

El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública

*Carlos Ordaya López**

Introducción

La autoridad pública es todo funcionario o servidor que pertenece y labora en la administración pública, autoridad que representa al Estado, en la adopción de decisiones, resolviendo y brindando atención en asuntos que se presentan en la sociedad en todo su conjunto, el mismo que goza de facultades, atribuciones y competencias sobre determinadas funciones que el Estado lo ha delegado.

Estas funciones que realiza la autoridad pública, deben estar respaldadas por la norma y la Constitución, a fin de garantizar de que el servicio brindado o la atención a los servicios públicos esenciales en la sociedad se garanticen con el irrestricto respeto a los derechos fundamentales de la persona, teniendo en cuenta que el administrado o ciudadano es el fin para la sociedad y no un medio para los objetivos institucionales que persigue el Estado.

Es así que, en el ejercicio de sus funciones, la autoridad se percata o se encuentra ante una norma interna de cualquier nivel, que contradice o contraviene las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este caso, se presentará

* Fiscal Adjunto Provincial, titular de la Fiscalía Supraprovincial especializada en derechos humanos, interculturalidad y delitos de terrorismo, Perú.

este problema de ejercer este tipo de control, para preferir la norma convencional o la norma nacional. Como ejemplo tenemos las funciones del RENIEC, a razón que en distintas oportunidades se negaron a reconocer e inscribir matrimonios de personas del mismo sexo, así como el registro de cambio de sexo; como también en el ámbito de la autoridad local, cuando el alcalde o el encargado de los registros civiles de la municipalidad se niegue a inscribir a niños que nacieron en el extranjero con padres del mismo sexo, entre otros ejemplos que se podría presentar en la práctica ante las distintas áreas de la administración pública. A todo esto, cómo resolvería la autoridad a raíz de la figura del control de convencionalidad, como creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para la aplicación e interpretación del control de convencionalidad por parte del juez, considero que no existe problema alguno, por cuanto constitucionalmente tiene la facultad de realizar el control difuso; además como dice el adagio "*Iura novit Curia*", el juez conoce el derecho. Entonces, sobre este aspecto, para el juez no se presentarían problemas para aplicar el control de convencionalidad; no obstante, considero que para la autoridad pública sí se tornaría en un dilema, desde su interpretación y aplicación, incluso esto iría más allá de desconocer de qué se trata esta figura, por cuanto desconocemos la formación jurídica de la autoridad.

En ese sentido, ¿de qué manera se podría aplicar e interpretar el control de convencionalidad en la administración pública por parte de la autoridad? ¿Es posible la aplicación e interpretación, cuando en un determinado caso se ve la necesidad de realizar esta interpretación en salvaguarda de los derechos humanos de la persona? ¿Cuál sería esa manifestación correcta que conlleve a la autoridad de realizar esa labor de interpretación, cuando la Corte IDH, señala textualmente: "(...) todas las autoridades

estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (*Sentencia de cumplimiento: Gelmán vs. Uruguay*)? Por ello, resulta muy importante analizar este problema que se presenta en nuestro país, más aún si se tiene en cuenta que entre los grandes juristas como Néstor Pedro Sagüés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entre otros, cuando analizan este tipo de control, no son muy claros al señalar de qué manera se debería aplicar este control por parte de la autoridad pública.

Por último, se pretende realizar un desarrollo del denominado control de convencionalidad, teniendo en cuenta sus antecedentes en su definición, su evolución jurisprudencial, cuál es la línea argumentativa que adopta la Corte IDH para ordenar a todos los Estados parte, la obligación de ejercer este tipo de control, sus ventajas y desventajas, hasta finalmente otorgar propuestas de cómo se debería ejercer este tipo de control interpretativo por parte de la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones.

1. Antecedentes del control de convencionalidad

En primer lugar, es necesario señalar que a la fecha no existe una regulación normativa del control de convencionalidad tanto a nivel de la Convención y otros tratados interamericanos, pero sí se tiene claro que este control ha sido creado a través de la jurisprudencia interamericana. Es así que Néstor Pedro Sagüés nos indica que el control de convencionalidad que los jueces nacionales deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando

27) y *Tibi* (7 de setiembre del 2004, considerando 3 y 4); pero es formulado por el cuerpo en pleno, y de modo explícito, recién en el *Caso Almonacid Arellano*, el 26 de setiembre del 2006, considerandos 124 y 125¹.

Por otro lado, se señala que la génesis del control de convencionalidad obedece a un desdoblamiento del derecho positivo en aras de la –aspirada por todos– justicia material. Cuestión que acarrea cada una de las dificultades que históricamente ha tenido como lastre de dichos propósitos y que acude a herramientas similares –si no es que idénticas– a las difundidas por la Teoría de la Argumentación Jurídica elaborada al alero del constitucionalismo principialista, conocido como también como “neoconstitucionalismo”. Nos referimos al protagonismo judicial en la creación del Derecho, al empleo de la sobre interpretación de enunciados normativos y a la identificación de normas que subyacerían tras pretextos explícitos contenidos en fuentes a las que se les atribuye una jerarquía especial, combinación que construye la justificación, alcance, efectos y consecuencias del Instituto².

Desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo, conforme a los siguientes elementos señalados en su cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH³:

-
- 1 Sagüés, N. *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. concordancias y diferencias con el sistema europeo*. Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, México, 2012. Pág. 382.
 - 2 Henríquez, M. y Núñez, J.I. “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2016. Pág. 329.
 - 3 Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH No. 07, *Control de Convencionalidad*. 2019. Versión actualizada.

