

CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÁNEO

LA INTERAMERICANIZACIÓN
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
EN AMÉRICA LATINA
HACIA UN *IUS COMMUNE*

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Zulima Sánchez Sánchez
Juan Carlos Covilla Martínez
Coordinadores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA

Universidad
Externado
de Colombia



PUCPR
GRUPO MARISTA



UNIVERSIDAD
EL BOSQUE
Vigilada por el Ministerio de Educación

50
ANIVERSARIO



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

DFG

Deutsche
Forschungsgemeinschaft



Universidad Autónoma
de Santo Domingo
PRIMADA DE AMÉRICA / Fundada el 28 de octubre de 1538

Universidad
La Salle
COSTA RICA

Colección
Constitucionalismo Contemporáneo



MAURICIO KURI GONZÁLEZ
Gobernador Constitucional

MARÍA GUADALUPE MURGUÍA GUTIÉRREZ
Secretaria de Gobierno

GUSTAVO ARTURO LEAL MAYA
Secretario de Finanzas

MARIO FERNANDO RAMÍREZ RETOLAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

La interamericanización del derecho administrativo en América Latina Hacia un *Ius Commune*

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Zulima Sánchez Sánchez
Juan Carlos Covilla
Coordinadores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



Universidad
Externado
de Colombia



Universidad Autónoma
de Santo Domingo
PRIMADA DE AMÉRICA / Fundada el 28 de octubre de 1538



Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2022

Primera edición: agosto de 2022

La interamericanización del derecho administrativo en América Latina.
Hacia un Ius Commune

© Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Zulima Sánchez Sánchez
Juan Carlos Covilla

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-96-7

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
María Andrea Niño Rivera
Edición

María Luisa Barrón
Apoyo editorial

Felipe Luna
Formación

Contenido

| | |
|----------------------------|----|
| Siglas y acrónimos | 13 |
| Nota introductoria | 17 |
| ARMIN VON BOGDANDY | |
| MARIELA MORALES ANTONIAZZI | |
| ZULIMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ | |
| JUAN CARLOS COVILLA | |

PARTE I

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIONAL. HACIA UNA INTERAMERICANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

| | |
|--|----|
| El derecho administrativo común en América Latina desde una perspectiva comparada. Consideraciones introductorias | 23 |
| LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO | |
| Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el fortalecimiento del Estado de derecho y la transformación de la legislación administrativa en México | 63 |
| CARLA HUERTA | |

La organización administrativa en el marco de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos . 91
JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ

El procedimiento administrativo en Latinoamérica. Una perspectiva desde el *Ius Commune* 121
ZULIMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

PARTE II

INTERAMERICANIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

La influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la delimitación de principios constitucionales comunes en materia de derecho administrativo sancionador para América Latina 159
RAMÓN HUAPAYA TAPIA

La influencia del estándar del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental en los países de la región 199
ARACELIS ALTAGRACIA FERNÁNDEZ ESTRELLA

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos en el procedimiento administrativo: el caso de los procedimientos en materia migratoria en Argentina 233
GUILLERMO F. TREACY

El procedimiento administrativo de determinación del estatus de refugiada bajo la lente de género. Aproximación regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 269
CRISTINA MARÍA ZAMORA GÓMEZ

PARTE III

**CALIDAD NORMATIVA E IMPACTO DE DERECHOS EN
DIVERSAS ÁREAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO
PARTE DEL PROCESO DE INTERAMERICANIZACIÓN**

La interamericanización de la calidad normativa: una consideración especial a los principios de participación, de acceso a la información y de transparencia 305
INDIRA LATORRE

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración de un derecho administrativo común en Latinoamérica. Principios y estándares desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 337
MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos . . 373
GUSTAVO LINARES BENZO

PARTE IV
JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y CONTROL
COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

| | |
|---|-----|
| El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal administrativo | 407 |
| LAURA HERING | |
| La resonancia de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las entidades de fiscalización superior de América Latina | 449 |
| ILEANA GONZÁLEZ CHAVERRI | |
| El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública: una mirada interamericana | 485 |
| DANIEL WUNDER HACHEM | |
| Anexo: Infografía | 515 |
| WILLIAM IVÁN GALLO APONTE | |

