



Ius Comitiālis

ISSN: 2594-1356

iuscomitalis@uaemex.mx

Universidad Autónoma del Estado de México  
México

Carullo, Sergio

La administración pública frente a la norma inconvencional  
Ius Comitiālis, vol. 3, núm. 5, 2020, Enero-Junio, pp. 73-84

Universidad Autónoma del Estado de México  
México

DOI: <https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v3i5.13580>

- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)



# La administración pública frente a la norma inconvencional

## Public administration in the face of nonconformity with conventional law

SERGIO CARULLO\*



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

### Resumen

¿El control de convencionalidad es una facultad exclusivamente judicial o corresponde también realizarlo a la administración pública? Se indaga en el comportamiento de la administración frente a la norma inconstitucional. Posteriormente se considera el control de convencionalidad a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina. Consecutivamente se analiza lo que sucede en el derecho comparado, en particular Perú, México y Colombia. Finalmente se esbozan reflexiones en la convicción de la importancia que tiene, para la administración pública, el respeto por los derechos humanos en el ejercicio de la función administrativa.

### Palabras clave

Control, Convencionalidad, Administración, Pública, Competencia.

### Abstract

Is control of conformity with the convention an exclusive power of the judiciary? Or is it also incumbent upon public administration? This work focuses first, on how public administration behaves towards an unconstitutional law. Subsequently, control of conformity with the convention is considered on the basis of jurisprudence from the Inter-American Court of Human Rights and judgments of the Supreme Court of Justice of Argentina. Consecutively, it discusses the situation in comparative law, particularly Peru, Mexico and Colombia. Finally, it outlines considerations on the importance that public administration attaches to respecting human rights in the exercise of government functions.

### Key words

Public, Administration, Nonconformity, Conventional, Law.

\*Lic. en Derecho y Maestrando de Derecho Administrativo. Adscripción a las Cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8742-592X>. Correo electrónico: [sergiocarullo@gmail.com](mailto:sergiocarullo@gmail.com)

## INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista práctico, es posible señalar que la influencia entre Constitución y Administración es recíproca; mientras que la influencia de la Constitución en la Administración es de sistema; la de la Administración sobre ella es de eficacia. La Constitución es estructura, es algo estático; mientras que la función administrativa es actividad dentro de la estructura, y algo dinámico (Bielsa, 1964, p. 144). Esto nos inspira a trabajar esta influencia recíproca e ir más allá hacia la relación del Derecho Administrativo y los Tratados Internacionales, particularmente la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH).

Es así, que en el presente trabajo se reflexiona sobre si el control de convencionalidad puede o no ejercerse en sede administrativa. Hay dos hitos importantes que motivan debatir el tema, el artículo 75 inc. 22 incorporado con la última reforma de la Constitución Nacional, donde se sumaron numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y el deber, dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de controlar la vigencia de dichos tratados por parte de todas las autoridades de un Estado.

Se analiza el comportamiento de la administración frente a la norma inconstitucional. Al indagar sobre los límites y alcances de las verificaciones de legalidad que debe realizar la administración, no se puede dejar de considerar el control de constitucionalidad.

Posteriormente se estudia el control de convencionalidad que se establece al comienzo de la jurisprudencia de la CIDH y en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Se continúa con el análisis del caso “Gelman”,<sup>1</sup> que tiene trascendental importancia al ampliar los mandatos sobre control de convencionalidad.

Consecutivamente se analiza el derecho comparado y se mencionan algunos países sujetos a los mismos tratados internacionales y a sus respectivas instituciones supranacionales para ver qué sucede allí con el control de convencionalidad en sede administrativa.

Previo a formular algunas reflexiones finales, se destaca un fallo de la CIDH que tiene que ver con el respeto de la Convención en un caso concreto, en relación con el ejercicio de función administrativa y el respeto de los derechos humanos. Este caso es anterior a “Gelman”, pero cobra relevancia para el tema de análisis con posterioridad a éste, es decir, el caso “Baena”.<sup>2</sup> Es necesario tomar algún ejemplo para dimensionar cómo impacta la jurisprudencia de dicha Corte en el potencial ejercicio del control de convencionalidad en sede administrativa.