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y,
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

2. Evolución jurisprudencial del control de convencionalidad

En estas últimas décadas la Corte IDH, ha desarrollado el control de convencionalidad a través de su diversa jurisprudencia de la siguiente manera:

- a) **Sentencia Corte IDH: *Almonacid Arellano vs. Chile***, en el considerando 124 señala que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la

Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

- b) Sentencia Corte IDH: *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú***, en el fundamento 128: “(...) En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.
- c) Sentencia Corte IDH: *Radilla Pacheco vs. México***, en el fundamento 339, señala: “(...) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención

no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

- d) **Sentencia Corte IDH: *Cabrera García Montiel y otros vs. México***, en el considerando 225: “(...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.
- e) **Sentencia Corte IDH: *Gelmán vs. Uruguay***, en el fundamento 239: “(...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a

las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en 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”.

f) Sentencia Corte IDH: *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, considerando 284: “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”.

g) Sentencia de cumplimiento de la Corte IDH: *Gelmán vs. Uruguay*, en el fundamento 72 indica: “De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta,

en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”.

3. Diferencias entre control difuso y control de convencionalidad

A fin de analizar este tipo de control, es necesario hacer una diferenciación con el control difuso. En efecto, el control de convencionalidad que estableció la Corte Interamericana es más reciente (2006), a diferencia del control constitucional (que viene desde el año 1803), fue desarrollado por primera vez en el *Caso Marbury vs. Madison*. En efecto, García de Enterría (2000) citado por Guzmán (2015)⁴ escribió:

En primer lugar, debemos de considerar la tradición constitucional norteamericana a partir del célebre *Caso Marbury vs. Madison*, en el cual se determinó no solo que la Constitución era norma suprema, sino además que los jueces podían inaplicar la norma legal al caso concreto cuando encontraran que la misma se encontraba en desacuerdo con la norma constitucional, no obstante que dicha prerrogativa judicial no se encontraba prevista en la Carta magna. Dicha facultad se denominó *Judicial Review* y conforma lo que se denomina control difuso.

Sobre este control, tienen en común manejar (en el fondo) un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En caso de confrontación entre una ley y la Constitución, ello es evidente. En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido,

4 Guzmán C. *La Constitución política: un análisis funcional*, 1ra. edición. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2015. Pág. 36.

pero, de todos modos, si el Estado debe cumplir con la Convención a todo costo y no puede alegar su constitución para incumplir al pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto esta jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré: “paralizada” (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias del pacto)⁵.

El pacto puede lesionar jurídicamente a la Constitución, en tanto que su derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir la modificación de ella (téngase presente, una vez más, el *Caso “La última tentación de Cristo”*⁶). Por el contrario, según el control de convencionalidad, la Constitución no puede válidamente lesionar a pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo tal estado de cosas. Por todo ello, también en principio, una norma subconstitucional nacional debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad y la del control de convencionalidad. Si cae por alguna de ellas, resulta inaplicable. No es suficiente, entonces, con que una regla local sea constitucional. También debe ser “convencional”⁷.

Entonces, el control de constitucionalidad, denominado control difuso, no es otra cosa más que la inaplicación de una norma inferior que, de una u otra manera, contraviene la norma

5 Sagüés, N. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”; en: *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Tomo VI. 2011. p. 284.

6 García Ramírez, “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de la UNAM*, México, 2001. Pág. 764.

7 Sagüés, N. “Obligaciones internacionales y control de Convencionalidad”, pág. 284.

superior en este caso, la Constitución. Ante esto, el Juez es el facultado, conforme al artículo 138 de nuestra Constitución, en el caso peruano, y es quien deberá de inaplicar la norma para preferir la Constitución, protegiendo así los derechos fundamentales. En cambio, el control de convencionalidad será la facultad que tienen el juez, todo operador de la administración de justicia y la autoridad pública, de aplicar e interpretar la Convención y otros tratados interamericanos, así como sus propios pronunciamientos de la Corte IDH, a fin de preferir y proteger los derechos humanos establecidos en los tratados, ante una incompatibilidad de una norma interna.

4. El control de convencionalidad como técnica interpretativa y argumentativa

La Corte interamericana de Derechos Humanos desde su creación hasta nuestra actualidad, ha cumplido una función muy importante en toda Latinoamérica en defensa y respeto de los derechos humanos, y esto lo realizó fundamentalmente a través de sus decisiones, aplicando estándares argumentativos e interpretativos de acuerdo a su norma fundamental, principalmente la Convención Americana y su propia labor interpretativa que realiza a través de su jurisprudencia. Esto sirvió, para que hoy en día se consolide como se dice una “jurisprudencia interamericana”, y que de estas decisiones se crea este tipo de control de convencionalidad como un nuevo enfoque de comparación y aplicación entre la norma convencional y la norma interna.

La argumentación ius fundamental tiene cierta firmeza, por medio de las reglas y formas de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica. Se lleva a cabo sobre la base de que su estructura es racional. Por lo que no tiene

nada de irrazonable que un Tribunal Constitucional no solo argumente, sino que también decida. Por lo que concluye dicho autor chileno que no tendría nada de irracional que la Corte IDH creara jurisprudencialmente muchos institutos jurídicos a partir de su razonamiento motivado, entre ellos, por el control de convencionalidad⁸.

Es por ello que, a través de sus sentencias, la Corte Interamericana ha fortalecido y enriquecido su jurisprudencia mediante sus decisiones vinculantes para todos los Estados, así como también el llamado control de convencionalidad. Para eso no sólo aplicó las diversas técnicas argumentativas, sino también, como señala Max Silva y teniendo en cuenta a Nogueira Alcala, que la Corte IDH insta a aplicar los métodos de interpretación aplicados en sus decisiones, para la garantía y respeto de los derechos humanos, como es la interpretación evolutiva, dinámica y finalista; el uso de principios básicos de interpretación de derechos “pro homine” o “favor persona”, progresividad, proporcionalidad, para solo señalar algunos de ellos que constituyan una fuente de ampliación de su potestad jurisdiccional⁹.

