

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU EJERCICIO POR LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

María Lidia Álvarez Chamosa¹

Resumen: Uno de los mecanismos de protección de derechos humanos con gran auge en el Sistema Interamericano es el control de convencionalidad a fin de lograr el cumplimiento y efecto útil del corpus iuris interamericano. Se vinculan de esta manera dos niveles garantistas, uno externo y concentrado ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otro difuso a lo interno de los Estados Partes ejercido dentro del ámbito de sus competencias no solo por las instancias judiciales sino por todos los poderes, entre ellos la Administración Pública. Tal ampliación competencial si bien implica ab initio un incremento en cuanto a mecanismos de protección, presenta previsibles observaciones y cautelas relacionadas con el principio de separación de poderes, el principio de legalidad, lo "peligroso" de otorgarle esta competencia a los órganos administrativos, etc. Al respecto, esta colaboración busca presentar diversas posturas relacionadas con el tema para lo cual se hará una breve referencia al control de convencionalidad, seguido de su ejercicio por funcionarios de la Administración, las observaciones y cautelas al ejercicio por este último y una breve conclusión.

Palabras clave: Control de convencionalidad. Administración Pública. Control difuso. Corpus iuris interamericano. Control de constitucionalidad.

Summary: One of the mechanisms for the protection of human rights with great growth in the Inter-American System is the control of conventionality in order to achieve the fulfillment and useful effect of the inter-American corpus iuris. In this way, two levels of guarantees are linked: one external and concentrated,

¹ Abogada, especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Constitucional, Doctoranda en Derecho y profesora de pregrado y postgrado, todo en la Universidad Católica Andrés Bello.

exercised by the Inter-American Court of Human Rights, and the other diffuse within the States Parties, exercised within the scope of its competences, not only by the courts but by all the powers, among them the public administration. Such extension of competence, although it implies ab initio an increase in protection mechanisms, presents foreseeable observations and cautions related to the principle of separation of powers, the principle of legality, the "dangerous" of granting this competence to administrative bodies, etc. In this regard, this collaboration seeks to present various positions related to the subject for which a brief reference will be made to conventionality control, followed by its exercise by officials of the administration, observations and caution to the exercise by the latter and a brief conclusion.

Key words: *Conventionality control. Public Administration. Diffuse control. Inter-American corpus iuris. Control of constitutionality.*

Recibido: 20 de marzo de 2019 Aceptado: 11 de septiembre de 2019

SUMARIO

- I. Control de convencionalidad
- II. Control de convencionalidad por la Administración Pública
- Conclusiones
- Referencias

I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La coexistencia de normas y órganos de variada índole en dos niveles con un objetivo común cual es la protección de derechos humanos ha planteado una realidad: un Estado de derecho constitucional y convencional en el que dependiendo de la naturaleza autónoma o heterónoma de protección convergen normas internas e internacionales (Constituciones, Tratados, Convenios, Pactos, etc.) así como órganos dentro del territorio de un Estado o fuera del mismo que en ejercicio de sus competencias aplicarán esas normas en función de una garantía reforzada de tales derechos.

En el caso del sistema regional interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) se ha ido configurando el denominado control de convencionalidad, producto en principio de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (CADH, 1969) aunque con posterioridad, del *corpus iuris* interamericano o bloque de convencionalidad, al comparar los ordenamientos internos y externos y otorgarle en sus decisiones supremacía a los instrumentos normativos internacionales, siendo que aunque el término con el que se designa ese mecanismo en el sistema regional proviene del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* del año 2003², la doctrina precisa que tal control

2 El término “control de convencionalidad” proveniente de una decisión del año 1975 del Consejo Constitucional Francés, es acuñado por la CIDH en esta sentencia del año 2003 mediante un voto concurrente, aun cuando

había sido llevado a cabo desde siempre por la CIDH pero además por los tribunales internos antes que jurisprudencialmente lo hubiera establecido la Corte Interamericana.³

