

Betty Carolina Ortuste Tellería* (Bolivia)
Pablo Roberto Toledo** (Argentina)

El control de convencionalidad en clave comparada: las experiencias de Bolivia y Argentina***

RESUMEN

El control de convencionalidad constituye una herramienta del derecho procesal constitucional que consiste en someter las normas de la Constitución, de las leyes y los reglamentos, así como los actos o las decisiones de las autoridades públicas a un contraste con el *corpus iuris* interamericano, y con la interpretación de las normas convencionales realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para verificar que no sean incompatibles con sus principios y derechos. Este artículo procurará reflejar las dimensiones de ese control de convencionalidad en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su funcionamiento en el plano interno de Bolivia y Argentina para identificar sus semejanzas.

Palabras clave: control de convencionalidad; sistema interamericano de protección de los derechos humanos; desarrollo del control de convencionalidad en Bolivia y Argentina.

* Doctora en Derecho, Programa Doctoral “Estado, Sociedad Democrática y Derecho”, Universidad del País Vasco. Docente de pre y posgrado en varias universidades públicas y privadas. carolinaortuste@hotmail.com / <https://orcid.org/0009-0009-0666-5218>

** Abogado, Universidad Nacional de Tucumán; doctor en Derecho y magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario. Docente de Derecho Procesal y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la UNT; docente de posgrado, y relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. pablorobertotoledo@hotmail.com / <https://orcid.org/0000-0002-6838-4165>

*** En este trabajo, enmarcado en el eje temático “derecho procesal constitucional”, abordamos las dimensiones del control de convencionalidad y su funcionamiento en Bolivia y Argentina. Cada autor asume la parte que corresponde a su país.

Conventionality Control from a Comparative Perspective: The Experiences of Bolivia and Argentina

ABSTRACT

Conventionality control is a tool used in constitutional procedural law that consists of contrasting constitutional, statutory and regulatory norms and the acts or decisions of public authorities with the Inter-American corpus iuris as well as the interpretation of convention norms by the Inter-American Court of Human Rights in order to verify that they are not incompatible with its principles and rights. This article will try to present the dimensions of such conventionality control in the context of the Inter-American System for the protection of human rights and, with the aim of identifying similarities, how it operates at the domestic level in Bolivia and Argentina.

Keywords: Conventionality control; Inter-American System for the protection of human rights; development of conventionality control in Bolivia and Argentina.

Prüfung der Vertragskonformität in vergleichender Perspektive: die Erfahrungen Boliviens und Argentiniens

ZUSAMMENFASSUNG

Die Prüfung der Vertragskonformität ist ein Instrument des Verfassungsprozessrechts, das aus dem Abgleich von Verfassungsbestimmungen, Gesetzen und Verordnungen sowie Akten und Entscheidungen von Behörden mit dem interamerikanischen corpus iuris und der Auslegung der Vertragsnormen durch den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte besteht, mit dem Ziel sicherzustellen, dass sie nicht gegen deren Grundsätze und Rechte verstoßen. Dieser Beitrag befasst sich mit den Dimensionen der Konformitätsprüfung im interamerikanischen Menschenrechtssystem und seiner Funktionsweise auf der nationalen Ebene in Bolivien und Argentinien, um mögliche Ähnlichkeiten herauszuarbeiten.

Schlagwörter: Prüfung der Vertragskonformität; Interamerikanisches Menschenrechtssystem; Entwicklung der Prüfung der Vertragskonformität in Bolivien und Argentinien.

Introducción

En una aguda reflexión, Abregú señaló que nos enfrentamos a una paradoja histórica que nos muestra que, si el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como la única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidios, el desafío actual es la nacionalización de los derechos humanos universales como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno.¹

¹ Martín Abregú, "La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción", en *La aplicación de los tratados sobre derechos*

En las últimas décadas, el derecho procesal constitucional ha tenido un avance significativo en Latinoamérica, vinculado a las modificaciones en el escenario constitucional, en especial, el retorno a la democracia en muchos de nuestros países y la conformación de salas, cortes y tribunales constitucionales especializados, provocando cambios en la conciencia jurídica y social, en búsqueda de respuestas eficientes, que las estructuras tradicionales no ofrecieron.²

En ese marco, y como una herramienta clave en el escenario del derecho procesal constitucional latinoamericano, surge el control de convencionalidad. Se trata de una herramienta impulsada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyo objetivo primordial es garantizar que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos adquieran vigencia real en el plano interno de los países de América.

Lo cierto es que la mayoría de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos necesitan la “nacionalización” de sus estándares como mecanismo para hacerlos efectivos de manera estructural en el ámbito interno. Se observa entonces la relevancia de analizar el control de convencionalidad en el escenario constitucional latinoamericano, pero también la importancia de examinar los diferentes impactos que puede provocar esa herramienta del derecho procesal constitucional en los moldes y dinámicas constitucionales de los países de nuestra región.

A raíz de ello, en el presente artículo nos proponemos identificar los principales elementos del control de convencionalidad en el desarrollo y el ámbito de la Corte IDH, para luego abordar su funcionamiento en Bolivia y Argentina, respectivamente.³

1. El control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH demostró aspiración para influir en los sistemas de protección de derechos internos de cada uno de los países de la región antes del nacimiento formal del control de convencionalidad. El tribunal interamericano, desde sus inicios, descalificó actos y normas de derecho interno de los Estados a raíz de interpretar que eran contrarios a los estándares del sistema interamericano. En efecto, esa aspiración de la Corte IDH ocurrió bastante tiempo antes del fallo *Almonacid Arellano* y otros

humanos por los tribunales locales, ed. por Martín Abregú y Christian Courtis (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 5.

² Néstor P. Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006), 43.

³ La selección de estos países se relaciona con la pertenencia de los autores y su conocimiento sobre esos Estados específicos.

vs. Chile⁴ de 2006, donde el control de convencionalidad obtuvo un reconocimiento formal en el tribunal internacional.

Un ejemplo nítido de aquel control de convencionalidad “informal” (o intuitivo) puede verse en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile⁵ (2001). Allí se advierte con nitidez un control de convencionalidad en el ámbito internacional, dado que la Corte IDH descalificó una norma interna (la propia Constitución Nacional de un Estado) por interpretar que era contraria al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En ese sentido, la Corte IDH expresó:

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.⁶

Lo cierto es que esa vocación de “nacionalizar” los estándares, logrando la vigencia cotidiana de los derechos a través de una adecuada complementariedad entre la protección internacional y los mecanismos internos de tutela, impulsa el nacimiento formal del control de convencionalidad en la Corte IDH, es decir, la necesidad de contar con una herramienta –a través de una etiqueta novedosa y atractiva– para fortalecer la idea de que los Estados deben apropiarse de los estándares del sistema interamericano, haciendo también más efectivos los mecanismos de tutela internos.