Ahora, sobre los efectos y tipos de producción de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se tiene: “(..) que las sentencias del Tribunal Interamericano producen dos tipos de consecuencias, a saber: una vinculación directa –y obligatoria– para el país condenado (art. 62 y 68 CADH), y otra vinculación relativa –*erga omnes*– para todos los países miembros del modelo, que no participaron en el proceso”. Es

8 Mesa A. “El Control de Convencionalidad: ¿un acto racional o irracional?”, en: *Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 16, núm. 129-166. 2017. Pág. 141.

9 Silva, M. “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, No. 3. 2018. Pág. 723.

por ello que “la norma interpretada” en la decisión no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, ya que, de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario) por vía de la Corte IDH, que debe de calificarla como inaplicable, es decir, “inconvenional”¹⁰.

En Costa Rica, Hernández Valle, refiriéndose a un constitucionalista, Simón, de nacionalidad alemana, propone una serie de supuestos y límites del principio de interpretación conforme a la constitución para el control de convencionalidad, los cuales son los siguientes:

- a) Toda interpretación conforme a la Convención presupone, como algo evidente, que la norma en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las normas con un contenido unívoco son o bien compatibles, o bien incompatibles con la Convención; en estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Convención que se sitúa entre ambos extremos¹¹.
- b) La interpretación conforme a la Convención “no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Convención”.
- c) No tiene sentido una interpretación conforme a la Convención, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.
- d) Las normas convencionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la legislación interna tiene que

10 Hitters, J. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Efectos. Obligatoriedad*, 2021, pág. 351.

11 Olano, H. “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Revista de Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 14, núm. 01, 2016. Págs. 68-69.

subsistir. Ello supondría una interpretación de la CADH conforme al ordenamiento interno.

A todo esto, es muy importante señalar lo que indica el jurista chileno Max Silva, cuando relaciona la aplicación de control de convencionalidad con el principio *pro homine*, donde en teoría el juez interno podría hacer lo siguiente:

- a) inaplicar una norma nacional en pos de la internacional (sea lo que fuere que esto signifique, lo que no puede ser analizado aquí);
- b) realizar una interpretación armonizante de la norma local con la internacional, lo que, por cierto, podría alterar notablemente su sentido y alcance;
- c) hacer primar la norma local, si a su juicio es más favorable;
- d) realizar una interpretación extensiva de la norma internacional, lo que podría a su vez, dar origen a la posibilidad a) o b); y finalmente,
- e) hacer una interpretación innovadora de la norma internacional, con las dos mismas posibilidades señaladas en la letra anterior¹².

Sobre la interpretación “conforme”; al respecto tenemos a Hitters, donde nos indica que una de las formas más contundentes de “armonización” entre el derecho nacional y el internacional, se viabiliza a través de la denominada “*cláusula de interpretación conforme*” teniendo en cuenta al Juez de la Corte IDH, Ferrer Mac-Gregor. La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual, las reglas contenidas en las cartas magnas

12 Silva, M. “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, No. 3. 2018. Pág. 723.

locales son “armonizadas” con los postulados y principios que surgen de los tratados sobre derechos humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, para alcanzar una mayor eficacia¹³.

A la pregunta de si el control de convencionalidad es un control normativo o un ejercicio de interpretación, Miriam L. Henríquez nos ilustra precisando que existen dos sectores, donde para algunos autores, como Francisco Zúñiga, Gonzalo Aguilar, Néstor Sagúes, Allan Brevier y Juan Carlos Hitters, conciben al control de convencionalidad interno como un control normativo entre las disposiciones jurídicas internas y la normativa interamericana, y lo asimilan, incluso en su estructura, al control de constitucionalidad; en cambio, por el otro lado, ciertos autores como Ernesto Rey, Claudio Nash, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Humberto Nogueira, Víctor Bazán, Karlos Castilla, entre otros, consideran que el control de convencionalidad implica un ejercicio interpretativo que, en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben hacer en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos¹⁴. Para esta misma autora, esta diferenciación de ambas posturas resulta relevante, donde en el primer supuesto será la invalidez –inaplicabilidad–, y en el segundo, la responsabilidad internacional. Además, porque en el caso del control normativo se recurrirá al criterio jerárquico para resolver un conflicto entre la norma interna y la norma interamericana, cuestión que no ocurrirá en el evento que se le considere al control de convencionalidad como ejercicio de interpretación¹⁵.

13 Hitters, J., *El control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Biblioteca Virtual de la UNAM, 2015, pág. 271.

14 Henríquez, M. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *Revista Colombiana de derecho internacional*, 2014, pág. 132-133.

15 *Ibid.* Pág. 134.

Para Ferrer Mac-Gregor, en el derecho comparado, una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional, es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia de protección¹⁶.

De todo esto, lo que consideramos para las propuestas de nuestro trabajo, son los alcances y la intensidad en la argumentación del control de convencionalidad “fuerte” o “débil”. Pablo Contreras, señala al respecto: “La clasificación aquí sugerida recoge y expande las facetas ‘destructivas’ y ‘constructivas’ del control de convencionalidad que ya propuso Néstor Pedro Sagüés. De igual forma, recoge parte de las consideraciones del Juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado para el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”¹⁷.