Siglas y acrónimos

| | |
|-----------------|--|
| ACNUR | Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados |
| AGA | Alianza para el Gobierno Abierto |
| ANLA | Autoridad Nacional de Licencias Ambientales |
| CADH | Convención Americana sobre Derechos Humanos |
| Carta de la OEA | Carta de la Organización de los Estados Americanos |
| CECA | Comunidad Europea del Carbón y del Acero |
| CEE | Comunidad Económica Europea |
| CEPAL | Comisión Económica para América Latina y el Caribe |
| CEPR | Comisión Especial para los Refugiados |
| CGR | Contraloría General de la República |
| CIADI | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones |
| CICC | Convención Interamericana contra la Corrupción |
| CIDH | Comisión Interamericana de Derechos Humanos |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |

| | |
|-----------|---|
| CONAMA | Consejo Nacional de Medio Ambiente |
| CONAMER | Comisión Nacional de Mejora Regulatoria |
| CONAPRED | Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación |
| CONARE | Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado |
| Corte IDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| DADDH | Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre |
| DESCA | Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales |
| DIPR | Derecho internacional de las personas refugiadas |
| DNP | Departamento Nacional de Planeación |
| DOF | <i>Diario Oficial de la Federación</i> |
| EFS | Entidades de fiscalización superior |
| EIA | Estudio/evaluación de impacto ambiental |
| EIR | Evaluación de impacto regulatorio |
| GSORO | Grupo Interno de Trabajo de Seguimiento a las Órdenes y Recomendaciones de los Órganos Internacionales en Materia de Derechos Humanos |
| IBAMA | Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis |
| ICBF | Instituto Colombiano de Bienestar Familiar |
| ICCAL | <i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina |
| LNPA | Ley Nacional de Procedimientos Administrativos |
| LOTEL | Ley Orgánica de Telecomunicaciones |
| MIR | Manifestación de impacto regulatorio |

Siglas y acrónimos

| | |
|-------|---|
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos |
| OC | Opinión consultiva |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| OIM | Organización Internacional para las Migraciones |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| PEP | Permiso Especial de Permanencia |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| PNUD | Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo |
| PNUMA | Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente |
| R4V | Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela |
| SCJN | Suprema Corte de Justicia de la Nación |
| SIDH | Sistema Interamericano de Derechos Humanos |
| TdR | Términos de Referencia |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TPI | Tribunal de Primera Instancia |
| UE | Unión Europea |
| UNCAC | Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (por sus siglas en inglés) |

Nota introductoria

El estudio que se presenta tiene como punto de partida la investigación previa llevada a cabo en el marco del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL),¹ en el que se constataron retos comunes que afrontan los países latinoamericanos —tales como la violencia, la exclusión social y las instituciones débiles—, que pueden ser atendidos desde una perspectiva del constitucionalismo transformador. En esa medida, la interamericanización del derecho administrativo en América Latina utiliza los fundamentos ya adelantados por el ICCAL con la finalidad de identificar el impacto que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tiene sobre la Administración pública de estos países.

Hay elementos comunes en el derecho administrativo latinoamericano, fruto de un proceso codificador unitario a lo largo de los años y que tiene como finalidad solucionar problemas comunes de la región, como: el control de la corrupción, el control del poder, el respeto de los derechos de las personas por la Administración, el garantizar que las administraciones se sujeten a la ley y busquen el interés general, que es garantía de fortaleza del Estado de derecho. Estos elementos se pueden analizar a partir de tres razones: un origen común, la influencia internacional y las similitudes en los problemas a los que se enfrenta la Administración pública de los Estados latinoamericanos.

¹ Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, <https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm#head>

En primer lugar, se observa un *origen común* en los modelos de Administración pública latinoamericana y su producción de actos. Esto se puede afirmar por dos razones. Por un lado, hay una Administración pública concebida a partir de: *i)* el modelo continental (francés), que pasó posteriormente por un *ii)* derecho común de la colonia. Por otro lado, la forma como se estudió esta Administración pública fue con los criterios propios del derecho administrativo continental. Este planteamiento favorece el estudio de los sistemas jurídicos internos, a diferencia de lo que sucede en Europa, donde se encuentran dos modelos de Estados administrativos distintos: el continental y el del *common law*.

En segundo lugar, se advierte una importante *influencia internacional*. Por un lado, de un Sistema Interamericano de Derechos Humanos que toma decisiones vinculantes tanto para el juez administrativo como para la Administración pública. Por el otro, unas decisiones de organizaciones internacionales que impactan de manera considerable en las políticas de la región, como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Además, la protección a la inversión extranjera es muy fuerte (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones —CIADI—).

