

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

**“El control de Convencionalidad, en su interpretación y aplicación en la
Administración pública a través de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso
Gelmán vs Uruguay”**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Argumentación Jurídica

Autor:

Carlos Ordaya López

Asesor:

Mag. César Augusto Higa Silva

Lima, 2021.

RESUMEN

El control de convencionalidad desde su creación jurisprudencial, desde el año 2006 (en caso *Almonacid Arellano vs Chile*), ha establecido un tipo de mecanismo de control entre las normas internas de cada Estado y la Convención Americana de derechos humanos. Es en el caso, que las primeras contravengan a las segundas. Si bien este mecanismo de control fue desde un inicio para los jueces de los Estados parte, sin embargo, esto ha evolucionado a la fecha, llegando a ampliarse a otros operadores de justicia, incluso a los de la administración pública, conforme lo establece la sentencia de fondo y Sentencia de cumplimiento de la Corte IDH. “*Gelmán y otros vs Uruguay*”, donde establece que no solo es una facultad para los jueces, operadores de justicia el control de convencional, sino también, para la autoridad pública en función de su tarea encomendada por el Estado, debiendo de primar este tipo de control a fin de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana.

Por lo tanto, el presente trabajo tiene por la finalidad de identificar de qué manera se aplicaría o se realizaría la labor interpretativa de este tipo de control por parte de la autoridad, a raíz de esta sentencia, si es posible o no; y, como sería el procedimiento a seguir para una correcta aplicación e interpretación de la Convención por parte de la autoridad ante una norma interna que restringe o limita derechos humanos establecidos en la CADH. Además, se pretende establecer el mecanismo correcto para la aplicación e interpretación de este control, sin conllevar a inaplicar una norma interna o interpretar indebidamente la norma con el tratado internacional, por cuanto de acuerdo a nuestra legislación nacional y jurisprudencial, la autoridad pública no tiene las facultades para realizar el control difuso de carácter “administrativo”.

Palabras claves: Control de convencionalidad, interpretación, aplicación, autoridad pública, tratado internacional, norma interna.

SUMMARY

Since its creation in 2006 (in the case of *Almonacid Arellano v. Chile*), the control of conventionality has established a type of control mechanism between the internal norms of each State and the American Convention on Human Rights. This is in the event that the former contravene the latter. Although this control mechanism was from the beginning for the judges of the States parties, however, this has evolved to date, extending to other operators of justice, including those of the public administration, as established in the judgment on the merits and Judgment of compliance of the IACHR Court. "*Gelmán et al. v. Uruguay*", where it establishes that not only is it a power for judges, operators of justice, to control conventional, but also for the public authority in function of its task entrusted by the State, and that this type of control must prevail in order to guarantee the rights established in the American Convention.

Therefore, the purpose of this work is to identify how the interpretative work of this type of control would be applied or carried out by the authority, as a result of this sentence, if it is possible or not; and, how would be the procedure to follow for a correct application and interpretation of the Convention by the authority before an internal norm that restricts or limits human rights established in the ACHR. In addition, it is intended to establish the correct mechanism for the application and interpretation of this control, without leading to inapplication of an internal norm or improper interpretation of the norm with the international treaty, since according to our national legislation and jurisprudence, the public authority does not have the authority to perform the diffuse control of "administrative" character.

Key words: Conventionality control, interpretation, application, public authority, international treaty, internal norm.

ÍNDICE

RESUMEN	2
SUMMARY.....	3
INTRODUCCIÓN.....	6
I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	8
1.1. Estado del problema de investigación.....	8
1.2. Doctrina extranjera y nacional	9
1.3. Legislación	9
1.4. Jurisprudencia	9
1.5. Planteamiento del problema de investigación.....	10
1.6. Descripción y planteamiento.....	12
1.7. Formulación del problema de investigación	13
1.7.1. Interrogante general	13
1.7.2. Interrogantes específicas.....	13
1.8. Objetivos de la investigación	13
1.8.1. Objetivo general.....	13
1.8.2. Objetivos específicos	14
1.9. Delimitación del problema de investigación.....	14
II. MARCO TEORICO	15
2.1. Origen del Control de Convencionalidad.....	15
2.2. Desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad.....	17
2.3. Control Constitucional y control de convencionalidad.....	20
2.4. Estado Legal, Estado Constitucional y Estado Convencional	22
2.5. El Control de convencionalidad como técnica interpretativa y argumentativa.....	24
2.6. La administración pública y control de convencionalidad.....	28
2.6.1. La administración pública y función pública.....	28
2.6.2. Administración pública y control difuso	30
2.7. Las desventajas y críticas en la aplicación del Control de Convencionalidad por parte de la autoridad pública.....	31
2.8. Las ventajas y beneficios del control de Convencionalidad por parte de la autoridad pública.....	33
2.9. Estado de la Cuestión	34
III. ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....	38
3.1. En primer lugar, responderemos a nuestro primer objetivo.....	40

3.2. Sobre establecer que autoridad pública sería el competente para ejercer estas funciones de aplicación e interpretación del control de Convencionalidad en la administración pública.....	40
3.3. Explicar de qué manera se aplicaría e interpretaría el control de convencionalidad por parte de la autoridad pública en la administración pública desde la sentencia “Gelmán vs Uruguay.....	41
3.4. Identificar qué tipo de normas o practicas internas están sujetas al control de Convencionalidad por parte de los operadores de justicia y la autoridad pública.....	41
3.5. Determinar si es vinculante las sentencias de la Corte interamericana donde se establece facultades de aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública	42
IV. PROPUESTAS PARA LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA AUTORIDAD PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	44
4.1. Normas internas que respaldan este control de convencionalidad.....	44
4.2. Propuestas de cómo debería aplicarse e interpretarse este tipo de control de convencionalidad	46
4.3. Un control limitado de Convencionalidad por parte de la autoridad pública	48
CONCLUSIONES.....	50
RECOMENDACIONES	51
BIBLIOGRAFIA	52

INTRODUCCIÓN

La autoridad pública es todo funcionario o servidor que pertenece y labora en la administración estatal, el mismo que representa por su propia condición y naturaleza en la adopción de decisiones, resolviendo y brindando atención en asuntos de su competencia en todo su conjunto como son las prestaciones de servicios públicos, el mismo que goza de facultades, deberes, atribuciones, y competencias sobre determinadas funciones que el Estado ha delegado para que lo represente.

Estas funciones y competencias, en un Estado constitucional de derecho, deben estar respaldadas no solamente por la Constitución, la norma y los reglamentos funcionariales, sino también por los tratados internacionales que nuestro país es parte; y, específicamente hablando sería la Convención Americana de Derechos Humanos, a fin de que estos servicios público esenciales en la sociedad se garanticen con el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona, teniendo en cuenta que el administrado o ciudadano es un fin para la sociedad, y no un medio para los objetivos institucionales que pretende alcanzar el Estado.

No obstante, que pasaría si esta autoridad, en el ejercicio de su desempeño se percata que una norma interna de cualquier nivel, contradice o contraviene a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, como por ejemplo los funcionarios del RENIEC, en distintas oportunidades se negaron a inscribir matrimonios celebrados en el extranjero, o reconocer la paternidad a personas del mismo sexo, o por ejemplo que 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 ante las distintas áreas de la administración pública.

Por el otro lado, esto se podría presentar otro problema contra la autoridad pública de ser sancionado administrativamente por haber incumplido el reglamento o manual de organización de funciones. Ante esto, la pregunta que nos hacemos, como resolvería la autoridad pública a raíz de la sentencia de la Corte interamericana en el caso “Gelmán vs Uruguay”; así como su sentencia de cumplimiento.

Para la aplicación e interpretación del control de convencionalidad, por parte del juez, considero que no existe mucho problema, por cuanto constitucionalmente tiene la facultad de realizar el control difuso, además a esto como dice el adagio “Iura novit

Curia” el juez conoce el derecho, entonces en este aspecto para el juez no habría muchos problemas para aplicar el control de convencionalidad; sin embargo, considero que para la autoridad pública si se tornaría en un gran y por no decir a un difícil problema desde su interpretación y aplicación, incluso esto iría más allá de desconocer sobre los alcances de esta figura, por cuanto desconocemos la formación jurídica de la autoridad, es más en nuestro medio muchas veces la autoridad no tiene formación en leyes, a razón que mayormente existen autoridades de otras carreras profesionales que desempeñan funciones en la administración pública.

