

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública: una mirada interamericana

Daniel Wunder Hachem

SUMARIO: I. Introducción. II. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su ejercicio por las autoridades administrativas. III. Aspectos operativos y procedimentales del control de convencionalidad por la Administración pública en los países del SIDH. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos, en general, y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en particular, promovieron impactos en la forma de entender los ordenamientos jurídicos nacionales en los países de América Latina. El proceso de celebración de compromisos jurídico-políticos entre los Estados —materializados en forma de tratados internacionales— a favor de la tutela de los derechos humanos pasó a exigir una nueva forma de ver las fuentes del derecho. Si antes, en los países de tradición civilista, la ley formal (promulgada por el Parlamento) se elevaba a la condición de fuente del derecho por excelencia, ahora cede su protagonismo a los derechos humanos de las convenciones internacionales y a los derechos fundamentales de las constituciones.

La aplicación del derecho por parte de los Estados se manifiesta en el ejercicio de todas sus funciones: no solo legislativa y jurisdiccional, sino también administrativa. El respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos de los tratados internacionales deben guiar efectivamente la actividad del legislador y del juez, pero no solo eso: también deben guiar la acción de la Administración pública. Esto significa que todos los organismos y autoridades públicas están, en el ejercicio de cualquiera de sus funciones estatales, vinculados por los tratados internacionales de derechos humanos como fuente de derecho.

En los últimos años, la preocupación por la repercusión nacional de los derechos humanos contemplados en los documentos jurídicos internacionales ha cobrado mayor atención por parte de los estudiosos del derecho internacional, en primer lugar, y del derecho constitucional, en segundo lugar. La discusión sobre la jerarquía de estas convenciones internacionales, por ejemplo, solía plantearse en los debates parlamentarios en el seno del poder legislativo cuando se votaba un proyecto de ley, o en el ámbito judicial en el curso de un juicio cuya situación envolvía la incompatibilidad entre una disposición de un tratado internacional y una norma constitucional o legal. Sin embargo, en muchos países latinoamericanos, los investigadores del derecho administrativo han prestado poca o ninguna atención al tema.¹ Y parece que hay una razón clara para ello.

El derecho administrativo se construyó a lo largo de los siglos XIX y XX bajo la fuerte influencia de sus orígenes franceses. La primera conformación de esta rama jurídica se forjó sobre la base del principio de legalidad administrativa, según el cual la Administración pública debe obedecer estrictamente la ley en sentido formal (expresión de la voluntad general del pueblo) como forma de evitar la arbitrariedad y la violación de la propiedad y de las libertades de los individuos por parte de los agentes públicos.²

¹ Con importantes excepciones, como es el caso —por poner un ejemplo destacado— de la República Argentina. Véase Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel y Justo, Juan Bautista (col.), *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

² García de Enterría, Eduardo, “Principio de legalidad: Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

Esta concepción llegó a reproducirse en varios países —incluso latinoamericanos— en los que se tomó como paradigma el derecho administrativo francés (ya sea directamente o por influencia de otro país que adoptó el modelo francés, como España y sus reflejos en los sistemas jurídicos de América Latina). Por tanto, para los administrativistas, la Administración pública debería preocuparse por la aplicación de la ley, fuente última del derecho.

Esta visión, según la cual la ley es siempre un escudo protector de los individuos, no se da cuenta de que no solo la Administración pública puede violar los derechos de los ciudadanos. Formalmente, el legislador también puede crear normas jurídicas dentro de los trámites procedimentales establecidos para su aprobación, pero cuyo contenido es materialmente lesivo para la dignidad de la persona y los derechos humanos que de ella se derivan. En otras palabras: el cumplimiento de la ley no es garantía de que los derechos humanos más importantes sean respetados por el Estado-Administración. De hecho, esta es precisamente la razón de ser del derecho internacional de los derechos humanos: evitar, mediante la asunción de compromisos políticos en el orden internacional, que un Estado viole los derechos humanos en su territorio bajo el argumento de que su actuación se ajusta a una ley interna.

En el escenario latinoamericano, esta preocupación tomó fuerza con el establecimiento y desarrollo del SIDH. El afán de los Estados parte por una mayor protección de estos derechos, reflejado en la apertura de sus ordenamientos jurídicos al derecho internacional, llevó a la doctrina a desarrollar un enfoque propio del tema, denominado *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Este enfoque busca identificar los problemas comunes que viven los países de la región y las formas de superarlos a través de un constitucionalismo transformador, basado en la tríada de derechos humanos, democracia y Estado de derecho.³

la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año IV, núm. 10, enero-abril de 1984, pp. 11-62.

³ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50; Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius Consti-*

La necesidad de asegurar el respeto efectivo de estos derechos por parte de los Estados, sin poder invocar como obstáculo a su cumplimiento normas de derecho interno, llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a desarrollar la doctrina del control de convencionalidad. A partir del 2006, a través de la posición expresa de la Corte,⁴ diferentes sentencias consolidaron el entendimiento de que la verificación de compatibilidad entre una norma de derecho interno con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) constituye un verdadero deber de los jueces pertenecientes a los Estados signatarios del pacto. Esto es así porque no tendría sentido reconocer la obligatoriedad de los tratados internacionales si los jueces de los Estados parte, en el ámbito interno, no realizaran este examen de conformidad de las leyes y actos normativos nacionales con las disposiciones normativas de las convenciones, que fueron firmadas por los países precisamente para conferir un mayor nivel de protección jurídica a los derechos humanos, protegiéndolos frente a las medidas internas adoptadas por el Estado.