En tercer lugar, se aprecian *similitudes en la Administración pública de los Estados latinoamericanos*. Salvo los casos de México, Argentina, Venezuela y Brasil, los países de la región se caracterizan por un sólido Estado unitario. Incluso en las excepciones mencionadas, el análisis del federalismo utilizado demuestra una limitada descentralización de competencias en comparación con otros países que tienen esta forma de Estado, como Alemania o Estados Unidos. En todo caso, estas administraciones públicas enfrentan problemas similares de pobreza, corrupción, falta de institucionalidad y otros advertidos ya en el ICCAL, que exigen que la Administración afronte retos parecidos.

La búsqueda de un *Ius Comune* en materia de derecho administrativo obedece a la necesidad de identificar un conjunto de reglas o criterios de aceptación general en América Latina que determinen las líneas comunes de ejercicio del poder y la acción de los Estados en la organización administrativa y la toma de decisiones por parte del poder ejecutivo y otros órganos constitucio-

nales que, en su funcionamiento interno, también se rigen por el derecho administrativo (sesiones del poder legislativo, órganos de gobierno del poder judicial, cortes constitucionales u organismos de control). También es necesario delimitar principios rectores y garantías básicas de protección jurídica que rijan la actuación de la Administración interpretados desde una perspectiva abstraída de enfoques puramente nacionales y desde la perspectiva de los derechos humanos, y que garantice derechos para generaciones presentes y futuras.

Este trabajo ha sido fruto del diálogo de varios investigadores de los siguientes países: Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Perú, República Dominicana y Venezuela. Parte del ejercicio llevado a cabo por los autores fue crear sinergias para encontrar puntos comunes en los trabajos que lograron demostrar la fijación de estándares en las diversas materias que involucra el derecho administrativo de la región desde ese enfoque de la garantía común de los derechos fundamentales y los derechos de las personas por las administraciones públicas y órganos que se rigen por el derecho administrativo.

En primer lugar, se identifican aspectos estructurales de la interamericanización de la Administración pública, al revisar el impacto en el derecho administrativo común en América Latina desde una perspectiva comparada y en la Administración desde una perspectiva estática (la organización administrativa) y dinámica (sus fundamentos normativos y el procedimiento).

En segundo lugar, se señalan estándares en materia del procedimiento administrativo. Aquí se logra demostrar que existe un interés amplio del SIDH por involucrarse en ámbitos tan trascendentales para la Administración pública como el derecho administrativo sancionador, el ambiental, el migratorio y el de los refugiados. Por tanto, la obra resalta el *Ius Commune* que debe aplicarse en la región para la protección de minorías y generaciones futuras.

En tercer lugar, se amplía un poco más el estudio del funcionamiento de la Administración pública para llegar a revisar la mejora normativa, la calidad normativa y el impacto sobre la contratación pública. Por último, se analiza cómo la justicia administrativa y el control de la Administración han sido de los ele-

mentos de mayor transformación en el derecho administrativo a partir del interés particular que ha tenido el SIDH.

Todo lo anterior permite al lector conocer el impacto que el SIDH ha tenido en el derecho administrativo latinoamericano, desde la perspectiva de diversos ordenamientos jurídicos. Estas herramientas pueden ser utilizadas por los servicios jurídicos de las administraciones, los abogados en ejercicio, los jueces y magistrados y los asesores legales de organizaciones no gubernamentales para distinguir estándares comunes de protección en América Latina, dotados de garantías jurídicas que sirven para la consolidación de una Administración pública que atiende las necesidades sociales, políticas y económicas con pleno respeto al Estado de derecho y con una visión protectora de los derechos humanos, los grupos vulnerables y las generaciones futuras.

Para finalizar, se debe hacer una mención especial al brillante investigador predoctoral William Gallo Aponte, que ha sido una pieza fundamental para esta obra. Con su diligencia y habilidad ha sido un apoyo fundamental tanto para los autores como para los coordinadores. A él nuestro máximo agradecimiento.

No queda más que agradecer a los autores y demás expertos que formaron parte de este proyecto por más de dos años para identificar aspectos comunes desde cada uno de sus ordenamientos jurídicos a fin de contribuir a este ejercicio. Esperamos que el estudio que aquí se presenta sea un punto de partida para nuevas investigaciones en la cada vez más evidente articulación entre el derecho administrativo y el SIDH.