Tal control con el tiempo ha derivado en un diálogo externo-interno debido a la posibilidad de que sea llevado a cabo además por órganos judiciales o no de los Estados Partes, ya que acorde al artículo 2 de la Convención estos tienen el deber, a fin de cumplir con sus compromisos internacionales, de adecuar su ordenamiento jurídico mediante medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en la CADH y otros instrumentos que conforman el *corpus iuris* del Sistema Interamericano de Dere-

sin asignarle tal denominación, se entiende que desde las primeras sentencias en las que se decide aplicar la normativa interamericana la Corte ejercía este control. Véase al respecto Víctor Bazán. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá 2014 en http://www.kas.de/wf/doc/kas_17183-1442-4-30.pdf?151020194957. Igualmente, Gerardo Eto. “La inconventionalidad por omisión: una aproximación conceptual”. En *Libro de Ponencias V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional Arequipa 2014, octubre 30-noviembre 01 2014*, Adrus D & L Editores S.A.C, Lima en file:///C:/Users/Maria/Desktop/v_congre_naci_dere_proc_consti.pdf y Juan Carlos Hitters. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En *Estudios constitucionales*, 2, vol.7, 2009, Santiago de Chile, 109-128 en Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>

- 3 Allan Brewer-Carías. *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*. Colección *Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, obra facilitada en digital por el autor. Véase en Venezuela caso: La Rondalera en el que ante la inexistencia de normas infraconstitucionales que desarrollaran el amparo constitucional previsto en el artículo 49 de la Constitución venezolana de 1961 y la negativa judicial de tramitarlo por considerar dicha norma programática, un tribunal de instancia en el año 1983 decretó un amparo en materia educativa fundamentándose en la entrada en vigencia en el país de la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que en esta materia debían ser aplicados ante el silencio normativo de las instancias internas, dejando sin efecto el carácter programático de la norma constitucional.

chos Humanos, garantizar con ello la efectividad de los instrumentos de protección de derechos y de las decisiones de la CIDH como su último intérprete en el ámbito interamericano.

En virtud de ello los órganos de cada Estado se convierten “...en activos valedores de los derechos convencionales”⁴ que en tal condición deben llevar a cabo su propio control al igual que sucede con la Corte Interamericana a fin de evitar contradicciones o para resolver antinomias entre regulaciones nacionales e internacionales y así favorecer al ser humano, con lo cual se configura una etapa de mejor protección “...acreditando la idea... de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”⁵.

A decir de Sagüés (2018) el control de convencionalidad es la página introductoria de la doctrina referida a la constitución convencionalizada, es decir “...la constitución nacional conformada con aquel aparato normativo y conceptual proveniente del derecho internacional de los derechos humanos”⁶, que conlleva un control destructivo ya que las autoridades internas no deben aplicar la normativa nacional de cualquier jerarquía antinómica tanto al *corpus iuris* interamericano como a las interpretaciones de la CIDH y un control constructivo por el cual los operadores de cada Estado deben adaptar o interpretar el ordenamiento interno de conformidad con los pactos, tratados, convenios y la doctrina de la Corte Interamericana.

4 Raúl Canosa. *El control de convencionalidad*, Aranzadi, S.A, Navarra 2015, p. 21.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2006 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Véase el voto razonado del juez Sergio García.

6 Néstor Sagüés. *La constitución convencionalizada*. Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la Facultad. *Derecho al Día* (ed.314), 2018, año XVII, (párr.5) en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-constitucion-convencionalizada/+7348>

Algunos elementos que deben tomarse en consideración en relación al control de convencionalidad y que han derivado de las decisiones, votos concurrentes y votos razonados de la CIDH son los siguientes⁷:

- a. No puede alegarse la soberanía como pretexto para no ejecutar decisiones supranacionales. La CIDH al analizar la convencionalidad de los actos u omisiones que conoce en relación a normas, valores y principios en los que funda su competencia actúa conforme al orden internacional acogido por la CADH creadora de la jurisdicción interamericana y aceptada en ejercicio de su soberanía por los Estados Partes.
- b. Los jueces internos –y demás autoridades– están sometidos al principio de legalidad, pero también lo están de los tratados internacionales que suscribe su

7 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, julio 29, 1987 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf; caso: La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) febrero 5, 2001 en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Caso%20Ultima%20Tentacion%20de%20Cristo.pdf>; caso Castañeda Gutman vs. México (2008); caso Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), noviembre 16, 2009 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Asimismo véase *caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (1997)*; *caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999)*; *caso Tibi vs. Ecuador (2004)*; *caso López Álvarez vs. Honduras (2006)*; *caso Vargas Areco vs. Paraguay (2006)*; *caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006)*; *caso: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)*; *caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (2006)*; *caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela (2008)*; *caso Radilla Pacheco vs. México (2009)*; *caso Gelman vs. Uruguay (2011)*, entre otros, referidos algunos por Bazán, Eto y Hitters, todos citados, así como Domingo García Belaúnde. “El control de convencionalidad y sus problemas”. En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, 2015 en [http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view File/14888/15428](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. “Inconstitucionalidad por omisión. Implicaciones contemporáneas a la luz del caso *Marbury vs. Madison*”. En *Reflexiones sobre una sentencia bicentennial*, 46, 2011, pp. 81-109. México. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional de la UNAM, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/25.pdf>

Estado. Por tanto, deben cumplir, entre otras, la CADH debiendo velar porque sus efectos no aminoren por la aplicación de leyes que contraríen su objeto y fin. De allí que los jueces internos deben ejercer un control de convencionalidad aplicando a los casos concretos la Convención Americana y las interpretaciones que haga de ella la CIDH como último intérprete de ese instrumento.