Entonces, este autor nos dice que estaremos ante un control “fuerte” de convencionalidad, donde es importante la obligación del juez nacional de “desplazar” la aplicación de la norma interna por violar la CADH y la interpretación de ella en las sentencias de la Corte IDH, donde utilizó la expresión “desplazar”, en razón de la escasa especificidad de los efectos del control de

16 Ferrer Mac-Gregor E. “La interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: (mismo autor) *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons-UNAM, México, 2018. Pág. 549.

17 Contreras, P. *Análisis crítico del control de convencionalidad*, Chile, 2012. Pág. 433.

convencionalidad, según la jurisprudencia de la Corte IDH. La versión fuerte del control de convencionalidad surge en el origen mismo de la doctrina: en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. En cambio, el control “débil” de convencionalidad, por otra parte, se puede entender como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la CADH y la interpretación que la misma ha efectuado la Corte. Es decir, en esta modalidad de control, la norma interna no es necesariamente “desplazada”, la obligación de ejercer el control de convencionalidad adopta la exigencia de una construcción interpretativa plausible que permita armonizar la Convención y los fallos de la Corte IDH, con el ordenamiento jurídico nacional del Estado Parte¹⁸.

Sobre el particular aquí tenemos dos tipos de mecanismo. La primera, el “control fuerte”, que busca aplicar la Convención sobre la norma nacional o inaplicar la norma interna para preferir la Convención por parte del operador autorizado, para luego desplazarla; esto guardaría relación con el control restrictivo que conllevaría a la inaplicación de la norma. Mientras, el control “débil”, buscaría la interpretación de la norma convencional con la norma interna, a fin de buscar una buena solución en la protección de los derechos humanos del ciudadano. Esto guardaría relación con el control constructivo en la búsqueda de la interpretación conforme al parámetro de convencionalidad, es decir, buscar armonizar entre la Convención y la norma interna. Esta última es la que nos interesa, la misma que guarda relación con las propuestas que otorgaremos de cómo debería ejercerse este tipo de control por la autoridad pública.

18 Ibid. Pág. 434.

5. La administración pública y el control de convencionalidad

5.1 La administración pública y función pública

En el presente acápite, se considerará sobre las funciones que cumple la administración pública, las funciones públicas y los servicios públicos que se brindan por parte del Estado a la ciudadanía.

En efecto, José Luis Martín, hace referencia sobre la administración pública teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia española, donde nos indica:

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a Ley y al derecho (art. 103.1 CE), siendo esta una idea fundamental en relación con los procedimientos selectivos y de provisión de puestos de trabajo en el sector público y la que nos da pie para proponer fórmulas de autocontrol que podrían evitar muchos litigios, actuando preventivamente en el plano de la elaboración de las disposiciones reglamentarias y en el de la aplicación sistemática del corpus normativo en esta materia, así como en las eventuales, y por desgracia abundantes, impugnaciones. Pero a la vez, y desde otro ángulo, es necesario comprender que existe una conexión de este precepto con el artículo 23.2 y los principios de mérito y capacidad¹⁹.

Sobre la función pública, el mismo autor español precisa que corresponde regular a la ley, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), sin perjuicio, como se verá después, de la colaboración reglamentaria. Conviene destacar que

19 Martín, J. *Derecho fundamental de acceso a la función pública*. Editorial Liberlex, España, 2006. Pág. 33.

la reserva alcanza no solo la “normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario”, sino también a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse a los derechos y deberes, responsabilidad de los funcionarios y régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (art. 103.3 y 149.1.18.^a), habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Siendo así, precisa el Tribunal Constitucional, “las normas que disciplinen estos ámbitos serán en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos” (STC99/1987, de 11 de junio)²⁰.

Por su parte, la Carta Iberoamericana de la Función Pública, define:

La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz al servicio del interés general. En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar

20 Ibid. Pág. 34.

los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos.

6. Administración pública y control difuso

En el ámbito nacional, sobre las atribuciones de la administración pública y el ejercicio del control difuso, los profesores Alfredo Bullar y César Higa, hacen precisión que la sentencia del Tribunal Constitucional (STC. No. 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre del 2005), era muy acertada en establecer que el control difuso o la *judicial review* solo puede ser ejercida por los tribunales administrativos o los órganos colegiados, a propósito de un caso concreto que estén conociendo. No cualquier funcionario dentro del aparato administrativo puede ejercer esta facultad, sino aquellos que van a resolver un caso y que para tomar sus decisiones no se encuentren sometidos a ninguna jerarquía administrativa, sino solo al ordenamiento jurídico²¹.

Ahora, respecto a que los propios administrados sean los que soliciten la aplicación del control difuso, nos señalan: “(...) que es propio de esta institución y por tanto es consustancial a ella. Al ser la autoridad que resuelve imparcialmente frente a las partes, deben ser estas las que soliciten la inaplicación. Finalmente son las partes llamadas a invocar la violación de sus derechos”. Además, agregan que la autoridad no puede de oficio determinar si es que una ley afecta los derechos de una persona, dado que ella está llamada a resolver un conflicto entre dos partes, y no puede promoverlo. En efecto, si es que ella señala que una ley

21 Bullar, A.; Higa, C., “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del TC”, en *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, Editorial Palestra editores, Lima, Perú. 2007. Pág. 51.

afecta los derechos de una de las partes se está sustituyendo en el lugar de una de ellas, perdiendo su papel de imparcial, poniendo en desventaja a la otra. Esta última ya no tendría que defenderse de su contraparte sino también de la autoridad²².

Sergio Carullo precisa que luego de lo mencionado en el *Caso Gelmán*, 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 por 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 proceso²³.