ARMIN VON BOGDANDY
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
ZULIMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
JUAN CARLOS COVILLA
Abril de 2022

PARTE I
APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIONAL.
HACIA UNA INTERAMERICANIZACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El derecho administrativo común en América Latina desde una perspectiva comparada. Consideraciones introductorias

*Luis Eugenio García-Huidobro**

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Hacia un derecho administrativo común en América Latina? III. ¿Qué lugar ocupa el derecho administrativo común en la literatura comparativa de América Latina? IV. El derecho administrativo común latinoamericano como proyecto de derecho comparado. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En sus *Aforismos*, Ludwig Wittgenstein afirmaba que “[en] filosofía el ganador de la carrera es aquel capaz de correr más despacio. O quien alcanza la meta en el último lugar”.¹ Como se evidenciará en este capítulo, algo similar podría decirse de la empresa que este proyecto académico se propone. Si el derecho administrativo común latinoamericano desea tener éxito, deberá procurar avanzar con una determinación tan lenta como la de la tortuga en la fábula de Esopo, a fin de evitar incurrir en el mismo fracaso

* Investigador del Centro de Estudios Públicos (Chile). Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile y de Derecho Administrativo en la Universidad Adolfo Ibáñez.

¹ Wittgenstein, Ludwig, *Aforismos, cultura y valor*, Madrid, Espasa Calpe, 1995, col. Austral Pensamiento / Contemporáneos 381, p. 81.

en que han caído tantos otros “conejos académicos” que le han precedido en sugerir la existencia de un derecho administrativo común en América Latina.²

Expliquemos a qué me refiero: no es este el primer intento académico que busca construir un derecho administrativo común en la región en torno al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).³ Con anterioridad, otros muchos autores han adoptado una aproximación similar para desarrollar contribuciones al derecho administrativo latinoamericano. Todos ellos, sin embargo, han fracasado o tenido escaso impacto en su esfuerzo de posicionar sus propuestas como una agenda de investigación académica atractiva por explorar. De ahí la sugerencia: si el derecho administrativo común desea triunfar en el mercado de las ideas administrativas latinoamericanas, deberá procurar resolver lentamente muchos nudos.

A partir de ello, este capítulo —de carácter introductorio a las restantes contribuciones— realiza una revisión de la literatura que ha adoptado una aproximación similar al derecho administrativo desde lo interamericano y sugiere la existencia de, a lo menos, dos grandes vacíos que deberán ser abordados a la brevedad. Primero, existe una necesidad de desarrollar un marco analítico a partir del cual pueda estudiarse el fenómeno del derecho administrativo común en la región. Segundo, debe también realizarse un esfuerzo de retratar adecuadamente las particularidades propias de los derechos administrativos nacionales sobre los cuales se pretende implementar esta agenda transformadora. Si bien la posición adoptada en este capítulo es mayoritariamente

² El concepto de América Latina se utiliza en este capítulo con un sentido particular y que responde a una realidad jurídico-política propia de una única parte de América Latina, en el sentido de comprender solo a aquellas democracias constitucionales de la región que comparten lo que podríamos llamar ciertos elementos de una tradición jurídico-administrativa. De esta manera, este capítulo supone como premisa la existencia de elementos comunes entre estos países que los distinguen de lo que podríamos llamar una tradición caribeña de derecho administrativo, fuertemente influenciada por el modelo *Westminster Whitehall*. Sobre esto último, véase Ventose, Eddy (ed.), *Commonwealth Caribbean Administrative Law*, Londres, Routledge, 2012.

³ Véase *infra* 3.1.

descriptiva,⁴ con el propósito de contribuir en este esfuerzo colectivo se esboza un marco analítico para el estudio del derecho administrativo común desde una perspectiva del derecho comparado. Considerando el propósito buscado por este proyecto y el carácter supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se sugiere la utilización de una aproximación comparativa *prescriptiva, vertical y top-down* (“de arriba hacia abajo”).

Una aproximación como la sugerida podría hacer dos grandes aportaciones al desarrollo del derecho administrativo comparado en América Latina. Primero, sentar bases metodológicas para el desarrollo de la actividad comparativa entre quienes se proponen contribuir al desarrollo de un derecho administrativo común regional. Segundo, al desarrollarse esta actividad comparativa, la adopción de esta aproximación podría contribuir a una mayor comprensión de las administraciones públicas latinoamericanas, considerando las dificultades que supone el estudio de las burocracias en la región.⁵

II. ¿HACIA UN DERECHO ADMINISTRATIVO COMÚN EN AMÉRICA LATINA?⁶

Al igual que ocurre respecto del antecedente que le sirve de inspiración (el llamado *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano),⁷ el derecho administrativo común se articularía en torno al

⁴ Para una evaluación crítica de ciertos aspectos normativos de este proyecto por el autor, véase García-Huidobro, Luis Eugenio y Guidi, Sebastián, “El espejismo de Baena: luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano”, *International Journal of Comparative Law*, en prensa.