Pero la Corte IDH fue más allá: en el 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, extendió el alcance de esta doctrina a la Administración pública, afirmando que el ejercicio del control de convencionalidad es una “función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.⁵ Con esta decisión, el deber de ejercer el control de convencionalidad de las leyes y los actos normativos internos ya no se limita a los jueces, sino que ahora se amplía para alcanzar también a las autoridades administrativas del Estado. Este entendimiento es confirmado y desarrollado posteriormente por la Corte en otros casos.

A pesar de estas manifestaciones explícitas de la jurisprudencia de la Corte IDH, la doctrina mayoritaria y la Administración pública de los países latinoamericanos aún no han aceptado esta

tionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, México, UNAM, 2014.

⁴ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 239.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

posición en la práctica. La visión clásica del derecho administrativo forjada en el siglo XIX, ceñida a una noción de legalidad estricta y a un concepto amplio de discrecionalidad administrativa, sigue erigiendo obstáculos a la admisibilidad del control de convencionalidad por parte de los agentes públicos en el ejercicio de la función administrativa del Estado. Se produce, entonces, una especie de callejón sin salida entre las determinaciones fijadas por la jurisprudencia de la Corte IDH y la práctica administrativa desarrollada en los países signatarios de la CADH.

Este estudio tiene como objetivo analizar en qué medida la Administración pública, en los países miembros del SIDH, está vinculada al poder-deber de ejercer el control de convencionalidad de las leyes y otros actos normativos nacionales en el ejercicio de la función administrativa del Estado. El tema es polémico, pues existen argumentos a favor y en contra del reconocimiento de esta prerrogativa para las autoridades administrativas, y la posición de la Corte IDH al respecto es aún tímida y relativamente reciente, por lo que la aplicación del control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas sigue siendo la excepción —y no la regla— en los países latinoamericanos.

Para lograr este objetivo, el documento se estructurará en dos partes: *i)* primero, se llevará a cabo una investigación sobre la jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con el control de convencionalidad y su ejercicio por parte de las autoridades administrativas; *ii)* en un segundo momento, el estudio formulará proposiciones de aspectos operativos y procedimentales de cómo debe ejercerse el control de convencionalidad por parte de la Administración pública en los diferentes sistemas jurídicos de los países que integran el SIDH.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU EJERCICIO POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

En el ámbito del derecho constitucional, el reconocimiento de la supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas presupone la creación de un sistema de *control de constitucionalidad*,

a través del cual se atribuye a uno o varios órganos estatales la competencia para examinar la compatibilidad de las leyes y actos normativos con las normas de la Constitución y declarar su nulidad en caso de contradicción. Las formas de ejercer este control y los actores legitimados para provocarlo y ejercerlo varían según el modelo adoptado por cada país. Sin embargo, es unánime el reconocimiento de que la existencia de un sistema de control es esencial para garantizar la supremacía constitucional, ya que, de lo contrario, el sistema jurídico admitirá la presencia de normas de menor jerarquía que sean contrarias a las disposiciones normativas de nivel superior.

Cuando se ingresa en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, y, en particular, del SIDH, la discusión se vuelve un poco más compleja. El hecho es que la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos entre las fuentes del derecho no es la misma en todos los países y hay, al menos, cuatro posiciones distintas: *i*) jerarquía supraconstitucional; *ii*) jerarquía constitucional; *iii*) jerarquía infraconstitucional, pero supralegal; *iv*) jerarquía legal.⁶ Sin embargo, independientemente de la posición adoptada por cada Estado sobre esta cuestión a nivel normativo (por ejemplo, constitucional), jurisprudencial o doctrinal, la CADH establece en su artículo 1 que los Estados parte tienen la obligación de respetar los derechos en ella previstos y establece en su artículo 2 el deber de adoptar medidas legislativas o de otra índole para hacer efectivos estos derechos y asegurar su pleno ejercicio.

Si los Estados signatarios del pacto se comprometen a respetar los derechos enunciados en él y a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para hacerlos efectivos, naturalmente las disposiciones normativas del derecho interno y los actos practicados por los agentes del Estado basados en ellas no pueden ser ofensivos para dichos derechos. En otras palabras: las disposiciones normativas internas y las prácticas basadas en ellas deben ser compatibles con las normas de la CADH, lo que presupone la existencia de mecanismos de control (y de órganos dotados de competencia para realizarlos) para verificar la conformidad de las

⁶ Gussoli, Felipe Klein, “Hierarquía supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 3, septiembre-diciembre de 2019, pp. 703-747.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

leyes, los actos normativos y las conductas de los agentes públicos nacionales con las normas internacionales que conforman el SIDH. Esta fiscalización se denomina *control de convencionalidad*.

Los principales fundamentos que justifican este control son los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en el derecho internacional, contemplados en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. En su artículo 26, la Convención establece: “*Pacta sunt servanda* - Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Y en su artículo 27 establece: “*Derecho interno y observancia de los tratados* - Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”. Si los Estados deben cumplir de buena fe los tratados y no pueden utilizar sus normas jurídicas internas como excusa para no aplicarlos, se vuelve necesario controlar la existencia de conflictos entre las normas nacionales y las convencionales para asegurar el respeto de estas últimas.

Esta práctica no es nueva, pues, al fin y al cabo, esta es precisamente una de las principales atribuciones de los tribunales internacionales: verificar la ocurrencia de comportamientos estatales contrarios a las normas y parámetros establecidos en las fuentes del derecho internacional.⁷ Algunos dicen que esta práctica es tan antigua como la propia CADH.⁸ Sin embargo, el uso de esta expresión fue inaugurado por la Corte IDH, que en diferentes sentencias fue desarrollando una verdadera doctrina del *control de convencionalidad*, manifestándose sobre las diferentes formas de ejercerlo, los órganos y autoridades competentes para hacerlo, los efectos que de él se derivan, entre otros elementos relevantes para la aplicación práctica de este mecanismo.

El término “control de convencionalidad” aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte en 2003, en el caso *Myr-*

⁷ Ruiz-Morales, Manuel L., “El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 21, 2017, p. 133.