Finalmente, de qué manera se podría interpretar y aplicar el control de convencionalidad en la administración pública por parte de la autoridad, cuando en un determinado caso se ve en la necesidad de realizar esta interpretación en salvaguarda de los derechos humanos de la persona; cual sería esa manifestación correcta que conlleve a la autoridad de realizar esa labor de interpretación, cuando la Corte 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*); motivo por el cual resulta muy importante analizar este problema que se podría presentar en nuestra país; más aún si se tiene en cuenta que entre los grandes juristas como Néstor Pedro Sagues, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entre otros, al momento de analizar este tipo de control no son claros al señalar de qué manera se debería aplicar este control por parte de la autoridad pública. Es más, sobre este control no existe una regulación normativa en la Convención Americana, tratados y reglamentos de la Corte Interamericana y mucho menos en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que considero importante el estudio y análisis de este denominado control de convencionalidad ejercido, específicamente por autoridades públicas, después de la emisión de la sentencia la Corte interamericana. Como sería la forma correcta de aplicar e interpretar la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana para este sector de la administración pública.

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Estado del problema de investigación

El Control de Convencionalidad, ha tenido un desarrollo permanente, desde la sentencia “Almonacid Arellano y otros vs Chile”, donde se estableció que este control debe ejercerse por el Poder Judicial, entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos, incluidas la interpretación de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Sentencia “Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, fundamento 124)

Luego a esto, en la Sentencia “Trabajadores cesados del congreso de la República (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, precisó en su fundamento 128, que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Sentencia “Caso Trabajadores cesados del congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, fundamento 128)

Posteriormente, en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, la Corte IDH, señaló que 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. Además, a esto la Corte, agrega que esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben de tener en cuenta no solamente el tratado, sino también a la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete ultima de la Convención Americana. (Sentencia “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, fundamento 225)

Por último se tiene la sentencia Gelmán vs Uruguay, donde nos dice que 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 los 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 la cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.(Sentencia “Caso Gelmán y Uruguay”, fondo, y reparaciones, fundamento 239).

1.2. Doctrina extranjera y nacional

En la doctrina extranjera, existe muchos estudios sobre el avance de este control de convencionalidad, siendo que algunos autores extranjeros como el ex presidente y juez de la Corte IDH. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, donde lo compara como algo similar al control difuso y una especie del bloque de constitucionalidad. Ahora, en el plano nacional autores como Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego señalan que el control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos (García D. y Palomino J., 2013).

1.3. Legislación

El Control de convencionalidad como creación de la Corte Interamericana, no tiene base legal en la Convención Americana y mucho menos en ningún otro tratado de derechos humanos o reglamento de la Corte IDH. Asimismo, en los países como Argentina, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Uruguay, Venezuela, Bolivia, México y en nuestro país, no tiene norma o legislación nacional que regule este control de la Convención americana. A la fecha en los países de Latinoamérica e integrantes de la Convención Americana, su recepción se dio a través de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.4. Jurisprudencia

Las altas cortes de justicia y los tribunales constitucionales de los Estados integrantes de la Convención Americana, en diversas oportunidades se han pronunciado para proteger diversos derechos humanos en su ámbito interno. La

interpretación y aplicación de este control ha sido mayormente teniendo en cuenta sus normas constitucionales que reconocen la jurisdicción y competencia regional de la Convención Americana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.5. Planteamiento del problema de investigación

Desde que nuestro país suscribió el Pacto internacional de San José de Costa Rica, ha permitido reconocer la competencia y jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ante este compromiso internacional nuestro Estado está sujeto a cumplir lo dispuesto en la Convención Americana y la misma interpretación que realiza la Corte. Es así que conforme al artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, se establece que los Estados parte de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. La obligación de nuestro Estado de cumplir con este compromiso internacional de la Convención, protocolos y demás tratados interamericanos, como de sus propias decisiones de la Corte, se encuentra comprendido en la IV Disposición final de la nuestra Constitución.

Ante esto, como principales interrogantes que se tiene para la presente investigación, es 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 éste tipo de control en un primer momento se otorgó a los jueces, y luego se fue otorgándose en forma progresiva a otros órganos de justicia. Hasta la sentencia “Gelmán vs Uruguay”, se estableció que este control de convencionalidad, “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. Sobre este último aspecto, nos centraremos para analizar y determinar sobre su desarrollo, de 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 dicho control, cuando se encuentre ante el dilema de aplicar la norma interna y la norma convencional.

La administración pública, a través de la autoridad o funcionario, estaría facultado para ejercer este control durante su desempeño como autoridad, conforme a lo establecido en la sentencia “Gelmán vs Uruguay”; no obstante, de qué manera esta autoridad podría aplicar e interpretar los mandatos dispuestos por la Convención

Americana. Si tenemos en cuenta con la STC. N° 03741-2004-PA/TC-LIMA, caso “Hernando Ramón Salazar Yarlenque”, en un primer momento se estableció como precedente vinculante el control difuso en el ámbito administrativo, estimando en ese entonces que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tienen la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa-, sino el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional; empero más adelante con la STC N° 04293-2012-PA/TC-LORETO, caso “Consortio Requena”, el Tribunal Constitucional, dejó sin efecto el precedente vinculante, precisando que el control difuso era algo propio de los jueces del Poder Judicial y no de los tribunales administrativos, quienes no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante atribución; es más cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión, encuentren que hay incompatibilidad en su interrelación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, estas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de conformidad al artículo 236° de la Constitución y artículo 14° del TUO de la LOPJ.

Ahora, en los tribunales administrativos no sucede lo mismo, por cuanto no existe reglamentación al respecto y mucho menos norma alguna que lo regule. Si esto no sucede en los tribunales administrativos, mucho menos existe la posibilidad que la autoridad pública goce de esta facultad para aplicar este tipo control, así como el control de convencionalidad. **A todo esto se debería a que la autoridad pública, no cuenta con un respaldo legal o no exista una norma legal interna que le faculta ejercer este control, porque si no fuese así no existiría inconveniente alguno, pero esto no solo sería el único problema sino, como se aplicaría este tipo de control teniendo en cuenta que la autoridad pública muchas veces no tiene la formación de la abogacía, sino que ejerce otras profesiones, o en muchas veces no tiene carrera alguna, como muchas veces se puede ver en nuestra sociedad.**

En el caso de que los tribunales administrativos gocen de la facultad de ejercer el control difuso en ámbito administrativo, así como a su vez del control de convencionalidad, sería a razón que estos tribunales administrativos ejercen funciones de administración de justicia administrativa, de acuerdo a su competencia; empero la autoridad pública no está investido de este ejercicio y mucho menos cuenta

con esa atribución jurisdiccional, incluso las funciones que realizan comúnmente es la prestación de servicios públicos de carácter administrativa y gubernamentales al servicio de la sociedad, mediante determinadas competencias que le asigna el Estado, a fin de alcanzar el desarrollo y bienestar de la sociedad.

1.6. Descripción y planteamiento

El problema de investigación consiste de qué manera el control de convencionalidad puede ser aplicado en sede interna como una facultad que otorga a los jueces, operadores de justicia y hasta la autoridad pública, pese a que dicha institución jurídica no tiene una regulación propia y menos un reconocimiento normativo en la Convención Americana de Derechos Humanos, y en ningún tratado de la Convención, por cuanto su recepción en todo Latinoamérica y los Estados parte, que se sometieron a esta jurisdicción fue a través de la jurisprudencia interamericana.

Ahora, desde su llegada, a nuestro ordenamiento jurídico nacional, cual ha sido el valor y la importancia que le viene otorgando por parte de los jueces, los operadores de justicia principalmente. Así como también, a la fecha cual ha sido su recepción y su desarrollo por parte de la autoridad pública, desde la emisión de esta sentencia caso “Gelmán vs Uruguay” y hasta su sentencia de cumplimiento, que considero a esta última que clarifica con más detalle la facultad de este control a la autoridad pública.

Por lo tanto, si los jueces y los demás operadores de justicia tienen dificultades para aplicar e interpretar este tipo de control instaurado por la Corte IDH ante una norma constitucional e infraconstitucional en sede interna, como sería para la autoridad pública. La pregunta que nos formularíamos a fin de responder a esta interrogante sería de la siguiente manera: **de qué manera la autoridad pública pueda aplicar o interpretar este control de convencionalidad en el ejercicio de sus funciones más aun cuando se le presente una norma interna que presuntamente es contraria a la Convención Americana.** Por lo que desde la sentencia del caso “Gelmán vs Uruguay” en el año 2011 a la fecha, existirá algún pronunciamiento de la autoridad pública que nos diga como ejercer este tipo de control. O algún tribunal administrativo habrá ejercido este tipo de control, pese a que no existe una regulación normativa de carácter internacional y mucho menos nacional. Y por último de qué manera lo aplicaría y cuál sería el resultado jurídico de esta aplicación efectuada por la autoridad pública, cuál sería su validez en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, la interrogante será si la autoridad pública está en la capacidad de ejercer este tipo de control de convencionalidad y como lo podría hacer sin tener problemas de validez en el ordenamiento jurídico. Podría instaurarse algún procedimiento administrativo sancionador por no cumplir con las normas, reglamentos y directivas que regulan sus funciones, o esta facultad le puede eximir de toda responsabilidad en caso aplique este control de convencionalidad. Son muchas interrogantes que se pretende responder en este trabajo.