Al final se esbozan algunas reflexiones sobre lo analizado en el presente trabajo en la convicción de la importancia que tiene, para la administración pública, el respeto por los derechos humanos en el ejercicio de la función administrativa.

<sup>1</sup> Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, del 20 de marzo de 2013, Serie C, N° 221.

<sup>2</sup> Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72.

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA

El control de constitucionalidad es el mecanismo y la función que se ejerce para tutelar y mantener la supremacía de la Constitución. Presupone principalmente la existencia de una Constitución rígida, la independencia del órgano que controla y las facultades decisorias de éste.

En Argentina, al sancionarse la Constitución originaria en 1853, se tomó el modelo estadounidense en relación con el esquema de poder. La famosa sentencia “Marbury v. Madison” (1803) que asignó en Estados Unidos dicha función a los jueces en general, ya se conocía, es decir, se tomó el modelo norteamericano en el nivel constitucional, que sigue el del Common Law. Mientras que todo el resto de nuestro ordenamiento se basó en el modelo continental europeo. Pero tampoco aquí se determinó expresamente el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad. Sin embargo, las leyes que se dictaron en forma inmediata, la Ley 27 de 1862 y la 48 de 1863, así como la jurisprudencia posterior de la CSJN, determinaron que el control queda en manos de los jueces. Luego, con la reforma de 1994, el ejercicio del control de constitucionalidad por los jueces obtuvo reconocimiento normativo en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad federal resulta complejo porque puede ser realizado por distintos órganos, aunque tiene la decisión final el Poder Judicial y en última instancia la CSJN. El hecho de que sean todos los jueces los que pueden declarar la inconstitucionalidad lleva a sostener que el sistema es “jurisdiccional difuso”.

El control se realiza en un caso concreto judicial, ya que no se pueden formular planteos teóricos o abstractos. Anteriormente se decía que la vía para instarlo era “de excepción” en un caso concreto. Pero en la actualidad con la “amplitud” que ha obtenido la acción de amparo, en la jurisprudencia primero y la reforma constitucional de 1994 después, ya no puede afirmarse más ello. Refuerza esta tendencia la aparición de la vía de interpretación jurisprudencial de la acción declarativa de inconstitucionalidad (Rossetti, 2010, p. 345).

El control se realiza sobre los diferentes elementos que caen bajo la exigencia de respeto de la supremacía constitucional, lo que permite afirmar que éste puede recaer tanto sobre actos, hechos —del Estado o de particulares—, como sobre normas y también, más discutido por algunos, sobre omisiones. A su vez, en principio actúa a pedido de parte, pero también la jurisprudencia admite cada vez más la posibilidad de un control de oficio, basado principalmente en el principio de supremacía constitucional y el de *iura novit curia* —el juez conoce el derecho— (Rossetti, 2010, p. 346).

En cuanto a los efectos, la declaración de inconstitucionalidad no elimina la norma del sistema, sino que el juez se limita a no aplicarla para el caso concreto; entonces, el efecto con respecto a las normas, en el caso es *retroactivo*, mientras que con respecto a los actos o hechos constitucionales puede ser *restitutivo*.

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA

Se repasan cuatro categorías que describe Buteler (2015, p. 169), en cuanto a la postura a tomar por la administración frente a la ley inconstitucional. Este autor distingue entre las siguientes cuatro atribuciones de la administración pública: a) la declaración de inconstitucionalidad; b) la interpretación constitucional; c) la inaplicación de normas generales y d) la objeción de inconstitucionalidad.

Sobre la *declaración de inconstitucionalidad* indica que, si bien parecería irrazonable que la administración, al momento de tener que tomar una decisión, se encuentre obligada a aplicar una ley contraria a la Carta Magna, esta declaración es facultad exclusiva del Poder Judicial. Configura éste un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico. Refiere que el Poder Ejecutivo sólo puede estar facultado a declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando exista una expresa autorización constitucional (Buteler, 2015, p. 177).