⁸ Brewer-Carias, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 268, mayo-agosto de 2017, p. 108.

na *Mack Chang vs. Guatemala*, en un voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.⁹ En el 2004, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, el mismo juez volvió a utilizar el término en su voto, afirmando que “si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”.¹⁰ Y de nuevo, también de forma individualizada en su voto razonado, el juez Sergio García Ramírez reitera el uso de la expresión en el caso de *López Álvarez vs. Honduras* en el 2006.¹¹

En el mismo año de 2006, en el juicio del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte IDH utilizó por primera vez el término “control de convencionalidad” como tribunal (y no a través del voto individual de uno de sus jueces). En un pasaje emblemático, tras afirmar que es consciente de que los jueces y tribunales nacionales están sometidos al ordenamiento jurídico nacional, afirma que la ratificación de la CADH por parte de un Estado vincula también a sus jueces y magistrados, miembros del aparato estatal, que deben velar por que las normas del tratado no sean violadas por leyes internas contrarias a ellas. Luego señala que “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”,¹² debiendo tener en cuenta también la interpretación de sus disposiciones por parte de la Corte IDH.

También en el 2006, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte vuelve a utilizar el término “control de convencionalidad”, agregando un nuevo elemento: señala que este control debe ser realizado *ex officio*

⁹ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

¹¹ Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

¹² Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, *cit.*

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

por los órganos del poder judicial, es decir, independientemente de la solicitud de la parte interesada.¹³ Y en su voto razonado, el juez Sergio García Ramírez añade que el parámetro de validez de las leyes y actos practicados en el ámbito interno de los Estados para ser utilizados en el ejercicio de este control no se limita a las normas de la CADH, sino que se extiende también a los demás instrumentos que forman parte del *corpus iuris* interamericano,¹⁴ tales como el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada, entre otros.¹⁵

Con base en estas primeras decisiones de la Corte IDH sobre la materia, se observa que el control de convencionalidad de las normas y actos estatales puede realizarse de dos maneras. Una de ellas es la practicada por los jueces u órganos jurisdiccionales del Estado parte. En el ejercicio de su función jurisdiccional, a los jueces les corresponderá no solo verificar la compatibilidad de las normas y otras prácticas nacionales con la Constitución, sino también su conformidad con la CADH, los tratados complementarios y con la interpretación de estos documentos jurídicos

¹³ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128.

¹⁴ La Corte IDH se refiere a un *corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*, “formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenciones, resoluciones y declaraciones)” (Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 115). Este *corpus iuris* está compuesto no solo por las normas expresas de los tratados internacionales, sino también por el derecho internacional consuetudinario, “de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente” (Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos. Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párr. 45).

¹⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú...*, *cit.*, párr. 2.

por parte de la Corte IDH. En este sentido, además de los jueces nacionales que deben velar por el cumplimiento y la aplicación de la Constitución, se considera a los magistrados de los Estados parte como jueces interamericanos, quienes, de manera descentralizada, desempeñan la función de velar por el cumplimiento de las normas y conductas internas con el conjunto de normas que conforman el SIDH. Este método se denomina por la doctrina como *control de convencionalidad difuso*,¹⁶ *interno*¹⁷ o *primario*.¹⁸

La otra forma de realización del control de convencionalidad es la desempeñada por la propia Corte IDH, en el ejercicio de su función de intérprete y guardián de la CADH (en los términos del art. 62). En estos casos, el Tribunal manifestará su interpretación con relación al *corpus iuris* interamericano y, si constata la contrariedad de la norma o el acto estatal practicado en el ámbito interno, ordenará al Estado parte que modifique, anule o derogue la disposición normativa o la práctica que viola la CADH o los tratados y convenciones complementarias del SIDH, a fin de asegurar el respeto y disfrute de los derechos humanos violados.¹⁹ Esta forma se denomina *control de convencionalidad concentrado*,²⁰ *externo*²¹ o *secundario*.²²

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

¹⁷ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012, p. 213.

¹⁸ Hitters, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año XIII, núm. 1, enero-junio de 2015, p. 126.

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, p. 1168.

²⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso...”, *cit.*

²¹ García Ramírez, Sergio, “El control judicial...”, *cit.*

²² Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

Con la evolución de su jurisprudencia, la Corte ha ido precisando y ampliando el alcance de su entendimiento sobre quién tiene el deber de practicar el control de convencionalidad difuso o interno. Si al principio se refería genéricamente al “Poder Judicial”,²³ en decisiones posteriores comenzó a aludir a los “órganos del Poder Judicial”,²⁴ para luego mencionar a los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.²⁵

A partir del 2011, la interpretación de la Corte IDH sobre quién debe realizar el control difuso de convencionalidad se amplió aún más significativamente. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, el Tribunal declaró que dicho control es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.²⁶ Con la decisión, el deber de ejercer el control de convencionalidad deja de limitarse a los jueces y órganos del poder judicial y se amplía para alcanzar también a las autoridades administrativas del Estado. La referencia de la Corte a “cualquier autoridad pública” es clara en el sentido de abarcar a los agentes públicos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, aunque no se aportan más detalles en esta sentencia.

Este entendimiento sobre el alcance del deber de control, ahora extendido a todos los poderes y órganos del Estado, es confirmado por la Corte IDH en otras decisiones. En el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, en octubre de 2012, sostuvo que la obligación de respetar la CADH “vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”. Además, señala, de forma algo más específica, que la realización de este control debe hacerse “evidentemente en el marco

²³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, *cit.*

²⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú...*, *cit.*

²⁵ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 225.