En esa lógica, la idea de un control de convencionalidad primario, a cargo de los organismos internos de los Estados, que permita incorporar los estándares internacionales a la dinámica interna con mayor fortaleza, constituyó, indiscutiblemente, un eficiente mecanismo para incrementar el predicamento y la influencia de los estándares del sistema interamericano en la región e impulsar que los Estados sean más eficientes en su tarea de respetar y garantizar los derechos humanos.⁷

⁴ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.

⁵ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 73.

⁶ *Ibid.*, párrafo 72.

⁷ Claudio Nash Rojas, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013), 490-491.

Ahora bien, el referido nacimiento “formal” del control de convencionalidad se produjo en el año 2006,⁸ a través de dos fallos de la Corte IDH: los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*⁹ y *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*,¹⁰ este último dictado solo dos meses después del primero. En el Caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH se dirigió directamente a los jueces internos de los Estados, señalando:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹¹

Dos meses después, en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*,¹² la Corte IDH avanzó en una arista adicional, expresando: “Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.¹³ Es decir, el control de convencionalidad no debía efectuarse solo a pedido de parte, sino de oficio, en la medida en que el órgano sea competente y se respete la regulación procesal correspondiente.

El control de convencionalidad emergió entonces como una herramienta hermenéutica para la concreción de la garantía de la aplicabilidad de los estándares del

⁸ Sin perjuicio de menciones anteriores en votos razonados (no en el voto de mayoría), por ejemplo, el de Sergio García Ramírez en Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101.

⁹ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit.

¹⁰ Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158.

¹¹ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párrafo 124.

¹² Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, cit.

¹³ *Ibid.*, párrafo 128.

sistema interamericano en el derecho interno, inaugurando, como señala García Ramírez, una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno.¹⁴

Esa idea encuentra respaldo en la opinión de Ferrer Mac-Gregor, quien señaló que se convierte al juez nacional en juez interamericano, como primer y auténtico guardián de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de la jurisprudencia convencional. Los jueces asumen así la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.¹⁵

La evolución del control de convencionalidad impactó también en otra arista, referida al material controlante. En ese orden, es relevante resaltar que desde el Caso Almonacid Arellano, la Corte IDH expresó que el material controlado (*v. gr.*, normas y actos internos) debía contrastarse con la CADH. Sin embargo, allí también expresó que ese examen de validez convencional debía contrastarse con los estándares propios de los pronunciamientos de la Corte IDH, y ello no solo incluye los criterios y las obligaciones que surgen de los fallos dictados en casos contenciosos por la Corte IDH contra el país al cual pertenece el órgano que aplica el control de convencionalidad (cosa juzgada internacional, *res iudicata* internacional), sino que se deben tener en cuenta los criterios y las doctrinas que surjan de pronunciamientos dictados por la Corte IDH contra otros Estados. Solo de ese modo se logrará establecer la eficacia general de los estándares interamericanos con efectos de norma interpretada (*res interpretata*).¹⁶ A ello se debe agregar que la Corte IDH señaló la necesidad de que se realice el control de convencionalidad también a partir de las interpretaciones derivadas de las “opiniones consultivas” a que se refiere el artículo 64 de la CADH.¹⁷

El material de control no se agota en los elementos mencionados previamente, en tanto el control de convencionalidad también reclama tener en cuenta los otros instrumentos internacionales que integran el *corpus iuris interamericano*, dado que ellos también ofrecen estándares relevantes para la eficaz protección de los derechos humanos.¹⁸ Esa lógica se inscribe en el razonamiento de la Corte IDH en el caso de

¹⁴ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, cit., párrafo 11.

¹⁵ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, párrafo 24.

¹⁶ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 69.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A, No. 21, párrafo 31.

¹⁸ Ver Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, cit., párrafo 48.

la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, donde el tribunal fijó estándares propios a partir de la interpretación de normas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), considerando violadas normas de ambos instrumentos internacionales.¹⁹

En otro orden, y respecto de los órganos que deben ejercer el control de convencionalidad, el criterio de la Corte IDH tuvo una evolución ampliatoria, ya que si bien en un primer momento estaba dirigido a los jueces y las juezas, esa ampliación se reflejó en el caso *Gelman vs. Uruguay*, donde la Corte IDH destacó que “todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces”, deben velar por que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, “por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes,²⁰ agregando luego que el control de convencionalidad “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.²¹ A su vez, en un precedente posterior, la Corte IDH reiteró: “En el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad.’”²²

Finalmente, debemos destacar una arista operativa del control de convencionalidad, relativa a que el mismo debe ser ejercido de forma complementaria al control de constitucionalidad implementado por cada Estado,²³ a la vez que el control de convencionalidad no solo funciona con un papel represivo, es decir, inaplicando o invalidando las reglas de derecho interno opuestas a los estándares interamericanos,²⁴ dado que junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad puede asumir un rol constructivo o positivo, que en última instancia produce un reciclaje de la norma nacional, sea constitucional o de menor jerarquía. Esta posibilidad es muy clara a partir del Caso *Radilla Pacheco vs. México*,²⁵ donde la Corte IDH subraya la nece-

¹⁹ Ver Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 211, párrafos 140, 141 y 153.

²⁰ Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221, párrafo 239.

²¹ *Idem*.

²² Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 282, párrafo 471.

²³ Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, cit., párrafo 88.

²⁴ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit., párrafo 36.

²⁵ Párrafo 340.

sidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel tribunal, lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar todo el derecho interno de conformidad con las pautas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.²⁶

Todas estas aristas del control de convencionalidad diseñado en la Corte IDH tienen impactos diferenciales en cada uno de los Estados, los que, por sus diseños constitucionales y organizacionales, ofrecen mecanismos de implementación distintos en relación con el que nos ocupa. En ese esquema, es interesante abordar algunos puntos clave de la implementación del control de convencionalidad en Bolivia y Argentina.