- c. Las normas conforme a las cuales se ejerce el control de convencionalidad están constituidas por lo que se ha denominado el *corpus iuris* de los derechos humanos –bloque de convencionalidad–, configurado por la Convención Americana, demás Tratados en esta materia, las interpretaciones de la Corte Interamericana, el *ius cogens* delineado en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1960), es decir los valores y principios aceptados universalmente y que por ello son derechos y obligaciones oponibles erga omnes a todo Estado por el hecho de pertenecer a una comunidad civilizada aun cuando no exista un vínculo de carácter convencional⁸. De esta forma las autoridades internas además de ajustarse como es evidente a su ordenamiento también deben hacerlo a los mencionados instrumentos normativos, principios y valores internacionales⁹.

8 V. Bazán. (2014). *Ob. cit.*

9 D. García Belaúnde. (2015), *ob. cit.*, considera que este *corpus iuris* o bloque de convencionalidad es extenso, variopinto, casi infinito porque abarca la CADH, las demás convenciones americanas e internacionales en esta materia, las sentencias de la CIDH, las opiniones de la Comisión Interamericana, debiendo según su criterio limitarse a un bloque pequeño, permanente, sólido y proponiendo por razones de practicidad que este *corpus iuris* se centre en "...el sistema interamericano con sus instrumentos –no más de seis o siete realmente importantes– y por cierto los Pactos Internacionales de 1966 aprobados por las Naciones Unidas. Con esto tendremos más que suficiente..." (p. 144).

- d. En consecuencia, los Estados deben ajustar el derecho interno al *corpus iuris* interamericano. El ejercicio ilegal del poder público o más allá de las competencias por las autoridades del Estado también lo compromete en su deber de prevenir, investigar y sancionar violaciones. Además, en aquellos casos en los que inicialmente el Estado no es responsable por tratarse por ejemplo de la obra de particulares o no estar identificado el autor de la transgresión, puede generar responsabilidad no por el hecho en sí, sino por no haber actuado con la diligencia debida a fin de prevenir la violación o tratarla en los términos que requiere la Convención. Es irrelevante la intención o motivación del agente ya que inclusive si el mismo no está individualmente identificado se puede generar responsabilidad porque lo que importa es si la transgresión se ha dado con el apoyo o la tolerancia del Estado quien o no la ha prevenido o favorece la impunidad, puesto que la inobservancia consiste a tenor del artículo 1.1 de la CADH en incumplir sus deberes de respetar y garantizar los derechos.
- e. El Estado en relación a la violación de los derechos humanos debe prevenirlas razonablemente, es decir, puede generarse una transgresión pero prevenir es una obligación de medio o de comportamiento por lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas de carácter administrativo, jurídico, político y cultural que promuevan el resguardo de los derechos humanos y aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas como ilícito, además deben investigar seriamente con los medios a su alcance, las transgresiones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción para identificar responsables, imponerles sanciones pertinentes y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

- f. Eventualmente ante las instancias interamericanas puede discutirse la cosa juzgada de una decisión interna cuando afecta los derechos humanos protegidos en la Convención y hay causales de cuestionamiento de la cosa juzgada.
- g. A fin de garantizar el derecho de gentes (*ius cogens*) y la CADH, el Estado Parte debe suprimir normas y prácticas que violen la Convención lo que implicaría revisar en algunos casos disposiciones de la propia Constitución. Por regla la CIDH no modifica de manera directa el ordenamiento interno, es decir no invalida ni anula, sino que controla si se acatan las convenciones internacionales y advierte al Estado para que no incurra en responsabilidad internacional. Se señala que el Estado deberá adoptar medidas para la adecuación del ordenamiento interno, inclusive de la Constitución, a la Convención Americana ya sea mediante la supresión de normas y prácticas que violen las garantías convencionales, desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio o mediante la expedición de normas y desarrollo de prácticas que conduzcan a la observancia efectiva de las garantías¹⁰.
- h. No pueden alegarse disposiciones u omisiones del derecho interno para el incumplimiento del *corpus iuris*. Los Estados están obligados a cumplirlo por el principio del *pacta sunt servanda*.
- i. No puede alegarse *prima facie* como argumento que justifique la irresponsabilidad del Estado, que el funcionario u órgano actuaron fuera de su competencia o en contra del ordenamiento interno ya que es un principio de Derecho Internacional que el Estado debe

10 Brewer-Carías. (2017). *Ob. cit.*

responder por las acciones u omisiones de sus agentes actuando oficialmente o violando su competencia o el derecho interno.