²⁶ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *cit.*

de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.²⁷

Un mes después, en el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, la Corte repite dicha posición, en el sentido de que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”. Una vez más, el Tribunal no limita este deber a los jueces y órganos del poder judicial, refiriéndose más ampliamente a “todas las autoridades y órganos”.²⁸

En la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, en 2013, la Corte elimina cualquier duda sobre su posición. En esa oportunidad, el Tribunal es claro al afirmar que las obligaciones de los Estados parte derivadas de la CADH “vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, [...] tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”.²⁹

En 2014, en el caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, el Tribunal consideró “pertinente recordar [...] que 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’”.³⁰ En esta decisión, la Corte ratifica el argumento de que todas las autoridades y órganos del Estado deben realizar dicho control “en el ámbito de sus competencias”, un pasaje que acaba abriendo márgenes a diferentes interpretaciones, como se verá a continuación.

²⁷ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252, párr. 318.

²⁸ Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 142.

²⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 59.

³⁰ Corte IDH. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282, párr. 471.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

A la luz de este conjunto de decisiones, lo que se puede inferir es que la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que: *i)* los Estados parte, al suscribir la CADH y adherirse al SIDH, asumen la obligación de respetar el *corpus iuris* interamericano y adecuar las normas jurídicas de derecho interno a sus preceptos, parámetros y estándares de protección de los derechos humanos; *ii)* para que esta protección tenga un efecto útil, es necesario que los agentes públicos, de oficio o a petición de la parte interesada, realicen un *control de convencionalidad*, que consiste en verificar la compatibilidad de la norma o acto estatal examinado con el *corpus iuris* del sistema interamericano, a efectos de asegurar la adecuación de este último, y *iii)* este control debe ser ejercido no solo de manera concentrada y subsidiaria por la Corte IDH, sino también de manera difusa y primaria dentro del ámbito de los Estados por todos los órganos y autoridades públicas o estatales de todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

En este sentido, es necesario reconocer que, según la Corte IDH, la Administración pública de los Estados firmantes de la CADH está sometida al deber de ejercer el control de convencionalidad. Esta afirmación, extraída del lenguaje internacionalista, está en sintonía con lo que el discurso administrativista ha sostenido en las últimas décadas: según el *principio de juridicidad administrativa*, la Administración pública está vinculada a la ley y *al derecho*. Ya no basta con respetar la ley en sentido formal dictada por el Parlamento (*principio de legalidad estricta*), es necesario que las autoridades administrativas actúen también de conformidad con la Constitución (*principio de constitucionalidad*), con los tratados y convenciones internacionales (*principio de convencionalidad*) y con los actos administrativos normativos (*principio de autovinculación*).

Reconocer esto en términos teóricos y abstractos no es difícil. Al fin y al cabo, ¿quién sería capaz de decir que la Administración pública debe ignorar, irrespetar y violar los tratados internacionales de derechos humanos, que transmiten los compromisos jurídico-políticos adquiridos por un Estado ante la comunidad internacional en favor de la dignidad de las personas? Ahora bien, cuando la cuestión se plantea en circunstancias prácticas y concretas, la aceptación no es tan sencilla. Si una ley nacional, cuya validez no ha sido controvertida en sede judicial, ordena a la Administración emitir una orden que viola un derecho humano pre-

visto en la CADH (por ejemplo, un trato discriminatorio), ¿debe la autoridad administrativa ejecutarla o no? ¿Debe aplicar la ley en sentido estricto, violando los derechos humanos, o no aplicarla para hacer prevalecer una norma de la CADH contradicha por la legislación interna (por ejemplo, el art. 24 - igualdad ante la ley)?

¿En qué términos debe producirse este control de la convencionalidad por parte de las autoridades administrativas? ¿Deben aplicar la CADH y el *corpus iuris* interamericano solo cuando ello se produzca de forma complementaria al ordenamiento jurídico interno y no implique una contradicción con las leyes nacionales? ¿O pueden negarse a aplicar leyes consideradas no convencionales? Para ello, ¿es necesario que en el ordenamiento jurídico analizado esta misma autoridad tenga la competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad o son competencias diferentes? ¿Y cuáles son los efectos de este control, *inter partes* o *erga omnes*? ¿El resultado del control debe ser necesariamente la declaración de nulidad de la norma interna inconvencional? Esto es lo que se pretende analizar en el siguiente aparte.

III. ASPECTOS OPERATIVOS Y PROCEDIMENTALES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DEL SIDH

La vinculación de las autoridades administrativas nacionales a la CADH y a sus protocolos adicionales implica para ellas, en el ejercicio de su función administrativa y en el marco de sus competencias, las mismas obligaciones que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, incumben a los Estados en general como consecuencia del artículo 2 de la CADH. Estas obligaciones de respetar los derechos humanos de la CADH y de adaptar el derecho interno a sus disposiciones dan lugar a dos vertientes: i) “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”, y ii) “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.³¹ Todos los organismos

³¹ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52. párr. 207; *Caso*

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

de la Administración pública, central y descentralizada, están sujetos al deber de realizar el control de convencionalidad, ya que forman parte del aparato estatal encargado de hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos humanos.³²

Es posible hacer una analogía con lo que ya ha dicho la Corte IDH sobre los jueces, para afirmar que las autoridades administrativas de los Estados signatarios de la CADH tienen un doble carácter: por un lado, son autoridades administrativas nacionales, sujetas a la jurisdicción de las leyes y demás actos normativos internos; por otro lado, son autoridades administrativas interamericanas, vinculadas a la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH,³³ motivo por el cual deben aplicarlos a los casos concretos y verificar la existencia de incompatibilidades entre el derecho interno y el derecho convencional que impliquen agravios u ofensas a este último. El problema surge cuando se produce una crisis de identidad en la Administración pública ante un conflicto entre las normas jurídicas internas y las interamericanas: ¿debe actuar como *autoridad administrativa nacional*, aplicando el derecho local, o debe actuar como *autoridad administrativa interamericana*, rechazando la aplicación de las normas nacionales para que prevalezcan los derechos humanos protegidos por la CADH?