⁵ En este sentido, Polga-Hecimovich, John y Trelles, Alejandro, “The Organizational Consequences of Politics: A Research Agenda for the Study of Bureaucratic Politics in Latin America”, *Latin American Politics and Society*, vol. 58, núm. 4, invierno de 2016, p. 56.

⁶ Este apartado del capítulo está basado y reproduce en gran parte las ideas contenidas en el artículo: García-Huidobro, Luis Eugenio y Guidi, Sebastián, “El espejismo de Baena: luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano”, *International Journal of Comparative Law*, en prensa.

⁷ Véase Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en Bogdandy, Armin von; Morales Anto-

SIDH. Según esta propuesta académica, la existencia de las normas transnacionales de derechos humanos compartidas por casi todos los países de la región facilitarían la actividad comparativa. El *comparandum* ya no tiene que ser desentrañado de entre una infinidad de opacas prácticas administrativas distintas para cada cultura burocrática local de América Latina o surgir de una comparación funcional que se preocupe por entender de modo profundo cada sistema jurídico.⁸ Por el contrario, al apartarse de una concepción localista y autárquica del derecho administrativo,⁹ esta aproximación teórica sugiere que los ordenamientos administrativos locales podrían compararse a la luz de su convergencia alrededor de ideales normativos comunes de carácter supranacional.¹⁰

Para comprender los planos en que operaría la comparación jurídica en esta propuesta académica, debemos detenernos brevemente en los cuatro supuestos básicos sobre los cuales se construye este derecho administrativo común. Primero, la men-

niazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

⁸ Estas dos posibles aproximaciones teóricas a la actividad comparativa reciben el nombre de culturalismo y funcionalismo, respectivamente. Para una aproximación preliminar a cada una de ellas véase Legrand, Pierre, “Jameses at Play, Tractation on the Comparison of Laws”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, p. 1.

⁹ Criticando esta aproximación, Machado, Juan Pedro, “El procedimiento y procesos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Steiner, Christian y Machado, Juan Pedro (ed. y coord.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, KAS, 2009, p. 123.

¹⁰ Véase, por todos, Corte IDH. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 88 (augurando que el control de convencionalidad difuso llevará a “un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *Ius Constitutionale Commune* en las Américas”). Para una crítica a esta tesis de la convergencia véase Landau, David, “Judicial Role and the Limits of Constitutional Convergence in Latin America”, en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.

cionada convergencia normativa se produciría en torno a los pronunciamientos de la Corte IDH. Ellos cumplirían una importante función de homogeneizar o armonizar ciertos aspectos del derecho administrativo de los países de la región y, sobre esta base, se podría así realizar su comparación. De esta manera, la Corte IDH se comportaría como una especie de corte constitucional interamericana para modelar los ordenamientos locales latinoamericanos,¹¹ lo que además tendría un efecto directo en los ordenamientos administrativos, considerando la existencia de diversas decisiones de la Corte IDH que directa o indirectamente abordan temáticas administrativas.¹² Para los Estados, esto supondría entonces redibujar sus límites constitucionales, en el sentido de incorporar el derecho interamericano de los derechos humanos y la jurisprudencia que lo interpreta dentro de dichos contornos.¹³

Segundo, el tránsito de esta convergencia normativa hacia los ordenamientos administrativos. La constitucionalización del derecho interamericano en los ordenamientos nacionales supondría, a su vez, una redefinición de las fuentes formales sobre las

¹¹ Así lo reconocen explícitamente Von Bogdandy y Urueña, quienes sostienen que la Corte IDH “[...] actúa en gran medida como una corte constitucional”. Bogdandy, Armin von y Urueña, René, “International Transformative Constitutionalism in Latin America”, *American Journal of International Law*, núm. 114, 2020, pp. 403 y 408.

¹² Solo por mencionar algunos ejemplos, véase las decisiones para los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Furlan y familiares vs. Argentina*, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *Castañeda Gutman vs. México*, *López Mendoza vs. Venezuela*, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, y *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Para una breve aproximación sobre cómo determinar qué aspectos de cada una de estas sentencias de la Corte IDH constituyen precedentes para el derecho administrativo, véase las directrices sugeridas por Machado, Juan Pedro, *op. cit.*, pp. 128-131.