Cabe aclarar que la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad en sede administrativa fue rechazada por la Corte Suprema de la Nación. Se destaca particularmente el caso “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c. provincia de Salta”,<sup>3</sup> donde sostuvo que es tan imperativo para las provincias como para la nación (art. 5º, CN), el principio constitucional conforme con el cual la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular los actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia. Este criterio fue reiterado en otras decisiones judiciales.<sup>4</sup>

En cuanto a la *interpretación constitucional* que se entiende como la determinación de sentido y alcance de un precepto constitucional refiere que no existiría obstáculo alguno para que se realice en sede administrativa (Buteler, 2015, pp. 177-178).

Con respecto a la *inaplicación de normas generales*, en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales por parte de la administración, puede realizarse con independencia de que exista o no autorización legislativa, siempre que tales decisiones emanen de la Corte Suprema o de un máximo tribunal de provincia y se hallen firmes y consentidas (Buteler, 2015, p. 179).

Respecto a la *objeción de inconstitucionalidad* refiere que no plantea inconvenientes que se realice en sede administrativa, ya que permite generar conciencia a quienes ostenten la función legislativa para cambiar la norma o en su caso, a declarar la inconstitucionalidad de una ley por parte de quienes tienen el ejercicio de la función jurisdiccional (Buteler, 2015, p. 180).

En cuanto a las categorías planteadas, se comparten estas posturas, y se considera que la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa es en sí misma inconstitucional porque es una función exclusiva del Poder Judicial de acuerdo con lo dispuesto por nuestro máximo tribunal<sup>5</sup> y lo que reza nuestra Constitución Nacional en su artículo 43.

A continuación, se analiza otro tipo de control a discutir en sede administrativa, el control de convencionalidad.

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es la institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, y dentro de éste, el Derecho Internacional de los Derechos

<sup>3</sup> CSJN, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c. provincia de Salta”, Fallos: 269:243 (1967), en especial consid. 6º.

<sup>4</sup> CSJN, “Provincia de Mendoza c. Nación”, Fallo 298:511 (1977), consid. 10º; CSJN, “Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo”, Fallos: 311:460 (1988), consid. 13º y “Deledda, Francisco y otros c. Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo medida cautelar innovativa”, Fallos 311:1313 (1988), voto del juez Bacqué.

<sup>5</sup> CSJN, “Sojo Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación”, Fallo 32:120 (1887); “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo Isabel”, Fallos 33:162 (1888); entre otros.

Humanos. Es el control que se realiza entre las normas internas y la CADH, y los fallos e interpretaciones de la CIDH.

En el caso específico de la protección de los derechos humanos, la CADH, ratificada por la Argentina en 1984, constituye el instrumento más importante de protección a nivel regional, siendo la CIDH, el tribunal que la Convención creó para interpretar los derechos y garantías reconocidos en el Pacto.

La aceptación por nuestro país de la competencia contenciosa de la CIDH nos obliga a cumplir sus decisiones y a trasladar al ámbito interno los principales lineamientos para una mejor y eficaz aplicación de los derechos reconocidos. Debemos resaltar que, en la CADH, la Argentina aceptó respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en la Convención, como así también la obligación de adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer compatible el derecho interno con las garantías establecidas en el tratado.

a) *CIDH* La doctrina del control de convencionalidad emergió de la jurisprudencia de la CIDH. Las primeras referencias a su denominación obedecen a la labor del entonces juez, Sergio García Ramírez, quien en su voto razonado en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”,<sup>6</sup> hizo referencia a un «régimen convencional» que obligaba a todos los órganos del Estado, haciendo especial mención al «control de convencionalidad», que efectúa la CIDH. En realidad, el Tribunal regional siempre, desde sus primeras sentencias, analizó la compatibilidad de las normas y acciones estatales con lo establecido por la CADH, sólo que ahora, a dicho testeo de comprobación le puso nombre propio de identificación, circunstancia que permitió avanzar en sus alcances y resaltar su consideración en los Estados partes de la Convención.