Partiendo de la premisa de que la Administración pública de los Estados miembros del SIDH tiene el deber de ejercer un control de convencionalidad de las normas de derecho interno en el momento de su aplicación,³⁴ cabe ahora responder a las pregun-

Almonacid Arellano y otros vs. Chile..., cit., párr. 118; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 83.

³² Hernández Mendible, Víctor Rafael, “El control de convencionalidad y la Administración pública”, en Rodríguez-Arana, Jaime *et al.* (orgs.), *Control administrativo de la actividad de la Administración*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2019, vol. 1. p. 652.

³³ Covilla Martínez, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración pública”, *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, octubre-diciembre de 2019, p. 28.

³⁴ Gatti, Franco, “La doctrina del ‘margen de apreciación nacional’ y la Administración pública: horizontes y limitaciones del control de convencionali-

tas planteadas anteriormente: ¿en qué hipótesis es posible y cómo debe llevarse a cabo?

La primera salvedad que debe hacerse antes de examinar los aspectos operativos y procedimentales del tema es que la Corte IDH no impuso un modelo específico de control de convencionalidad para los países del SIDH,³⁵ dejándolo abierto para que la forma de organización de su ejercicio se adapte a las peculiaridades del sistema jurídico de cada Estado parte.³⁶ De esta observación se desprende que no existe una única forma de controlar la convencionalidad de las leyes y los actos normativos nacionales. Puede hacerse de diferentes maneras, con diferentes intensidades.³⁷ Dicho esto, no se puede pretender establecer parámetros absolutamente obligatorios para todos los Estados en cuanto a la forma de realizar este control por parte de sus autoridades administrativas. Es necesario aplicar la doctrina desarrollada en términos generales por la jurisprudencia de la Corte IDH, sin desconocer la singularidad de cada derecho³⁸ y los sistemas de competencias definidos a nivel nacional por cada Estado.

A continuación, se analizarán los siguientes aspectos operativos y procedimentales relativos al tema en cuestión:

- 1) *momentos de control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas;*
- 2) *especies (o grados de intensidad) de control de convencionalidad;*
- 3) *control constructivo o positivo de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas;*

dad”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 3, núm. 1, enero-junio de 2016, p. 20.

³⁵ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276, párr. 124.

³⁶ Ruiz-Morales, Manuel L., *op. cit.*

³⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año IX, núm. 2, julio-diciembre de 2011, pp. 577-581.

³⁸ Legrand, Pierre, “On the singularity of law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 47, núm. 2, 2006, pp. 517-530.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

- 4) *control represivo de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas: i) norma inconventional en el acto administrativo normativo, y ii) norma inconventional en la ley.*

3.1. Momentos del control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas

La realización del control de convencionalidad por parte de la Administración pública se producirá en dos momentos distintos: *i)* en la expedición de actos administrativos normativos, y *ii)* en la interpretación y aplicación de normas (constitucionales, legales, administrativas) al caso, para la práctica de actos administrativos concretos o actos materiales. Así, al momento de emitir un acto que vehicula normas generales y abstractas, como sería el caso de un decreto o una resolución, es responsabilidad de la Administración pública verificar la compatibilidad de las normas de derecho interno con las normas convencionales, adecuándolas, de ser necesario, para que el acto normativo que esta expida sea conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.³⁹ Asimismo, al momento de expedir un acto administrativo concreto o practicar actos materiales o de fondo, deberá interpretar el ordenamiento jurídico interno a la luz de los derechos humanos de los tratados y adoptar todas las medidas necesarias para hacerlos reales y efectivos.

3.2. Especies (o grados de intensidad) de control de la convencionalidad

El control de convencionalidad, en un primer momento, ha adquirido un carácter *represivo*, llevando al agente público a dejar de aplicar el derecho interno contrario a la CADH y su interpretación por la Corte IDH. Esto puede verse en sentencias como *Almonacid Arellano vs. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso*

³⁹ Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015, pp. 144-146.

DANIEL WUNDER HACHEM

vs. *Perú*. En un segundo momento, la Corte comienza a reconocer un papel *constructivo* o *positivo* para el control de convencionalidad, que consiste en realizar un filtro convencional de las normas locales a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de una interpretación de las disposiciones normativas internas de conformidad con el *corpus iuris* interamericano.⁴⁰ Este tipo de control de convencionalidad se traduce en la adaptación de las leyes y actos normativos nacionales al tratado internacional mediante la interpretación. En esta línea, cabe citar las manifestaciones de la Corte IDH en los casos *Radilla Pacheco vs. México*⁴¹ y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.⁴²

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, como juez de la Corte IDH y también en sede doctrinal, se refiere a tres *grados de intensidad* del control de convencionalidad: i) en un grado *mínimo* de intensidad, todos los jueces y autoridades públicas deben realizar una interpretación conforme de la legislación nacional con las normas convencionales; ii) en un grado *intermedio* de intensidad, cuando la interpretación conforme no es posible, los órganos jurisdiccionales dotados de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad deben dejar de aplicar la norma interna no convencional al caso concreto, con efectos *inter partes*; iii) en un grado *máximo* de intensidad, los órganos con competencia para ejercer el control abstracto de constitucionalidad (Corte Suprema o Tribunal Constitucional, según el caso) declararán la nulidad de la norma de derecho interno contraria a la CADH con efectos *erga omnes*.⁴³

En otras palabras, Ferrer Mac-Gregor entiende que el control *constructivo* o *positivo* de convencionalidad, al tener un grado *mínimo de intensidad*, puede ser realizado por cualquier órgano estatal a través de la técnica de la interpretación conforme, mientras que el control *represivo*, con la inaplicación de la norma al caso concreto (*grado intermedio de intensidad*) o con su declaración general de invalidez (*grado máximo de intensidad*), solo

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 142 y 143.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 340.