1.7. Formulación del problema de investigación

Las preguntas que se formularán para el presente trabajo de investigación serán las siguientes:

1.7.1. Interrogante general

- ¿Es posible inaplicar una norma constitucional e infraconstitucional mediante el control de convencionalidad por contradecir la Convención Americana por parte de la autoridad pública?

1.7.2. Interrogantes específicas

- ¿Qué autoridad pública sería el competente para ejercer estas funciones de aplicación e interpretación del control de Convencionalidad en la administración pública?
- ¿De qué manera se aplicaría e interpretaría el control de convencionalidad por parte de la autoridad en la administración pública desde la sentencia “Gelmán vs Uruguay”?
- ¿Cuáles son las normas o prácticas internas que están sujetas al control de convencionalidad por parte de los operadores de justicia y la autoridad pública?
- ¿Es vinculante las sentencias de la Corte interamericana donde se establece facultades de aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública?

1.8. Objetivos de la investigación

1.8.1. Objetivo general

- Determinar si es posible inaplicar una norma constitucional e infraconstitucional mediante el control de convencionalidad por contradecir la Convención Americana por parte de la autoridad pública

1.8.2. Objetivos específicos

- Establecer que autoridad pública sería el competente para ejercer estas funciones de aplicación e interpretación del control de Convencionalidad en la administración pública.
- Explicar de qué manera se aplicaría e interpretaría el control de convencionalidad por parte de la autoridad pública en la administración pública desde la sentencia “Gelmán vs Uruguay
- Identificar qué tipo de normas o practicas internas están sujetas al control de Convencionalidad por parte de los operadores de justicia y la autoridad pública
- Determinar si es vinculante las sentencias de la Corte interamericana donde se establece facultades de aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública

1.9. Delimitación del problema de investigación

El problema de investigación parte de la interpretación argumentativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del control de convencionalidad como esquema de aplicación e interpretación de la Convención Americana y su jurisprudencia, por parte de los operadores de justicia, y muy especialmente, por la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones en la administración pública.

Analizar y determinar su eficacia de este control de convencionalidad por parte de la autoridad en la administración pública del Estado peruano, demostrando si tiene conocimiento y si se encuentra en la capacidad de ejercer dicho control, en la garantía y protección de un derecho humano establecido en la Convención Americana y de lo señalado en su misma jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y si esta facultad que se le otorga, le permitiría de inaplicar o apartarse de la Constitución o norma de cualquier rango para preferir la norma convencional y la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana.

II. MARCO TEORICO

2.1. Origen del Control de Convencionalidad

El Control de Convencionalidad, por primera vez se menciona en los votos concurrentes por parte del ex Juez de la Corte IDH, el mexicano Sergio García Ramírez, en los casos *Myrna Mack Chang vs Guatemala* y *Tibi vs Ecuador*, donde hace una aproximación conceptual a dicho mecanismo de control.

Sobre esto, Martín Risso, teniendo en cuenta a Uriarte, señala que el Control de Convencionalidad nació en el caso “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”, cuando en el párrafo 27 de su voto, el juez Sergio Ramírez señaló que no es posible seccionar al Estado y decir que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) obligan sólo a alguno de sus órganos y que otros quedan fuera del control de convencionalidad que realiza dicha Corte. Luego el propio García Ramírez, en el caso *Tibi vs Ecuador* (de 07 de octubre del 2004), sostuvo que, así como los tribunales constitucionales controlan la “Constitucionalidad” de las leyes, la Corte IDH controla la “Constitucionalidad” de las leyes, la Corte IDH controla “Convencionalidad” de los actos internos (Risso, 2016, pág. 196).

La génesis de 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 -sino 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, a empleo de la sobre interpretación de enunciados normativos y a la identificación de normas que subyacerían tres pretextos explícitos contenidos en fuentes a las que se les atribuye una jerarquía especial. Combinación que construye la justificación, alcance, efectos y consecuencias del Instituto (Henríquez y Núñez, 2015, pág. 329).

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 IDH:

- 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.

Entonces, considero que la norma convencional que se sustenta como principal argumento para el mecanismo de este control; serían las siguientes: artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos donde nos indica *“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*. Con esta norma todo Estado parte que ha suscrito y ratificado el tratado internacional está en la obligación de cumplir con toda decisión emitida por la Corte Interamericana. Ahora, consideramos que la norma que sustenta este tipo de control se encuentra en el artículo 2 de la CADH, donde señala que: *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

Entonces, ante esto, en palabras de Hitters, el tribunal regional remarcó en los últimos años la importancia de control “primario” de Convencionalidad, como pilastra fundamental de todo sistema, partiendo del postulado de que el “secundario” – hecho por ella – debe atenerse al modelo de subsidiaridad, criterio que fue consolidado en el caso Brewer Carías (Hitters, 2021, pág. 355).

2.2. Desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad

A lo largo de la jurisprudencia de la Corte IDH, se desarrolló el mecanismo de control de convencionalidad, por lo cual se tendrá en cuenta las principales sentencias donde el máximo tribunal regional se refirió sobre este control:

a. Sentencia Corte IDH: “Almonacid Arellano vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 154), en el considerando 124, señala: “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” (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 158), en el fundamento 128, en el fundamento 128. “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. 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, (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 339, “(...) En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 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; (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 220), en el considerando 225: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. 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.

d. Sentencia Corte IDH: *Gelmán vs Uruguay*, (fondo y reparaciones, Serie C Nº 221), fundamento 239: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. 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: *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239), 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”.

f. Sentencia de cumplimiento de la Corte IDH: “*Gelmán vs Uruguay*” (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en el fundamento 66 “(...) lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, 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 (...); asimismo en el fundamento 72. “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”.

En síntesis, tenemos el siguiente cuadro ilustrativo:

N°	CASO	QUE RESUELVE
1	Almonacid Arellano vs. Chile	El poder judicial debe realizar una “especie” del 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.
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.

2.3. Control Constitucional y control de convencionalidad

En primer lugar, es necesario hacer una diferenciación entre el Control de Convencionalidad con el control constitucional. Teniendo en cuenta que este control

que estableció la Corte Interamericana es más reciente, a diferencia del control constitucional que viene de siglos atrás.

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, 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) (Sagues, 2011, pág. 284).

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” (Ramírez 2010, pág. 764). 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” (Sagues, 2011, pág. 284).

De acuerdo a Hitters, sobre el control de constitucionalidad, señala que los órganos jurisdiccionales domésticos y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional- ejercitan el llamado control de constitucionalidad que importa una comparación, entre su carta magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un controlador concentrado típico de algunas constituciones europeas, como el Tribunal austriaco de 1920, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso

como es demás sabido-, del control difuso que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y Argentina y últimamente en México a través de todos y cada uno de los magistrados judiciales (Hitters J. 2015, pág. 124).

Sobre el control de convencionalidad, Hitters, menciona que como viene señalando la Corte Interamericana, ella ejercita lo que ha dado a llamar a partir del caso “Myrna Mack Chang vs Nicaragua” el control de convencionalidad que obviamente significa una comparación entre el pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones de derechos humanos a las que el país sea plegado; con las disposiciones del interno de las naciones adheridas al modelo (Hitters J. 2015, pág. 124).

2.4. Estado Legal, Estado Constitucional y Estado Convencional

a. Estado legal. - El siglo XIX fue el siglo del Estado de derecho legislativo, que se caracterizó según Zagrebelsky, por la supremacía de la ley y la subordinación mecánica a ésta. Además, agrega que el Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad (Zagrebelsky G. 2011, pág. 24).