- j. La CIDH tiene el control de convencionalidad derivado de confrontar los hechos realizados y las normas de la Convención, esto es elementos de facto y de iure, pudiendo cotejar solo hechos internos, es decir, leyes, actos administrativos, sentencias, etc. con las normas de la CADH y demás fuentes a fin de determinar en caso de incongruencia la responsabilidad del Estado.
- k. Respecto a las leyes internas podría analizarse su convencionalidad en abstracto sin que sea exigible que las mismas se hayan aplicado a un caso concreto.
- l. El control por omisión inconventional del Estado se deriva de la inacción ya sea del legislador (constituyente o secundario), de la administración o de órganos jurisdiccionales por violación de la normativa interamericana.
- m. Los tribunales internos –y otros órganos- deben ejercer el control de convencionalidad *ex officio* y difuso en el marco de sus competencias y de las correspondientes regulaciones procesales a fin de lograr que el “efecto útil” de la Convención no se vea mermado por la aplicación de la normativa doméstica.

Por otra parte, se trata de un control de oficio que se produce en procedimientos iniciados a instancia de parte y no generan la supresión del principio dispositivo, pero dentro de los cuales el juez debe efectuar, aunque las partes no lo hayan solicitado, un test de convencionalidad de la ley, acto, omisión que sea sometido a control. Se indica que en especial en aquellos casos en los que la Convención tiene jerarquía constitucional o forma parte del bloque de constitucionalidad los jueces en el

marco de sus competencias desaplicarán o anularán normas contrarias a la Convención, empero la doctrina plantea que la discusión futura será si el control de convencionalidad podrá ejercerse de oficio "...cuando en los procesos por violación de derechos de la Convención Americana de los cuales esté conociendo, evidencie *motu proprio* la existencia de violaciones respecto de otros derechos de la Convención aun cuando no hayan sido denunciadas por la víctima, y que resulten de las actas del expediente"¹¹.

A su vez, acorde a la doctrina el control de convencionalidad se puede clasificar como¹²:

- a. Control de convencionalidad vertical: surge de manera heterónoma, en virtud de la aplicación de normativas internacionales, ejercido por la jurisdicción supranacional y con fundamento en la interpretación supranacional. Es el caso de la CIDH que actúa como una suerte de Tribunal Constitucional Internacional y lleva a cabo un control concentrado con efectos erga omnes. En consecuencia, dicta sentencias de convencionalidad vinculantes a toda la región, generando cosa juzgada convencional que sirve de marco interpretativo para ulteriores decisiones en el derecho interno¹³.
- b. Control de convencionalidad horizontal: ejercido por las autoridades domésticas de cada país, para lo cual no aplica el ordenamiento interno sino el supranacional. Se trata de un control difuso con efectos exclusivamente dentro del Estado en el que la autoridad de conformidad con el derecho externo, declara inconvencional una norma, acto, disposición o hecho, desaplicando o dejando sin efecto en el caso especí-

11 *Ibid.* p. 1141.

12 G. Eto. (2014). *Ob. cit.*

13 Ferrer Mac-Gregor como se lee en G. Eto. *Ibidem.*

fico la actuación u omisión contraria al *corpus iuris*. Implica según Eto (2014)¹⁴ la existencia de un juez Hércules que de ser el caso no solo desaplique normas inconventionales sino también desaplique decisiones de los tribunales constitucionales o su equivalente que resulten inconventionales.

- c. Control de convencionalidad por acción o comisión: Se ejerce cuando la autoridad interna dicta o realiza una actividad contraria al *corpus iuris* interamericano.
- d. Control de convencionalidad por omisión: Se ejerce cuando la autoridad interna no actúa o su actividad es deficiente o defectuosa y tal inacción viola de forma relevante el *corpus iuris* interamericano, generándose una preterición inconventional.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es dentro del desarrollo de este control que la Corte Interamericana ha establecido su competencia para ejercer el control concentrado de convencionalidad y por otra parte, la competencia interna para ejercer el control difuso, lo que no solo debe ser ejecutado por los tribunales sino por los demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles¹⁵, lo que ha sido entendido como vinculante a todos los poderes del Estado, entre ellos la Administración Pública, para llevar a cabo ese control dentro del marco de sus competencias y las regulaciones procesales correspondientes y que acorde a la clasificación supra referida se trata de un control horizontal que puede activarse ya sea por acción o por omisión.