⁴² Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *cit.*

⁴³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 577-578.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

podría ser realizado por los órganos con competencia específica para ello en el marco del control de constitucionalidad.

De acuerdo con Néstor Sagüés, el control *constructivo* o *positivo* de convencionalidad (interpretación conforme a la CADH) puede llevarse a cabo de las siguientes formas: *i*) por la *selección de interpretaciones*, adoptando las que son compatibles con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH y rechazando la aplicación de las que son incompatibles con ellas; *ii*) por la *construcción de interpretaciones*, que pueden ser: *a*) *mutativas por adición* (se añade un elemento al contenido normativo del enunciado para hacerlo compatible con la CADH); *b*) *mutativas por sustracción* (se elimina un elemento del enunciado normativo para hacerlo compatible con la CADH), y *c*) *mutativas mixtas por sustracción-adición* (se elimina algo y se añade algo al contenido de la norma interna para adaptarla a la CADH).⁴⁴

Una vez vistos los diferentes tipos de control de convencionalidad, que pueden ser ejercidos con diferentes grados de intensidad, es importante verificar cuáles de ellos pueden ser realizados por la Administración pública y en qué situaciones.

3.3. Control constructivo o positivo de la convencionalidad por parte de las autoridades administrativas

En lo que respecta al control constructivo de convencionalidad (*grado mínimo de intensidad*), todos los agentes y órganos de la Administración pública tienen el deber de realizar una interpretación conforme de las normas internas a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, adoptando las técnicas de *selección de interpretaciones* o de *construcción de interpretaciones* para conciliar el contenido normativo de las disposiciones de derecho interno a las normas convencionales. En primer lugar, por tanto, la Administración pública debe intentar siempre “salvar la convencionalidad”⁴⁵ de la norma de derecho interno, haciéndola compatible

⁴⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*

⁴⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 581.

con el derecho convencional a través de la interpretación conforme.⁴⁶ Sin embargo, habrá hipótesis en las que este tipo de control no será suficiente para asegurar la integridad de la CADH y será necesario recurrir al control *represivo* de la convencionalidad.

3.4. Control represivo de la convencionalidad por parte de las autoridades administrativas

Respecto a este segundo tipo de control, pueden darse diferentes situaciones en función del vehículo legislativo que contenga la norma considerada inconvenicional por la Administración pública.

- i) *Norma inconvenicional en un acto normativo administrativo.* La primera situación es aquella en la que la norma interna inconvenicional está prevista en un acto administrativo normativo. En este caso, si la autoridad administrativa que emitió el acto normativo identifica su inconvenicionalidad, puede anular el acto y emitir uno nuevo de conformidad con el tratado. Sin embargo, si el organismo o agente que identifica la inconvenicionalidad está subordinado a la autoridad que emitió el acto, debe informar a la autoridad, indicando los motivos por los que considera que la norma interna es inconvenicional y solicitando su invalidación.⁴⁷
- ii) *Norma inconvenicional en la ley.* La segunda situación es cuando la norma interna inconvenicional está prevista en una ley. En estos casos, las autoridades administrativas están, *a priori*, subordinadas a la ley por el principio de estricta legalidad. Este tipo de casos es el que dará lugar a una mayor divergencia en la teoría jurídica, que adopta posiciones distintas, basadas en una variedad de motivos. Aquí se propone clasificarlos en dos vertientes: 1) el del *paralelismo entre los controles de constitucionalidad y de convencionalidad*, y 2) el de la *autonomía entre los controles de constitucionalidad y de convencionalidad*.

⁴⁶ Gussoli, Felipe Klein, “Controle de convencionalidade de ofício pela administração pública no exercício de sua função típica”, *Revista Jurídica (FURB)*, vol. 24, núm. 53, enero-abril de 2020, p. 23.

⁴⁷ Sagüés, Nestor Pedro, *op. cit.*, p. 147.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

La primera corriente defiende 1) el *paralelismo entre los controles de constitucionalidad y de convencionalidad*. Sostiene que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, los órganos estatales deben realizar el control de convencionalidad “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”,⁴⁸ por lo que solo los órganos o agentes con competencia para realizar el control de constitucionalidad podrían ejercer el control represivo de convencionalidad —dejando de aplicar normas internas no convencionales—. Esta posición presupone que existe un “paralelismo entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad”, de manera que un órgano administrativo que no es competente para controlar la constitucionalidad de las normas tampoco lo sería para controlar su convencionalidad de forma represiva.⁴⁹

Aunque esta corriente admite que todos los órganos y autoridades públicas deben ejercer el control *constructivo* o *positivo* de convencionalidad, realizando una interpretación conforme al derecho convencional, niega que quienes no tienen competencia para el control difuso de constitucionalidad puedan descartar la aplicación de una norma de derecho interno, realizando un control *represivo* de convencionalidad. Si la incompatibilidad normativa no puede resolverse a través de la interpretación conforme, el órgano o autoridad que carece de competencia para el control de constitucionalidad debe remitir la cuestión al órgano competente para el ejercicio de este tipo de control.

Este supuesto es cuestionado por otra corriente —2) la *autonomía entre los controles de constitucionalidad y convencionalidad*— según la cual la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH no condiciona el ejercicio de este último a la existencia de un sistema de control difuso de consti-

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, cit., párr. 193; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252, párr. 318.