De acuerdo a la doctrina costarricense, se nos señala que si las sentencias del Tribunal Interamericano son vinculantes para todos los operadores jurídicos, es claro que debe también aplicarse directamente en sede administrativa sin necesidad de que exista un mecanismo procesal para ello. Estimamos que los funcionarios administrativos al igual que los judiciales, deben considerar modificada la normativa interpretada por la Corte en lo conducente y proceder directamente con la desaplicación simultánea de las regulaciones legales o reglamentarias que se opongan. Asimismo, se precisa como las sentencias de la

22 Ibid. Pág. 53.

23 Carullo, S. “La administración pública frente a la norma inconvencional”, en: *Revista Ius Comithalis*, año 3, núm. 5, enero del 2020, Argentina. Pág. 83.

Corte IDH tienen al menos rango constitucional según su propia jurisprudencia, y rango supraconstitucional según la Sala Constitucional; es claro que cualquier norma interna que se oponga a una resolución de la Corte IDH sería inconvencional y, por tanto, el funcionario administrativo estaría obligado a desaplicarla²⁴.

En principio, en el caso peruano, no está permitida la aplicación del control difuso en sede administrativa y mucho menos para la autoridad pública; entonces al no existir la facultad normativa que ampara esta aplicación, resulta imposible su concreción en sede interna. Supongamos que exista esa facultad para los órganos administrativos y la autoridad pública y conforme a estas atribuciones, en cualquier momento inaplican las normas administrativas. Esto conllevaría a un desorden total, no solo por su inaplicación de las normas, sino por la falta de rigurosidad en el estudio y análisis de la inaplicación; además a esto, cuál sería el órgano revisor en consulta para evaluar si efectivamente se ejerció como corresponde el control difuso, a diferencia de los jueces, que cuando estos ejercen este control difuso se eleva en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Por lo que considero que la finalidad de buscar la protección a los derechos humanos y fundamentales en un Estado constitucional resulta muy positiva; no obstante, esta no puede ser ejercida a cualquier precio.

24 Hernández, R. *Derecho Constitucional y derecho convencional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021. Pág. 157.

7. Las desventajas y críticas en la aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública

En *Las tres paradojas del control de convencionalidad*, por Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez, se precisa que la Corte Interamericana en su decisión originaria en el *Caso Gelmán vs. Uruguay*, pareció ampliar el espectro de sujetos competentes para llevar a cabo el control de convencionalidad, ya que en lugar a referirse a los “jueces” (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*), o los “órganos del Poder Judicial” (*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*), o los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*), pasó a hablar de “cualquier autoridad y no solo del Poder Judicial” (*Gelmán vs. Uruguay*), según resalta Bazán. Esto es algo que resulta difícil de aceptar, puesto que los argumentos con los que la Corte Interamericana ha intentado justificar el control de convencionalidad, como vimos, funcionan para órganos jurisdiccionales, no para cualquier autoridad²⁵.

Agrega que, de acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana, con lo siguiente: “(...) en casos de graves violaciones a las normas de derecho internacional de los derechos de protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de los ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías e instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de Convencionalidad (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”. Respecto a este

25 Bazán, V. “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y revertir la responsabilidad internacional del Estado”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, Madrid, 2015. Pág. 25-70. Disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.02>.

párrafo para los autores mencionados, la Corte parece no solo reconocer acriticamente el carácter antidemocrático del ejercicio del control de convencionalidad, realzándolo como si eso fuera una virtud y sin ofrecer argumento alguno para intentar salvar la andanada de objeciones que ha motivado, sino además estima que la actuación de todas las autoridades públicas –no solo jueces– debe ser contramayoritaria. Pensamos más bien, y apelando al principio de caridad, que el párrafo demuestra que la retórica de la Corte Interamericana no siempre debe ser tomada literalmente.

Por otro lado, se señala que el “falso” control de convencionalidad que han difundido por repetición sin reflexión, la CoIDH y un importante número de doctrinarios no sea todo lo que estos últimos han dicho, soñado, deformado, alterado y manipulado, sino tan solo una mera aplicación de la Convención Americana. Al parecer se confirma con las dos manifestaciones que se dice tiene esa manoseada figura jurídica, a saber²⁶:

- a) Cuando existe una sentencia en la que el Estado es parte, el Estado debe cumplir y aplicar la sentencia.
- b) Cuando el Estado no es parte en un caso, el Estado debe emitir y aplicar sus normas nacionales de manera válida y compatible con la CADH, así como la determinación, juzgamiento y resolución de casos particulares teniendo en cuenta dicho tratado y sus precedentes jurisprudenciales.

Por lo que concluye este autor, que todo esto es: ninguna novedad de fondo. Simplemente se dice que el Estado por medio de todos sus órganos y autoridades debe cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas, las cuales en el

26 Castilla, K. “El control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho constitucional”, *revista Derecho Estado*, Universidad de Externado, 2014. Pág. 161.

caso de la Convención Americana implican justamente lo que se describe en los dos puntos antes citados, contenidos en los artículos 1, 2 y 68 de la CADH.

Por su parte, Juan Alonso Tello, señala que si fuese el caso que la jurisprudencia de la Corte IDH estuviese incluida en la doctrina del control de convencionalidad, tendríamos que discutir con mayor detenimiento sobre las distintas dificultades que se presentan:

- a) se constriñe la libertad interpretativa del juez nacional, atándolo a las interpretaciones que pudiesen venir desde la Corte IDH;
- b) su aplicación supone un “sacrificio ideológico”, pues anteponer la ideología que anima la actuación de la Corte IDH por sobre el techo ideológico que campea en una Constitución local al momento de interpretar una regla constitucional; y,
- c) “encadena” a los Estados que no fueron parte de una controversia y que, por tanto, no fueron escuchados ni pudieron aportar su opinión al respecto, a una tesis jurisdiccional determinada, trastocándose con ellos las habituales reglas del debido proceso²⁷.