2. El control de convencionalidad en Bolivia

El Estado boliviano es parte de la CADH, mediante Decreto Supremo 16575 de 13 de junio de 1979, que fue elevado a rango legal por la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993. En consecuencia, la referida Convención forma parte del bloque de constitucionalidad y es de aplicación directa y obligatoria por las autoridades públicas del Estado, quienes tienen la obligación de resguardar y proteger los derechos humanos en ella consagrados. Como consecuencia de su libre adhesión, el Estado boliviano hizo el depósito del instrumento de adhesión ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 19 de julio de 1979.²⁷

El 27 de julio de 1993, el Estado boliviano presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH, de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la Convención. En el instrumento mencionado, el Gobierno de Bolivia declaró:

I. El Gobierno Constitucional de la República, de conformidad con el artículo 59, inciso 12, de la Constitución Política del Estado, mediante Ley 1430 de 11 de febrero, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 45 y 62 de la Convención.

²⁶ Néstor P. Sagüés, *La Constitución bajo tensión* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 392-393.

²⁷ José Antonio Rivera Santivañez, “La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia”, en *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, coord. por William Herrera Áñez (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017), 306-307.

II. En uso de la facultad que me confiere el inciso 2, del artículo 96 de la Constitución Política del Estado, expido el presente instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, así como el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el reconocimiento como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 62 de la Convención.

Adicionalmente, el Gobierno de Bolivia presentó una declaración interpretativa al momento de depositar el instrumento de reconocimiento a la competencia de la Corte IDH, que establece: “Los preceptos de incondicionalidad y plazo indefinido se aplicarán en estricta observancia de la Constitución Política del Estado boliviano, especialmente de los principios de reciprocidad, irretroactividad y autonomía judicial” (Nota OEA/MI/262/93 de 22 de julio de 1993).

Conforme a la jurisprudencia expedida por la Corte IDH y al ser el Estado boliviano parte de la CADH,²⁸ las autoridades públicas en general, y los jueces y tribunales de justicia en particular, especialmente la jurisdicción constitucional, tienen la obligación de realizar *ex officio* el control de convencionalidad interno; lo que implica que deben y tienen que desarrollar la labor de contrastación de las normas de la Constitución, las leyes y reglamentos, así como de los actos administrativos con las normas de la Convención y el *corpus iuris* interamericano, en el marco de la interpretación efectuada por la Corte IDH. Asimismo, tienen la obligación de interpretar normas del ordenamiento jurídico interno desde y en conformidad con las normas de la CADH y la interpretación realizada por la Corte IDH.²⁹

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Bolivia, en su Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012, señaló:

Los Estados al suscribir una convención o tratado se convierten en Estado parte, en consecuencia, adquieren derechos y obligaciones en cumplimiento del principio fundamental de derecho internacional reflejado en el denominado *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), tal y como lo señala la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Por tanto, al haber suscrito Bolivia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se somete a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁰

La obligación de las autoridades públicas del Estado boliviano para que realicen el control de convencionalidad interno tiene sustento y base jurídica en preceptos

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁹ Rivera Santivañez, “La aplicación del control...”, 304-305.

³⁰ *Ibid.*, 307.

constitucionales y legales. Por previsión del artículo 1 de la Constitución, Bolivia es un Estado constitucional de derecho, lo que significa que ha adoptado un modelo de organización social y política en el que toda actividad estatal está subordinada a un ordenamiento jurídico en cuya cúspide se ubica la Constitución como la norma suprema que fija las condiciones de validez del resto de las disposiciones legales y reglamentarias, así como de las decisiones y resoluciones de las autoridades públicas.

Luego uno de los elementos esenciales del Estado de derecho es la promoción, el resguardo y la protección de los derechos y las libertades fundamentales; bajo esta premisa, el artículo 410-II de la misma Constitución establece que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad. Es decir que el Estado, como regla general, integra los instrumentos internacionales antes referidos al derecho interno con el rango constitucional; sin embargo, por previsión del artículo 256-I de la ley fundamental, en casos concretos en que las normas convencionales sean más favorables que la Constitución para proteger derechos humanos, deben aplicarse aquellas con preferencia a esta, lo que supone que en dichos casos los instrumentos internacionales tienen rango supraconstitucional.³¹

Por otro lado, por previsión del artículo 13-IV de la Constitución Política del Estado (CPE), surge que los derechos consagrados en esa Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. Asimismo, el artículo 9 de la misma Constitución destaca que son fines y funciones esenciales del Estado, entre otros: “Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”. En cumplimiento de esos fines y funciones, las autoridades públicas del Estado están obligadas a respetar y garantizar los derechos humanos consagrados por la CADH y el *corpus iuris* interamericano, interpretando y aplicando las normas del derecho interno desde y en conformidad con las normas convencionales y la interpretación de estas últimas realizada por la Corte IDH, para garantizar y proteger de mejor forma los derechos, llevando a cabo una suerte de “control de convencionalidad”.³²

El control de convencionalidad consiste en someter las normas de la Constitución, de las leyes y los reglamentos, y los actos o decisiones de las autoridades públicas a un contraste con la CADH y su *corpus iuris* interamericano, así como la interpretación de las normas convencionales realizada por la Corte IDH, para verificar que no sean incompatibles con los principios y los derechos consagrados por esta, como lo afirma Sergio García Ramírez, exjuez de la Corte IDH:

3. ... la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general-, a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes

³¹ *Ibid.*, 305-306.

³² *Ibid.*, 306.

fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos.³³

En el entendido de que el control de convencionalidad interno es mayormente difuso y que, a diferencia del concentrado, involucra a varios sujetos, este último aspecto ha sido aclarado por la jurisprudencia y doctrina creada por la Corte IDH estableciendo los siguientes alcances de este control en relación con los órganos internos y las autoridades públicas de los Estados parte encargadas del mismo: 1) todos los jueces y tribunales judiciales de los Estados parte y 2) todas las autoridades políticas y administrativas del Estado parte, quienes tienen la misma obligación que los otros de realizar la interpretación de la Constitución, las leyes y los reglamentos desde y en conformidad con la Convención, hacer el respectivo contraste y no aplicar aquellas normas del derecho interno que son incompatibles con las normas convencionales o la interpretación de ellas efectuada por la Corte IDH.³⁴

Con relación a las normas, los actos y las decisiones objetos de control de convencionalidad, desde la jurisprudencia establecida por la Corte IDH se determinan las siguientes:

- La Constitución, conforme se ha definido en la sentencia emitida en el Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile.
- Las leyes en general, en donde, para el caso boliviano, el control alcanza las leyes nacionales, departamentales y municipales, según lo indicado en la sentencia del Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela.
- Las políticas públicas adoptadas por el Gobierno del Estado parte, tal y como se ha determinado en la sentencia del Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela.
- Las decisiones de organismos electorales, conforme se ha definido en los casos Yatama vs. Nicaragua y López Mendoza vs. Venezuela.
- Las sentencias expedidas por los jueces y tribunales judiciales, de acuerdo con lo indicado por la Corte en los casos Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala) y Myrna Mack Chang vs. Guatemala.³⁵

Particularmente, en el Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, no solo se habla de obligaciones generales establecidas hacia la comunidad internacional por

³³ *Ibid.*, 295.