⁴⁹ Es la posición adoptada por Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, 2015, p. 147; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 577-580; Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *El control de convencionalidad interno y el rol preventivo de las administraciones públicas*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de la Coruña, 2021; Hernández Mendible, Víctor Rafael, *op. cit.*, p. 656.

tucionalidad en el Estado parte en cuestión. Para estos autores, en los países en los que solo existe un sistema de justicia constitucional concentrada en un órgano específico,⁵⁰ los jueces y tribunales, aunque no tengan competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes y actos normativos, están igualmente vinculados y sometidos directamente a la CADH, y deben aplicar sus disposiciones y hacerlas prevalecer sobre el derecho interno cuando exista una contradicción.⁵¹

Para esta segunda vertiente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad serían sistemas autónomos, derivados de fundamentos jurídicos distintos: el primero, perfilado por el ordenamiento jurídico interno, derivaría de las normas específicas de la Constitución de cada Estado, que puede adoptar un sistema difuso o concentrado de justicia constitucional; el segundo, derivado de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, procedería del *corpus iuris* interamericano de derechos humanos, del que resulta una vinculación para todos los jueces, tribunales y demás autoridades públicas del Estado (de cualquiera de los poderes) y un consiguiente deber de control difuso de convencionalidad. La advertencia de la Corte de que este control debe ejercerse “en el marco de sus respectivas competencias”⁵² significaría que debe realizarse “de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno”,⁵³ sin que exista relación con su competencia para ejercer el control de constitucionalidad, que sería algo distinto.

En lo que respecta al control *repressivo* de la convencionalidad de las normas jurídicas por parte de las autoridades administra-

⁵⁰ Es el caso de Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Uruguay y Paraguay, entre otros.

⁵¹ Es el entendimiento de Brewer-Carias, Allan R., “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos”, en Brewer-Carias, Allan R. y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *El control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 62-64; Gussoli, Felipe Klein, *op. cit.*, p. 15.

⁵² Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *cit.*, párr. 193 y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 318.

⁵³ Brewer-Carias, Allan R., *op. cit.*, p. 63.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

tivas, la primera corriente parece tener razón. Si, por un lado, no se puede aceptar que la Administración pública acepte ciegamente normas internas inconventionales, permaneciendo inerte ante una potencial violación de los derechos humanos; por otro lado, es necesario respetar las competencias establecidas por los ordenamientos jurídicos nacionales respecto a qué órganos pueden declarar la invalidez de las normas legales.

En este sentido, es posible resumir de la siguiente manera los parámetros a seguir por las administraciones públicas de los Estados miembros del SIDH ante normas jurídicas internas aparentemente inconventionales: *i*) si es posible, la autoridad administrativa debe realizar una interpretación de la norma jurídica local conforme al bloque de convencionalidad (control *constructivo* o *positivo*), adoptando entre las interpretaciones posibles la que sea más favorable o mejor compatible con el ejercicio de los derechos humanos; *ii*) si no es posible una interpretación conforme, pero la autoridad administrativa tiene la competencia prevista en el derecho interno para el control de constitucionalidad, debe realizar el control *represivo* de convencionalidad, a través de la declaración de la inconventionalidad de la norma, descartando su aplicación al caso,⁵⁴ y *iii*) si no es posible una interpretación conforme a la Convención, y si la autoridad administrativa no tiene competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad,⁵⁵ debe actuar dentro de sus atribuciones y llevar el asunto

⁵⁴ Un ejemplo de esta segunda situación es el caso de Brasil, en el que la jurisprudencia de los tribunales superiores admite que los jefes del poder ejecutivo (presidente de la República, gobernadores de los estados y alcaldes municipales) pueden dejar de aplicar las leyes que consideren inconstitucionales y determinar a sus subordinados que no las apliquen. La decisión, sin embargo, tiene como consecuencia la asunción de los riesgos de una posterior responsabilidad civil y penal. Sobre el tema, véase: Hachem, Daniel Wunder, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*, Curitiba, Tesis de Doctorado, UFPR, 2014, pp. 338-344.

⁵⁵ En el caso de México, la Suprema Corte indicó, sobre el control de convencionalidad, que “*Las autoridades administrativas no están facultadas para realizarlo*”. Tesis 2a. CIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 1097. Sobre el tema, véase en este libro el artículo “Los estándares del SIDH en el fortalecimiento del Estado de derecho y la transformación de la legislación administrativa

DANIEL WUNDER HACHEM

a las autoridades competentes para realizar este tipo de control, para que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, promuevan la declaración de inconventionalidad de los actos normativos contrarios a la CADH.⁵⁶

En todos estos casos, incluidos los de control de convencionalidad *constructivo* o *positivo*, es fundamental que la cuestión sea objeto de un procedimiento administrativo, en el que la autoridad competente debe motivar ampliamente, fundamentando profundamente las razones por las que considera que la norma jurídica interna es inconventional.⁵⁷ Además de ser un requisito de validez de los actos administrativos, la motivación deriva de la propia noción de Estado democrático de derecho, en el que las decisiones del poder público deben estar fundamentadas y sometidas al control social y jurisdiccional, que solo puede ejercerse adecuadamente si se conocen las razones que llevaron a la Administración pública a practicar el acto.

IV. CONCLUSIONES

A partir de las reflexiones desarrolladas en este estudio, es posible sintetizar de forma objetiva las siguientes conclusiones:

1. El derecho administrativo contemporáneo pasó por importantes transformaciones derivadas del advenimiento del Estado constitucional y convencional de derecho. Además del principio de legalidad administrativa —concebido en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX desde una perspectiva estricta, según la cual la fuente jurídica que vincula a la Administración pública se limita a la ley en sentido formal— ha surgido y cobrado fuerza el principio de la juridicidad administrativa. Según esta visión, la Administración pública está sometida *al derecho*

en México” de Carla Huerta, quien también analiza la situación de los tribunales administrativos en su facultad de inaplicar las leyes consideradas inconventionales.

⁵⁶ En esa línea, véase Hernández Mendible, Víctor Rafael, *op. cit.*, pp. 668 y 669.