No obstante, el antecedente señalado, este instrumento se consolidó, a partir de fallos de la CIDH entre los que mencionó el caso “Almonacid”,<sup>7</sup> donde refiere 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 CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, intérprete última de la CADH.

En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso”,<sup>8</sup> se expresa 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 CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

b) *CSJN* El control de convencionalidad continuó afianzándose con fallos de la CSJN. Se destaca, entre otros, el caso “Mazzeo”,<sup>9</sup> donde se confirma la doctrina del caso Almonacid, cuando establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad. Refiere dicho fallo que hay que tener en cuenta no sólo la cadh, sino también la interpretación que la propia CIDH haya practicado.

<sup>6</sup> Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”; voto razonado juez García Ramírez; del 25 de marzo de 2003, Serie C, N° 101.

<sup>7</sup> Corte IDH, caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.

<sup>8</sup> Corte IDH, “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 174.

<sup>9</sup> CSJN, Mazzeo Julio Lilo y otros s/Recurso de casación e inconstitucionalidad, Fallos: 330:3248 (2007).

También el fallo “Rodríguez Pereyra”,<sup>10</sup> por medio del cual, se expresó la importancia que exige la correspondiente y adecuada coordinación del sistema de control de constitucionalidad con el de convencionalidad (ambos difusos), fundamentando que: “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”.

c) *Control de convencionalidad vs. Control de constitucionalidad* Cuando se instaló a nivel local la doctrina del control de convencionalidad, se empezó a debatir sobre si dicho control resultaba similar al control de constitucionalidad que realizan los jueces nacionales, verificando la adecuación de las leyes con la Constitución Nacional (CN), o si, por el contrario, se trataba de dos controles distintos, cuyos resultados no necesariamente pueden coincidir en el caso concreto. Entiendo que la principal confusión radica en pensar que los tratados han sido *incorporados* a la Constitución y *que forman parte de ella*. Si se sigue dicho razonamiento, entonces resulta lógico pensar que la verificación de constitucionalidad abarca la de convencionalidad, o, dicho de otra manera, que una norma al ser constitucional, también es convencional.

Sin embargo, se trata de dos controles distintos. Apoyo esta postura en que la reforma constitucional de 1994 lo que hizo fue reconocer la jerarquía de los tratados, aceptando en dichos instrumentos su fuente propia, la internacional, de allí que los tratados no hayan sido *constitucionalizados*, ni *incorporados a la Constitución*. La internalización de los tratados no supone desconocer que cada norma mantiene su propia fuente específica: los tratados son derecho internacional, y las leyes, derecho interno, cuyas disposiciones deben guardar consonancia con los mandatos internacionales, por expresa disposición del constituyente (Trucco, 2016, p. 3).

Pueden existir, y obviamente existen conflictos al momento de interpretar lo dispuesto en la Convención u otros instrumentos internacionales incorporados y la Constitución. Sin embargo, esto no comporta “derogación” ni mucho menos, sino que ellos se resuelven, en razón de lo dicho, de acuerdo con los diferentes mecanismos de resolución de conflictos de derechos que se usan normalmente. Por ejemplo, se deberá “ponderar” utilizando algunos criterios como el principio *pro homine* (Gil Domínguez citado por Rossetti, 2010, p. 339).

#### UN EJERCICIO AMPLIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EL CASO “GELMAN”<sup>11</sup>

La sentencia de supervisión dictada por la CIDH en el caso “Gelman” es muy trascendente, ya que se estableció que el deber de aplicar el control de convencionalidad *ex officio* no se encuentra reservado única y exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, sino que se extiende a toda autoridad de representación democrática directa o indirecta, teniendo como límite de actuación el ámbito de sus competencias. Esta consideración vertida por la CIDH es determinante para considerar los alcances del

<sup>10</sup> CSJN, Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios, Fallos: 335:2333 (2012).

