

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PODER EJECUTIVO

Jaime Fernando Cornos Montaña

Investigador independiente

fercorn@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0004-8115-5553>

Fecha de recepción: 21 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 05 de abril de 2023

Fecha de publicación: 30 de junio de 2023

Resumen

El artículo analizó, bajo el enfoque cualitativo, el control de convencionalidad en el Poder Ejecutivo, considerando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, a partir de un criterio hermenéutico, se puntualizó en la aplicación de la convencionalidad de los actos administrativos emitidos por las autoridades administrativas que desarrollan actividades normativas y ejecutivas; así como, de las autoridades administrativas sancionatorias y de las autoridades judiciales administrativas, considerando las características, reglas, principios, normas, preceptos con los cuales cumplen los fines y objetivos del Poder Ejecutivo. A su vez, se determinaron las condiciones legales que limitan efectuar el control de convencionalidad en sede administrativa, por lo cual, se propuso, una alternativa para cumplir la obligación convencional en el Poder Ejecutivo, basada en criterios previsionales administrativos.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Poder Ejecutivo, Administración Pública, Margen de apreciación nacional

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE EXECUTIVE BRANCH

Abstract

The article analyzes, under a qualitative approach, the control of conventionality in the Executive Branch, considering the jurisprudence of the Inter-American

Court of Human Rights. Based on a hermeneutic criterion, the application of the conventionality of the administrative acts issued by the administrative authorities that develop normative and executive activities is specified. Likewise, a similar approach is taken in the case of administrative sanctioning authorities and by the administrative judicial authorities, considering the characteristics, rules, principles, norms, and precepts with which they accomplish the goals and objectives of the Executive Branch. At the same time, the legal conditions that limit the exercise of conventionality control in the administrative venue were determined. Therefore, an alternative was proposed to comply with the conventional obligation in the Executive Branch, based on administrative predictive criteria.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, Conventionality Control, Executive Branch, Public Administration, National Margin of Appreciation.

INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la jurisprudencia emitida, instauró la doctrina del Control de Convencionalidad, determinando que el citado control debe ser ejercido de oficio por los órganos y autoridades administrativas del Poder Ejecutivo; sin embargo, no ha precisado cómo las autoridades administrativas deben efectuar el Control de Convencionalidad de las normas administrativas y los actos administrativos internos que emiten con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ocasionando un vacío que genera cuestionamientos en la aplicación del Control de Convencionalidad en el seno del Poder Ejecutivo.

La actividad administrativa que desarrolla el Poder Ejecutivo está sujeta a la Constitución y a las leyes, por consiguiente, toda autoridad administrativa debe cumplir con las disposiciones legales, cuando emite un acto administrativo, una resolución, una norma o un Reglamento. Por ello, es importante delimitar los criterios hermenéuticos para ejercer el Control de Convencionalidad en sede administrativa y en el fuero contencioso administrativo, considerando las características de la actividad administrativa, sus principios, reglas y preceptos con los que funciona.

Para desarrollar este trabajo, se consideró necesario, identificar los rasgos generales del Control de Convencionalidad y la jurisprudencia de la Corte en los cuales el Poder Ejecutivo ejerció el Control de Convencionalidad. Bajo esa circunstancia se efectuó una discusión, estableciendo el alcance del Control de Convencionalidad en la administración Pública, determinando que el mismo comprende a las autoridades administrativas en tres ámbitos: autoridades administrativas que desarrollan actividades ejecutivas y normativas; autoridades que desarrollan actividades sancionadoras y autoridades que despliegan actividades jurisdiccionales, estableciendo, las consecuencias sobre el Control de Convencionalidad en sede administrativa y una proposición relacionada con una previsión administrativa para realizar este Control en el Poder Ejecutivo.

METODOLOGÍA

La metodología empleada estuvo orientada bajo el enfoque cualitativo, que permite comprender las condiciones sobre la aplicación del Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo. Asimismo, se empleó el método dogmático a partir de conocer la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo y a su vez, el empleo de la hermenéutica para comprender el ordenamiento administrativo en cuanto a los elementos centrales del señalado control.