¹³ En este sentido, Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano: reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año XI, núm. 11, 2011, p. 113.

cuales se erigen los derechos administrativos locales.¹⁴ Tal vez el caso más evidente es Costa Rica, cuya Ley General de la Administración Pública reconoce expresamente la normativa internacional como fuente del derecho administrativo.¹⁵ Así también ocurre, por ejemplo, en Honduras,¹⁶ Perú¹⁷ o Uruguay.¹⁸ Como consecuencia, las normas administrativas deberían interpretarse y aplicarse en conformidad a los dictados de la Corte IDH.

Este proceso de redefinición se vería adicionalmente influenciado por la supuesta constitucionalización del derecho administrativo,¹⁹ lo que supondría que las fronteras entre lo interna-

¹⁴ En este sentido, Alianak, Raquel Cynthia, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 15, núm. 59, 2015, p. 29; Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.* Un caso evidente en que ello ocurre es el de Argentina, cuya constitución federal le reconoce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos una jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (art. 75.22).

¹⁵ Ley General de la Administración Pública (Costa Rica), art. 6, inciso b). Como complemento a lo anterior, la Corte Suprema de Costa Rica ha reconocido en reiteradas oportunidades que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico de dicho país, al gozar de pleno valor jurídico, obligando en consecuencia a todos los tribunales. Véase, por ejemplo, los votos 2313-1995, de 9 de mayo de 1995, y el 9685-2000, de 1 de noviembre de 2000. Es a partir de esta realidad que debe interpretarse el art. 8 de la citada Ley General de la Administración Pública, según el cual “[el] ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”.

¹⁶ Ley General de la Administración Pública (Decreto N° 146-86) (Honduras), art. 7, inciso c).

¹⁷ Ley de Procedimiento Administrativo General (Perú), art. V, numeral 2.2. (incorpora los tratados y convenios internacionales a las fuentes del procedimiento administrativo).

¹⁸ Derecho N° 500/1991 sobre Procedimiento Administrativo, art. 5 (asegura todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso dentro del procedimiento administrativo, de conformidad con lo establecido a nivel constitucional y legal, así como también según las normas de derecho internacional).

¹⁹ Véase, por ejemplo, Schmidt-Assman, Eberhard, “El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo”, en Montaña, Alberto y Os-

cional, lo constitucional y lo administrativo serían cada vez más tenues y porosas.²⁰ Así lo parecería sugerir el Tribunal Constitucional peruano al afirmar que:

[...] es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno sin poder cuestionar su constitucionalidad. [La] Constitución es meridianamente [clara] al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.²¹

La influencia normativa del derecho interamericano de los derechos humanos en la redefinición de los derechos administrativos nacionales operaría así simultáneamente en diversos frentes. Respecto de algunos países, esta redefinición se materializa a través de un mandato legislativo explícito según el cual el derecho administrativo nacional debe considerarlo como una directriz vinculante para toda actuación administrativa. Pero aun en defecto de estas normas legales, el influjo interamericano igualmente operaría sobre lo administrativo, aunque mediado a través de lo constitucional. Esto ocurrirá a través de la constitucionalización de bases positivas del derecho administrativo²² o también

pina, Andrés (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; Landa, César, “La constitucionalización del derecho administrativo”, *Thēmis-Revista de Derecho*, vol. 69, 2016, p. 199.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo”, en Hernández Mendible, Víctor y Villegas Moreno, José Luis (eds.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia*. Liber amicorum al profesor José Araujo Juárez, Caracas, CIDEP, 2018 (celebrando la “ruptura del cerco que el derecho constitucional le había tendido al control de convencionalidad, y del cual se ha escapado por fuerza de la vigencia del derecho administrativo”). En contra de esta posición véase, por ejemplo, Benítez-Rojas, Vicente, “La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro”, *Dikaion*, vol. 19, núm. 1, 2010.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) de 3 de junio de 2005, expediente 0050-2004-PI fundamento jurídico 156.

