Aguilar. Pp. 69 y 70.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

tal escenario, los jueces deberían ejercer el control de convencionalidad y asegurar que las disposiciones de la Convención Americana no se vean menoscabadas por la implementación o aplicación de leyes que contravengan su objeto y fin. Dos meses más tarde, este precedente fue reiterado, aunque con ligeras variaciones, en el caso Empleados Cesados del Congreso vs. Perú. Esta sentencia si bien se remite de forma textual a la cita de los criterios de Almonacid Arellano para el control de convencionalidad; sin embargo, también los refina en dos sentidos: 1) El control de convencionalidad surge *ex officio*, sin que necesariamente sea solicitado por alguna de las partes; y, 2) Debería ejercerse en el marco de las competencias respectivas de las autoridades y de las normas procesales correspondientes. Desde ese entonces, la Corte Interamericana ha aplicado y perfeccionado aspectos del "control de convencionalidad" que hacen a su alcance y las autoridades a cargo de realizarlo. En ese contexto, los parámetros del mecanismo de control de convencionalidad también han sido fijados por resoluciones distintas a las sentencias definitivas en casos contenciosos.

Con esa creación o innovación del concepto de "control de constitucionalidad" también se generaron algunos debates doctrinales referentes a cómo se inserta este tipo de control de forma paralela, tanto en el entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como en el derecho constitucional inherente a cada Estado.

En este escenario surgen intentos de definición del concepto de "control de convencionalidad" a partir de la propia postura de la Corte IDH; en tal contexto, se comprende el concepto desde una posición análoga a la de la Corte IDH; es decir, señalando que es un deber que asumen todas las autoridades. A su vez estas posiciones parecen asimilar las obligaciones de respeto y garantía, y de adecuación interna, con lo que es el control de convencionalidad propiamente dicho. En ese sentido, Claudio Nash[5] (2013) afirma que: "considerando los dos ámbitos de aplicación en que se puede realizar el control de convencionalidad –nacional e interamericano–, éste se traduce en una figura que concreta la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte Interamericana y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los entendimientos interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH que

5 Cfr. Nash Rojas, Claudio. (2013). El control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, Bogotá. Pp. 492 y 494.*

se ajuste a las obligaciones internacionales de cada Estado parte (de la Convención); y, que dé efectividad a los derechos reconocidos convencionalmente" (p. 492).

De lo antedicho es posible colegir que para el mencionado autor –Nash– el control de convencionalidad "equivaldría a la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía reconocida en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; toda vez que, para éste escritor la obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Consecuentemente o en última instancia, ese control implicaría que haya conformidad de los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado" (p.494).

Por otra parte, existen también autores que vinculan el concepto de control de convencionalidad al simple cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía por parte de los Estados y sus autoridades. Sobre el tópico Karlos Castilla[6] (2014) destacó la siguiente idea "…lo que la CoIDH ha tenido a mal denominar como control de convencionalidad nunca ha sido una novedad sustantiva, pues lo único que en el fondo les estaba exigiendo a las autoridades nacionales era que cumplieran con sus obligaciones internacionalmente adquiridas, que aplicaran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia derivada de esta. Lo cual es muy necesario, pero nada nuevo aporta si se entienden los efectos de adquirir obligaciones internacionales" (p.151). Es decir, para este autor, el control de convencionalidad referido por la Corte IDH equivale a lo que denomina "garantía de tratados", que se traduce en la simple observancia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Asimismo, se advierten posturas que centran el análisis del control de convencionalidad expresamente en el poder judicial y lo definen a partir de la autoridad a quién se le encomienda la supervisión del cumplimiento de las obligaciones convencionales estatales. A manera ilustrativa, Sergio García Ramírez[7] ha expresado que el sistema tutelar de los derechos humanos en el doble plano; es decir, en el ámbito nacional e internacional, se relaciona de forma directa con el tema del control del convencionalidad de carácter judicial mediante un ejercicio de interpretación. Con una similar postura,

6 Castilla Juárez, Karlos. (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional en Derecho del Estado. *33. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 149 y 151.*

7 Cfr. García Ramírez, Sergio. (2012). El control judicial interno de convencionalidad. En Ferrer Mc. Gregor. El control difuso de Convencionalidad. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. FUNDAP. México. Pp. 211 y 213.*

CONTROL MULTINIVEL DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRES NIVELES POSIBLES PARA SU CONCRECIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

Paola Acosta Alvarado[8] (2015) considera que el control de convencionalidad realizado por la judicatura nacional se puede definir "como la tarea de supervisión y adecuación que todos los jueces nacionales deben ejercer con ocasión de los mandatos previstos en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en virtud del cual ha de asegurarse la compatibilidad de las normas nacionales con los mandatos interamericanos" (p. 76).

Otros autores simplemente han definido el control de convencionalidad; pero sin establecer quién debería estar a cargo de su realización. De forma sintética se puede referir que esos autores coinciden en que el derecho internacional de los derechos humanos es junto con las fuentes nacionales, un parámetro necesario de aplicación para brindar un mayor grado de eficacia a la protección de los derechos del ser humano, la consecuencia es que el control de convencionalidad se entendería como el uso o la utilización directa de la protección real contenida en las convenciones y justificada o vista a partir de los términos establecidos por principios como a *favor libertatis, pro personae, in dubio pro libertatis*, entre otros.

Adicionalmente, vemos posturas que parecerían crear diversos niveles de control de convencionalidad, esto aparentemente llega a depender de la relación jurídica que tengan los Estados con el Sistema Interamericano. En este sentido destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor a cuya consideración el control de convencionalidad se refiere a un estándar mínimo creado por la Corte Interamericana para que se aplique el contenido normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su jurisprudencia en los Estados que han suscrito o se han adherido a la mencionada Convención y, con mayor intensidad, en los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana[9].