1. El Control de Convencionalidad

1.1. *Rasgos Generales que identifican el Control de Convencionalidad*

Entre los antecedentes del Control de Convencionalidad, según el Juez Dr. Sergio García Ramírez afirma que este se originó como un «Control de Internacionalidad» que dio lugar doctrinaria y jurisprudencialmente al «Control de Convencionalidad» (García Ramírez, 2016, p.131). Además, indica: «Entendemos este término en relación a la tutela internacional de los derechos humanos, que buscaba valorar actos nacionales a la luz de actos internacionales que tiene también antecedente en el término de un «control de comunitariedad» (García Ramírez, 2002, p. 435).

Así se tiene que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en lo sucesivo) ha conceptualizado el Control de Convencionalidad como:

[...] la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021a)

A su vez, es necesario precisar que para configurar el Control de Convencionalidad, existe un requisito ineludible que se debe cumplir, cual es, que se incorpore el mismo en las Constituciones de los Estados que son parte de la Convención, mediante mecanismos constitucionales, como lo son las «cláusulas de Interpretación» para que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sean parte del denominado «Bloque de Constitucionalidad», consiguientemente se le reconozca jerarquía constitucional a las normas que no están en la Constitución. A tal efecto, muchos Estados que aplican el citado control, han procedido a realizar reformas Constitucionales, para viabilizar la aplicación del Control de Convencionalidad en sus ordenamientos jurídicos, en Latinoamérica. En este entendido que el Control de Convencionalidad, se ejerce tanto en el ámbito Internacional, como en el ámbito Nacional.

En el ámbito internacional, la actuación de la Corte IDH, se traduce en el ejercicio de la función contenciosa, la cual, resuelve los casos contenciosos y la supervisión de las sentencias dictadas en los casos sometidos a su jurisdicción, además, de una función consultiva y de dictación de medidas provisionales, tal como indica el Pacto de San José. (Defensor del Pueblo República de Bolivia, 2007). Esta forma de ejercer el Control de Convencionalidad ha sido denominada «Control de Convencionalidad Concentrado». Por otra parte, en el ámbito nacional o del derecho interno, el «Control de Convencionalidad» denominado «Control de Convencionalidad Difuso» los jueces nacionales, efectúan una contraposición de las normas constitucionales, leyes, reglamentos y sobre toda disposición jurídica nacional, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Corpus Iuris, integrado por estatutos y decisiones sobre jurisprudencia, que constituye un Derecho Común de los Derechos Humanos.

Cabe indicar, que el Control de Convencionalidad, se realiza no solo del Tratado, sino además se debe considerar, la interpretación y la aplicación que ha realizado la Corte IDH, como último interprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El control de convencionalidad difuso esencialmente tiene como obligación que las autoridades judiciales que conocen los casos, dispongan:

- a) Inaplicar la norma, cuando no tiene conformidad con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH.
- b) Efectuar una interpretación conforme, entre las reglas jurídicas nacionales y el Corpus Iuris Interamericano.

Otro rasgo del Control de Convencionalidad se configura a partir de los sujetos que intervienen, que son dos: un controlador, que originalmente se atribuye al Poder Judicial -se expandió al Poder Ejecutivo y Legislativo- y en un segundo plano, el controlante, que recae en la Corte IDH, que efectúa el control a través del Pacto de San José y de las normas que emite y la interpretación realizada de la misma (Sagüés, 2015) confronta la Constitución, leyes, actos internos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Protocolos suscritos por los Estados miembros.

Es importante destacar que los Estados, emergente de las obligaciones asumidas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aceptan las obligaciones de protección y respeto de los derechos consagrados en la misma, por lo que tienen una responsabilidad y obligación integral, esta responsabilidad no recae únicamente en los poderes públicos que componen los Estados, por ello, la Corte IDH ha señalado que el Control de Convencionalidad es *extenso, vertical y general* debiendo aplicar el control todas las autoridades de los Poderes del Estado y no cada uno de los poderes de forma independiente. A su vez, el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte IDH, tienen un efecto Erga Omnes en todos los Estados que aceptan la competencia contenciosa de Corte IDH, inclusive, en casos en los cuales los Estados no son parte de la controversia o del proceso.