³⁴ *Ibid.*, 303-304.

³⁵ *Ibid.*, 304.

parte de la Corte IDH, sino también de hechos y obligaciones vinculadas directamente a Bolivia.³⁶

No obstante, surge un interrogante: ¿Dicho control comprende solo las sentencias de la Corte IDH o también sus opiniones consultivas? El mismo es resuelto en la Opinión Consultiva OC-21/14,³⁷ en los siguientes términos:

Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos.³⁸

Inevitablemente, surge también otro interrogante: ¿Existe un bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico de los países que conforman el sistema interamericano? El mismo es respondido en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010,³⁹ que textualmente refiere lo siguiente:

... en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, la Corte IDH estableció que: El *corpus iuris* del derecho internacional de los DD. HH. está formando por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) [...] 49. Las “interpretaciones” a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los “casos contenciosos”, sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita. Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre “medidas provisionales”; sobre “supervisión de cumplimiento de la sentencia” en términos del art. 67 del Pacto de San José.

³⁶ Eliana Roca Serrano, “El control de convencionalidad: alcance y aplicación en Bolivia”, en *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, coord. por William Herrera Áñez (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017), 347-348.

³⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, cit., párrafo 31.

³⁸ Arturo Yáñez Cortés, *Control de convencionalidad: herramientas para litigio estratégico* (Sucre: 2020), 52.

³⁹ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafos 47 y ss.

Sin embargo, si bien es evidente lo afirmado por el juez Eduardo Ferrer MacGregor en su voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010, al asegurar que el control de convencionalidad en el ámbito interno “convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana [...] -lo que equivale a decir que- los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional”. Ello no puede quedar librado a la discrecionalidad del juez nacional, ni mucho menos puede ser utilizado a conveniencia. Asimismo, no se debe perder de vista que si bien no existe monopolio alguno en la interpretación de la CADH, quien tiene la calidad de supremo intérprete es precisamente la Corte IDH.⁴⁰

2.1. Control de constitucionalidad normativo previo a la ratificación de tratados internacionales

Como resultado del control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH en el ámbito internacional, las sentencias nunca tienen efectos anulatorios ni invalidatorios. Así, la Corte IDH se ha limitado a ordenar al Estado, cuyas normas han infringido los derechos garantizados en la Convención, a adoptar las medidas necesarias para reformar sus normas internas a fin de adecuar los preceptos legales a lo establecido en la Convención, incluso las de orden constitucional, como sucedió en lo decidido por la Corte IDH en el Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile de 5 de febrero de 2001,⁴¹ y proceder a dejar sin efecto los actos estatales lesivos.

La jurisprudencia internacional se inclina por darle primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) expresó: “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor”.⁴²

En Bolivia, para evitar que un tratado internacional entre en el tráfico jurídico interno contrariando los valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías constitucionales, se ha previsto como medida preventiva el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales -aun cuando estos versen sobre la materia de derechos humanos como parte de las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional- (CPE, art. 202, num. 9).

⁴⁰ Alan E. Vargas Lima, *Justicia constitucional en Bolivia (1999-2019). Evolución de la jurisprudencia constitucional en Bolivia: derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho procesal administrativo*. Tomo II (Cochabamba-Bolivia: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y Grupo Editorial Kipus, Latin Iuris, 2019), 392.

⁴¹ Corte IDH, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, cit.

⁴² Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva de 4 de febrero de 1932. Citada por Miguel D’Estéfano Pisani, *Casos en derecho internacional público* (La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986), 119.

El artículo 107 del Código de Procedimiento Constitucional (CPCons), aprobado mediante Ley 254 de 5 de julio de 2012, señala a este respecto que la presidenta o el presidente del Estado boliviano, en caso de tener duda fundada sobre la constitucionalidad del proyecto de tratado o alguna de sus partes, lo remitirá ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Luego de que el texto del tratado internacional negociado sea remitido por el Órgano Ejecutivo al Órgano Legislativo para su eventual aprobación y posterior ratificación, corresponderá a la presidenta o al presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) enviarlo, de forma obligatoria y dentro del plazo de 20 días de su recepción, al TCP, antes de que dichos instrumentos internacionales sean ratificados. En el mismo plazo, las presidentas o los presidentes de las cámaras de senadores o de diputados, respectivamente, o al menos cinco senadores o 10 diputados, podrán manifestar directamente ante el TCP, o a través de la presidenta o el presidente de la ALP, la duda fundada que tengan sobre la inconstitucionalidad del proyecto de tratado o de algunas de sus estipulaciones.

Conforme se infiere del artículo 24 del Código Procesal Constitucional,⁴³ los requisitos para el control de constitucionalidad previo a la ratificación de tratados internacionales son: a) acreditación: legitimación activa; b) norma impugnada: acompañar el texto del tratado internacional objeto de la consulta; y c) fundamentación: se debe señalar de manera precisa y fundamentada de qué forma y qué partes de su contenido contradicen a la CPE y demás normas del bloque de constitucionalidad.

Una vez admitida la consulta, la Comisión de Admisión (CA) dispondrá que esta sea de conocimiento del Órgano Ejecutivo, cuando corresponda, para que en el plazo de 15 días desde su notificación emita su opinión fundada sobre la consulta. Transcurrido este plazo, con o sin la remisión de la opinión, el TCP emitirá el DCP, en el plazo de los 45 días (antes 30 días), sobre la constitucionalidad o no, total o parcial, del Proyecto del Tratado (CPCons, art. 108).

En caso de declararse la inconstitucionalidad de un tratado bilateral, el mismo no será ratificado, procediendo a su renegociación, si corresponde. La declaración de inconstitucionalidad de alguna cláusula de un tratado multilateral, no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva de los preceptos considerados contrarios a la CPE por la DCP (CPCons, art. 109).