²² Devolvé, Pierre, “La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del derecho administrativo”, en Montaña, Alberto y Ospina, Andrés (eds.), *op. cit.*

a través de la judicialización de temáticas administrativas en jurisdicciones constitucionales.²³

Tercero, esta *agenda transformadora* de los ordenamientos administrativos locales se materializaría gracias al llamado control de convencionalidad.²⁴ En virtud de este mecanismo, “[...] los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen, además, una obligación de realizar una ‘interpretación convencional’, —si dichas leyes que aplicarán a un caso particular resultan ‘compatibles’ con la CADH—”.²⁵ Esta evaluación sobre la conformidad del derecho administrativo con el derecho interamericano operaría entonces en dos planos: a nivel internacional en un control desarrollado por la misma Corte IDH al conocer de los casos sometidos a su resolución (“control propio, original o externo de convencionalidad”), y uno a nivel interno realizado por los jueces nacionales (“control interno de conven-

²³ Landa, César, *op. cit.* (argumentando que para fundamentar este fenómeno debe “[realizarse] una evaluación de la constitucionalización del Derecho Administrativo, más allá de la presentación de las bases constitucionales del Derecho Administrativo señaladas en el marco constitucional, sino, a partir de su judicialización constitucional; es decir desde la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Constitucional”). En términos similares, Bermúdez, Jorge, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2012, p. 3.

²⁴ En este sentido, Bogdandy, Armin von, “The transformative mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series* No. 2019-16. En igual sentido, Brewer-Carías, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 268, 2017, p. 139: “[...] el control de convencionalidad puede decirse que se está desplazando del ámbito del derecho constitucional hacia el ámbito del derecho administrativo, en el cual se ubican [...] la mayoría de las normas de los tratados y convenciones internacionales [...]”.

²⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, 2010. Según el mismo Ferrer-Mac-Gregor, ahora como juez de la Corte IDH, este control de convencionalidad debe ser ejercido no únicamente respecto de los casos dictados contra el Estado en cuestión, sino también respecto de la jurisprudencia emanada de fallos dictados contra otros países. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

cionalidad”).²⁶ Según la Corte Suprema chilena, en el plano interno esta obligación se traduce en que:

[...] mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos, dependiendo las consecuencias de este análisis de las funciones que cada operador de justicia tiene, siendo obligación de todos, las autoridades e integrantes del Estado, interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por este.²⁷

Pesaría entonces sobre todo juez nacional un deber de controlar la conformidad de las normas administrativas a los dictámenes de la Corte IDH, que se traduciría en una armonización y homogeneización de aquellas en torno a estos.²⁸ Este control debe ceñirse a la interpretación que la Corte IDH ha hecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su jurisprudencia, se trate o no de una decisión en que haya sido parte el Estado del juez respectivo,²⁹ así como también a sus opiniones consultivas.³⁰

²⁶ Esta distinción entre control externo e interno de convencionalidad es introducida por García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012. En esa misma obra colectiva, Eduardo Ferrer Mac-Gregor habla de *control concentrado* y *control difuso de convencionalidad* para referirse al control que opera en el plano externo e interno, respectivamente. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Chile) de 16 de mayo de 2019, caratulada *Norín Catrیمان y otros con Fisco*, rol de la causa 1386-2014, cdo. 9.

²⁸ Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, p. 112.

²⁹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

³⁰ Corte IDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21.

¿Cómo se llevaría a la práctica este control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales? Ciertamente podría ser realizado sin necesidad de recurrir a una acción o procedimiento particular. Sin perjuicio de ello, autores han sugerido que en América Latina la acción de amparo podría ser un mecanismo especialmente idóneo para que dicho control sea realizado con motivo del control jurisdiccional de la actuación administrativa,³¹ no obstante proceder respecto de otras acciones y procedimientos. Por ejemplo, en Colombia este control de convencionalidad ha sido ejercido en sede contencioso-administrativa a propósito de acciones de responsabilidad patrimonial del Estado.³²

Cuarto y último, este control difuso de convencionalidad no recaería únicamente sobre los tribunales, sino también sobre todas las autoridades estatales y, ciertamente, sobre las administrativas.³³ Por ello, así como la Corte chilena reconoce que los jueces de los Estados que forman parte del SIDH se han vuelto “jueces interamericanos”, así también podría decirse que los poderes ejecutivos de la región se han vuelto algo así como “eje-

³¹ En este sentido, Brewer-Carías, Allan R., “The Amparo as an instrument of a *Ius Constitutionale Commune*”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

³² Por ejemplo, véase la sentencia 24070 (2012) de la sección tercera, subsección C, del Consejo de Estado (Colombia), ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Esta decisión es particularmente interesante, ya que afirma que este control de convencionalidad puede ser *contra-legem*, en el entendido de que “[...] la Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario [...] no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la CADH, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad) [...]”.