1.2. La Doctrina del Control de Convencionalidad establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La doctrina del Control de Convencionalidad, surge a partir del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile de 26 de septiembre de 2006 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021b) donde indica que el Poder Judicial debe ejercer una especie de «Control de Convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Posteriormente, el 24 de noviembre de 2006, en la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021c) establece que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de Constitucionalidad, sino también de *convencionalidad* ex officio entre las normas internas y la Convención

Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

De igual forma, el 26 de noviembre de 2010 se dicta la sentencia en el caso *Cabrera García y Montiel Vs. México* instituyendo que: los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex oficio un *Control de Convencionalidad* entre las normas internas y la Convención Americana por lo que debía realizarse, por todos los órganos vinculados a la administración de justicia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021d). Luego, el 24 de febrero del año 2011 se marca el primer hito en la llamada Doctrina del Control de Convencionalidad, con el caso *Gelman Vs. Uruguay*, fijando que cuando el Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos los órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de manera que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex oficio un *Control de Convencionalidad* entre las normas internas y la Convención Americana.

Finalmente, otra sentencia, en el caso *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* de 30 de noviembre de 2012, funda el principio de complementariedad (subsidiariedad) determinando que la Convención Americana es coadyuvante o complementaria de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos. Asimismo, fija el deber de las autoridades internas de respetar y garantizar los derechos humanos y la obligación que todos los órganos del Estado deben ejercer el Control de Convencionalidad. La doctrina del Control de Convencionalidad se arraiga en la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, la misma, como se señaló supra, ha ido incorporando más obligaciones legales a los Estados, caracterizándose por ser una jurisprudencia expansiva.

En cuanto al fundamento jurídico, según se evidencia por la doctrina de la Corte IDH, se asienta, en lo siguiente:

- (i) La Garantía del efecto útil, que determina el deber de los jueces a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas establecidos en la Convención.
- (ii) El deber de respetar los derechos; mediante la cual, las autoridades deberán adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para garantizar la obligación de respeto y garantía de los derechos de las personas.

Otro fundamento jurídico, sobre el cual la Corte IDH instaura el Control de Convencionalidad, se encuentra, en el cumplimiento de los tratados de buena fe, establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, Artículo 26 «*Pacta sunt servanda*» y de no invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, Artículo 27 de la referida Convención de Viena. (Organización de los Estados Americanos, s.f.).

Por otra parte, desde el punto de vista teórico, se entiende que la Doctrina jurídica es una guía para aplicar e interpretar la ley, sin ser vinculante ni obligatoria, en realidad son las opiniones y medios que utilizan los juristas que sirven para aplicar el derecho. Sin embargo, la Corte IDH ha utilizado el término *doctrina* para referirse al Control de Convencionalidad, en todo caso corresponde entender el término como «doctrina jurisprudencial» en directa relación a las sentencias que tienen fuerza vinculante para las partes.

En consecuencia, la doctrina del Control de Convencionalidad, simplemente, debe considerarse, como un conjunto de fallos de la Corte IDH, considerando su carácter vinculante y obligatorio, únicamente para los Estados que se han comprometido a cumplir con los mismos, al ser parte de la Convención, y como guía de aplicación de la ley, tal como afirma el voto individual disidente de Juez Dr. Julio Eduardo Vio Grossi en el caso Wong Ho Wing Vs Perú sentencia de 30 Junio de 2015 «[...] considerando que la jurisprudencia es vinculante solo para el Estado que haya comprometido a cumplir la «*Decisión de la Corte*» en el caso que sea parte y que para los demás Estados Partes de la Convención es únicamente fuente auxiliar del derecho internacional público, es decir, un «*medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.22).

Partiendo de ese elemento sustancial y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 39 inciso d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Organización de Naciones Unidas, s.f.) se puede argumentar que las sentencias o decisiones que emite la Corte IDH son medios auxiliares y no son fuente del derecho interno, crea sólo reglas individuales para las partes en litigio y no de carácter general. Con base a los precedentes más importantes, citados, se puede proyectar una definición propia de lo que ha venido a denominarse la Doctrina del Control de Convencionalidad, considerando que no existe una definición concreta por parte de la Corte IDH.