14 *Ibid.*

15 Vid. caso: *Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, febrero 24, 2011 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

El tema se vincula con el principio de legalidad y el de separación de poderes, por lo que autores como Sagüés (2015)¹⁶ se preguntan si las autoridades administrativas pueden ejercer el control difuso de convencionalidad inaplicando normas contrarias al *corpus iuris* interamericano, aunque no tengan la competencia para ejercer el control interno de constitucionalidad puesto que la desapplicación de la Constitución está reservada a las autoridades judiciales.

En México por señalar un caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que las autoridades administrativas deben interpretar las disposiciones de manera más favorable a la persona, pero no pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad para lo cual se requiere un pronunciamiento previo de fondo sobre el asunto¹⁷, postura que resulta contradictoria tanto con la jurisprudencia de la CIDH como con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuyo artículo 1 establece que toda autoridad en el ámbito de sus competencias debe promover, proteger, garantizar y respetar los derechos humanos¹⁸.

De igual manera en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2001, se pronunció en relación a que el control difuso de constitucionalidad compete

16 N. Sagüés. "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e.V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149. en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

17 Véase Caleb Rodríguez. "La aplicación del control de convencionalidad por las autoridades administrativas". Artículo de opinión, febrero, 2017 en http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r23_trabajo-7.pdf consultado en fecha 16 de marzo de 2019.

18 Marcos del Rosario. "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad" en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, julio-diciembre 2015, pp. 157-191 en https://www.researchgate.net/publication/298802363_La_aplicacion_por_parte_de_las_autoridades_administrativas_del_control_difuso_de_constitucionalidad_y_convencionalidad

exclusivamente a los jueces, incluso los de la jurisdicción alternativa, no pudiendo ejecutarla otros poderes ni siquiera cuando llevan a cabo actividades en materia cuasi jurisdiccional¹⁹. Se trae a colación el caso venezolano porque independientemente de la denuncia tanto de la CADH como de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la primera en 2012 y la segunda en 2017, debería ser factible ejercer a lo interno el control de convencionalidad con fundamento en los principios de progresividad e inherencia de los derechos humanos (artículos 19 y 27 de la Constitución)²⁰, al detectar cualquier disposición interna contraria a instrumentos internacionales en esta materia que han sido denunciados o que son inherentes a la persona pero cuyo tratamiento es más beneficioso al contemplado en las disposiciones jurídicas nacionales.

Según se lee de García Belaúnde (2015), aunque lo ideal sea que todas las autoridades protejan los derechos humanos a través de un control de convencionalidad, en un procedimiento administrativo concederle estos poderes jurisdiccionales a la Administración, además de que generalmente las Constituciones no se los otorga “...es peligroso y nada recomendable...”²¹. La Administración autoriza -aprueba-otorga o no lo solicitado, pero es al órgano jurisdiccional a quien compete confirmar o anular esa decisión. Continúa el autor al señalar que si bien es cierto en la sentencia *Gelman vs. Uruguay* del 2011 la Corte Interamericana indica que la Administración llevará a cabo este control dentro de sus competencias “...no debemos olvi-

19 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, caso: *Acción de amparo constitucional interpuesta por el Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2000 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, expediente no. 00-2196, sentencia no. 833, mayo 25, 2001 en <http://vlexvenezuela.com/vid/instituto-autonomo-municipal-chacao-283485231>

20 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* 36.860, diciembre 30, 1999. Reimpresa con correcciones en la *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Enmendada el año 2009 *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.908 (Extraordinario), febrero 2, 2009.

21 D. García Belaúnde. *Ob. cit.* p. 145.

dar que las competencias de la Administración no siempre son claras".²²

En este orden de ideas, pero en relación a la actividad jurisdiccional, el tema ha sido tratado respecto a si los jueces internos aun no teniendo el control difuso de constitucionalidad expresamente establecido, pueden ejercer el control de convencionalidad, posturas que pueden traspolarse para determinar si las autoridades administrativas pueden ejercer este último.