Para Miriam L. Henríquez, el control de convencionalidad es una institución originada pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos perfiles no han sido definidos con precisión desde un inicio, sino que se han construido de manera paulatina en el devenir jurisprudencial. Lo dicho hace del control de convencionalidad un modelo todavía inacabado, en que además la doctrina desarrolla tesis diversas

27 Alonso, J., “La doctrina del control de convencionalidad; dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”. 2015. Pág. 205-206.

sobre su naturaleza, lo que da lugar a numerosas incertidumbres relativas al alcance de los destinatarios, parámetro, objeto y efectos del control²⁸.

De todo esto, se puede agregar, que el control de convencionalidad no tiene fundamentos y bases sólidas de cómo debería argumentarse e interpretarse entre las normas de la Convención y los tratados interamericanos con las normas internas de cada país; eso sucede por cuanto no está debidamente establecido si en un caso determinado entre un país parte, esto sea vinculante para los demás países partes que no fueron objeto de la demanda y declarados responsables de violación a los derechos humanos; como también, lo que más nos interesa de cómo debería de aplicarse e interpretarse por parte de un autoridad pública, sin haberse legislado y autorizado por una norma interna de cada país. Como diríamos, no se trata de decir que todos deban ejercer este control para garantizar los derechos humanos de los ciudadanos, pero nos dice cómo debemos de hacerlo, más aún cuando estamos ante diversas legislaciones que limitan las funciones y competencias de cada órgano o institución del Estado.

8. Las ventajas y beneficios del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública

La trascendencia de la nueva doctrina sobre el control difuso de convencionalidad es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo

28 Henríquez, M. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *Revista Colombiana de derecho internacional*, enero-junio 2014. Pág. 138.

constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” entre los jueces nacionales y los interamericanos, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas²⁹.

La ampliación del catálogo de derechos humanos en el escenario nacional no se limita al texto constitucional; el sistema de protección de normas cerradas y estáticas se transforma en uno abierto y dinámico, al nutrirse constantemente con los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte IDH. No obstante, dicha ampliación no merma para nada la soberanía, sino por el contrario, los derechos subjetivos que nacen de los tratados internacionales son para todas las personas, por lo que se ofrecen más garantías dentro de los Estados³⁰.

La ampliación de estos derechos en instancias internacionales garantiza el acceso de justicia que podemos alcanzar, cuando en sede nacional no se obtiene una respuesta alguna sobre la vulneración de nuestros derechos; por eso, las instancias internacionales garantizan que podamos conseguir el reconocimiento de nuestros derechos y esto conlleve a evitar la impunidad de las violaciones a los mismos.

El Control de convencionalidad interno o difuso se presenta como un laudable instrumento para evitar que el Estado incurra

29 Ferrer Mac-Gregor, “La Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, 2011. Pág. 622.

30 Martínez y Cubides. “Influencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y del control de convencionalidad. Análisis de dos casos paradigmáticos”, *Revista Juz*, México, 2015. Pág. 121.

en responsabilidad internacional por acto u omisión ilícitos que redunden en la violación de derechos humanos, ya que se daría respuesta adecuada a *ad intra* a semejante transgresión sin exponer a aquel a una denuncia ante la Comisión IDH y una eventual demanda ante la Corte IDH³¹.

9. Propuestas para la aplicación e interpretación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública

Ante esto, las principales interrogantes que se tienen para la presente investigación son de qué manera se aplicaría el control de convencionalidad por parte de la autoridad en la administración pública desde la sentencia *Gelmán vs. Uruguay* en nuestro país, y de qué forma sería su aplicación, teniendo en cuenta que este tipo de control en un primer momento se otorgó a los jueces, y luego se fue otorgado en forma progresiva a otros órganos de justicia, hasta la sentencia *Gelmán vs. Uruguay*, en la cual se estableció que este control de convencionalidad, “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. Sobre este último nos centraremos para analizar y determinar sobre su desarrollo de este control y cuál sería su trascendencia en su aplicación por parte de la administración pública, específicamente por la autoridad que tenga la función y la facultad de ejercer dicha facultad cuando encuentre en el dilema de aplicar la norma interna y la norma convencional.

En la sentencia de la Corte IDH *Gelmán vs. Uruguay*, y en su sentencia de cumplimiento, no nos señala a qué autoridad se

31 Bazán, V. “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2015. Pág. 63.

refiere, como el facultado o autorizado para efectuar este tipo de control entre las normas nacionales y las normas convencionales dentro de la administración del Estado en su nivel y su jerarquía; tampoco nos dice a qué tipo de autoridad, según la profesión a que nos referimos, por cuanto una cosa distinta será sobre una autoridad formada en leyes que desempeña funciones al servicio de la ciudadanía, y la otra, referido a una autoridad que no tenga conocimiento en leyes; ahí va nuestra preocupación, que resulta un poco difícil el ejercicio de este control para este sector de autoridades.

En efecto, supongamos que se refiere a todo funcionario, servidor público, que desempeña funciones a favor de la población, donde se brinda servicios a la ciudadanía en representación del Estado, así como también se puede decir que este funcionario o servidor público tenga poder de decisión sobre determinado caso, conforme a las funciones que le fueron encomendados. Ante esto, procederemos a delimitar las razones que ampara efectuar este tipo de control a favor de las autoridades públicas en sede nacional, como también las recomendaciones para una buena aplicación e interpretación de este control.