La doctrina del Control de Convencionalidad es un mecanismo jurídico, mediante el cual, se aplica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por un Estado, que es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que se materializa mediante la Corte, al emitir sentencias, resoluciones, jurisprudencia, opiniones consultivas, votos concurrentes, medidas provisionales, así como sentencias y decisiones sobre cumplimiento de obligaciones y los Estados que tienen la obligación de verificar la conformidad de las normas que pronuncian con los estándares de la Corte IDH, además, las autoridades internas, tienen el deber de hacer respetar y garantizar los derechos humanos, a través de una interpretación de las normas nacionales conforme la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En resumen, el Control de Convencionalidad es una técnica de incorporación normativa, que enlaza o integra el Corpus Iuris Interamericano sobre Derechos Humanos, emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con las disposiciones normativas internas de un Estado.

2. El Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la sentencia en el caso *Gelman Vs. Uruguay* de 24 de febrero de 2011 estableció que el Control de Convencionalidad debía efectuar cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial, ampliando este compromiso, en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* de 28 de agosto de 2014 a ejercer el Control de Convencionalidad a todas las autoridades y órganos del Estado, posteriormente, ratificada en el caso *Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador* de 14 de octubre de 2014 para que efectúen el Control de Convencionalidad de oficio a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. Por otra parte, la obligación convencional, se extiende a procesos y procedimientos sancionatorios, según lo dictaminado en el caso *Baena Ricardo Vs. Panamá* de fecha 2 de febrero de 2001. Asimismo, en el caso *Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala* de 3 de mayo de 2016, expande este deber convencional al procedimiento administrativo sancionatorio por destitución, en sujeción al artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, la Corte IDH en el caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela* de 1 de julio de 2011 dispone que la discrecionalidad administrativa, no fundamentada es un acto arbitrario, exigencia convencional para que las autoridades administrativas, ejerzan el control en los actos administrativos. Como se evidencia de la jurisprudencia de la Corte IDH citada, el Control de Convencionalidad, se ha extendido a las autoridades administrativas y órganos del Poder Ejecutivo, así como se aplica a la potestad administrativa sancionadora y a las actividades administrativas de la Administración Pública.

Siguiendo este razonamiento de la Corte IDH, el jurista argentino Dr. Lucas Moroni Romero, establece la factibilidad de realizar el Control de Convencionalidad «constructivo»¹ en la Administración Pública, al indicar:

[...] no habría objeciones en aceptar libremente la faz constructiva o armonizante en cabeza de la Administración Pública, ya que aquí nos estaría dejando en manos de un órgano no judicial la inaplicación de una norma interna sino simplemente una integración normativa [...] (Moroni Romero, 2013, pp.5-6).

A su vez, este criterio de aceptar el Control de Convencionalidad en la Administración Pública es aceptado y reconocido por el Profesor Dr. Néstor Sagües, al afirmar que las Administraciones Públicas pueden hacer un control constructivo de convencionalidad, a través de: «[...]una «construcción de interpretaciones» por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas, con el citado Pacto y jurisprudencia regional» (Sagües, 2015, p.146).

Para los precitados autores no existiría objeción en efectuar un Control de Convencionalidad «constructivo» por la Administración Pública, sin embargo, existe

1 Control de Convencionalidad «constructivo»; es denominada a la interpretación armonizante o adaptativa del derecho local con el Pacto de San Jose (Moroni Romero, 2013).

juristas como el Dr. Eduardo Meza Flores, que expone una posición contraria, al señalar:

[...] al imponer la Corte IDH una forma de control nacional de la aplicación de la Convención por todas las autoridades de la administración pública de un país, se afecta negativamente el principio de separación de poderes al conferirles una atribución que no puede otorgarse por vía de interpretación (Meza Flores, 2020, p.81).

Como se planteó, resulta que existe contrastes sobre la aplicación del Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo.

3. El alcance del Control de Convencionalidad en las actividades de la Administración Pública.

Del análisis de los fallos de la Corte IDH, antes detallados, sobre el Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo, se puede inferir que el control comprende a las autoridades administrativas, en tres ámbitos:

- (i) Las autoridades administrativas, que desarrollan actividades normativas y ejecutivas.
- (ii) Las autoridades administrativas que desarrollan actividades sancionatorias.
- (iii) Las autoridades judiciales administrativas, que despliegan actividades jurisdiccionales.

En consecuencia, la complejidad que genera la aplicación del Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo se centra, en los actos administrativos emitidos por las autoridades administrativas que cumplen estas actividades.