Finalmente, sobre el fundamento del concepto mismo de control de convencionalidad, la Corte IDH emplea como sustento legal los artículos 1.1, 2, 29.b) y 63.1 de la CADH; 2625 y 2726 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados; y, el principio de efecto útil de los tratados.

Lo antedicho puede evidenciarse a partir de la lectura de la jurisprudencia interamericana. Así cuando el enfoque de la Corte IDH parte del precitado art. 1 de la CADH, el concepto de "control de convencionalidad" se comprende como derivado

8 Cfr. Acosta Alvarado, Paola Andrea. (2015). Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano. *Universidad Externado de Colombia. P. 76.*

9 Cfr. Ferrer Mac- Gregor, Eduardo. (2012). Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano en Ferrer Mc. Gregor. El control difuso de Convencionalidad. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. FUNDAP. México. Pp. 108, 134,136 y 142.*

o parte de las obligaciones de respeto y garantía. En cambio cuando se entiende al aludido concepto como un derivado del art. 2 de la CADH, se lo deriva de las obligaciones de adecuación del derecho interno, deber por el cual las autoridades deben, "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados". Éste entendimiento por ejemplo puede verse en el Caso Gelman Vs. Uruguay[10].

Por otra parte cuando la Corte IDH se refiere al control de convencionalidad enfocándolo desde el art. 63.1 convencional, hace alusión al derecho a la reparación que reconoce (la Corte IDH) como garantía de no repetición. A través de éste entendimiento se comprende que el control de convencionalidad tiene una dimensión reparadora en este sentido, puede consultarse el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay[11] o Atala Riffo y niñas Vs. Chile[12]. Por otra parte, cuando la Corte IDH hace alusión al origen de la vinculatoriedad de sus sentencias y de sus precedentes -tanto para Estados parte en una controversia, como y para los que no lo son- emplea el concepto de control de convencionalidad, la Corte IDH presta particular atención a la obligación de cumplir con lo dispuesto en las sentencias de la Corte con base jurídica en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; en los principios *pacta sunt servanda*, de buena fe; y, con base fáctica en el hecho de que los Estados no pueden emplear el derecho interno como fundamento para dejar de cumplir con lo establecido en los tratados internacionales; esta forma de uso puede verse en el Caso Gelman Vs. Uruguay[13]. Finalmente, cuando la Corte IDH se refiere al control de convencionalidad desde el efecto útil (effet utile) de sus decisiones, relaciona este concepto con la necesidad que una sentencia interamericana -u otra internacional- tenga un efecto real y concreto a nivel nacional.

Lo hasta aquí descrito, permite visualizar someramente el fundamento jurídico del control de convencionalidad a partir del contenido del art. 1 de la CADH, surge para cada Estado parte, la obligación de respetar los derechos bajo el siguiente texto: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y

10 Corte IDH. (2013). Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.*

11 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.*

12 Corte IDH. Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.*

13 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.*

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (el énfasis fue añadido).

En consonancia con la obligación anteriormente descrita y con la puesta en vigencia de la protección de las garantías fundamentales de derechos humanos, a partir del contenido del art. 2 de la CADH, los Estados parte adquirieron el "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (las negrillas me corresponden). En tal mérito, los Estados adquieren el deber de adoptar medidas legislativas u otras de cualquier índole tendientes a efectivizar el contenido de la Convención. De hecho, el sistema democrático de gobierno existente en la mayoría de los países latinoamericanos presupone la existencia de un cuerpo normativo que engloba al control de legalidad de las actuaciones de los gobernantes con el fin de que estas actuaciones no vulneren derechos de las personas.

De esa manera se visualiza una primera diferencia entre lo que es el control de convencionalidad frente al control de constitucionalidad; toda vez que, éste último encuentra su respaldo jurídico en el principio de supremacía constitucional que nos permite percibir la idea de Constitución como norma fundamental y jurídica. En el primer caso que es el que nos interesa, la Constitución se manifiesta como fundamento del ordenamiento jurídico, esto provoca que la validez de cualquier norma infraconstitucional dependa de su sometimiento a la Constitución. Esta es una de las características que permiten calificar a una Norma Suprema como rígida -condición que no permite su modificación por otras disposiciones sino a través de los mecanismos previstos constitucionalmente para su modificación- resultando por ende la fuente de validez de todo el sistema jurídico mismo. Mientras que el fundamento jurídico del control de convencionalidad se tiene descrito precedentemente.

Para visualizar de mejor forma las diferencias igualmente se puede considerar que en el caso "Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)", vs Perú

la Corte enfatizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer ya no "un cierto" control conforme se indicó en "Almonacid Arellano y otros"; sino un control "de convencionalidad". Al precisar el concepto la Corte IDH también se refirió a algunas características específicas de este control, mencionando que es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial en el marco de sus competencias y regulaciones procesales pertinentes. A su vez aclaró que esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En tal contexto, el control de convencionalidad más bien resultaría complementario al "control de constitucionalidad" circunstancia ésta última que pone en evidencia que no ambos controles no se tratan de una misma institución. Otra característica más del control de convencionalidad es que se aplica en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales. Destaca en éste fallo, el voto razonado del entonces juez del tribunal, García Ramírez quien enfatizó que si bien en el caso concreto la Corte se refirió al "control de convencionalidad"; lo hizo, teniendo a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana; sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado como ser el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada[14].