En el caso de declaratoria de inconstitucionalidad, esta no afecta directamente el texto del tratado, sino su vigencia, hasta que no se elimine, renegocie o se hagan las correspondientes reservas sobre uno o más artículos del tratado. Por otra parte, impide que pueda activarse nuevamente el control de constitucionalidad sobre la misma norma ya examinada por el TCP (cosa juzgada constitucional).

⁴³ Ley 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*.

2.2. Tensión entre el control de convencionalidad y el principio de soberanía popular

Dentro de la integración de tratados internacionales de derechos humanos al denominado bloque de constitucionalidad por previsión expresa del artículo 410-II de la Constitución, es jurídicamente posible que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por la vía interpretativa y so pretexto de realizar *ex officio* el control de convencionalidad, pueda usurpar las funciones que competen únicamente a la Asamblea Constituyente, invalidando, trastocando o alterando la voluntad popular expresada en el referéndum aprobatorio,⁴⁴ cambiando el sentido y alcance de los valores y principios fundamentales consagrados en su parte axiológica, o de los derechos, libertades y garantías que corresponden a su parte dogmática. Dichos contenidos integran la parte pétrea o rígida del texto constitucional, cuya modificación, así sea de uno solo de sus articulados, implica atravesar el procedimiento de reforma, descrito en su artículo 411-I, de la siguiente manera:

La reforma total de la constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente Originaria Plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Asimismo, se habla de un poder constituyente originario, también conocido como poder fundacional por la creación del Estado y cambio total del sistema constitucional, mientras que el poder constituyente derivado o reformador es resultado de la norma constitucional que prevé su organización para revisar y modificar la Constitución –razón por la cual está sometido a las normas constitucionales–, y que puede adoptar diversas modalidades: asamblea nacional constituyente, asamblea constituyente *ad referendum* y referéndum popular.⁴⁵

El poder constituyente originario o fundacional es ilimitado y absoluto en su ejercicio, por lo que no reconoce límites jurídicos en este. Es supremo y extraordinario, no está subordinado a voluntad política ni jurídica alguna, ya que precede a otro poder, aunque algunos estudiosos consideran que la ausencia de límites solo

⁴⁴ Ver Sentencia Constitucional 045/2006 de 2 de junio.

⁴⁵ Vargas Lima, *Justicia constitucional en Bolivia...*, 2-4.

se expresa en el ámbito jurídico positivo, mientras que en el ámbito extrajurídico, sí hay límites ideológicos (creencias y valores) y estructurales (sistema productivo, clases sociales, entre otros).⁴⁶

Respecto del poder constituyente derivado o reformador, sí está sometido a límites extrajurídicos y jurídicos. En este último caso, según Rivera Santivañez se reconocen dos variedades de límites:

1. Límites autónomos: Aquellos que provienen de la propia CPE positiva, lo que significa que fueron previstos por el constituyente originario o fundacional, pues previó para la reforma constitucional un mecanismo legítimo con participación democrática (el poder constituyente derivado o reformador). Se clasifican y subdividen en:
 - a) Límites procesales (trámite y procedimientos de reforma a la CPE).
 - b) Límites sustanciales (contenido mismo de la reforma en función de determinados valores supremos o principios fundamentales: cláusulas pétreas de la CPE).
2. Límites heterónomos: Aquellos que derivan de las normas jurídicas ajenas a la CPE en sí misma. Proceden del ordenamiento jurídico externo con relación al derecho local, que lo admite, recibe e incorpora. Se subdividen en:
 - a) Emergentes de pactos federales.
 - b) Emergentes de tratados internacionales (en situaciones de paz y guerra).

Según José Antonio Rivera Santivañez, no es posible establecer límites jurídico-positivos al poder constituyente, ya sea originario o derivado, toda vez que, al ser la voluntad suprema, puede legítima y válidamente adoptar un nuevo pacto social (sistema constitucional), pues los límites antes citados son meramente referenciales. Empero, puede que encuentre límites en el ámbito axiológico. De ahí que la tendencia sea explicitarlos en los textos de la siguiente manera:

- a) Cláusulas pétreas implícitas, que están expresadas a través de:
 - i) inalterabilidad de los principios fundamentales o del espíritu de la CPE;
 - ii) inderogabilidad de la declaración de los derechos fundamentales.
- b) Irrevocabilidad de la declaración de derechos.
- c) Irrevisabilidad de la prohibición de reelección presidencial.

De la normativa y doctrina antes glosada, se colige que los órganos del poder público constituido, entre ellos el órgano judicial del cual forma parte el Tribunal Constitucional Plurinacional, no pueden desconocer el mandato popular exteriorizado en los resultados del referéndum aprobatorio de la propia Constitución Política del Estado, ya que en atención al artículo 7 de la Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico, lo que hace este Tribunal es ejercer la soberanía que le ha sido

⁴⁶ *Ibid.*, 4-6.

delegada por el pueblo boliviano, que en definitiva es su titular en forma inalienable e imprescriptible.

En tal sentido, y por analogía, podría equipararse a la soberanía delegada con la figura del mandato o poder de presentación convencional reconocido en el derecho civil con sus salvadas distancias, dentro del cual el representado o mandante puede en cualquier momento recobrar el ejercicio de sus derechos o facultades delegadas e incluso invalidar los actos de su mandatario que excedieron los límites de su poder, abusando de la confianza dispensada. Al efecto, la jurisprudencia sentada en la Sentencia Constitucional 0045/2006 de 2 de junio, reconoce específicamente:

... a tiempo de instaurar mecanismos de democracia participativa, se ha consagrado el referéndum, como uno a través del cual el pueblo puede expresar su opinión sobre una decisión política de trascendental importancia; y regulando los alcances del dictamen vertido, el legislador le ha concedido al resultado del referéndum carácter vinculante para todas las autoridades e instancias competentes; vale decir, que *ninguna autoridad puede oponerse a lo determinado por el pueblo mediante la exteriorización de su decisión en un referéndum*. [...]