9.1 Normas internas que respaldan este control de convencionalidad

La norma constitucional, en su artículo 38, nos señala sobre la defensa constitucional: “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar y cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación”. Por otro lado, el artículo 39 de la Constitución sobre la función pública dice: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación”.

La vulneración de los derechos fundamentales y los derechos humanos, establecidos en la Constitución y en la Convención Americana respectivamente, se cometen con frecuencia por acción y omisión de las autoridades públicas, principalmente ante los pésimos y defectuosos servicios que se prestan; aunque el procedimiento para estos servicios se da por las siguientes razones: la primera por acción y omisión de las funcionarios y servidores públicos que con sus actos violan y transgreden los derechos; y otro, que las mismas normas administrativas, directivas, y otros –donde se regula el procedimiento de los funcionarios públicos–, conlleva muchas veces a la vulneración de estos derechos.

Queda muy claro que la autoridad pública no podría inaplicar una norma interna, sea cual sea su jerarquía para ejercer este tipo de control, a razón de que no está autorizado por la norma constitucional, a diferencia del Juez, que sí puede ejercer el control difuso y más aún, el control de convencionalidad. Ante este panorama, la autoridad pública o el funcionario público que presta servicios a la ciudadanía, sí podría ejercer el control de convencionalidad desde su interpretación, mas no de la inaplicación de la norma interna; es decir, lo que se podría buscar es la mejor interpretación de la norma interna conforme al parámetro convencional. Como lo señala el profesor Néstor Pedro Sagüés, se ejercería un “control constructivo” o como lo conoce otro sector de la doctrina, el ejercicio del “control débil” de convencionalidad, entre las normas internas conforme a lo dispuesto por la Convención Americana, así como también de la misma interpretación que realiza la Corte Interamericana, esto con la finalidad de proteger los derechos humanos del ciudadano.

A todo esto, debemos de tener en cuenta la norma constitucional del artículo 38, cuando nos dice que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender

la Constitución y el ordenamiento jurídico. Esto conlleva a señalar que la autoridad o funcionario tiene ese deber de respetar la Constitución, como norma principal de todo Estado Constitucional de derecho, teniendo la obligación y el deber de respetar y hacer cumplir los derechos fundamentales que se consagran en ello, así como también el deber de reconocer los tratados internacionales sobre derechos humanos que suscribió el Perú. Este desconocimiento ha conllevado muchas veces a responsabilidades internacionales al Estado peruano, incluso al pago de cuantiosas sumas de dinero por reparación a las víctimas.

Ahora, cuando la Constitución en su artículo 39, nos indica “que todos los funcionarios y trabajadores del Estado, están al servicio de la nación”, de igual forma nos amerita a señalar que esta autoridad como representante del Estado, se encuentra al servicio la población. Es así que, al haber sido elegido o designado para representar al Estado, tiene el deber de brindar un buen servicio, e incluso este servicio tiene que ejercerse respetando los derechos de todo lo administrado o de cada ciudadano que recurre a su entidad a buscar una solución a sus conflictos, necesidades o cualquier asunto público que requiere. Esta labor que efectúa la autoridad pública tiene que tener el objeto de proteger y garantizar los derechos del ciudadano, no solo para buscar la paz, la armonía y la supervivencia como personas humanas, sino de lograr su satisfacción en el reconocimiento y vigencia de sus derechos y más aún, que el Estado se encuentre al servicio de la población.

En ese sentido, considero que los artículos 38 y 39 de la Constitución, coadyuvan a reforzar el razonamiento que la autoridad pública sí está en las facultades y deberes de garantizar el reconocimiento de estos derechos humanos del ciudadano, por cuanto su función que cumple en representación del Estado, así como que se encuentra facultado para defender y respetar la

Constitución y no solo eso, también de hacer cumplir y hacer respetar a sus funcionarios o servidores que se encuentran bajo su dirección. Entonces al momento de ejercer esa función deberá de garantizar ese respeto a los derechos humanos, si bien no podría inaplicar una norma, a razón que no es una labor simple sino compleja, en vista de que tiene que seguir un procedimiento; pero sí puede buscar la mejor interpretación constructiva entre la norma interna y la Convención Americana, con el objeto de buscar la mejor opción de solución al caso concreto. Para eso se debe de tener en cuenta que el Estado no solo está en la obligación de garantizar, reconocer esos derechos, sino también de promoverlos para una mejor convivencia entre ciudadanos y autoridades.

9.2 Propuestas de cómo debería aplicarse e interpretarse este tipo de control de convencionalidad

Entonces, nos queda claro, que la autoridad pública, tiene el deber de reconocer, defender, respetar y promover el respecto de los derechos humanos de la persona, en representación del Estado. Las siguientes propuestas son:

- a) Ante la presentación de una solicitud o requerimiento, existe la posibilidad de que haya normas que dificultan el procedimiento de la petición, así como en el otorgamiento de derechos. Esto requerirá que la autoridad pública deba armonizar entre la norma procedimental con la norma convencional, a efectos de obtener procedimientos adecuados y conducentes a una respuesta pronta de acuerdo a la pretensión que se plantea, en caso de ser positiva y conforme a ley. Deberá otorgarse respuesta inmediata, en caso de ser negativa en el reconocimiento de esos derechos, con las

razones y la justificación que corresponden, a fin de que el ciudadano pueda interponer los recursos correspondientes que franquea nuestro ordenamiento jurídico.