Aquí, conviene puntualizar de forma somera que a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 1), que define el término "tratado," como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". De éste concepto, emerge una amplia clasificación de los tratados internacionales, conocidos en la doctrina y en el derecho internacional con diferentes denominaciones, a saber: acuerdo, carta, convenio, convención, pacto, protocolo, compromiso, concordato, modus vivendi, estatuto, etc.; pero en todos los casos, independientemente de la denominación con

14 Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. Voto Razonado de García Ramírez. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre 2006.*

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

la que se les identifique, constituyen instrumentos jurídicamente vinculantes para las Partes contratantes. Desde éste punto de vista, resulta curioso que el entendimiento de la Corte Interamericana, hubiera extendido el alcance del control de convencionalidad a "otros instrumentos" con igual naturaleza a la Convención Americana como los anteriormente mencionados; sin al menos analizar previamente si todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH o aquellos que se han adherido a la Convención Americana, se encuentra o no igualmente sometidos a todo ese *corpus iuris* convencional de los derechos humanos por ser partes contratantes; o, al menos establecer cuál sería la razón considerada por la Corte para vincularlos en la forma en que se hizo.

Adicionalmente, parece haberse prescindido de un análisis respecto a la competencia de la Corte IDH que se limita al conocimiento de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa. En tal sentido, no queda clara la intención al incluir en su definición del control de convencionalidad aquellos instrumentos internacionales sobre los cuales no ejerce facultad alguna.

No obstante y retomando el análisis simplemente conceptual de lo que ha definido la jurisprudencia interamericana como "control de convencionalidad", se advierte que la propia Corte IDH ha delimitado el alcance que tiene el control de convencionalidad respecto a los derechos y garantías previstos en la Convención y en otros instrumentos de igual naturaleza que integren el cuerpo convencional internacional. En contraparte, el control de constitucionalidad alcanza al contenido de la Norma Suprema únicamente. No obstante, con cierta frecuencia ya en el contexto latinoamericano, se han presentado situaciones particulares como en el caso boliviano.

De la noción de validez de la Constitución como límite al poder político hacia una concepción actual sobre el grado de vinculación y exigibilidad en la actuación de sus destinatarios, muchos conceptos han sufrido una evolución significativa, especialmente la Supremacía Constitucional, que puede ser examinado a partir de la idea de Constitución como norma fundamental y jurídica. En el primer caso que es el que nos interesa, la Constitución se manifiesta como fundamento del ordenamiento jurídico, esto provoca que la validez de cualquier norma infraconstitucional dependa de su sometimiento a la Constitución. Es por este motivo que una Constitución rígida es a la vez la fuente de validez de todo el sistema jurídico mismo. Frente a

ésta configuración, se advierte que la Constitución como norma jurídica supone un mandato genérico que -de forma efectiva- somete a sus destinatarios. En tal mérito, su cumplimiento puede ser sometido a control, a través de ciertos mecanismos (que pueden ser políticos o jurídicos) como precedentemente se ha señalado. Surge así el concepto de control de constitucionalidad que se ejerce respecto al contenido de la propia Norma Suprema que es la base de contraste en el control de constitucionalidad.

El objeto de control de constitucionalidad es la protección de la supremacía de la Constitución dentro de un sistema jurídico, por ser la Norma Suprema la máxima manifestación del acuerdo político democrática que la sociedad decide en algún momento histórico determinado.

Recordados someramente estos conceptos, el caso boliviano ocurre una particularidad adicional cuando estamos pues se produce una suerte de doble fuente que integra la supremacía constitucional bajo el concepto de "bloque de constitucionalidad" desarrollado por el art. 410 de la CPE, pues si bien ésta propia norma que aclara que la Constitución Política del Estado se prioriza frente al derecho convencional, a su vez integra los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derecho Humanos y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país al Bloque de Constitucionalidad. Esto en cuanto a la aplicación de dichas normas convencionales, implica conforme al art. 256 de la CPE, que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. Mientras que en el caso de interpretación de derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables; esto en concordancia con el art. 13.IV de la Norma Suprema.

Por consecuencia si el control de constitucionalidad en el caso boliviano se produciría cuando se está frente a alguno de esos casos (de aplicación preferente o interpretación de acuerdo a los tratados internacionales); lo que, materialmente ocurriría es que ese control de constitucionalidad se extendería también al mandato convencional en cuestión. Casos como éste han dado origen a una confusión conceptual; pero concierne aclarar que, si bien en unos casos puede ocurrir que a tiempo de efectuar el control de constitucionalidad se realiza implícitamente un control de convencionalidad (como en el mencionado); sin embargo, el concepto de ambos, su naturaleza, fundamentos

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

legales y base de contraste como se ha visto hasta aquí, resulta distinta aunque pueda también resultar complementarios sus análisis o en casos como el boliviano lleguen a fundirse a través de conceptos como el Bloque de Constitucionalidad en circunstancias especialmente establecidas por la Norma Suprema.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Bolivia del periodo de transición, a través de la SC 0110/2010 consideró en un supuesto criterio de interpretación "integrador" (criterio que no se encuentra previsto ni por la Constitución Política del Estado ni por el Código Procesal Constitucional), que las decisiones de la Corte IDH forman parte del bloque de constitucionalidad. Aparentemente, el criterio empleado parece fundarse en los arts. 4 y 6 de la Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público -Ley 004 de 13 de febrero de 2010-; sin embargo, en tales artículos no se advierte alusión alguna al criterio "integrador" de interpretación. Más allá de ese detalle, el fallo constitucional precitado concluye que: "…*el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional 'sistémico', debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad".*

Siguiendo con el Control de Convencionalidad, el Tribunal Constitucional de Bolivia de transición, en la SC 1888/2011 de 7 de noviembre, determinó que este mecanismo se ejerce por los jueces y tribunales respecto a la compatibilidad entre las normas jurídicas de derecho interno que aplican en los casos que son de su conocimiento y la Convención Americana.