<sup>11</sup> Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, del 20 de marzo de 2013, Serie C, N° 221.

control de convencionalidad, pues extrae el deber de mantener la vigencia del orden convencional a los jueces, para distribuirlo a toda clase de autoridad.

En la sentencia referida, la Corte, en el párrafo 59, establece que:

59. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual, los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe —*pacta sunt servanda*— y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquéllos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte 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, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.

La Corte justifica sus consideraciones en la obligación que poseen los Estados de adecuar su derecho interno a lo previsto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como lo establecido por el artículo 2° de la Convención Americana, cuya exigencia se traduce en un quehacer permanente por hacer efectivos los derechos y disposiciones convencionales. Lo anterior se puede observar en el párrafo 60 de la sentencia en cuestión:

60. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adicionalmente, los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2° de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

En el párrafo 84, se hace referencia a la función que posee toda autoridad, para hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de la Corte:

(...) en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— “tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

Esta obligación se reitera en los párrafos 92, 93, 97, 98 y 100, con lo cual queda de manifiesto que el control de convencionalidad debe primar en todo momento, ya que es función de cualquier autoridad pública, y no sólo de la judicial, el garantizarlo:

92. (...) el “control de convencionalidad” constituye “una obligación” de toda autoridad de los Estados Parte de la Convención de garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos, dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes...

93. Así, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad”, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, lo cual les obliga a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad.

97. (...) toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales –incluyendo las instancias democráticas– “en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (...).

98. Así, se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales –en forma subsidiaria y complementaria–; de modo que los criterios de decisión pueden ser conformados y adecuados entre sí, mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.

100. En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” –con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario–, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutio-nale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

Esta sentencia me parece fundamental para el tema de análisis, ya que despierta el interrogante sobre los límites del control de convencionalidad, para la administración pública de un Estado, en cuanto al ejercicio de dicho control de oficio sobre sus propios actos.

La CADH y las decisiones de la CIDH afectan a un conjunto de países pertenecientes a nuestro continente, es por eso que veremos, a continuación, qué sucede en algunos países con el control de convencionalidad en sede administrativa.

## DERECHO COMPARADO

a) *Perú*: El jurista Bolaños Salazar (2016, p. 66) se pregunta, ¿si al descartar la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa, cabe como alternativa

el control de convencionalidad? En este país quedó expresamente prohibido el control de constitucionalidad por la administración en un fallo “Consortio Requena” del Tribunal Constitucional Peruano.<sup>12</sup>

Se interroga entonces dicho autor si el control difuso de convencionalidad constituye una vía alterna para que los órganos administrativos, en ejercicio de sus funciones, salvaguarden los derechos y libertades de los administrados. Más allá de la clara tendencia hacia las teorías subjetivas de la administración pública a la que parece orillarse el Tribunal Constitucional en el precedente “Consortio Requena”, lo cierto es que no podemos ni debemos perder de vista que detrás de toda esta discusión hay un fin: la protección de la persona, del administrado, del ciudadano o comoquiera que se le entienda (Bolaños, 2016, pp. 71-72).

b) *México*: En el caso “Cheran”,<sup>13</sup> la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación llevó a cabo un control difuso de constitucionalidad mediante una interpretación a favor de los derechos del pueblo indígena Purépecha de la comunidad de Cherán, en Michoacán, para proteger sus derechos a la libre autodeterminación.

En su fallo el tribunal enfatizó que el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán no cumplió con lo señalado en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cuando se limitó a señalar que no tenía atribuciones para resolver la petición del pueblo de Cherán. La misma estableció que todas las autoridades (jurisdiccionales o no) tienen el deber de observar, en la interpretación y aplicación, los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales correspondientes, de manera que se aplique la norma que favorezca de mejor manera a la persona.

c) *Colombia*: En su trabajo sobre el control de convencionalidad en el derecho colombiano, los juristas Sierra Zamora, Cubides Cardenas y Carrasco Soulé (2016) refieren que el Control de Convencionalidad contribuye a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público. Refieren los autores que cuando una administración pública efectúe un Control de Convencionalidad respecto de una norma de jerarquía superior, lo primero que habrá de hacer es interpretar la misma a la luz de la Convención, de no ser esto posible, lo único que le quedará por hacer será no aplicar la norma en la resolución de la cuestión.