Conforme lo anotado, los resultados de la consulta popular o referéndum tienen carácter vinculante. También conviene advertir que, al concederle tal categoría, se consagra al resultado de un referéndum como la toma de una decisión por el titular de la soberanía, el pueblo, sin necesidad de acudir a sus eventuales representantes en los tres poderes del Estado; de ahí emerge la obligatoriedad para estos tres poderes de acatar y estar vinculados a dicha decisión sin que puedan oponerse, pues es una decisión de la instancia superior, cual es aquella conformada por los titulares de la soberanía. Dicho de otra manera, cuando el resultado de un referéndum es por la toma de una decisión política, debe asumirse como si dicha decisión ya hubiera sido tomada, quedándoles sólo a los poderes del Estado, que ejercen la soberanía por delegación del pueblo, la institucionalización de tal decisión mediante los instrumentos normativos o de decisión adecuados; en ese contexto, es necesario precisar que los actos de los poderes constituidos destinados a cumplir el mandato imperativo instituido en un *referéndum*, pueden ser sometidos al sistema de control de constitucionalidad, precisamente para evitar que la voluntad popular sea burlada.

Por tanto, urge que el Tribunal Constitucional Plurinacional, sin incumplir su noble misión (CPE, art. 196-I) de velar por la supremacía de la constitucionalidad y precautelar por el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, interpretando estos últimos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia (CPE, art. 13-IV), ejerza simultáneamente el control interno de convencionalidad y difuso al que se ha obligado nuestro Estado, pero sin usurpar las facultades del poder constituyente en el momento de realizar su labor interpretativa, pues en ese caso incurriría en un fraude al control de convencionalidad.

3. El control de convencionalidad en Argentina

El diseño constitucional argentino establece la supremacía de la Constitución Nacional (CN) (arts. 31, 28 116 y 43). Debemos aclarar que, a través de la reforma constitucional del año 1994, se otorgó jerarquía constitucional a una importante serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos, a la CADH (CN, art. 75.22). A su vez, a los fines de garantizar la eficacia de ese *corpus iuris*, el diseño institucional prevé un control de constitucionalidad que si bien al principio fue una construcción jurisprudencial,⁴⁷ a partir de la reforma constitucional del año 1994 tiene consagración expresa (v. gr., CN, art. 43).

En paralelo al funcionamiento del control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) inició un claro camino de recepción de los estándares internacionales en casos como “Ekmekdjian vs. Sofovich”⁴⁸ y “Giroldi”⁴⁹, entre muchos otros, lo que decantó, en definitiva, importar explícitamente el control de convencionalidad, hecho que impulsó la influencia y el predicamento de los estándares internacionales. Lo cierto es que la CSJN fue clave en ese proceso, receptando de modo temprano y expreso el control de convencionalidad en los precedentes “Mazzeo”⁵⁰ y “Videla”⁵¹, con cita directa de los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, respectivamente.

A partir de allí, y por el valor y predicamento que tienen los fallos de la Corte Argentina en el ámbito judicial interno del país, el control de convencionalidad constituye una herramienta judicial vigente y de uso permanente en los pronunciamientos judiciales, tanto en su faceta constructiva (interpretación conforme) como represiva (es decir, la competencia para inaplicar una norma doméstica por oponerse a un estándar internacional).

3.1. Articulación del control de constitucionalidad y convencionalidad

Sobre la articulación de los controles de convencionalidad y constitucionalidad, la Corte IDH señaló que oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y

⁴⁷ La doctrina del control de constitucionalidad en Argentina se remonta a 1887 (CSJN, Sojo, Eduardo vs. Cámara de Diputados de la Nación, 22/09/1887, *Fallos* 32:120).

⁴⁸ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992, *Fallos* 315:1492, *La Ley* 1992-C, 543.

⁴⁹ CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, 07/04/1995, *Fallos* 318:514.

⁵⁰ CSJN, “Mazzeo, Julio L. y otros”, 13/07/2007, *Fallos* 330:3248.

⁵¹ CSJN, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, 31/08/2010, *Fallos* 333:1657.

reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.⁵²

Esa lógica se aplica en Argentina, donde se otorgó jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y la CSJN no solo aceptó explícitamente el control de convencionalidad, sino que ordenó su aplicación en forma conjunta con el control de constitucionalidad en el fallo “Rodríguez Pereyra”.⁵³

Ocorre que el criterio adoptado por la Corte argentina en el fallo “Rodríguez Pereyra” era el que se ajustaba al modelo constitucional del país. Si bien la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH no implica que los Estados deban adoptar un modelo específico de control de constitucionalidad y de convencionalidad (difuso, concentrado o mixto),⁵⁴ la articulación entre ambos controles opera de un modo más natural en los países donde existe un control de constitucionalidad difuso, ya que todo órgano judicial es competente para efectuar simultáneamente un control de convencionalidad y constitucionalidad. Ello ocurre en Argentina, que adoptó un control de constitucionalidad difuso, permitiendo que todos los jueces (nacionales, federales y provinciales de todas las instancias) puedan efectuar, mediante una articulación conjunta, el control de convencionalidad a la par del control de constitucionalidad (incluso en su faceta represiva), debido a la coherencia valorativa y los vasos comunicantes que existen entre la Constitución Nacional y los estándares internacionales sobre derechos humanos.⁵⁵

A su vez, los controles de constitucionalidad y de convencionalidad comparten una naturaleza intrínseca, ya que parten de la idea de tutelar una supremacía, es decir, su funcionalidad práctica es similar. Por ello, la articulación de ambos regímenes de control resulta sumamente relevante, en virtud de sus proyecciones, tanto de índole sustancial como procedimental.⁵⁶

Lo cierto es que ese diseño constitucional y la dinámica judicial facilitó la operatividad del control de convencionalidad como fuera proyectado en el ámbito internacional, es decir, los controles de constitucionalidad y convencionalidad deben efectuarse en forma conjunta y articulada.

⁵² Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 88.

⁵³ CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra vs. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 27/11/2012, Fallos 335:2333, La Ley 2012-F, 559.

⁵⁴ Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 276, párrafo 124.

⁵⁵ Néstor P. Sagüés, *Compendio de derecho procesal constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2009), 29.

⁵⁶ María Sofía Sagüés, *El recurso extraordinario federal en la ley 48* (Buenos Aires: Hammurabi, 2017), 28-40.

3.2. Algunas características del control de convencionalidad en Argentina

Ahora bien, justamente a partir de esas “concordancias” que existen entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, tanto desde el punto de vista procedimental como sustancial, los desarrollos propios de la doctrina del control de constitucionalidad vigente en Argentina se extienden al funcionamiento del control de convencionalidad.

Por ello, es relevante resaltar que, en Argentina, los controles de constitucionalidad y de convencionalidad pueden ser articulados por vía de acción, excepción (incidental) y recurso, a la vez que debemos destacar que ambos controles se pueden efectuar en procesos judiciales de cualquier naturaleza (amparos, juicios ejecutivos, procesos civiles ordinarios, procesos penales, laborales, etc.).