3.1. Autoridades administrativas que desempeñan actividades normativas y ejecutivas.

Las autoridades administrativas, individuales o colegiadas, que actúan como titulares del órgano administrativo, que realizan actividades netamente administrativas, según las atribuciones conferidas por ley no pueden ejercer el Control de Convencionalidad inaplicando una norma, cuando no tiene conformidad con la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta limitación se explica, considerando que toda autoridad administrativa responde al cumplimiento de la ley, es decir, ningún acto administrativo puede ser dictado, por autoridad competente, sin cumplir lo dispuesto por la constitución y el ordenamiento jurídico administrativo. Asimismo, deben cumplir el procedimiento administrativo determinado, para desarrollar las actividades administrativas, cuando se dictan actos administrativos incumpliendo los mismos, devienen en su anulación, nulidad o impugnación.

3.2. *Autoridades administrativas que desempeñan actividades sancionatorias.*

Respecto a las autoridades administrativas que tienen atribuciones y competencias para desarrollar procesos administrativos sancionadores, en su calidad de autoridad administrativa, de igual manera, se someten al ordenamiento jurídico que rigen los procesos sancionatorios, así como, a los principios que rigen este tipo de procesos, como el principio del debido proceso, el cual ha sido reiteradamente observado en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por tanto, la decisión o la manifestación de la voluntad (Resolución o acto administrativo) de las autoridades dentro el ejercicio de su competencia, se presume legítimo, en sede administrativa, por estar de acuerdo a la Constitución y a la ley, mientras no se demande su nulidad.

En el caso de la presunción de legalidad de los actos administrativo y el Control de Convencionalidad que inaplica una norma interna, el jurista colombiano Dr. Luis Germán Ortega Ruiz, establece lo siguiente: «[...] un punto de solución jurídica entre la presunción de legalidad del acto administrativo y el control de convencionalidad, el cual se pone en marcha a través de la excepción de inconventionalidad, generando un control de convencionalidad administrativo» (Ortega Ruiz, 2018, p.151).

De la cita expuesta, se puede precisar que una alternativa, al problema de Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo, concretamente en la Administración Pública, es plantear la *excepción de inconventionalidad* considerando que puede aplicarse, solo con efectos inter-partes, (Duque Silva, 2021,p.183). Sin embargo, la excepción de convencionalidad, para ser aplicada debe ser constitucionalizada y admitida legalmente -como en Colombia- por lo cual, es necesario que el sistema jurídico de los Estados faculte por mandato constitucional, la aplicación de un Control de Convencionalidad a las autoridades administrativas del Poder Ejecutivo.

Como se advierte el Control de Convencionalidad, en sede administrativa, tiene límites en su aplicación, considerando que todo acto administrativo y toda autoridad administrativa responde al cumplimiento de la ley, es decir, ningún acto administrativo puede ser dictado, por autoridad competente, sin cumplir lo dispuesto por la Constitución y el ordenamiento jurídico administrativo.

Muchos autores, han señalado al respecto, que las autoridades administrativas, deben hacer valer la primacía de los derechos (Del Rosario Rodriguez, 2015). Sin embargo, cualquier autoridad administrativa, opta, por cumplir primero la Constitución y la ley, para evitar responsabilidades por el ejercicio de la función pública, considerando que no tiene facultad, ni competencia para declarar la inconventionalidad o anticonventionalidad, e inaplicación de la norma, decreto, ley, acto administrativo entre otros.

3.3. *Autoridades jurisdiccionales.*

Cuando la actuación de la Administración Pública se somete a un proceso administrativo denominado por el Profesor Juan Carlos Cassagne «proceso jurisdiccional», a cargo de un juez o tribunal administrativo (Cassagne, 2002, p.513) debe cumplir lo determinado por la constitución y la ley. En este caso, el Control de Convencionalidad, adquiere otra característica, considerando que el Juez o Tribunal Administrativo tiene competencia para anular o dejar sin efecto, un acto administrativo o una resolución, que sea inconventional y por ser controlador natural.