Lo que sí no debe hacer la administración, es dejar de realizar el control bajo el pretexto de que una ley local le manda tal o cual cosa, pues con ello se estaría incurriendo en inconventionalidad, violándose así el principio de legalidad, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y demás derechos de los particulares que en el asunto se encuentren al amparo de dicha entidad (Sierra Zamora, Cubides Cardenas y Carrasco Soulé, 2016, p. 36).

<sup>12</sup> Perú. Superior Tribunal Constitucional, Exp. N° 04293-2012-PA/TC del 20 de agosto de 2012.

<sup>13</sup> México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-9167/2011, del 2 de noviembre de 2011.

CASO “BAENA”<sup>14</sup>. FALLO DE LA CIDH PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Cabe preguntarse cuál es el momento para que la Administración realice el control de convencionalidad; o bien en el ejercicio de qué actividades o potestades debe hacerse. Estos son todos interrogantes válidos cuando se analiza este tema y es adecuado tomar un fallo de la CIDH como ejemplo de respuesta a los mismos.

El caso “Baena” tiene que ver con una de las importantes actividades que se llevan adelante en el ejercicio de la función administrativa como es la potestad sancionatoria. A continuación, se explica el fallo y los principios que surgen del mismo, en definitiva, se trata de lo que podría ser un caso concreto a tener en cuenta para un control de convencionalidad a ejercerse por la administración.

Sobre los hechos del caso, el presidente de la República de Panamá determinó que había una vinculación entre el paro de labores de los trabajadores estatales y el movimiento del Coronel Eduardo Herrera Hassán y, con base en ello, ordenó que se despidiese a los trabajadores que habían participado en dicho paro, presumiéndose su culpabilidad. Incluso, la forma utilizada para determinar quiénes habían participado en la organización, llamado o ejecución del paro nacional efectuado el 5 de diciembre de 1990, fueron “informes” realizados por diversos jefes de la entidad, lo que significó la negación a los trabajadores de un proceso formal previo a la destitución. Una vez identificado el trabajador, que supuestamente había infringido la norma, se procedía a despedirlo mediante la entrega de una carta, sin permitírsele presentar alegatos y pruebas en su defensa. Una vez impuesta la sanción, el funcionario público podía solicitar su reconsideración a la misma autoridad que lo había despedido, así como apelar ante el superior jerárquico de dicha autoridad. Sin embargo, consta en el acervo probatorio de este caso que no todos los recursos interpuestos fueron siquiera contestados, lo cual implica una violación al derecho de recurrir.<sup>15</sup>

No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana.<sup>16</sup>

Es a raíz de este caso, que la Corte interpreta el art. 8 de la Convención sobre las garantías judiciales y refiere que su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72.

<sup>15</sup> Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, apartado 133.

<sup>16</sup> Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, apartado 134.

<sup>17</sup> Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, apartado 124.

Luego de lo mencionado en el caso “Gelman”, respecto al deber de todas las autoridades de aplicar el control de convencionalidad de oficio, es que cobra particular importancia este fallo para que sea conocido por los funcionarios públicos de la administración del estado miembro. Esto porque la CIDH es clara en este caso en que el capítulo de las garantías judiciales dispuesto en la CADH, rige inclusive para la actividad administrativa. La discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

De aceptar que los Estados miembros pueden realizar, en el ejercicio de sus competencias, el control de convencionalidad en sede administrativa es fundamental que la administración advierta qué opina la CIDH en sus fallos. Tal como sucedió en “Baena”, se buscó garantizar el derecho humano a obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, incluyendo a la administración a cumplir con tal deber. Así como las garantías judiciales, existirían otros derechos, contenidos en los fallos de la CIDH, que podrían ser incorporados al control de convencionalidad que realice la administración.