Es así que con base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el profesor Brewer-Carías (2017) considera que el ejercicio del control difuso de convencionalidad es una competencia de los jueces que deriva directamente de la CADH y no depende de la competencia contemplada en el ordenamiento jurídico interno para ejercer el control difuso de constitucionalidad puesto que son diferentes ambos mecanismos y su parámetro de control también es distinto (Constitución en un caso e instrumentos internacionales en el otro), por lo que no tiene sentido hacerlos depender entre sí para que funcionen.²³ Adicionalmente señala siguiendo a Jinesta que se ha producido una suerte de reforma tácita de las legislaciones nacionales en materia de acciones de constitucionalidad por las que los tribunales de oficio deben efectuar el test de convencionalidad de la disposición, norma o acto interno o local aun cuando no haya sido solicitado por la parte interesada²⁴. A su vez autores como Bolaños (2016) se preguntan si el control de convencionalidad es una alternativa a la prohibición del control difuso a

22 *Ibid.* p. 145.

23 A. Brewer-Carías. (2017). *Ibid.*

24 *Ibidem*. Véase en especial la mención del profesor Brewer-Carías a la opinión del magistrado Ernesto Jinesta de la Corte Suprema de Costa Rica, quien considera que a partir de la sentencia de Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú de 2006 dictada por la CIDH, la competencia de oficio en materia de convencionalidad generó la conversión del sistema de dispositivo a parcialmente inquisitivo en el que los tribunales a fin de evitar la responsabilidad del Estado por omisión, deben llevar a cabo dicho control dentro del marco de sus competencias y regulaciones procesales internas.

las autoridades administrativas proponiendo que en Perú ante el precedente vinculante del Tribunal Constitucional de negar el control difuso de constitucionalidad en sede administrativa, estas autoridades se encuentran habilitadas para ejercer el control difuso de convencionalidad –con límites, sin señalar cuáles en específico- en virtud de la jurisprudencia de la CIDH y porque no hacerlo implicaría eventualmente responsabilidad internacional del Estado²⁵.

A diferencia de lo anterior, Ferrer Mac-Gregor²⁶, plantea que en este punto se vinculan el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad ya que cuando la jurisprudencia interamericana alude a que se ejercerá este control de oficio, dentro del marco de las competencias y las regulaciones procesales correspondientes, implica que si bien los jueces ejercen la convencionalidad aunque carezcan de la competencia para llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad, a todo evento lo ejercerán en “menor intensidad” es decir, operará una graduación del control por el que el juez solo se limitará a realizar “interpretaciones conformes” a la Convención sin poder desaplicar las normas inconventionales. El problema tanto judicial como para el resto de las autoridades se presenta si es imposible toda interpretación conforme en cuyo caso, si el juez o la Administración de ser el caso, no puede desaplicar por carecer de esta competencia, entonces se limitará a señalar la inconventionalidad detectada o si el ordenamiento interno se lo permite deberán plantear su duda ante órganos judiciales revisores que tengan la competencia de control difuso y que en definitiva puedan desaplicar²⁷.

25 Elard Bolaños. “¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa?”. *Administración Pública & Control*, 27, marzo 2016, pp. 66-72 en https://www.academia.edu/24216016/_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibici%C3%B3n_del_control_difuso_en_sede_administrativa

26 Según refiere Brewer-Carías (2017). *Ob. cit.*

27 Conclusión que se toma con base a planteamientos de Néstor Sagüés. “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. *Anuario de Derecho*

Al respecto es importante precisar que la Administración Pública en sentido funcional abarca todas aquellas actuaciones de índole administrativa que ejecutan cualesquiera de los poderes públicos y desde el punto de vista orgánico se identifica la Administración Pública exclusivamente con el Poder Ejecutivo que, aunque dicta actos administrativos su función no se agota en este tipo de actos.

Cualquiera que sea el sentido de Administración (funcional u orgánico) tiene la competencia de aplicar normas, pero también de crearlas (reglamentos y actos administrativos con contenido normativo) y si se hace referencia dentro de la Administración específicamente al Poder Ejecutivo, no solo dicta normas de rango sublegal como los reglamentos o los actos administrativos mencionados, sino también disposiciones de rango legal como los decretos con rango, valor y fuerza de ley.