Hay que destacar, que el Control de Convencionalidad difuso, es propio del proceso jurisdiccional, considerando que él juez o Tribunal administrativo, tiene competencia para realizar el análisis de relación entre las normas internas y la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte IDH o realizar una interpretación administrativa conforme a la Convención de manera libre, propicia y en sujeción a la misma. El Poder Ejecutivo y los órganos que lo componen, por la naturaleza de las actividades administrativas que desarrollan, están restringidos en este control, no podrían desplegar sus actuaciones administrativas, como lo hace el Poder Judicial, es decir, aplicando las técnicas descritas por el Profesor Néstor Sagües, como son: «control destructivo» cuando la norma interna es contraria al Pacto o la Jurisprudencia de la Corte IDH, estableciéndose inconventional o anticonventional, o es su caso con la técnica de un «control constructivo» o «positivo» armonizando el derecho interno con el Pacto y la Jurisprudencia inaplicando normas. (Sagües, 2015).

En todo caso, las autoridades administrativas del Poder Ejecutivo, podrán efectuar una prevención interpretativa de convencionalidad y considerando que el Poder Judicial, a través de los jueces ordinarios, administrativos y los constitucionales tiene la prerrogativa constitucional y legal de realizar un Control de Constitucionalidad y un Control de Convencionalidad.

En suma, se debe precisar dos criterios hermenéuticos del Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo, concretamente en la Administración Pública y en el fuero contencioso administrativo. Por una parte, el Control de Convencionalidad en sede administrativa, en la que es improcedente ejecutar este control considerando las características en las que se desarrolla la actividad administrativa y en razón de la ausencia de facultades legales para ejercer el control por las autoridades administrativas y por otra parte; en la jurisdicción administrativa en la que es viable ejercer un Control de Convencionalidad, considerando las competencias de las autoridades judiciales, determinadas por ley.

Cabe agregar, en mérito a los antecedentes de la Corte IDH y la jurisprudencia emitida, se evidencia que ningún fallo, estableció como y sobre qué condiciones las autoridades administrativas del Poder Ejecutivo debían realizar el Control de Convencionalidad, salvo la mención, que determina, que el parámetro del Control de Convencionalidad, está fijado de acuerdo o en virtud del Control de Constitucionalidad.

Sin embargo, el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad en su aplicación, supone una desigualdad de criterios jurídicos, en el primero, el control se realiza de la Constitución y en el segundo, el control se efectúa de la Convención, que en el caso del Poder Ejecutivo no guardan relación por las funciones y actividades administrativas que desenvuelven, bajo las características que admiten la potestad discrecional sancionadora y la actividad reglada que despliegan de acuerdo a lo establecido por la ley y no por el Corpus Iuris Interamericano.

Otro aspecto, que es necesario puntualizar, dentro de los procesos y procedimientos administrativos, se presentan figuras jurídicas, que no velan por la protección de los ciudadanos, vulneran sus derechos y del principio de la tutela efectiva. Como muestra, se puede citar: el silencio administrativo negativo que provoca una indefensión del ciudadano; el solve et repete, que impone la obligación de pago previo o el deber de pago, originada de la ejecución de un acto administrativo, como condición para poder ejercer el derecho a revisión administrativa o judicial por parte del recurrente, igualmente, otra figura con estas características, se aplica en la condición procesal del agotamiento de la vía administrativa, que va en contra del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estos preceptos legales, son aplicables dentro el procedimiento administrativo, que se practican a través de las administraciones públicas, que no garantizan los derechos de los ciudadanos y son violados en su aplicación, lo que presupone que el derecho interno no cumple con la obligación convencional del Estado de aplicar de oficio el control, en el ámbito del Poder Ejecutivo.

Las particularidades de la función administrativa están expuestas, en este tipo de normas, que conlleva, inobservancia o dificultades a ejercer un Control de Convencionalidad. Las partes activan estos mecanismos legales cuando se someten a una instancia jurisdiccional y cuando les afecta directamente, pero en ningún caso ha sido objeto de un control de convencionalidad de oficio en la administración pública. De forma repetida, las autoridades administrativas, emiten actos administrativos o promulgan leyes incompatibles con el Corpus Iuris Interamericano, que no han sido objeto de Control de Convencionalidad de oficio.

Por otra parte, dentro la actividad administrativa regulada por el Derecho Administrativo, emergen principios como: el de separación de poderes, el margen de apreciación nacional y de subsidiariedad, denominado por la Corte IDH como de «complementariedad», así como, el principio de legalidad, los cuales ameritan ser considerados y examinados por la Corte IDH, cuando emite sus fallos.