Si bien los anteriores lineamientos descritos fueron reiterados ya en vigencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, el tema no deja de ser controvertido respecto al margen de apreciación que tienen los países y el control de convencionalidad. Así si bien es evidente que por con carácter general existe uniformidad en los países para aceptar el contenido de una sentencia de la Corte IDH emitida contra el país que luego aplica el entendimiento jurisprudencial -salvo el caso de Venezuela que tras declarar a través de su Tribunal supremo la "inejecutabilidad" de la Sentencia Interamericana emitida en el caso Apitz Babera y otros vs Venezuela, se ha alejado de la Corte

IDH- Sin embargo, no existe uniformidad respecto al carácter de la jurisprudencia interamericana cuando el país no está involucrado.

En tal escenario es posible advertir que la forma en que cada país interioriza el control de convencionalidad depende de varios factores como el grado de aceptación o rechazo que se tenga constitucionalmente a la normativa y jurisprudencia internacional en relación a si dichas normas forman parte o no de un bloque de constitucionalidad o de un parámetro conforme a la configuración constitucional de cada país o Estado. También es posible advertir que al existir países que no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, lógicamente tampoco aceptan la realización del control de convencionalidad a partir de las sentencias que emite dicho órgano. En ese mérito, hay países como Canadá y Estados Unidos solo responden ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Por otra parte hay países que aceptan la competencia contenciosa de la Corte IDH y aparentemente también se someten a la vinculatoriedad de sus sentencias. Como en el caso de Colombia, que se refiere o se remite incluso a criterios de la jurisprudencia interamericana y las pautas interpretativas o criterios hermenéuticos relevantes que contiene; pero hace referencia en sentido fuerte que incluso podría entenderse como de aplicación obligatoria y no meramente orientadora.

Asimismo, existen posiciones estatales que hacen referencia a la existencia de un ámbito de configuración de cada Estado en la aplicación de criterios interamericanos. Algunos se han referido a este criterio estatal con más fuerza que otros, un ejemplo que resulta ilustrador sobre una postura fuerte respaldada en éste criterio, puede ser leído en el anteriormente mencionado caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, en el que dicho país sostuvo que si bien la interpretación jurídica puede ser flexibilizada y conforme al lenguaje de los derechos humanos -y el principio de progresividad- se reconoce el desarrollo progresivo de dichos derechos. Sin embargo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos vinculada a una idea -valga la redundancia- que se tenía en mente acerca de sus posibles tipos de violación; pero, no consintió otras transgresiones o ideas que en su momento no existían.

En ese mismo caso, Chile planteó un escenario distinto pues que a efectos de incorporar protocolos que protejan otros derechos se hace necesario ampliar el alcance del tratado; y, éste escenario se presentaría cuando se trata de materias en las que no existe un consenso mínimo, situación en la cual la propia Convención

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

Americana sobre Derechos Humanos, determina cuál es el procedimiento a seguir en afán de incorporar protocolos que protejan otros derechos[15].

Igualmente resulta curioso el caso de México, considerando que hubo tres jueces mexicanos en la Corte IDH: Eduardo Mcgregor, Héctor Fix Zamudio y Sergio García Ramírez. Justamente el último prenombrado, empezó una suerte de cuestionamientos o reflexiones acerca de lo que luego se denominaría control de convencionalidad, contenidos en sus votos razonados. En tal contexto dichas reflexiones versaban principalmente sobre ciertas condiciones que estaban impactando en la manera de operar de la Corte IDH; y, es que en ese momento eran finales de los años noventa y principios de los de dos mil, cuando gran parte de la jurisprudencia que estaba conociendo la Corte IDH se produjo en la resolución de casos relacionados con violaciones graves a derechos humanos que se daban en el marco de conflictos armados que se daban en el conflicto en el marco de procesos de Estados autoritarios y conflictos armadas por la persistencia de resistencias que en ese momento no permitían vislumbrar con claridad las reglas que permitieran a la Corte IDH establecer la responsabilidad internacional.

En tal escenario, el Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez empezó a desarrollar el concepto sobre ese tipo de control; y, lo hizo en el caso de Mirna Mcchang contra Guatemala, donde la prenombrada era defensora de derechos humanos y trabajaba con algunos movimientos en resistencia y comunidades. Ella fue víctima de ejecución extrajudicial por parte de agentes del Estado y en su caso las investigaciones no fluyeron debido a que según se acusó, no se hizo todo lo posible desde el aparato del Estado que más bien obstaculizó la investigación utilizando de forma equívoca los recursos entre otros argumentos que fueron expuestos, como la lesión del derecho a la defensa. El Estado de Guatemala en el caso se encontraba representado por su poder ejecutivo; que empleó como alegato que al ser el poder judicial independiente; y, en razón al principio de separación de poderes, el Ejecutivo no podía ordenarle o exigir que realice las investigaciones de forma idónea. Consecuentemente, si bien no manifestó oposición para cumplir lo que señala la Convención Americana o inclusive las determinaciones de la Corte IDH, refirió que por el principio mencionado, no era viable.