- b) De acuerdo a la competencia que tiene la autoridad pública, está en la obligación de atender los requerimientos del ciudadano, no pudiéndose desviar o realizar otras funciones que no le competen; por lo tanto, si bien no puede realizar control difuso administrativo y mucho menos control difuso de las normas, sí puede ejercer el control de convencionalidad en sentido constructivo, buscando la mejor interpretación que garantice los derechos humanos de la persona. Es así que deberá ejercer esta interpretación más favorable desde las disposiciones convencionales y constitucionales con las normas internas que regulan su función, y contra disposiciones administrativas que se opongan a un trámite rápido y urgente a la necesidad del ciudadano, analizando en qué caso le confiere la obtención y/o reconocimiento de ese derecho, otorgando respuesta inmediata, sin transgredir sus funciones y competencias que le fueron asignadas por la Constitución y otras normas.
- c) Si bien la autoridad está obligada a los mandatos que le asigna la Constitución a cada entidad del Estado, muchas de ellas gozan de cierta autonomía e incluso muchas de ellas están supeditadas al cumplimiento del principio de legalidad. Pero estas funciones deben de estar en concordancia con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los derechos humanos de la Convención; ante todo, se deberá de ejercer esta función con cierta discrecionalidad a tener en cuenta no solo las normas que lo reglamentan, sino la Constitución, específicamente en el respeto a los derechos del ciudadano, a su dignidad, a su conciencia y a su libre ejercicio de la libertad de sus demás

derechos. Es decir, la autoridad no puede ser formalista a las normas o reglamentos de acuerdo a la función que desempeña, sino que muchas veces deben de actuar con cierta discrecionalidad a fin de proteger los derechos del ciudadano.

9.3 Es necesario su reglamentación de este control en sede interna

Es una necesidad urgente que los Estados partes, se ponga de acuerdo y reglamenten respecto al control de convencionalidad, a fin de establecer una uniformidad internacional en las decisiones. Esta preocupación debería de provenir desde la Organización de Estados Americanos (OEA), por cuanto desde su creación de este control en el año 2006, existen ciertos problemas desde su interpretación jurisprudencial, así como de una doctrina diversa que conlleva más a confusiones en su aplicación y su interpretación, la doctrina y distintos conceptos respecto a cómo deberían cumplirse las sentencias de la Corte Interamericana, dónde disponen ejercer el control de convencionalidad, que si son o no vinculantes; si de las sentencias donde establecen responsabilidad internacional, el Estado que no fue parte del proceso o litigio es vinculante o no dicha decisión. Así como también, cómo debería de ejercerse este control por parte de la autoridad pública, si este puede o no inaplicar la norma interna o solo puede hacer interpretaciones entre la norma interna, la Convención y sus propias sentencias de la Corte, entre otros aspectos que resultan necesarios, a fin de que los Estados parte, de acuerdo a su propio sistema jurídico legislen y reglamenten sobre este control; esto con el objeto de que la autoridad no pueda actuar temerosa de ser sancionada o despedida al momento de ejercer este tipo de control o incluso de que la autoridad no pueda extralimitarse en sus funciones.

En ese sentido, el control de convencionalidad, al no estar debidamente desarrollado por la misma Convención Americana y las propias sentencias de la Corte Interamericana, nos determina a señalar que no existen bases sólidas sobre una fundamentación normativa en la Convención y muchos menos bases jurisprudenciales en sus propias sentencias de la Corte, que permitan tener como reglas o directrices en la debida aplicación e interpretación de este control, y, más aún para la autoridad pública que muchas veces no es muy conocedora de las normas internas y más aun de normas convencionales. Si bien la finalidad que tiene la Corte es positiva al buscar que toda autoridad cumpla con ejercer este control a fin de garantizar los derechos humanos de la persona en cada Estado parte, esta debe tener un sustento sólido tanto normativa como jurisprudencialmente, como debería ejercerse, más aún para este sector de autoridades.

Conclusiones

1. La autoridad pública no puede inaplicar una norma interna. No obstante, este control de convencionalidad lo realizará desde una perspectiva de la interpretación constructiva o control débil de convencionalidad; es decir, deberá de interpretar la norma interna con la Convención y las propias decisiones de la Corte Interamericana a fin de proteger los derechos humanos de la persona.
2. La autoridad pública, mediante el ejercicio del control de convencionalidad “constructivo o débil”, deberá de buscar la interpretación más armoniosa que se encuentre acorde con las normas internas, desde la Constitución hasta la norma administrativa que le otorga facultades de decisión.

3. Es necesario que este control de convencionalidad sea reglamentado por los Estados parte, y por la misma Corte IDH, a fin de buscar y establecer uniformidad en su aplicación e interpretación, y más aún para la autoridad pública, ya que muchas autoridades no están formadas en leyes y más aún en normas convencionales; esto con la finalidad de que la autoridad no tenga temor, al momento de aplicar este control, de ser sancionado o despedido; y también, a fin de que no pueda extralimitarse en sus funciones.

Anexos

En síntesis, tenemos el siguiente cuadro ilustrativo:

No.	Caso	Qué resuelve
1	Almonacid Arellano vs. Chile	El poder judicial debe realizar una “especie” de control de convencionalidad.
2	Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú	Los órganos del Poder judicial deben desarrollar, no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio.
3	Radilla Pacheco vs. México	Que el control de convencionalidad no solo es para el tratado, sino también para la propia interpretación que realiza la Corte Interamericana.
4	Cabrera García Montiel y otros vs. México	El test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.
5	Gelmán vs. Uruguay	Cualquier autoridad pública, y no solo el Poder Judicial, debe llevar la fiscalización convencional.
6	Atala Riffo y niñas vs. Chile	Se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.
7	Gelmán vs. Uruguay	Existe la obligación de las autoridades internas de efectuar el control de convencionalidad preventivo, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte IDH.