Otro dato relevante que revela su amplitud consiste en que, como dijimos, el control de convencionalidad (al igual que el de constitucionalidad) es ejercido por el Poder Judicial en general, lo que implica que tenemos un control de convencionalidad difuso, a cargo de todos los jueces y juezas, que, sin distinción de jerarquía, fuero o jurisdicción, cuentan con la autoridad para ejercerlo. Ello incluye a los jueces provinciales (de cualquier instancia),⁵⁷ quienes también se encuentran habilitados para ejercer el control de convencionalidad con el mismo alcance que los jueces nacionales. Naturalmente, el ejercicio de un control judicial de constitucionalidad y convencionalidad tan diseminado solo debe practicarse si los jueces y las juezas son competentes en el caso concreto, en función del grado, materia, valor, turno, etc.; sin perjuicio de ello, es la CSJN la que tiene una última palabra en materia de interpretación constitucional.⁵⁸

El límite a los controles de convencionalidad y constitucionalidad argentino está dado por el hecho de que se trata de un control concreto (al menos en el orden federal). Ello implica que su activación requiere la existencia de un agravio o perjuicio cierto, actual o inminente en un afectado; por ello, no procede para custodiar bienes o valores en abstracto como, por ejemplo, la mera defensa de la legalidad constitucional o la buena marcha de las instituciones.

En este sentido, es preciso aclarar que en Argentina la declaración de invalidez constitucional o convencional de una norma solo tiene efectos en la causa donde se declara y que no deroga la norma reputada inconstitucional o inconvencional, es decir, carece de efectos *erga omnes* (invalidación) y solo opera en el caso concreto o interpartes (inaplicación).

A su vez, en la organización constitucional argentina, el control de constitucionalidad y convencionalidad tiene un efecto reparador de las normas, en la medida en

⁵⁷ CSJN, “Strada, Juan L.”, 08/04/1986, *Fallos* 308:490.

⁵⁸ CSJN, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros vs. PEN”, 17/12/1997, *Fallos* 320:2851.

que no existe control judicial preventivo (ni obligatorio ni voluntario). Sin embargo, en relación con los hechos y los actos, el control de convencionalidad y constitucionalidad es mixto, y puede ser reparador o preventivo.

Tampoco existe un control de convencionalidad y constitucionalidad previo respecto de los tratados internacionales, más allá de que el Congreso pueda verificar su compatibilidad en el momento de su aprobación. Asimismo, no existe en Argentina un control de convencionalidad y constitucionalidad posterior obligatorio de leyes, decretos-leyes, etc.

En Argentina, la construcción de los controles de convencionalidad y constitucionalidad ha sido el fruto de la creación judicial y su interpretación de la Constitución. Por ello, su evolución ha sido paulatina y cada “sedimento” de su actual composición responde a la evolución y las necesidades de la cultura jurídica inserta en la singularidad de la sociedad argentina. Se trata, por tanto, de un sistema decantado por el dinamismo de la realidad.⁵⁹

3.3. Criterios sobre el material controlante

Como vimos, la CSJN importó expresamente el control de convencionalidad a la realidad judicial argentina a través de los fallos “Mazzeo” y “Videla”. Allí se explicitó claramente que, en dicho control, no solo se debe tener en cuenta el texto de la CADH, sino también los pronunciamientos de la Corte IDH. Un ejemplo interesante de ese alcance se observa en el fallo “Duarte”⁶⁰ de la Corte argentina, donde, en función del alcance que otorgó la Corte IDH al derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2.h de la CADH, en el fallo “Mohamed vs. Argentina”⁶¹ (exigiendo el “doble conforme” respecto de la condena penal, la Corte Argentina rediseña pretorianamente el esquema recursivo casatorio en materia penal.

En esos casos, el máximo tribunal argentino se refirió a la dimensión del control de convencionalidad vinculada al efecto expansivo de los estándares que surgen de los fallos de la Corte IDH, teniendo en cuenta las decisiones referentes a cualquier Estado, es decir, la *res interpretata* internacional (cosa interpretada) y no la *res judicata* internacional (cosa juzgada). De hecho, en los citados casos “Mazzeo” y “Videla”, la CSJN aplica estándares fijados por la Corte IDH en casos relativos a otros países.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, la dinámica constitucional de Argentina permite llevar adelante el control de convencionalidad teniendo en cuenta también otros instrumentos del *corpus iuris* interamericano. Ello es evidente respecto de

⁵⁹ Pablo R. Toledo, “Argentina”, en *Constitución y Estado de derecho. Experiencias comparadas*, ed. por Marie-Christine Fuchs y Claudio C. Nash Rojas (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2021), 112-117.

⁶⁰ CSJN, “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, 05/08/2014, *Fallos* 337:901.

⁶¹ Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 255.

los instrumentos internacionales a los que la reforma constitucional de 1994 les otorgó jerarquía constitucional y los que adquirieron esa misma jerarquía a través del procedimiento previsto constitucionalmente (CN, art. 75.22). En ese sentido, se destaca el fallo “Góngora”,⁶² donde la Corte argentina limita la admisibilidad de la *probation* –instituto de la ley penal interna–, en función de los estándares que surgen de la Convención de Belém do Pará en su artículo 7.

También, la CSJN sostuvo que es importante considerar los desarrollos conceptuales elaborados por la CIDH al momento de efectuar el control de convencionalidad,⁶³ donde interpretó que respecto de los pronunciamientos de la Comisión, el Estado argentino también debe otorgarles el carácter de guía para la aplicación local de normas y estándares vinculados al sistema interamericano. Ello repercute en la necesidad de considerar los estándares que fija la CIDH a los efectos de llevar adelante el control de convencionalidad.

Finalmente, la Corte argentina interpretó que el control de convencionalidad debe considerar instrumentos sobre derechos humanos del sistema universal (algunos tienen incluso jerarquía constitucional). Ello se reflejó en el fallo “Verbitsky”⁶⁴ en relación con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos.

3.4. Control de convencionalidad de oficio

Respecto del control de convencionalidad de oficio, el caso argentino exhibe complejidades, dado que si bien la Corte argentina dispuso que los jueces y las juezas deben efectuar controles de constitucionalidad y convencionalidad de oficio, como puede verse de modo expreso en el fallo “Rodríguez Pereyra”,⁶⁵ ello no significa invalidar el conjunto de reglas relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control, entre las que se incluyen reglas adjetivas. Por ello, la CSJN sostuvo que ese control oficioso se encuentra supeditado al respeto del principio de congruencia, que impide conceder algo que el propio interesado había resignado; de otro modo, el tribunal traspasa el campo de actuación que le es propio, sustituyendo la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento

⁶² CSJN, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, 23/04/2013, *Fallos* 336:392.