En éste caso el referido Juez, determinó que en derecho internacional o como determina la propia Convención, rige la indivisibilidad del Estado. Por consecuencia, los Estados no pueden considerarse como fragmentados al momento de acudir a una

15 Cfr. Corte IDH. Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Véase especialmente el párrafo 74.*

instancia internacional. Por lo mismo, cuando se presentan ante la Corte IDH, acuden como un todo y no pueden quedar exentos del control de convencionalidad. Se agregó que no sólo no era viable seccionar internacionalmente al Estado; sino que, tampoco era posible obligar ante la Corte IDH solo a uno de sus órganos o al que ejercía la representación Estatal, sin que dicha representación -valga la redundancia- repercuta sobre el estado en su conjunto y permita sustraer a otros poderes del régimen de responsabilidad de convencionalidad. Éstas ideas culminaron con la primera idea del concepto de control de convencionalidad, que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH no era necesariamente una función interpretativa como en ocasiones ocurre en nuestros tiempos; sino que, en ese precario origen, era más una cuestión de no dejar fuera de la competencia de la corte o del foco de la corte ciertos actos del Estado con la justificación de que provienen de un poder que se considera independiente dentro del propio Estado. En este origen entonces, es posible advertir que el control de convencionalidad estaba orientado más a consolidar la actuación del poder público y los órganos del Estado, para determinar su posible responsabilidad Internacional.

Ahora bien, en el debate mexicano se presentaron en primer lugar los casos en los que su Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos considerando cuál sería el conjunto de normas que constituyen el parámetro de control de convencionalidad, al que ha denominado parámetro de control de regularidad constitucional. Posteriormente, se discutió y estableció cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano. Finalmente, se emitieron sentencias que contienen las reglas que los jueces deben seguir para realizar control difuso y ex officio de convencionalidad en México.

La reforma constitucional de 2011, provocó un giro en México pues el enfoque y forma de percepción interna de los derechos humanos tuvo un cambio importante y se colocaron a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la cúspide del ordenamiento jurídico y fortalecieron la protección de dichos derechos humanos a través de distintos mecanismos de interpretación y aplicación de las normas internacionales al hacer operativos los cambios constitucionales, a través de distintas herramientas como el control de constitucionalidad y un distinto enfoque del de convencionalidad. Esto ha provocado que los derechos humanos de fuente nacional e internacional alcancen en México un nuevo desarrollo.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

Sin embargo, en inicio respecto a la recepción del control de convencionalidad sobre los preceptos constitucionales o un control de tipo jurisdiccional de constitucionalidad de los preceptos constitucionales (como el que podría realizarse en la Corte IDH), no eran extremos aceptados ni viabilizados en México, pues se consideraba que la Constitución era la fuente de todo el ordenamiento jurídico y, por ello, debe considerarse inmune a cualquier tipo de control jurisdiccional. Asimismo, al tratarse de una Norma Suprema de todo el ordenamiento jurídico, la consecuencia era que la condición fundamental de validez de los tratados internacionales -con independencia de la materia que regulen- estaba dada por su conformidad con la Constitución. Además, la condición fundamental de validez de los tratados internacionales es su conformidad con la Constitución.

Otro debate posterior surgió respecto a la determinación de la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto a la Constitución cuando ésos se encuentren frente a la Norma Suprema; es decir, qué criterio de preferencia normativa debería aplicarse cuando la restricción a derechos humanos expresado en tratados internacionales provenía de la propia Constitución; y, cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano.

Sobre el tópico la Suprema Corte de Justicia de la Nación desarrolló un claro enfoque según el cual del artículo 133 de la Norma Suprema de México, se desprendía como una consecuencia del principio de supremacía constitucional, que los tratados internacionales se encuentran en el nivel inmediatamente inferior a la Constitución. Sin embargo, el criterio de jerarquía antedicho, posteriormente resultó insatisfactorio para dar cuenta de lo ocurrido con las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales y la Corte concluyó afirmando que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. En consecuencia, el enfoque tradicional de la jerarquía de los tratados internacionales no resultaba una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el ordenamiento mexicano los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos normativos.

Respecto a la jurisprudencia interamericana se concluyó que era necesario considerar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a partir de esa conclusión se tuvo que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados

internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional. En consecuencia, los criterios que emita la Corte Interamericana en sus resoluciones, como intérprete último de la Convención Americana en el ámbito internacional, se consideraron por la Corte Suprema de la Nación como vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de México, también razonando que los criterios interpretativos contenidos en una resolución dictada por la Corte IDH que resuelven un caso contra México se integran a la doctrina jurisprudencial interamericana, cuya fuerza vinculante debe entenderse en clave de progresividad que debe ser recibido por los Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para ser aplicados directamente.

No obstante, se aclaró también de forma enfática que la jurisprudencia interamericana, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no debía sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debía hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional. La consecuencia fue que la jurisprudencia interamericana se tuvo por vinculante para los jueces nacionales cuando resulte más favorable con base en el principio pro persona previsto en el art. 1 de la Norma Suprema mexicana y así con ese entendimiento jurisprudencial, se exigía a los operadores jurídicos mexicanos que para aplicar la jurisprudencia interamericana debían concurrir tres situaciones:

Que el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento;

En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y

De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

Conforme a lo antedicho, si bien en un primer momento, al tener que responder a la pregunta sobre la vinculatoriedad de otras sentencias en que México no había sido parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considero que dichas sentencias tendrían carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el art. 1 constitucional. Es decir, para la Suprema Corte, dichos

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

precedentes debían ser empleados siempre que implicaran la aplicación del principio pro persona.

Los breves debates anteriormente descritos y en especial los mostrados en el caso mexicano -que no son los únicos- ponen en evidencia que aunque la jurisprudencia boliviana parece haber superado la fase de discusión respecto a la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH y el ejercicio del control de convencionalidad (respecto a su forma, alcances y quien tiene competencia para su ejercicio por ejemplo). Sin embargo, también deja ver que existen cuestiones que parecen no haber sido aún objeto de un análisis más profundo respecto a si existe o debería existir diferencia respecto a la vinculatoriedad de un fallo interamericano que resuelva un caso en el cual el Estado Plurinacional de Bolivia sea parte, frente a otro que resuelva cuestiones que no involucran a Bolivia. O respecto al efecto de los razonamientos de la Corte IDH que hagan referencia a derechos, violaciones o entendimientos que no existían al momento de ratificación de la Convención por parte de Bolivia y que por lo mismo no fueron parte del consenso brindado. Debates que en la actualidad van cobrando relevancia pues no parecen poder ser superados simplemente por la aplicación del principio *pacta sunt servanda* o el efecto útil de los tratados que sostienen el razonamiento de la SC 0110/2010. Por lo mismo, han existido situaciones donde sin ser contrario el autor ha expresado aclaraciones o disidencias respecto al control de convencionalidad, pretendiendo otro tipo de análisis a partir de distinciones conceptuales y contextuales que permitan dotar una mejor labor hermenéutica y método.