Ahora, que este Estado de derecho formalista estaba integrado por siete elementos: i) la Separación del Poder en Ejecutivo, Legislativo, judicial, para eliminar la arbitrariedad a partir de la expedición de las leyes ex ante; ii) la profesión jurídica como monopólica de las cuestiones jurídicas de la sociedad; iii) La idea de protección jurídica, supone que el ciudadano tiene que estar protegido contra actos de otros ciudadanos y del Estado; iv) La certeza jurídica en el Estado de derecho, busca permanencia de ciertos principios formales, plasmado mediante reglas; v) La estructura de las normas se encuentran plasmadas mediante reglas. Los principios, no son constitutivos del ordenamiento jurídico, se encuentran subordinados a las reglas; La estructura de la argumentación, supone que las decisiones jurídicas están compuestas de silogismos; y, vii) La idea de la justicia formal: es el fin del derecho y significa que las normas jurídicas deben establecer reglas cuyo cumplimiento era justo (Aarnio A., 2000, pág. 38-41)

Por su parte a nivel nacional, nos señala que el Estado de derecho legal ò Estado legal de derecho puede ser definido a partir de dos elementos que en su conjunto permitieron que “el lugar de derecho tradicional pase a ser ocupado cada vez más por el derecho legislado”. Donde el primero, es el papel que juega la ley positiva en el

sistema jurídico: esta es el fundamento de juridicidad porque la ley es tenida como “acto normativo supremo e irresistible al que (...) no es oponible ningún derecho fuerte; el otro es el concepto meramente formal de lo que era ley. Esta se definía como aquella decisión adoptada por el órgano competente siguiendo el procedimiento legislativo previsto (Castillo L., 2020, pág. 68).

b.- Estado constitucional: Según el profesor Luigi Ferrajoli el nacimiento del Estado Constitucional de derecho puede ser concebido como el traspaso de un bio-derecho de la muerte a un bio-derecho de la vida, de la dignidad de la persona, de la integridad y sacralidad de los cuerpos humanos y de la igualdad (Ferrajoli L., 2010, pág. 308).

Por su parte en el plano nacional, el magistrado del TC Eloy Espinoza Saldaña prefiere referirse a constitucionalismo contemporáneo antes que Estado Constitucional. Donde el cambio de paradigma hacia el constitucionalismo contemporáneo empezó a transformarse de la siguiente manera: “las cartas fundamentales entonces existentes dejaron de ser consideradas como textos de connotación esencialmente declarativa, los cuales describían la voluntad política existente en esa época y, a lo más bien esa forma declarativa (y sin la verdadera exigibilidad que hoy le concedemos a los derechos). De este modo, las constituciones pasaron a convertirse en verdaderos instrumentos jurídicos obligatorios, cuya aplicación jurídica es inmediata, y con una relevancia preeminente y central en el ordenamiento jurídico, llegando, inclusive, a modificar y a condicionar tanto la interpretación como la creación del derecho en un Estado en particular (Espinoza Saldaña E., 2020, Pág. 31-32).

c.- Estado Convencional. - Existe una Estado Convencional?

Conforme tenemos al magistrado del TC peruano Eloy Espinoza Saldaña, nos indica que cuando se habla de control de convencionalidad se está haciendo referencia a la labor de contraste entre lo recogido entre lo principio en la Convención Americana (pero también en otros instrumentos internacionales) y lo previsto en la normativa nacional, incluyendo las interpretaciones que le da el juez (a) a toda esa normativa nacional. Se trata de una obligación que deben ejercer de oficio en primer término los jueces (zas) ordinarios (situación ampliada en el caso iberoamericano a otros funcionarios públicos de un Estado en particular, como veremos luego), pero posteriormente la Corte en forma complementaria puede hacer correcciones a la interpretación hecha en el ámbito estatal del considerarlo necesario. Así mismo,

agrega, que “Hoy se habla de dos tipos de control de convencionalidad: el concentrado, ejercido por la Corte; y el difuso, por los Estados, a través de las autoridades, donde hoy a los jueces y juezas constitucionales latinoamericanos les toca un papel central”.

Castillo Córdova, por su parte nos señala si existe un Estado Convencional o no, precisando lo siguiente: “El control de convencionalidad no ha de ser un instrumento para la aplicación formal y mecánica de la CADH o de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino que ha de ser un mecanismo más que sumado al control de legalidad y al control de constitucionalidad, favorezca la consolidación de una justicia real y efectiva que promueve la máxima realización de la persona. Y eso se podrá verificar perfectamente de dentro de un Estado constitucional de derecho, en el que el ajustamiento a las exigencias de justicia positivadas en la norma convencionalidad sirve como parámetro para controlar la constitucionalidad (y validez consecuente) de la Constitución y de las leyes nacionales, sin necesidad, al menos por ahora, de hablar del surgimiento de un Estado Convencional de derecho” (Castillo L., 2020, pág. 175).

2.5. 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 diversas decisiones, aplicando estándares argumentativos e interpretativos de acuerdo a su norma fundamental, principalmente la Convención Americana, como también siempre tuvo en cuenta los diversos tratados internacionales, los fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos, doctrina internacional, decisiones de la otras cortes internacionales como es del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, normas nacionales de cada Estado, jurisprudencia de las diversas cortes y/o tribunales constitucionales de los países de Latinoamérica. Todo esto sirvió para que hoy en día se consolide como se dice una gran “jurisprudencia interamericana”, y que de estas decisiones se crea este tipo de control de convencionalidad como un nuevo enfoque de comparación y aplicación entre esta norma y una norma interna de un determinado Estado para la protección de los derechos humanos.

La argumentación iusfundamental tiene cierta firmeza, por medios de las reglas y formas de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica se lleva

a cabo sobre esta base 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 creará jurisprudencialmente muchos institutos jurídicos a partir de su razonamiento motivado entre ellos el control de convencionalidad (Mesa A., 2017, pág. 129)

Es por ello, que a través de sus sentencias la Corte Interamericana, ha fortalecido su decisiones vinculantes para todos los Estados, así como también el llamado control de convencionalidad para eso no sólo aplico las diversas técnicas argumentativas, sino también como señala Max Silva 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 jurisdiccional (Silva M., 2018, pág. 717).

Ahora, sobre los efectos y tipos de producción de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se tiene que: “(...) 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 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, “inconvencional” (Hitters J., 2021, pág. 351)

En Costa Rica, teniendo en cuenta a Hernández Valle, y este a su vez 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:

i) 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 univoco 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 extremos (Olano H., 2016, pág. 68).

ii) La interpretación conforme a la Convención “no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Convención”.

iii) No tiene sentido una interpretación conforme a la Convención, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.

iv) Las normas convencionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la legislación interna tiene que 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 anterior (Silva M., 2018, pág. 719).

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 que consiste en una técnica hermenéutica por medio del cual las reglas contenidas en las cartas magnas 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 eficacia (Hitters J., 2015, pág. 127).

Ahora, a la pregunta si el control de convencionalidad es un control normativo o un ejercicio de interpretación, para tal efecto Miriam L. Henríquez, nos ilustra precisando que existen dos sectores, donde para algunos autores, como Francisco

Zúñiga, Gonzalo Aguilar, Néstor Sagúes, Allan Brever 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 humanos (Henríquez, 2014); y 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 interpretación (Henríquez M., 2014, pág. 134).

Para Ferrer Mac – Gregor sobre la cláusula de interpretación conforme en el derecho comparado una de las formulas 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 protección (Ferrer E., 2011, pág. 549).

El control de convencionalidad, en qué tipo de interpretación se acercaría más. Sobre el particular, considero que la interpretación y la argumentación que utiliza la Corte Interamericana, se acercaría más a la interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de derechos humanos. Al respecto, nos dice Cancado Trindade, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos. Su interpretación dinámica o evolutiva encuentra expresión en la jurisprudencia internacional. El locus classicus al respecto reside en el célebre Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, de la Corte Internacional de Justicia, en la que está afirmó

que el sistema de mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Liga de las Naciones, “no eran estáticos sino evolutivos por definición” (Cancado A., 2001, pág. 45).

Finalmente, este mismo autor, asume que esta dimensión intertemporal ha sido igualmente respaldada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en su décima Opinión Consultiva (de 1989), la Corte señaló que se debería analizar el valor y significación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre no a la luz de lo que se pensaba en 1948, cuando se adoptó, sino más bien “en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano” de protección, teniendo en consideración la “evolución experimentada desde la adopción de la declaración”. Así originalmente, la interpretación de dos tribunales internacionales – Cortes Europea e Interamericana- de derechos humanos hoy existentes no es estática, pero si evolutiva, pues toma en cuenta las transformaciones ocurridas en el corpus de la sociedad humana (Cancado T., 2001, pág. 47).

A esto, puedo señalar que efectivamente las sociedades avanzan, como también cambian, es por eso que los derechos tienen que adecuarse a estos nuevos tiempos, tanto, en lo normativo y procedimental; en ese sentido, los mecanismos de protección de los derechos deben ser dinámicos y evolutivos que busquen siempre mejorar el sistema de protección de los derechos humanos a favor de la persona.