Como es conocido, el principio de separación de poderes, consagrado en las Constituciones, estipula una autonomía de funciones y control mutuo de los Poderes del Estado, en el caso de análisis, el Poder Ejecutivo tiene funciones propias y ninguna permite inaplicar o declarar la inconvencionalidad, anticonvencionalidad de la norma del ordenamiento jurídico administrativo, porque al ejercer esta función, se adentraría en una jurisdicción y competencia cuya función y potestad es del Poder

Judicial. Asimismo, el principio del margen de apreciación nacional, establecido en la Convención Europea de Derechos del Hombre, Protocolo No 15, Artículo 1, como una doctrina de los Derechos Humanos, que surge en Europa, pero aplicable al contexto latinoamericano, según el jurista español Dr. Pablo Sánchez Molina, es una técnica de creación jurisprudencial; que pretende mantener un equilibrio entre el reconocimiento mínimo de protección de los derechos reconocidos en el Convenio y el mantenimiento de la soberanía nacional de los Estados parte, que deriva del carácter subsidiario del Convenio. Por lo que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) concede a los Estados parte, una consideración al aplicar restricciones de derechos reconocidos en el Convenio (Sanchez Molina, 2015).

Bajo estas condiciones, la Corte IDH tendría la obligación de respetar la interpretación y aplicación de las normas convencionales que realizan las autoridades administrativas, legislativas o judiciales, es decir, respetar la *discrecionalidad estatal*.

De la misma forma y ligado al referido principio del margen de apreciación, el principio de subsidiariedad, constituye un fundamento, por el cual, el Estado, a través del Poder Ejecutivo, garantiza los Derechos Humanos de las personas, mediante sus ordenamientos jurídicos administrativos, por esta razón, corresponde en primera instancia al Estado, mediante sus autoridades públicas, garantizar el respeto de los Derechos Humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y consecuentemente aplicar el margen de apreciación, en mérito a las condiciones y circunstancias que se producen al interior de su población, entretanto, la Corte IDH cumpla su rol de controlar la actuación de los poderes, órganos y autoridades, respetando el margen de apreciación que disponen las naciones.

Cabe aclarar al respecto que la Corte IDH niega la doctrina del margen de apreciación nacional, de acuerdo a lo establecido en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela de 17 de noviembre de 2009, la Opinión Consultiva OC- 4/84 de fecha 19 de enero de 1984 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.) y la sentencia de cumplimiento en el caso Gelman Vs. Uruguay de 20 de marzo de 2013.

También, el principio de legalidad, plenamente vigente y válido, sobre el cual, rige la actividad administrativa del Estado, fija que todos los órganos y autoridades públicas realicen sus actividades según lo prescrito en la ley, por tanto, la revisión de convencionalidad del ordenamiento jurídico sólo debe ser efectiva, vía legal y no por vía de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, que se convierte en un medio auxiliar, para aplicar la ley, tal como se apuntó precedentemente. El Poder Ejecutivo, sus órganos y todas sus autoridades, por mandato constitucional se halla sometido a la ley, su accionar está determinado legalmente y tienen la obligación de aplicar la Constitución Política y la norma interna, bajo el principio de legalidad en el Estado de Derecho.

En este contexto, la Administración Pública está sometida a un control judicial de las potestades administrativas y de la legalidad de sus actuaciones. Este control jurisdiccional de la actividad administrativa, se traduce en los Procesos Contenciosos

Administrativos, a los que se somete cuando ejerce su potestad sancionadora y reglamentaria.

En definitiva, cabe considerar que el ordenamiento jurídico administrativo, se presume está acorde con el Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

En el ámbito del Poder Ejecutivo y en la actividad administrativa que despliega, lo que prima es un control de legalidad, considerando que todo acto administrativo, decreto, contrato, resolución, entre otros, debe estar conforme a la Constitución y a las leyes, por ende, se presume acorde a la Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, el Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo, en sede administrativa y en el procedimiento administrativo sancionador, no es posible aplicar, considerando que las autoridades administrativas, definitivamente, no tienen facultades, atribuciones y competencia, para inaplicar, declarar, la inconventionalidad o anticonventionalidad de una norma del ordenamiento jurídico administrativo.