Sagüés (2015) de forma general respecto al control de convencionalidad y de manera particular cuando se refiere a este control ejercido por el Poder Ejecutivo y los entes u órganos administrativos, plantea que es necesario diferenciar entre el rol represivo y el rol constructivo del control de convencionalidad²⁸. El primero es el clásico control por el cual ante la antinomia que se presentare entre las reglas internas (inclusive las constitucionales) con las interamericanas y la jurisprudencia de la CIDH (esto debe entenderse como el bloque de convencionalidad), los jueces domésticos debían desaplicar las reglas de derecho interno asegurando así la primacía de las regulaciones internacionales. Este mecanismo luego se extendió a otras autoridades y se convirtió en un deber de oficio tanto de los jueces como del resto de los órganos del Estado. El segundo es un rol positivo en el sentido que no busca la inaplicación de la regla local contraria al ordenamiento y jurisprudencia intera-

Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149 en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

28 *Ob. cit.*

americanos sino lograr la interpretación conforme de las reglas locales de cualquier jerarquía y adecuarlas a los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la CIDH.

Esto último según el autor conduce a la práctica de varias operaciones, a saber:

... (i) de selección de interpretaciones, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de construcción de interpretaciones, mediante interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición (cuando se agrega algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), mutativas por sustracción (al revés, si se quita algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o mutativas mixtas, por sustracción-adición (también son llamadas “sustitutivas”), donde el operador extrae algo y añade algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados. El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo), manipulativas o modulativas (asimismo, “interpretativas”)²⁹.

Al centrarnos en la actividad que lleva a cabo el Poder Ejecutivo y demás entes u órganos administrativos, cuando crean normas, considera el autor que rigen las pautas del control legisferante de convencionalidad tanto en su rol constructivo como el represivo, debiendo dictarlas de conformidad con el bloque de convencionalidad y dejarlas sin efecto si son contrarias al mismo.

²⁹ *Ob. cit.* pp.143 y 144.

Ahora bien, cuando se trata de la aplicación de normas por parte de aquellos, debe tomarse en cuenta que este control debe ejercerse de oficio y con respeto al principio del debido proceso, de forma tal que en cuanto al control constructivo las autoridades administrativas podrán llevar a cabo un control difuso, para lo cual deberán escoger entre las posibles interpretaciones aquella que sea conforme con el bloque de convencionalidad o de ser necesario construir interpretaciones que logren encuadrar las reglas internas con las externas a través de la adición, de la sustracción o de ambas funciones³⁰.

En caso de fracasar este mecanismo que es el primero a ser utilizado y siguiendo en parte a Sagüés (2015), entonces debiera la Administración desaplicar aquella regulación contraria al *corpus iuris*. Sin embargo, la situación no es sencilla. Si los órganos administrativos tienen la competencia interna para llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad no presentaría inconvenientes para ejecutar el control de convencionalidad, aunque puede presentarse la situación de que una autoridad al dictar un acto administrativo, desaplique por inconveniente una disposición dictada por su superior jerarca quien a su vez sería la autoridad con competencia para revisar en alzada ese acto, para lo cual debieran funcionar mecanismos a lo interno del órgano o ente a fin de evitar esta situación, procediéndose a derogar o modificar la normativa violatoria o a todo evento inhibiéndose el superior jerarca del conocimiento de la situación que podría llegarle a su conocimiento vía recurso.

De no contar con dicha competencia, entonces se genera por una parte la imposibilidad de desaplicar sin violar con ello el principio de legalidad y de separación de poderes, a menos que se considere que no existe tal violación ya que no hay dependencia entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad tal y como indica el profesor Brewer-Carías (2017). Esto traería consigo que un funciona-

30 *Ibid.*

rio administrativo cualquiera que fuera su jerarquía podría carecer de competencia para el control de constitucionalidad, pero tenerla para el de convencionalidad con lo cual podría incluso desaplicar la Constitución a fin de hacer prevalecer el instrumento internacional si fuere conculcado.

Reiterando lo señalado por García Belúnde (2015) esto es peligroso y además nada recomendable, entre otras razones por la cierta discrecionalidad propia de algunas competencias administrativas, razón por la cual, tiene sentido lo que parte de la doctrina indica, esto es, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe perfilar los elementos de control de convencionalidad cuando va a ser ejercido por autoridades distintas a los jueces, y a nivel interno, en aquellos países en los que existe plena vigencia de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, se debe adecuar la normativa interna para hacer factible dicho control, deseable aunque no exento de inconvenientes, con el objetivo de hacer más fácil el logro del efecto útil de tales instrumentos ya que como indica Sagüés (2015), interesa que la Administración cuente con mecanismos para resolver la violación del *corpus iuris* interamericano porque lo que no debe admitirse

...es que el Poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley³¹.