⁵⁷ Gussoli, Felipe Klein, *Controle de convencionalidade...*, *cit.*, p. 24.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

como un todo, sujetándose al deber de respetar la Constitución (principio de *constitucionalidad*), los tratados internacionales de derechos humanos (principio de *convencionalidad*), la ley en sentido formal (principio de *estricta legalidad*) y los actos administrativos normativos (principio de *autovinculación*). Esta transformación exige de los administrativistas una atención especial al derecho internacional de los derechos humanos, antes ignorados por los estudiosos del derecho administrativo.

2. Si los Estados parte del SIDH se comprometen ante la comunidad internacional a respetar las disposiciones normativas interamericanas, en consecuencia, sus administraciones públicas, como elementos integrantes del aparato estatal, quedan sujetas a las obligaciones que se derivan de la CADH, a sus protocolos adicionales y a la propia jurisprudencia de la Corte IDH, que pasan a formar parte del bloque de juridicidad que rige la actuación administrativa. Así, el *corpus iuris* interamericano en materia de derechos humanos constituye una auténtica fuente del derecho administrativo, imponiendo a la Administración pública el deber de adoptar una serie de medidas de respeto, protección y promoción de los derechos humanos. En los países latinoamericanos, los órganos judiciales competentes para controlar la actividad de la Administración pública deben utilizar como parámetro de validez de sus actos la CADH y su interpretación realizada por la Corte IDH.
3. La jurisprudencia ya consolidada de la Corte IDH estableció que, para garantizar el respeto de las disposiciones de la CADH, las autoridades públicas nacionales deben realizar un control de convencionalidad, que consiste en un examen de la compatibilidad entre las normas del derecho interno y las disposiciones de la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la propia Corte. Inicialmente, esta tarea se asignaba a los jueces y a los órganos judiciales. Sin embargo, con el desarrollo de sus decisiones, el Tribunal interamericano comenzó a manifestar el entendimiento de que el control de convencionalidad es una función y tarea de cualquier autoridad públi-

ca, de todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). En este sentido, las autoridades administrativas pasan a sujetarse al deber de examinar la compatibilidad de las normas internas con las convencionales, no pudiendo aplicar ciegamente disposiciones normativas internas incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos.

4. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas suscita controversias, especialmente debido a que la Administración pública, según el derecho administrativo clásico, está sometida al principio de legalidad y, en la mayoría de los países latinoamericanos, no tiene competencia para realizar un control difuso de constitucionalidad. Sin embargo, la Corte IDH no ha impuesto un modelo único de control, admitiendo que se realice de diferentes maneras, con diferentes intensidades, dentro del sistema de división de competencias definido nacionalmente por cada Estado parte. Independientemente del tipo de control de convencionalidad que emplee la Administración pública de cada país, es crucial que su ejercicio se produzca en el marco de un procedimiento administrativo formal, razonado con la debida motivación y que exponga de forma clara y congruente las razones que llevaron a la toma de esa decisión.
5. En un grado mínimo de intensidad, todas las autoridades administrativas deben ejercer un control de convencionalidad *constructivo* o *positivo*, que consiste en interpretar las normas de derecho interno de conformidad con el derecho convencional, adoptando las interpretaciones compatibles con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH y rechazando la aplicación de aquellas que sean incompatibles. Cuando la compatibilidad del derecho interno con la CADH no es posible a través de la interpretación, la única vía es el control *represivo* de la convencionalidad. En este aspecto, la doctrina diverge en cuanto a la posibilidad de que órganos que no tienen competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad realicen el control de convencionalidad. La posición más adecuada

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

parece ser la que sostiene que, si es necesario un control *represivo*, este puede ser realizado por la autoridad administrativa que tiene la competencia para realizar el control de constitucionalidad. Si no lo hace, la autoridad administrativa debe actuar en el ámbito de su competencia y plantear la cuestión a las autoridades públicas que pueden realizar este tipo de control, para que, de acuerdo con lo que establece el ordenamiento jurídico nacional, promuevan la declaración de inconventionalidad de los actos normativos contrarios a la CADH.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015.
- BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014.
- BREWER-CARIAS, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 268, mayo-agosto de 2017.
- BREWER-CARIAS, Allan R., “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos”, en BREWER-CARIAS, Allan R. y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración pública”, *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, octubre-diciembre de 2019.

DANIEL WUNDER HACHEM

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año IX, núm. 2, julio-diciembre de 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Principio de legalidad: Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año IV, núm. 10, enero-abril de 1984.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAp, 2012.
- GATTI, Franco, “La doctrina del ‘margen de apreciación nacional’ y la Administración pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 3, núm. 1, enero-junio de 2016.
- GUSSOLI, Felipe Klein, “Controle de convencionalidade de ofício pela administração pública no exercício de sua função típica”, *Revista Jurídica (FURB)*, vol. 24, núm. 53, enero-abril de 2020.
- GUSSOLI, Felipe Klein, “Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 3, septiembre-diciembre de 2019.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *El control de convencionalidad interno y el rol preventivo de las administraciones públicas*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de la Coruña, 2021.

El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública...

- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel y JUSTO, Juan Bautista (col.), *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*, Curitiba, Tesis de Doctorado, UFPR, 2014.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael, “El control de convencionalidad y la Administración pública”, en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime *et al.* (orgs.), *Control administrativo de la actividad de la Administración*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2019, vol. 1.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año XIII, núm. 1, enero-junio de 2015.
- HUERTA, Carla, “Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el fortalecimiento del Estado de derecho y la transformación de la legislación administrativa en México”, en esta obra.
- LEGRAND, Pierre, “On the singularity of law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 47, núm. 2, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012.
- RUIZ-MORALES, Manuel L., “El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 21, 2017.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015.