La normativa administrativa que regula las actividades de las Administraciones Públicas debe prevenir el incumplimiento de la obligación convencional del Estado, mediante mecanismos de ajuste y adecuación a las obligaciones convencionales, que se convierta en una «función de prevención administrativa» (Gutierrez Colantuono, 2019, p.68) es decir, como un mecanismo ex ante de prevención.

Por otra parte, cuando se ejerce el Control de Convencionalidad difuso, se debe evitar una aplicación mecánica de la jurisprudencia de la Corte IDH, los jueces deben realizar una interpretación conforme para cumplir el efecto útil de protección y garantía de los Derechos Humanos.

Para finalizar, el principio del margen de apreciación nacional, consagrado en la doctrina de Derechos Humanos, debe ser considerado por la Corte IDH como un fundamento de cumplimiento inexcusable de los Estados y específicamente en el caso de Poder Ejecutivo que ejerce su función ejecutiva mediante normas internas, por lo cual, conjuntamente al principio de subsidiariedad interno debe tener aplicación preferente por autoridades administrativas frente al Corpus Iuris Interamericano.

La observancia a estos principios generará una mejor aplicación e interpretación del Control de Convencionalidad en el Poder Ejecutivo, considerando que la Corte IDH no es una infalible, como se demuestra, en el fallo del caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile de fecha 24 de febrero de 2012 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.), referido a trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual, se equivocó en su fallo vulnerando los derechos de niños y

de la madre, pretendiendo, calificar el caso de custodia de menores en un caso de presunta discriminación por su orientación homosexual (Ferrer del Valle, 2012).

Asimismo, otra equivocación de la Corte IDH en sus fallos, se establece en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.) de 28 de noviembre de 2012, sobre fertilización in vitro, en el cual no se reconoce el principio de irreversibilidad de los derechos humanos y el principio «pro homine», violatorios del artículo 4 y 29 literal «b» de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando restringe el goce del derecho a la vida en un período preimplantario. (Lafferriere, 2014).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot.

Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Corte Interamericana De Derechos Humanos 2012).

Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Sentencia de 30 de junio de 2015 (Corte Interamericana De Derechos Humanos 2015).

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Corte Interamericana De Derechos Humanos 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No7*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). *Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Council of Europe. (2013). Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. <http://bitly.ws/HCum>

Defensor del Pueblo Republica de Bolivia (2007). *Intrumentos de Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Defensor del Pueblo.

Del Rosario Rodriguez , M. (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Cuestiones Constitucionales* (33), 157-191.

Duque Silva, G. (2021). Del control Constitucional al Control de Convencionalidad: Pasos jurídicos hacia la consolidación de institucionaes de gobernanza global. *Revista Española de Derecho Constitucional* (123), 167-201 <https://doi.org/https://doi.otg/10.18042/cepc/redc.123.06>

Ferrer del Valle, A. (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas: Razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia. *Derecho Publico Iberoamericano* (1).

- García Ramírez, S. (2002). *Derecho Procesal Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Ramirez, S. (2016). Control de Convencionalidad. *Ciencia Juridica* (9).
- Gutierrez Colantuono, P. (2019). Re pensando nuestras administraciones públicas. *Ius Comabue*(1), 65-70.
- Lafferriere, J. N., Tello Mendoza, J. (2014). *El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo"*. Ponticia Universidad Católica de Argentina.
- Meza Flores, E. (2020). Control de convencionalidad en sede nacional: impacto en la separación de poderes. *Revista de Investigación de la Academia de Magistrados*, 2(3).
- Moroni Romero, L. (2013). *Control Administrativo de Convencionalidad*. Jurisprudencia Argentina.
- Ortega Ruiz, L. G. (2018). *El acto administrativo en los procesos y procedimientos*. Universidad Católica de Colombia.
- Sagüés, N. (2015). El Control de Convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales. *Pensamiento Penal*, (5).
- Sagües, N. P. (2015). Notas sobre el Control ejecutivo de convencionalidad. (K. A. Stiftung, Ed.) *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 141-149.
- Sánchez Molina, P. (2015). Margen de Apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos). *Eunomia*, (9), 224-231.