⁶³ CSJN, “Bramajo, Hernán J.”, 12/09/1996, *Fallos* 319:1840; CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Estado Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores- Provincia del Chubut”, 06/08/2013, *La Ley* 2013-E, 167.

⁶⁴ CSJN, “Verbitsky, Horacio”, 03/05/2005, *Fallos* 328:1146.

⁶⁵ CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. vs. Ejército Argentino”, 27/11/2012, *Fallos* 335:2333. Ver también CSJN, “Codina Héctor vs. Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551”, 11/12/2014, cita en línea: AR/JUR/61448/2014.

de la contraria (relacionando el principio de congruencia con la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio).⁶⁶

Desde esa misma lógica, los controles de constitucionalidad y convencionalidad de oficio tampoco permiten soslayar la prohibición de *reformatio in peius*, con lo que resultaría impropio que un tribunal superior declare la inconstitucionalidad o inconventionalidad de oficio de una norma que favorece al único recurrente, provocándole un perjuicio con aquella declaración.⁶⁷

Reflexiones finales

La decisión de abordar los modelos de control de convencionalidad de Bolivia y Argentina responde al origen de los autores y la convicción de que compartir sus experiencias colabora en la difusión de aristas que fomentan la evolución del control de convencionalidad como herramienta clave del Estado de derecho.

En esa lógica se advierte que, mientras en Bolivia se implementa un control previo de constitucionalidad de tratados internacionales –aun cuando estos versen sobre la materia de derechos humanos– como parte de las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional (CPE, art. 202, num. 9), en Argentina ese control judicial solo puede efectuarse con posterioridad. Por su parte, en Argentina el control de constitucionalidad es difuso, es decir, todos y cada uno de los jueces pueden efectuar controles de constitucionalidad y de convencionalidad (incluso inaplicando normas), mientras que en Bolivia, si bien el control de convencionalidad es difuso, el de constitucionalidad es predominantemente concentrado por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional como máximo intérprete.

Bolivia recoge incluso la corriente de primacía del derecho internacional en materia de derechos humanos cuando los contenidos de los instrumentos jurídicos internacionales recojan una redacción más amplia y favorable que la prevista en la misma norma constitucional, para que la víctima lo invoque a tiempo de pedir tutela dentro de un caso en concreto. El control de convencionalidad aplica aun para absolver dudas de autoridades indígenas, previo a resolver casos en concreto empleando sus normas consuetudinarias.

En efecto, es cierto que se observan distintos modelos de implementación del control de convencionalidad y diversos mecanismos para aplicar los estándares internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, esas aristas no impiden advertir que el desarrollo del control de convencionalidad se impone tanto en Bolivia como en Argentina.

⁶⁶ CSJN, “Mansilla, Carlos Eugenio vs. Fortbenton Co. Laboratorios S.A. y otros s/ despido”, 06/03/2014, DT 2014 (mayo), 1194 y cita en línea AR/JUR/1691/2014.

⁶⁷ Pablo R. Toledo, *La prohibición de reformatio in peius en la Argentina* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019), 89-90.

Bibliografía

DOCTRINA

- ABREGÚ, Martín. “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”. En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, editado por Martín ABREGÚ y Christian COURTIS. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- NASH ROJAS, Claudio. “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. “La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia”. En *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, coordinado por William HERRERA ÁÑEZ. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017.
- ROCA SERRANO, Eliana. “El control de convencionalidad: alcance y aplicación en Bolivia”. En *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, coordinado por William HERRERA ÁÑEZ. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017.
- SAGÜÉS, María Sofía. *El recurso extraordinario federal en la ley 48*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- SAGÜÉS, Néstor P. *Compendio de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- SAGÜÉS, Néstor P. *La Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- TOLEDO, Pablo R. *La prohibición de reformatio in peius en la Argentina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.
- TOLEDO, Pablo R. “Argentina”. En *Constitución y Estado de derecho. Experiencias comparadas*, editado por Marie-Christine FUCHS y Claudio C. NASH ROJAS. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2021.
- VARGAS LIMA, Alan E. *Justicia constitucional en Bolivia (1999-2019). Evolución de la Jurisprudencia constitucional en Bolivia: derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho procesal administrativo*. Tomo II. Cochabamba: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y Grupo Editorial Kipus, Latin Iuris, 2019.
- YÁÑEZ CORTÉS, Arturo. *Control de convencionalidad: herramientas para litigio estratégico*. Sucre, 2020.

JURISPRUDENCIA

- CORTE IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 73.
- CORTE IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101.
- CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.
- CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158.
- CORTE IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 211.
- CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220.
- CORTE IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221.
- CORTE IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 255.
- CORTE IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia.
- CORTE IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 276.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A, No. 21.
- CORTE IDH, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 282.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Strada, Juan L.”, 08/04/1986, *Fallos* 308:490.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992, *Fallos* 315:1492, *La Ley* 1992-C, 543.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Girolidi, Horacio D. y otro”, 07/04/1995, *Fallos* 318:514.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Bramajo, Hernán J.”, 12/09/1996, *Fallos* 319:1840.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros vs. PEN”, 17/12/1997, *Fallos* 320:2851.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Verbitsky, Horacio”, 03/05/2005, *Fallos* 328:1146.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Mazzeo, Julio L. y otros”, 13/07/2007, *Fallos* 330:3248.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, 31/08/2010, *Fallos* 333:1657.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra vs. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27/11/2012, *Fallos* 335:2333, *La Ley* 2012-F, 559.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, 23/04/2013, *Fallos* 336:392.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Estado Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores- Provincia del Chubut”, 06/08/2013, *La Ley* 2013-E, 167.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, 05/08/2014, *Fallos* 337:901.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Mansilla, Carlos Eugenio vs. Fortbenton Co. Laboratorios S.A. y otros s/ despido”, 06/03/2014, DT 2014 (mayo), 1194 y cita en línea AR/JUR/1691/2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), “Codina Héctor vs. Roca Argentina S.A. s/ Ley 23.551”, 11/12/2014, cita en línea: AR/JUR/61448/2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012.