Además debe tomarse en cuenta que la jurisprudencia boliviana al hacer referencia a la aplicación del control de convencionalidad no realizó una distinción respecto a la posición del Estado Plurinacional de Bolivia y el sistema jurídico boliviano, ocurriendo lo mismo cuando la jurisprudencia interamericana se refiere en términos generales a la obligación de realizar el control de convencionalidad sin distinguir la existencia de países que por ejemplo no reconocen la competencia de la Corte IDH, ni tomar en cuenta la forma en que el contenido de la Convención ha sido integrado al sistema jurídico de cada país. Esta carencia parece dar indicios de cuestiones aún no resueltas; debido a la asimilación de diferentes circunstancias que fueron homogenizadas a través de una misma obligación para todos los países pese a sus distintas formas de aceptar la competencia contenciosa de la Corte IDH; o, inclusive existiendo países que a pesar de aceptar dicha competencia, no comulgan en absoluto con el concepto

de control de convencionalidad por considerarlo hasta contrario a su tradición jurídica como es el caso de Surinam.

De ahí que hayan surgido análisis separados que hacen los altos tribunales de los diferentes Estados parte respecto al valor de las sentencias interamericanas que permiten al menos vislumbrar que no existe un consenso al respecto, aunque la mayoría de los Estados dialoga con los entendimientos de la Corte IDH, su obligatoriedad parece ser un punto de tensión que aún no tiene una respuesta unívoca.

No obstante de este debate en torno al valor mismo de los criterios emergentes del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, no puede negarse el tipo de impacto que este ha tenido en el desarrollo del constructo de los constitucionalismos en América Latina.

Como se había señalado, quienes concurren ante una supuesta lesión a los Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, son los mismos Estados ante este Sistema Interamericano con el fin de asumir defensa o tratando de dar explicaciones sobre la falta de cumplimiento de los compromisos adoptados internacionalmente, ergo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y del cual hace parte el Estado Plurinacional de Bolivia.

Cuando esta concurrencia acontece, el fin de la intervención internacional es el de REPARAR cualquier tipo de contravención a lesión a este tipo de Derechos, puesto que la acusación gira en torno a la falta de previsión o un exceso en los límites establecidos por el propio Estado de Derecho, razón por la cual, lo que se intenta en esta instancia y nivel, es que el propio Estado otorgue las garantías para el ejercicio plenos de los derechos, y, en su caso, un resarcimiento por la lesión de los Derechos Humanos.

Este tipo de hermenéutica hace que esta instancia internacional sea considerada, de manera institucional, como un garante de 3 nivel o grado para el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos.

No obstante, tampoco debe dejarse de lado que este tipo de apertura se da cuando se supera lo establecido por el principio de subsidiariedad, puesto que no debe olvidarse que uno de los principales sustentos del Estado de Derecho es la soberanía de los pueblos, y no hay mayor acuerdo democrático-político-contractual que una Constitución misma.

CONTROL MULTINIVEL DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRES NIVELES POSIBLES PARA SU CONCRECIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

6. EL DIÁLOGO ENTRE INSTANCIAS EN EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL

Este tipo de criterios no deben de entender como una suerte de encierro discursivo a partir de las competencias institucionales otorgadas a cada uno de estos niveles. Sino más bien, debe generarse una idea de sinergia y diálogo entre estos niveles, con el fin de forjar entendimientos a partir de criterios epistémicos muy propios de cada nivel.

Este tipo de pretensiones han tenido su arropamiento en la teoría general del Diálogo Interjurisdiccional, que plantea que si históricamente el diálogo entre los jueces era limitado a las fronteras del Estado-nación, la realidad actual obliga a la apertura de la jurisdicción interna a otros universos sistémicos de normas jurídicas. En efecto, el diálogo interjurisdiccional puede ser traducido como un diálogo entre/con los tribunales internacionales.

Por último, conviene aclara que el diálogo entre las jurisdicciones de Latinoamérica no debe considerarse como un monólogo que ambiciona el "adiestramiento" de los países de la región con base en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el contrario: la tarea del diálogo jurisdiccional es superar las viejas discusiones propias de la dicotomía monismo/dualismo, con la finalidad de que se forme un ordenamiento plural y múltiplo, y sobre todo, que se respete la soberanía de cada pueblo en relación a su propia interpretación de su Norma Constitucional.

7. RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL: LA IMPORTANCIA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Uno de los retos más importantes que se confronta a momento de establecer estos tipos de diálogos multinivel, es sin lugar a duda, que el sistema interamericano pueda tomar en cuenta las interpretaciones y las normativas constitucionales de cada Estado, esto con el fin de salvaguarda el principio de auto gobernanza que es piedra angular de la construcción del concepto mismo de Estado de Derecho.

A esto, se le suma el principio de subsidiariedad, que más allá de una función instrumental, esta se convierte en una sustantiva, porque va a proteger no solo las formas en las cuales se puede y debe accederse a los distintos tipos de los niveles estudiados, sino que también posibilita otorgar el tipo de independencia funcional e institucional que cada uno de estos niveles requiere para ser realmente efectivo.