2.6. La administración pública y control de convencionalidad

2.6.1. La administración pública y función pública

En el presente acápite, se considerará sobre las funciones que cumple la administración pública, en las funciones públicas y los servicios públicos que se brinda 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 capacidad (Martin J., 2006, pág. 33).

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 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 Publicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (art.103.3 y 149.1.18°), 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) (Martin J., 2006, pág. 34).

En la carta Iberoamericana de la función pública, lo 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 los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos”.

2.6.2. 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, nos señala que en la sentencia del Tribunal Constitucional (STC. N° 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre del 2005), lo consideran como acertada la decisión del Tribunal Constitucional 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 jurídico (Bullar A. y Higa C., 2005, pág. 51).

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 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 autoridad (Bullar A. y Higa C., 2005, pág. 52)

Sergio Carullo, indica 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 proceso (Carullo S., 2020, pág. 83)

De acuerdo a la doctrina costarricense, nos señala 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 Corte IDH tiene 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 desaplicarla (Hernández R., 2021, pág. 157).

2.7. 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, precisan que la Corte Interamericana en su decisión originaria en el caso “Gelmán vs. Uruguay”. Allí como lo resalta Bazán, la Corte 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”), paso hablar de “cualquier autoridad y no solo del Poder Judicial” (“Gelmán vs Uruguay”). 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 autoridad (Orunesu C. y Rodríguez J., 2010, pág. 16)

Y, estos mismo autores, agregan que de acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana, 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. Al respecto en este párrafo para los autores, la Corte parece no solo reconocer acriticamente el carácter antidemocrático del ejercicio del control de convencionalidad, realizándolo como si eso fuera una virtud y sin ofreceré argumento alguno para intentar salvar la andanada de objeciones que ha motivado, sino además estimar 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 (Orunesu C. y Rodríguez J., 2010, pág. 16-17).

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 saber: (Castilla K., 2014, pág. 149-172)

- 1 Cuando existe una sentencia en la que el Estado es parte, el Estado debe cumplir y aplicar la sentencia.
- 2 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 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 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 presenta:

- a) se constriñe la libertad interpretativa del juez nacional, atándolo a las

interpretaciones que pudiese venir desde la Corte IDH; b) Su aplicación supone un “sacrificio ideológico”, pues antepone la ideología que anima la actuación de la Corte IDH por sobre 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 proceso (Alonso J., 2015, pág. 205).

Por su parte 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 paulatinamente en el devenir jurisprudencial. Lo dicho hace del control de convencionalidad un modelo todavía inacabado, en que además la doctrina desarrolla tesis diversas sobre su naturaleza, lo que da lugar a numerosas incertidumbres relativas al alcance de los destinatarios, parámetro, objeto y efectos del control (Henríquez M., 2014, pág. 138).

2.8. 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 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 américas (Ferrer M., 2011, pág. 622).

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 que 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 Estados (Martínez y Cubides, 2015, pág. 121).

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 inmediata y sensata, ante la vulneración de nuestros derechos, es por eso que las cortes internacionales son de gran ayuda, como es el sistema interamericano que garantizan que podamos conseguir el reconocimiento de nuestros derechos y esto conlleva a evitar la impunidad de las múltiples y diversas violaciones a nuestros derechos que sucede en los diferentes Estados parte.

El Control de convencionalidad interno o difuso se presenta como un laudable instrumento para evitar que el Estado incurra 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 IDH (Bazán V., 2015, pág. 63).

2.9. Estado de la Cuestión

El Control de Convencionalidad, como creación de la jurisprudencia interamericana, desde la Sentencia “Almonacid Arellano vs Chile” (2006), hasta la sentencia “Gelmán vs Uruguay” (2011), se ha desarrollado investigaciones por diversos juristas de Latinoamérica, quienes publicaron diversos artículos jurídicos, donde realizan alcances sobre su aplicación e interpretación entre la armonización que existe entre la norma convencional y la norma nacional interna, así como otros autores realizan el análisis sobre sus bondades y dificultades que presenta este mecanismo en la protección de los derechos humanos en sede interna específicamente, por parte de sus operadores de justicia y especialmente por los jueces, así como otros resaltan la falta de una norma convencional y norma interna que regule dicho procedimiento, entre otros aspectos.

En el ámbito nacional profesores constitucionalistas como Domingo García Belaunde, José Palomino Manchego, incluso el magistrado actual del Tribunal Constitucional Eloy Espinoza Saldaña Barrera, entre otros han señalado en sus diversos estudios sobre el control de convencionalidad y su aplicación y su interrelación con la norma interna; no obstante no se han referido sobre la facultad

que tiene la autoridad pública para el ejercicio de este tipo de control, a raíz de la sentencia “Gelmán vs Uruguay”, donde en esta sentencia se establece que toda autoridad pública está en la obligación de aplicar el control de convencionalidad y de preferir la norma convencional en caso que la norma interna contraviene a la Convención Americana.

De otro lado, de acuerdo a las indagaciones efectuadas no se ha podido encontrar alguna investigación jurídica relacionado al ejercicio del control de Convencionalidad por parte de la autoridad pública, como también no se podido encontrar textos, artículos y ensayos jurídicos sobre este tema, solamente existe opiniones a grosso modo sobre los pronunciamientos reiterados que realiza la Corte Interamericana en esta facultad; empero si existen un estudio publicado sobre el caso “Gelmán vs. Uruguay”, por el profesor argentino Roberto Gargarella, referidos básicamente a la soberanía popular, leyes de amnistía, caducidad en violación a los derechos humanos en Uruguay, así como a la democracia y legitimidad de las decisiones que resultan del debate público entre otros, pero no referidos al tema de investigación que pretendo abordar y concluir sobre la facultad otorgada a la autoridad pública a que pueda ejercer este tipo de control denominado “Control de Convencionalidad” en el ejercicio y desempeño de sus funciones.

Como es de nuestro conocimiento, la Corte IDH, como máxima instancia internacional de la región latinoamericana, sus decisiones son vinculantes para todos los Estados parte, entre ellos nos encontramos nosotros por haber reconocido la instancia jurisdiccional en protección de los derechos humanos, al haber suscrito y ratificado, por esa razón estamos obligados a cumplir con las disposiciones de la Convención Americana como norma fundamental de la Corte IDH, así como también de sus decisiones emitidas en sus diversas casos contenciosos conocidos contra otros Estados.

Lo señalado, nos conlleva a indicar que como sociedad en todo un conjunto desde sus poderes del Estado, instituciones autónomas, órganos constitucionales, instituciones públicas del Estado, ámbito privado, es decir no solo se debe de tener en cuenta la eficacia vertical sino también desde su eficacia horizontal en la protección de los derechos humanos, por lo que esto nos obliga a respetar, a cumplir y acatar las normas establecidas en la Convención Americana y sobre todo sus decisiones de la Corte IDH.

Es así que la investigación que se viene practicando resulta de gran importancia, por lo que se busca de establecer de qué manera una autoridad pública que cumple una función de vital importancia en la administración en una ciudad o comunidad pueda ejercer este tipo de control de Convencionalidad; o que sus decisiones emitidas conforme al ejercicio que desempeñan no pueden ser desacatados por otras autoridades de un rango superior. Ahí resulta la interrogante que, si estará en la capacidad de ejercer de oficio este tipo de control, es decir para poder garantizar el cumplimiento de un derecho humano establecido en la Convención o un derecho fundamental en sede interna, por cuanto para aplicar este control se busca confiar en la capacidad y conocimiento jurídico e incluso en conocer los fundamentos de las sentencias de la Corte por parte de la autoridad pública.

Por qué si tenemos autoridades públicas que conozcan sobre este ejercicio y se encuentran en la capacidad de aplicar este tipo de control sería beneficioso para una convivencia armoniosa en una sociedad donde se respeta y se garantiza los derechos de las personas; sin embargo si existe un desconocimiento por parte de nuestra autoridad pública de este mecanismo ahí viene el problema, incluso su ampliación de facultad a estas autoridades para el ejercicio de este control sería algo retórico y no serviría de nada que se siga ampliando este tipo de control, más aun cuando el Estado está en la obligación de capacitar a sus funcionarios o autoridades para prestar un mejor servicio a la ciudadanía.

La omisión, el incumplimiento, o incluso la mala aplicación de este mecanismo de control podría conllevar a ser cuestionados por otras instancias judiciales en sede interna e incluso ser declarados responsables por violación a los derechos humanos por la Corte Interamericana en un futuro caso; es por esta razón que resulta necesario investigar de qué manera se aplicaría este tipo de control en nuestro país, y cuál sería la forma adecuada de ejercer este tipo de control, como también cual sería el procedimiento para que nuestra autoridad no tenga dificultades al momento de aplicar este control de convencionalidad, en razón que no existe una norma en sede interna que regula este tipo de control.