## CONCLUSIONES

En el marco de análisis en cuanto a la posibilidad del ejercicio del control de convencionalidad en sede administrativa, es importante destacar la complejidad e insuficiente accesibilidad de la Jurisprudencia Interamericana. El *corpus iurisinteramericano* se ha vuelto extenso y complejo, por lo que su correcta aplicación en sede nacional vía control de convencionalidad, requiere su cabal conocimiento por parte de los funcionarios públicos.

Creo que existe, en nuestro país, un manejo y un conocimiento cada vez más importante respecto del ejercicio del control de convencionalidad por los tribunales. Sin embargo, todavía se encuentra en desarrollo y por lo tanto es insuficiente. Cabe preguntarnos entonces, qué queda para la administración pública. Constituye un verdadero desafío conocer los tratados, los fallos, las interpretaciones y, además, controlar su aplicación. Es un desafío necesario a encarar, teniendo presente que debe hacerse con sumo cuidado. Ya que, si no son eficaces, tanto los canales de información como la debida capacitación, el control de convencionalidad puede tener efectos perversos como la aplicación demagógica o distorsionada.

La proyección de los derechos humanos, así como su tutela, no se limita a una determinada función estatal, sino que impacta en todas las esferas competenciales del Estado, ya que éste tiene la obligación ineludible de salvaguardar la vigencia de lo dispuesto por la CADH y otros tratados.

Para finalizar, se retoma el punto donde se analizó el control de constitucionalidad en sede administrativa, y en ese sentido, se considera que declarar la violación de lo dispuesto por un Tratado, al igual que la declaración de inconstitucionalidad, corresponde al Poder Judicial, en ejercicio de su función jurisdiccional.

Sin embargo, es válido y necesario que los funcionarios públicos de la administración en el ejercicio de su actividad, y en los términos de categorías de

acciones indicadas, no apliquen una norma inconventional en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales; objeten una norma porque viola la convención para generar conciencia a quienes tienen potestades de cambiar la norma o de declararla inconventional; o realicen una interpretación sobre el sentido y alcance del precepto convencional en sus actos.

Es definitiva, el control de convencionalidad en sede administrativa se debe dar en el marco de las competencias que la Administración tiene, tal cual se menciona en el caso “Gelman”.

Sería deseable encontrar las vías para hacer cumplir y respetar los derechos humanos para todos, una sociedad que privilegie seriamente la libertad para todos y persiga la igualdad real de oportunidades y de trato para sus miembros, una democracia participativa y deliberativa que incluya a todos y que se desechen los privilegios de unos pocos, la corrupción, la desigualdad, la pobreza y tantos otros males que aquejan a nuestro país.

La Administración no puede ser ajena a este deseo y debe tener una participación activa para que los derechos humanos de sus administrados sean ejercidos, por lo que será necesario seguir profundizando y desarrollando el tema para generar los mecanismos que hagan factible y serio el accionar, dentro de sus competencias, frente a la norma inconventional.

## REFERENCIAS

1. Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo* V. 1 (6ta Ed.). Buenos Aires: La Ley.
2. Buteler, A. (2015). La interpretación de la Constitución en sede Administrativa. *Revista de Investigações Constitucionais*. Recuperado de <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44533> ISSN 2359 -5639.
3. Bolaños, E. (2016). ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Recuperado de [https://www.academia.edu/24216016/\\_Puede\\_el\\_control\\_de\\_convencionalidad\\_ser\\_una\\_alternativa\\_ante\\_la\\_prohibici%C3%B3n\\_del\\_control\\_difuso\\_en\\_sede\\_administrativa](https://www.academia.edu/24216016/_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibici%C3%B3n_del_control_difuso_en_sede_administrativa).
4. Rossetti, A. (2010). Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en la Argentina. En *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Vol. I, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
5. Sierra Zamora, P.A., Cubides Cardenas, J., Carrasco Soulé, H. (2016). *Colección JUS Público Tomo 17*, Cap. 11. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
6. Trucco, M. (2016). El control primario de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales. *MicroJuris*. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/tag/control-de-convencionalidad/>.