De lo contrario, se estaría hablando del aspecto que justo quiere evitarse, como es el de ser partícipes de un monólogo proveniente de una institución supra nacional, dejando de lado, en muchas ocasiones, la reales pretensiones de cada pueblo.

8. CONCLUSIONES

1. Debe entenderse como garante a un Estado, por el tipo de obligaciones y responsabilidades que se asume dentro de lo que se denomina el gran pacto contractual representado por su Constitución Política del Estado.

2. Un Estado de Derecho se refiere al principio de gobernanza por el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente y se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Las instituciones políticas regidas por dicho principio garantizan en su ejercicio la primacía e igualdad ante la ley, así como la separación de poderes, la participación social en la adopción de decisiones, la legalidad, no arbitrariedad y la transparencia procesal y legal. Por lo que en esta definición se puede encontrar sus elementos constitutivos de la siguiente manera:

a) La estructura formal de un sistema jurídico y la garantía de libertades fundamentales a través de leyes generales aplicadas por jueces independientes (división de poderes);

b) Libertad de competencia en el mercado garantizada por un sistema jurídico;

c) División de poderes políticos en la estructura del Estado; y,

d) La integración de los diversos sectores sociales y económicos en la estructura jurídica.

3. Los Derechos Fundamentales provienen de una tradición enteramente liberal, por ende, puede señalarse que la idea misma de los Derechos Fundamentales está vinculada de manera directa con la noción de Estado, y la construcción liberal de este, por lo que no es equivocado señalar que estos dos conceptos fueron nutriéndose el uno con el otro, interactuando de una manera peculiar en torno a las características de validez que el propio constitucionalismo se encargó de desarrollar a través de su desarrollo dogmático.

4. Para establecer e identificar los distintos tipos de garantes en la estructura multinivel de los Estados, es necesario adoptar el criterio del “modelo estatalista”

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

de los Derechos Fundamentales, que se basa en la idea de que el Estado total es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum ómnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno.

5. A partir de estos criterios es que debe hacerse una distinción necesaria entre Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos de la siguiente manera:

Por tanto, se puede afirmar que los derechos humanos son aquellos que todo ser humano posee por el mero hecho de haber nacido y que poseen un carácter universal, es decir, que van a ser aplicables a todas las personas, independientemente del lugar en el que vivan, su nacionalidad, raza, sexo o religión, entre otras cosas. Sin embargo, los derechos fundamentales son derechos que se encuentran recogidos en el ordenamiento jurídico de un país determinado, en concreto, en su Constitución.

Mientras los derechos humanos tienen un alcance universal, pues se reconocen a todas las personas en el mundo desde el momento de su nacimiento, los derechos fundamentales tienen un alcance nacional y, dependiendo del país, pueden variar. Los derechos humanos están consagrados en la declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, y los derechos fundamentales en la Constitución de cada país.

6. Bajo este desarrollo, el Estado es el garante principal y es quien garantiza y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales y humanos, de acuerdo a los compromisos asumidos en el pacto contractual denominado “Constitución”, es decir, es un ente activo que tiene como fin el cumplimiento de loa acordado; en ese entendido, es el principal responsable de adoptar las medidas necesarias para lograr el ejercicio y satisfacción real y efectiva de los derechos fundamentales y humanos por parte de sus habitantes.

A partir de estos compromisos asumidos, es que el Estado distribuye y encomienda el poder necesario a los órganos públicos con sus respectivas atribuciones y competencias a sus autoridades, mismas que atan a estas para cumplir y satisfacer este tipo de compromisos asumidos.

7. A partir de esta identificación del garante principal es que debe señalarse de manera categórica que estos tienden a generar una sinergia a partir de límites y auto límites impuestos por criterios como el del principio de subsidiariedad, mismo que tiene como función general garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, en particular un poder local respecto de un poder central. Se refiere, por consiguiente, al reparto de las competencias entre los diferentes niveles de poder, principio que constituye la base institucional de los Estados. Mismo que además tendrá su incidencia como un requisito previo a la apertura a la jurisdicción internacional.

8. Respecto al segundo nivel garante de los Derechos Fundamentales, puede señalarse que cuando exista una falta de cumplimiento a estos compromisos asumidos por el Estado, será el juez de garantías a quien se debe acudir para enmendar dicha vulneración a los Derechos Fundamentales, mismo que actúa como un garante de segundo. Este tipo de revisión de acciones que vulneran dichos derechos, llega a la instancia que fue creada en esencia para la observancia del cumplimiento de los Derechos Fundamentales, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Desde la creación del Tribunal Constitucional, se ha dado en Bolivia mayor grado de efectividad al ejercicio de estos derechos y a las garantías que los protegen.

El Tribunal Constitucional Plurinacional es la instancia y autoridad que tiene a su cargo la observancia del cumplimiento y la satisfacción de los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. En ese entendido, es un órgano jurisdiccional plurinacional independiente, al servicio de la sociedad, que imparte justicia constitucional eficiente, eficaz y transparente, consolidando el Estado Constitucional de Derecho Plurinacional, descentralizado y con Autonomía. Y cuya misión es el velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad para precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, en el marco de una justicia plural, conforme a los principios y valores constitucionales.

9. Y el tercer garante, y por lo tanto la apertura a la jurisdicción internacional, tiene que ver con los compromisos asumidos por cada Estado en materia de Derechos Humanos, en ese entendido, debe diferenciarse entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

10. El objeto de control de constitucionalidad es la protección de la supremacía de la Constitución dentro de un sistema jurídico, por ser la Norma Suprema la máxima

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

manifestación del acuerdo político democrática que la sociedad decide en algún momento histórico determinado. En cambio, de lo que ha definido la jurisprudencia interamericana como "control de convencionalidad", se advierte que la propia Corte IDH ha delimitado el alcance que tiene el control de convencionalidad respecto a los derechos y garantías previstos en la Convención y en otros instrumentos de igual naturaleza que integren el cuerpo convencional internacional.