CONCLUSIONES

- El control de convencionalidad como mecanismo para lograr el efecto útil del *corpus iuris* interamericano, amplísimo catálogo de regulaciones que integran el

31 *Ob. cit.* p. 148.

bloque de convencionalidad, ha incorporado a las autoridades locales al ejercicio de este control, con lo cual se ha procedido tácitamente a la modificación y expansión interna de las competencias.

- La Administración Pública puede llevar a cabo el control de convencionalidad constructivo y represivo si el ordenamiento establece su competencia para ejercer el control de constitucionalidad. Sin embargo, ambos controles no dependen el uno del otro como lo expone el profesor Brewer-Carías lo que por analogía implica que la ampliación competencial de la Administración Pública no provendría del ordenamiento jurídico interno sino de las decisiones de la CIDH.
- Ante las dudas parte de la doctrina considera que la Administración siempre puede ejercer un rol constructivo (interpretación conforme) pero para llevar a cabo la función represiva en caso de ser imposible la aludida interpretación sería necesario modificar el ordenamiento interno a fin de cumplir con las regulaciones interamericanas.
- Por tanto los Estados deben procurar la eficacia del sistema jurídico, el efecto útil de los instrumentos internacionales y en consecuencia solventar los obstáculos existentes para el pleno y eficiente ejercicio de los derechos humanos, los que se verían afectados si la Administración Pública se ve obligada a tomar decisiones violatorias del bloque de convencionalidad por imposibilidad de desaplicar o por no contar con mecanismos céleres para resolver las incompatibilidades entre el ordenamiento local y el interamericano.
- De esta forma si a lo interno no se establecen las herramientas para el control por la Administración ya sea de forma directa o indirecta, se genera responsabilidad

para el Estado derivada de una omisión o preterición inconvencional.

REFERENCIAS

- Bazán, V. (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Bogotá en http://www.kas.de/wf/doc/kas_17183-1442-4-30.pdf?151020194957
- Bolaños, E. (2016). ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? *Administración Pública & Control*, 27, marzo 2016, pp. 66-72 en https://www.academia.edu/24216016/_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibici%C3%B3n_del_control_difuso_en_sede_administrativa
- Brewer-Carías, A. (2017). Justicia constitucional y jurisdicción constitucional. *Colección Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, obra facilitada en digital por el autor
- Canosa, R. (2015). *El control de convencionalidad*, Aranzadi, S.A, Navarra.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* 36.860, diciembre 30, 1999. Reimpresa con correcciones en la *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Enmendada el año 2009 *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.908 (Extraordinario), febrero 2, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *Caso: Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, julio 29, 1987 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Caso: La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)* febrero 5, 2001 en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Caso%20Ultima%20Tentacion%20de%20Cristo.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)* en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, noviembre 16, 2009 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, febrero 24, 2011 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Del Rosario, M. (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, julio-diciembre 2015, pp. 157-191 en https://www.researchgate.net/publication/298802363_La_aplicacion_por_parte_de_las_autoridades_administrativas_del_control_difuso_de_constitucionalidad_y_convencionalidad
- Eto, G. (2014). La inconventionalidad por omisión: una aproximación conceptual. En *Libro de Ponencias V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional Arequipa 2014*, 129-152, octubre 30-noviembre 01 2014, Lima: Adrus D & L Editores S.A.C. en file:///C:/Users/Maria/Desktop/v_congre_naci_dere_proc_consti.pdf

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). "Inconstitucionalidad por omisión. Implicaciones contemporáneas a la luz del caso *Marbury vs. Madison*". En *Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, 46, 2011, pp. 81-109. México. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional de la UNAM, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/25.pdf>

García Belaúnde, D. (2015). "El control de convencionalidad y sus problemas". En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, / ISSN 1027-6769 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428>

Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En *Estudios constitucionales*, 2, vol.7, pp. 109-128. Santiago de Chile en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>

Rodríguez, C. (2017). *La aplicación del control de convencionalidad por las autoridades administrativas*. Artículo de opinión en http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r23_trabajo-7.pdf

Sagüés, N. (2015). Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149. en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

Sagüés, N. (2018). *La constitución convencionalizada*. Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la Facultad. *Derecho al Día* (ed.314), año XVII, en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-constitucion-convencionalizada/+7348>

Tribunal Supremo de Justicia. (2001). Sala Constitucional, caso: *Acción de amparo constitucional interpuesta por el Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2000 por la Corte Primera de lo Contencioso*

Administrativo, expediente no. 00-2196, sentencia no. 833,
mayo 25, 2001 en <http://vlexvenezuela.com/vid/instituto-autonomo-municipal-chacao-283485231>