Por otro lado, cual es el impacto ante presuntas responsabilidades internacionales, es evitar que nos enmienden la plana de lo resuelto en forma defectuosa por las primeras instancias que conocieron el caso, esto podría ser por los órganos jurisdiccionales en sede interna, como también por la misma Corte Interamericana, o que se establezca

responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos. En este caso, consideramos que son las dos son muy importantes, a razón que si un Estado no ejerce bien este control puede conllevar a ser sancionados. No obstante, como podemos exigir a una autoridad pública que cumpla con esta función, cuando no existe un desarrollo doctrinario y mucho menos la Corte Interamericana no le dice como debes de ejercerlo. Ante esto, no solo se busca aplicar por aplicar este control, sino también se busca es evitar la aplicación aparente del control de convencionalidad, o la aplicación no conforme a los estándares de protección a los derechos humanos.

En ese sentido, señalamos en forma preliminar, que es necesario investigar con mucha profundidad y rigurosidad sobre este control de convencionalidad por parte de la autoridad pública, donde conforme a la sentencia “Gelmán vs Uruguay”, le otorga facultades a la autoridad pública, para que pueda ejercer este control, y de esa manera proteger, salvaguardar los derechos humanos – derechos fundamentales, más aun cuando somos una país con diversas culturas, idiomas y lenguas, y esto amerita aportar propuestas para mejorar el desempeño de la autoridad pública que se encuentre ejerciendo sus funciones en diversos lugares del país.

III. ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

En esta parte de la investigación se desarrollará todo lo relacionado a la organización de los objetivos de la investigación, así como de los objetivos específicos, en concordancia con la problemática de investigación con los objetivos que se pretende lograr con el desarrollo de la investigación sobre el control de convencionalidad.

No obstante, antes de desarrollar los objetivos de la investigación, es necesario mencionar sobre los principales argumentos que tiene la Corte IDH, para sostener que el control de convencionalidad deber ser aplicado por la autoridad pública, son las siguientes:

En primer lugar, señalaremos que, sobre esto, no existe un desarrollo jurisprudencial de la misma corte, como debería ser este tipo de control por parte de la autoridad, sólo se limita hacer un desarrollo retorico de que todo juez, incluida la autoridad deberá de hacer este tipo de control en salvaguarda de los derechos humanos establecidos en la Convención.

Segundo, la Corte IDH., no nos explica de qué modo y forma debería entenderse el ejercicio de interpretación y aplicación por parte de la autoridad, y esto se debe de tener en cuenta que por ejemplo en nuestro país, una autoridad pública que ejerce esa función proviene de distintas carreras profesionales, y en caso de las autoridades que no tengan la profesión de la abogacía, nos conllevaría ya a un gran problema mayor, más aún como lo podría ejercer este tipo de control.

De otro lado, juristas de distintas nacionalidades como por ejemplo los más destacados en estos temas, Pedro Néstor Sagues y Ferrer Mac Gregor, en sus distintas lecturas del control de convencionalidad, no explican de cómo debería ejercerse este tipo de control por parte de la autoridad; si bien hay un desarrollo doctrinario y jurisprudencial para los jueces, empero para la autoridad no encontramos aspectos doctrinarios, de qué manera podría cumplir con esta labor esta autoridad cuando se enfrente entre sus normas que amparan su labor con la normas de la Convención y sus respectivas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo al contexto de los hechos de la sentencia, en el caso *Gelmán vs Uruguay*, se estableció la responsabilidad internacional del Estado Uruguayo, señalando que

los Estados deben de tener el deber de prevención, a fin de evitar la violación de los derechos humanos por parte de los funcionarios del Estado, en este caso militares, policías, agentes de inteligencia, entre otros funcionarios de Argentina y Uruguay que omitieron brindar información sobre la ubicación en un primer momento de Marcelo Ariel Gelmán, quien fue detenido y desaparecido en Argentina, luego de su esposa María Claudia García quien embarazada de siete meses fue detenida y luego trasladada a Uruguay, donde después del embarazo en un hospital militar de Uruguay desapareció hasta la fecha; y, finalmente su hija nacida de nombre María Macarena Gelmán García, quien fuera adoptada después por un policía y luego ante la búsqueda incasable que realizaron sus abuelos consanguíneos pudieron dar con su paradero.

Es así que la Corte señala que Uruguay no adoptó esta prevención en la violación de los derechos humanos en agravio de la familia Gelmán, además se resalta la injerencia del Estado que tuvo con la familia de Juan Gelmán, vulnerándose el derecho a la protección de esta familia entre otros, es más sobre estos hechos nunca fueron investigados en Argentina y Uruguay, y mucho menos se sancionó a los presuntos responsables en su condición de funcionarios del Estado. A todo esto, en el año 1986 el Parlamento de Uruguay aprobó la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado a favor de todos los militares que estaban siendo investigados y procesados por delitos de violación a los derechos humanos, así de esa manera se evitó investigar y sancionar a los funcionarios que resultaban responsables, por lo que todo esto conllevó finalmente a su impunidad de estos y otros hechos.

De todo estos hechos, podemos apreciar que la Corte IDH, enfatiza que la autoridad también tiene que efectuar este tipo de control, a fin de salvaguardar y proteger los derechos establecidos en la Convención, incluso tiene el deber de prevenirlos, por lo tanto, al haberse omitido información que permita conocer estos hechos que conllevaron a la desaparición de la pareja de esposos de la familia Gelmán García, también la participación de funcionarios militares, policiales, agentes de inteligencia e incluso otros funcionarios que tenían conocimientos de la desaparición y de las ejecuciones extrajudiciales.

En consecuencia, a todo esto, se puede decir que toda autoridad está en la obligación de brindar información que conlleve al esclarecimiento de la desaparición de una

persona, como también en la obligación y el deber de proteger los derechos de toda persona, sin importar su nacional, su origen o condición alguna.

Entonces ante esto, responderemos a los objetivos de la presente investigación:

3.1. En primer lugar, responderemos a nuestro primer objetivo

Determinar si es posible inaplicar una norma constitucional e infraconstitucional mediante el control de convencionalidad por contradecir la Convención Americana por parte de la autoridad pública.

Considerados que no, por cuanto la autoridad pública a nivel interno no está facultado para inaplicar normas constitucionales e infraconstitucionales, empero si podría realizar una interpretación como la doctrina lo denomina Control constructivo o débil, por cuanto lo que aquí se requiere de acuerdo a sus funciones y competencias de la autoridad realice una interpretación conforme al parámetro de convencionalidad, y esto permitirá que la autoridad no aplique la norma convencional para inaplicar una norma interna, por cuanto este procedimiento es muy complejo que puede conllevar incluso a un desconocimiento de los poderes del Estado y sus competencias mismas, hasta incluso este procedimiento de inaplicar puede conllevar a sanciones administrativas y penales.

3.2. Sobre establecer que autoridad pública sería el competente para ejercer estas funciones de aplicación e interpretación del control de Convencionalidad en la administración pública

Consideramos, que, de acuerdo a la estructura de las entidades del Estado, en su gran mayoría cuenta con áreas y gerencias de asesoría legal. Es así que estas funciones de interpretación constructiva o débil que realiza la autoridad pública debería ser sustentado en un informe legal, a fin de no incurrir en vicios procedimentales y normativos, buscando una solución armoniosa con respeto a la Constitución, las normas legales y las mismas competencias de las instituciones del Estado, conforme a su ley orgánica. Una vez, que se cuenta con este informe legal a modo de opinión, elaborado por la autoridad competente del área legal, se emitirá la decisión correspondiente, a fin de otorgarse una respuesta con el sustento legal y convencional.

Por otro lado, se requiere la capacitación y especialización en temas de derechos humanos, proceso y acceso al sistema interamericano, así como de los lineamientos del control de convencionalidad; razón por la cual considero que el Estado a través de sus instituciones deberían de capacitar a sus funcionarios y servidores sobre estos temas.

3.3. Explicar de qué manera se aplicaría e interpretaría el control de convencionalidad por parte de la autoridad pública en la administración pública desde la sentencia “Gelmán vs Uruguay

Si bien la Corte IDH, en su jurisprudencia no impone un procedimiento específico para realizar este tipo control; empero si de la lectura de su jurisprudencia y de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico se ilustra que debería de seguir lo siguiente pasos: existiría interpretación, mas no aplicación del Control de convencionalidad, y esta debe ser : a) interpretación ex officio, b) carácter inmediato, y c) se debe de realizar dentro del ámbito de las competencias y regulaciones procesales de las respectivas autoridades estatales.