11. No obstante de este debate en torno al valor mismo de los criterios emergentes del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, no puede negarse el tipo de impacto que este ha tenido en el desarrollo del constructo de los constitucionalismos en América Latina.

12. Quienes concurren ante una supuesta lesión a los Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, son los mismos Estados ante este Sistema Interamericano con el fin de asumir defensa o tratando de dar explicaciones sobre la falta de cumplimiento de los compromisos adoptados internacionalmente, ergo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y del cual hace parte el Estado Plurinacional de Bolivia.

Cuando esta concurrencia acontece, el fin de la intervención internacional es el de REPARAR cualquier tipo de contravención a lesión a este tipo de Derechos, puesto que la acusación gira en torno a la falta de previsión o un exceso en los límites establecidos por el propio Estado de Derecho, razón por la cual, lo que se intenta en esta instancia y nivel, es que el propio Estado otorgue las garantías para el ejercicio plenos de los derechos, y, en su caso, un resarcimiento por la lesión de los Derechos Humanos.

13. Este tipo de hermenéutica hace que esta instancia internacional sea considerada, de manera institucional, como un garante de 3 nivel o grado para el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos.

No obstante, tampoco debe dejarse de lado que este tipo de apertura se da cuando se supera lo establecido por el principio de subsidiariedad, puesto que no debe olvidarse que uno de los principales sustentos del Estado de Derecho es la soberanía de los pueblos, y no hay mayor acuerdo democrático-político-contractual que una Constitución misma.

14. Este tipo de criterios multinivel no deben de entender como una suerte de encierro discursivo a partir de las competencias institucionales otorgadas a cada uno de estos niveles. Sino más bien, debe generarse una idea de sinergia y diálogo entre estos

niveles, con el fin de forjar entendimientos a partir de criterios epistémicos muy propios de cada nivel.

En ese entendido, el diálogo entre las jurisdicciones de Latinoamérica no debe considerarse como un monólogo que ambiciona el "adiestramiento" de los países de la región con base en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el contrario: la tarea del diálogo jurisdiccional es superar las viejas discusiones propias de la dicotomía monismo/dualismo, con la finalidad de que se forme un ordenamiento plural y múltiplo, y sobre todo, que se respete la soberanía de cada pueblo en relación a su propia interpretación de su Norma Constitucional.

15. Uno de los retos más importantes que se confronta a momento de establecer estos tipos de diálogos multinivel, es sin lugar a duda, que el sistema interamericano pueda tomar en cuenta las interpretaciones y las normativas constitucionales de cada Estado, esto con el fin de salvaguarda el principio de auto gobernanza que es piedra angular de la construcción del concepto mismo de Estado de Derecho.

A esto, se le suma el principio de subsidiariedad, que más allá de una función instrumental, esta se convierte en una sustantiva, porque va a proteger no solo las formas en las cuales se puede y debe accederse a los distintos tipos de los niveles estudiados, sino que también posibilita otorgar el tipo de independencia funcional e institucional que cada uno de estos niveles requiere para ser realmente efectivo.

De lo contrario, se estaría hablando del aspecto que justo quiere evitarse, como es el de ser partícipes de un monólogo proveniente de una institución supra nacional, dejando de lado, en muchas ocasiones, la reales pretensiones de cada pueblo.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abello, R. y Quinche, M. (2006), El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión de control. *The International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional,* núm. 8. P.16.

Acosta, Paola. (2015), Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano. *Universidad Externado de Colombia.* P. 76.

Castilla, Karlos. (2014), Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional en Derecho del Estado. *33. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.* p. 149 y 151.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 13, Nro. 20 - Enero - Junio, 2024 • Pág. 241 - 276

Constitución Política del Estado, (2009)

Corte IDH. (2013), Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.*

Corte IDH. (2010), Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo. Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C* No. 214.

Corte IDH. (2012), Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C* No. 239.

Corte IDH. (2013), Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.*

Corte IDH. (2006), Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. Voto Razonado de García Ramírez. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre 2006*.

Corte IDH. (2012), Átala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C* No. 239. Véase especialmente el párrafo 74.

Cruz, Pedro. (1982), Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1929-1938) y España (1931-1936). *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 2. p.127.

Ferrer, Mac- Gregor, (2012), Eduardo. Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano en Ferrer Mc. Gregor. El control difuso de Convencionalidad. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. FUNDAP. México. 2012.* Pp. 108, 134,136 y 142.

García, Sergio. (2012). El control judicial interno de convencionalidad. En Ferrer Mc. Gregor. El control difuso de Convencionalidad. *Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. FUNDAP. México. 2012.* Pp. 211 y 213.

Nash, Claudio. (2013), El control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. *Año XIX, Bogotá. 2013.* Pp. 492 y 494.

Oyarte, Rafael. (1998). Límite y limitaciones al Poder Constituyente. *Revista Chilena de Derecho, núm. Especial.* P.79.

Tribunal Constitucional Plurinacional (2003), SC 1337/2003-R de 15 de septiembre, *2003.*

Tribunal Constitucional Plurinacional (2003), SSCC 1089/2003-R; 552/2003-R; 374/2022-R

Verdross, Alfred. (1963). Derecho Internacional Público, *Madrid: Editorial Aguilar.* Pp. 69 y 70.

Zaffaroni, Eugenio (2009), El enemigo en el derecho penal, *Buenos Aires Argentina, Eidar.*