A estos pasos, considero que es muy importante el tercero, por cuanto cada autoridad de acuerdo a sus funciones, competencias y atribuciones deberá de realizar un tipo de control constructivo o débil, buscando el mejor argumento, justificación y razones del por qué tengo que decidir determinado acto a favor de un ciudadano. Es más aquí la autoridad deberá estar aplicando el control de convencionalidad interno, hecho que faculta hacer la interpretación favorable entre las normas internas, con la finalidad de garantizar los derechos humanos de acuerdo a la Convención y los derechos fundamentales de acuerdo a nuestra constitución.

3.4. Identificar qué tipo de normas o practicas internas están sujetas al control de Convencionalidad por parte de los operadores de justicia y la autoridad pública

En efecto, la autoridad pública mayormente en el ejercicio de sus funciones aplica todo lo relacionado a la ley de procedimiento administrativo (Ley 27444) y otras normas administrativas. La autoridad pública, de otro lado brinda servicios esenciales a la sociedad y estos servicios tiene que significar en todo su procedimiento el respeto de los derechos humanos.

Entonces para identificar en qué tipo de normas, tendremos todo lo relacionado a las normas administrativas, y estos pueden ser directivas, reglamentos, circulares, en

caso de los gobiernos regionales y locales ordenanzas regionales y municipales y otras normas más de acuerdo a sus competencias y funciones. Es entonces, que la autoridad pública tendrá que realizar este tipo de interpretación constructiva a favor del ciudadano ó administrado en caso estas normas restrinjan, limitan, prohíben determinados derechos prescritos en la Convención y la Constitución. Es así que la autoridad deberá de hacer este tipo de interpretaciones favorables sin inaplicarlas, a fin de garantizar los derechos humanos.

Con respecto a las prácticas internas, podríamos decir que pueden ser muchas y diversas de acuerdo a nuestras costumbres, creencias y tradiciones de cada lugar de la población peruana. Esto se debe a la multiculturalidad, multilinguística, multiétnica de nuestros pueblos. Como por ejemplo nos llama la atención el caso de la sentencia del TC (Exp. 00889-2017-PA/TC) de una persona quechuhablante contra la Municipalidad de Caraz, donde los funcionarios le hicieron firmar un acta en el idioma castellano a modo de “compromiso”, sin importar sus orígenes, en donde en dicha acta se le limitaba el comercio ambulatorio de productos, y más aún en un horario donde ella no comercializaba ningún producto que le podía generar ingresos económicos(de 13:00 a 16:00), es así que habiendo reclamado este derecho nunca fue escuchada, la municipalidad se justificaba aduciendo que en la en el acta ya había un acuerdo establecido, desconociendo la municipalidad que al momento de otorgar su conformidad, desconocía su contenido por su misma condición y ser de origen quechuhablante. Esto nos ilustra que procederá a toda norma o acto administrativo que fueron expedidas no solamente por el legislativo, sino por los poderes y órganos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales, instituciones públicas.

Entonces, podemos mencionar diversos ejemplos de prácticas comunes, y esto será dependiendo del lugar, el nivel cultural del administrado, la autoridad pública de cada región, donde en todas esas prácticas deberá de primar el respecto a los derechos humanos establecidos en la Convención y los derechos fundamentales de acuerdo de nuestra norma principal.

3.5. Determinar si es vinculante las sentencias de la Corte interamericana donde se establece facultades de aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública

Consideramos que es si vinculante la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por la misma razón que reconocemos su competencia contenciosa para la solución

ante problemas de violación a los derechos humanos, tal y conforme lo reconoce nuestra Constitución. Además, a esto la Corte IDH, establece que existe dos formas de aplicación: por un lado, el control externo de convencionalidad, practicado por la misma Corte Interamericana al momento de conocer los casos que llegaron a su conocimiento después de haberse agotado todos los recursos internos (ejemplo en el caso La Última tentación de Cristo – Olmedo Bustos vs Chile); por otro lado, el control interno de convencionalidad practicado en sede interna por nuestros jueces y autoridades estatales. En este caso, será vinculante para nuestros jueces y demás autoridades estatales, a fin de que puedan hacer un control interno de ambas normas (la interna y la norma convencional).



IV. PROPUESTAS PARA LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA AUTORIDAD PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Hasta la sentencia “Gelmán vs Uruguay”, donde 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 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 atribución cuando se encuentre ante el dilema de aplicar la norma interna o la norma convencional.

En efecto, sobre el destinatario de este control, 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 acto administrativo, 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.

4.1. 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”*. De otro lado, el artículo 39 de la Constitución sobre la función pública: *“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 cotidianamente por acción u omisión por las autoridades públicas, principalmente por los pésimos y defectuosos servicios que se presta; aunque el procedimiento para estos servicios se da por las siguientes razones: la primera por acción y omisión de los 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.

Entonces, 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 que no está autorizado por la norma constitucional, a diferencia del Juez, que si 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, si podría ejercer el control de convencionalidad desde su interpretación, mas no de su 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 Sagues, se ejercería un “control constructivo” o como otro sector de la doctrina lo conoce como 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, nos 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 consagra en ello; así como también el deber de reconocer los tratados internacionales sobre derechos humanos que suscribió el Perú. Este desconocimiento muchas veces ha conllevado 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 ejercer respetando los derechos de todo administrado o ciudadano

que recurre a su entidad a buscar una solución a sus conflictos, necesidades o cualquier asunto público que requiere. Ésta 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, 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, coadyuva a reforzar el razonamiento que la autoridad pública si 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 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 que tiene que seguir un procedimiento, pero si 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, y 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.

4.2. 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, entonces las siguientes propuestas son:

- a. Ante la presentación de una solicitud o acto administrativo, existe la posibilidad de que exista la presencia de normas que dificultan el procedimiento de la petición, así como en el otorgamiento de derechos, lo que se requiere, es que la autoridad pública deberá de 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 se establecerá como corresponde; y en caso de ser negativa, deberá de otorgarse

respuesta inmediata, informando con las razones y la justificación que corresponden, a fin de que el ciudadano pueda interponer los recursos correspondientes que le permite ante las instancias respectivas.

- b. De acuerdo a la competencia que tiene la autoridad pública, está en la obligación de atender los requerimientos del ciudadano, no pudiéndose desentender o realizar otras funciones que no le compete; por lo tanto, si bien no puede realizar control difuso administrativo y muchos menos control difuso de las normas, pero si 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, constitucionales con las normas internas que regulan la función, contra disposiciones administrativas que se opongan a un trámite rápido y urgente a la necesidad del ciudadano, analizando en caso le confiere la obtención y/o reconocimiento de ese derecho, otorgándole respuesta inmediata, sin transgredir sus funciones y competencias que 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, incluso muchas de ellas gozan de cierta autonomía, e incluso muchas de ellas están supeditados al cumplimiento del principio de legalidad, empero, estas funciones deben de estar en concordancia con los derechos fundamentales establecidas en la Constitución y los derechos humanos de la Convención, es así ante todo se deberá de ejercer esta función con cierta discrecionalidad de tener en cuenta no solo sus normas que lo reglamentan, sino la Constitución, específicamente en el respeto a los derechos del ciudadano, a su dignidad, a su libre ejercicio de su libertad de sus demás derechos. Es decir, la autoridad no puede ser formalista y un estricto aplicador de las normas o reglamentos, sino debe de actuar con cierta libertad a fin de proteger los derechos del ciudadano.

4.3. Un control limitado de Convencionalidad por parte de la autoridad pública

Nuestra propuesta es que en nuestro sistema y específicamente para la autoridad pública se debe de ejercer un control de convencionalidad denominado de forma “limitado”, esto quiere decir, que, al no estar facultado la autoridad pública de qué manera podría ejercer dicho control, y más aún al no existir una norma o jurisprudencia que faculta este ejercicio, es necesario de buscar alternativas que coadyuven a su aplicación e interpretación de este control en sede interna.

Ejercicio limitado: la autoridad pública en el ejercicio de sus facultades, ejerce funciones al servicio de la sociedad, estas funciones están subordinadas a todo el conjunto de normas, directivas, reglamentos que expide el Estado; de tal manera que muchas veces será el guardián de la administración pública, de cautelar los intereses y los deberes que el Estado lo ha encomendado para que en su nombre cumpla con estas funciones. En ese sentido, será difícil, que la autoridad se desliga de los mandatos que le otorga el Estado.

Ante esa labor que brinda la autoridad pública está limitada a ciertas funciones y competencias que le otorga el Estado, por tanto, será difícil el incumplimiento de las normas en el desempeño de sus funciones. Entonces será difícil que la autoridad pueda desvincularse de una norma cuando le dispone que su actuación tiene que regir de tal manera y no de otra.

En efecto, a todo esto, lo que se busca, es que la autoridad pública no sea una persona mecanizada en sus actos, de recibir y acatar órdenes, sin ningún margen de error, donde al presentarse una norma, reglamento, directiva, que de cierta manera vulnera determinados derechos no haga nada al respecto. Por lo tanto, somos de la opinión que la autoridad al tener esta función limitada en el ejercicio de sus funciones en la administración pública, también debería de ejercer el control de convencionalidad en forma limitada, debiendo de efectuar la interpretación más favorable que garantiza y proteja los derechos humanos de la persona.

Esta función limitada, implica que la autoridad pública ejerza la interpretación del control de convencionalidad teniendo en cuenta en primer lugar de que la norma interna no solo deba estar de acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también de sus propias decisiones. Y esto conllevará a no inaplicar y mucho menos cuestionar la norma interna opuesta a la convención, sino de buscar la

mejor interpretación al caso concreto, en cuanto si se trata de un derecho al debido proceso, la libertad de expresión, libertad religiosa, entre otros, será conforme a los parámetros convencionales, alertando y previniendo cualquier tipo de transgresión de los derechos humanos, en caso no se interpreta conforme a la convención. Además, deberá promover y fomentar esta protección en su ámbito de su función.



CONCLUSIONES

- 1º La autoridad pública no puede inaplicar una norma interna mediante el control de convencionalidad; 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.
- 2º 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.
- 3º Nuestra propuesta, teniendo en cuenta nuestra realidad interna es que la autoridad ejerza una labor de control de convencionalidad en forma limitada, eso quiere decir que la función deberá de realizarse siguiendo los parámetros interpretativos entre la norma interna y la norma convencional, conforme a sus funciones y competencias establecidas en la Constitución, esto conllevaría a que esta labor de interpretación se haga buscando una solución sin contravenir la norma interna y sus normas que establece su propia función.

RECOMENDACIONES

- 1º 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, y esta preocupación debería de provenir desde la Organización de Estados Americanos (OEA), por cuanto desde su creación de este control desde el año 2006, existe ciertos problemas desde su interpretación jurisprudencial, así como de una doctrina diversa que conlleva a confusiones en su aplicación y su interpretación.
- 2º La doctrina y distintos conceptos respecto a la aplicación e interpretación de cómo debería cumplirse las sentencias de la Corte Interamericana, donde al disponerse el ejercicio del control de convencionalidad, la pregunta es si son o no vinculantes para los Estados parte que no fueron parte del litigio. Así como también, como debería de ejercerse este control por parte de la autoridad pública, si este puede o no inaplicar una 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 necesarias, 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 temerosamente de ser sancionado o despedido.
- 3º En ese sentido, control de convencionalidad al no estar debidamente desarrollada por la misma Convención Americana, desde su propias sentencias de la Corte Interamericana, nos determina a señalar que no existe bases sólidas sobre una fundamentación normativa en la Convención y muchos menos de su jurisprudencia de la Corte, que nos permita tener como reglas o directrices en la forma correcta de su 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 interamericana es muy positiva de buscar de que toda autoridad cumpla con ejercer este control a fin de garantizar los derechos humanos de la persona en cada Estado parte, pero esta debe de tener un sustento solido tanto normativamente y jurisprudencialmente como debería ejercerse más aun para este tipo de autoridades.

BIBLIOGRAFIA

- Alonso J. (2015) “La doctrina del control de convencionalidad; dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”, *Revista Prudentia Iuris* N° 80, pág. 197-2020.
- Aarnio A. (2000) “Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho”, Editorial fontamara S.A. “México” paginas 38-41.
- Bazán V. (2015) “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y revenir la responsabilidad internacional del Estado” en *anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, Madrid, pag. 25-70, en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.02>.
- Bullar A. y Higa C (2005) “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del TC”, en (verificar fuente) pág. 51.
- Cancado A. (2001) “La interpretación de los tratados en el Derecho Internacional y la especificad de los tratados de derechos humanos. En el derecho Internacional de los derechos humanos en siglo XXI, pp. 16-58, Santiago Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Carullo S. (2020) “La administración pública frente a la norma inconvencional”, en revista *Ius comithalis*, año 3, núm. 5 enero del 2020 Argentina.
- Castillo L. (2020) “Derechos fundamentales y procesos constitucionales”, volumen I Teoría general de derecho, Zela Grupo editorial Perú, febrero del 2020, pág. 765.
- Espinoza – Saldaña E. (2020) “Sobre los límites del Juez Constitucional” editorial Zela grupo editorial E.I.R.L. Perú, Pág. 31-32.
- Ferrajoli L. (2010) “Democracia y garantismo” edición de Miguel Carbonell, editorial Trotta, Madrid, pág. 308.
- Faúndez L. [2009] *El sistema interamericano de protección de derechos humanos: aspectos institucionales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica.

- Ferrer Mac – Gregor E. (2011) “La Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en Estudios Constitucionales, año 9, N° 02, pág. 531-622.
- García D., y Palomino J. (2013) El control de convencionalidad en el Perú, revista pensamiento constitucional N° 18 – Perú, pág. 223-241.
- Hernández R. (2021) Derecho Constitucional y derecho convencional, en el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro – México.
- Henríquez M. (2014) La polisemia del control de convencionalidad interno, en Revista Colombiana de derecho internacional (Colombia) enero – junio 2014.
- Henrique P. y Núñez J. [2015] El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?, Revista Boliviana de Derecho.
- Hitters J. (2021) “El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano Efectos. Obligatoriedad” por el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México; en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6580/12.pdf>.
- Hitters J. (2015), en revista Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 13, N° 1, 2015, pp. 123-162. ISSN 07180195, “Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos), en <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v13n1/art05.pdf>.
- Martínez A. y Cubides J (2015) “Influencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos y del control de Convencionalidad: análisis de dos casos paradigmáticos” Revista Jus, México. Pág. 95-122.
- Martin J. (2006) “Derecho fundamental de acceso a la función pública”, editorial Liberlex España, Pág. 33.
- Mesa A. (2017) “El Control de Convencionalidad: ¿un acto racional o Irracional” en Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 16, núm. 129-166.

- Olano H. (2016) “Teoría del Control de Convencionalidad”, revista de Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 14 nùm. 01, página, 68-69.
- Orunesu C. y Rodríguez J. (2010) “Las tres paradojas del control de convencionalidad”, en <https://www.cademia.edu>.
- Risso M. (2016) “El control de convencionalidad”, en revista de derecho público año 25, número 50, diciembre del 2016, pág. 193-201, en <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/50/archivos/Risso50.pdf>.
- Quintana O. [2017] El control de convencionalidad”: un estudio de derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano, UNAM - México.
- Sagues N. [2011] Obligaciones internacionales y control de Convencionalidad, Opus Magna Guatemalteco, Tomo VI.
- Silva M. (2018) “Es realmente viable el control de convencionalidad”, en revista chilena de derecho, vol. 45 Nª 3 pág. 717.
- Henrique P. y Núñez J. [2015] El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?, Revista Boliviana de Derecho.
- Iglesias M. [2021] ¿conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelmán”, revista de derecho de Estado N° 49, Universidad de Externado Colombia.
- K. Castilla J: (2014) “Control de Convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”; en revista de derecho de Estado N° 33, julio-diciembre del 2014, pag.149-172.
- Zagrebelsky G. (2011) “El derecho dúctil. Ley derechos y justicia”, 3era edición, editorial Trotta, décima edición pág. 24.
- Normas y cuadernos
- Carta Iberoamericana de la función pública, aprobada por la V conferencia Iberoamericana de Ministros de la Administración pública y reforma del

Estado Santa Cruz de la Sierra, aprobado en Bolivia el 26 y 27 de junio del 2003.

Control de convencionalidad, cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH N° 07.

- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia “Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”, sentencia de fecha 26 de setiembre del 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Sentencia “Caso Trabajadores cesados del congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú”, sentencia de fecha 24 noviembre del 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Sentencia “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México”, sentencia de fecha 26 noviembre del 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

- Radilla Pacheco vs México

Sentencia “Caso Gelmán y Uruguay”, sentencia de fecha 24 febrero del 2011 (fondo, y reparaciones).

Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

Sentencia de cumplimiento: “Gelmán vs Uruguay”; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo del 2013.