³³ Así lo explicitó la Corte IDH a partir de *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párr. 239: “[En] las [instancias democráticas] también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...] que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.

cutivos interamericanos”.³⁴ Por ejemplo, la poderosa Contraloría General de la República ha mandatado a toda la Administración pública chilena que el control de legalidad que deben realizar incluye asegurarse de que los actos que dicten sean conformes con las normas de tratados internacionales que resulten aplicables,³⁵ en el cual ciertamente debe considerarse la CADH.

De esta manera, al redefinirse las fuentes normativas sobre las cuales se construyen los ordenamientos administrativos nacionales (segundo supuesto) y al recaer sobre las autoridades administrativas el deber de realizar un control de convencionalidad (cuarto supuesto), quienes integran las administraciones públicas latinoamericanas estarían colaborando activa y descentralizadamente en la construcción de un derecho administrativo común modelado en torno a los ideales normativos del SIDH.³⁶

III. ¿QUÉ LUGAR OCUPA EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMÚN EN LA LITERATURA COMPARATIVA DE AMÉRICA LATINA?

Para caracterizar adecuadamente esta propuesta de derecho administrativo común y los aportes que ella puede proporcionar

³⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, p. 614: “el control de convencionalidad fortalece la complementariedad (subsidiariedad) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) al transformar a los jueces nacionales —y en general a todas las autoridades de los Estados— en una especie de ‘jueces interamericanos’”. Véase también Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015, p. 141.

³⁵ Dictamen de la Contraloría General de la República (Chile) N° 61.817, de 26 de diciembre de 2006.

³⁶ En términos similares, Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. I, particularmente en el cap. VI, cuando sugiere que este derecho internacional de los derechos humanos es de aplicación obligatoria, directa e inmediata en el orden interno por la Administración.

al desarrollo del derecho administrativo comparado en la región, debemos primero revisar la literatura latinoamericana que adopta una aproximación similar a lo comparativo.

Ciertamente no es inédito explicitar la importancia y procedencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho administrativo latinoamericano, como, por ejemplo, lo hizo décadas atrás Agustín Gordillo.³⁷ Tampoco es este el primer proyecto académico en referirse a la influencia que podría tener el control de convencionalidad en redefinir los ordenamientos administrativos de la región.³⁸ Incluso más, no constituye novedad alguna sugerir la existencia de un derecho administrativo común que se articula en torno a los ideales normativos del SIDH.

Como consecuencia, debemos inevitablemente preguntarlos cómo conversa esta propuesta de derecho administrativo común con la literatura comparativa latinoamericana que explora los vínculos entre derecho interamericano de los derechos humanos y derecho administrativo. La respuesta a esta pregunta facilitará considerablemente la carrera que deberá correr esta “tortuga académica”. Primero, permitirá reconocer los puntos en común con la literatura existente en los que podrá apoyarse y descansar. Segundo, facilitará explorar aquellos vacíos que deberá suplir al ir construyendo una propuesta de *Ius Commune*. Finalmente, ayudará a identificar las dificultades que proyectos académicos análogos han experimentado al empujar una agenda similar en la región.

3.1. El derecho administrativo común en la literatura latinoamericana

Muchos de los más destacados administrativistas de la región han explicitado el estrecho vínculo que existe entre derecho adminis-

³⁷ Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

³⁸ Por ejemplo, véase Gil Botero, Enrique, *Control de constitucionalidad en Colombia: una experiencia de diálogo judicial*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019, particularmente el cap. V, pp. 202-248, donde se trata el impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

trativo, derecho constitucional y derecho interamericano de los derechos humanos. Quien más lejos tal vez ha ido en esta línea ha sido el administrativista y juez costarricense Ernesto Jinesta, al sugerir que “[...] la armonización del Derecho interno y del interamericano de los Derechos Humanos que se puede lograr mediante los pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales nacionales y la jurisdicción ordinaria local, nos permite identificar un *Ius Commune* administrativo interamericano que habrá de ir siendo perfilado y desarrollado paulatinamente”.³⁹

Sin embargo, la literatura comparativa que propugna estrechar los vínculos entre los derechos administrativos latinoamericanos y el derecho supranacional interamericano varía en sus aproximaciones y en la forma en la que se construye este vínculo.

Un primer grupo de autores sugiere la necesidad de apartarse de una concepción excesivamente autárquica del derecho administrativo, que se aproxima a este como si fuese un fenómeno exclusivamente local.⁴⁰ Dicha concepción reconoce la profunda influencia que tiene el derecho internacional en este.⁴¹ En América Latina se ha sugerido que este contacto entre derecho administrativo e internacional se produciría con mayor intensidad a propósito de los derechos fundamentales, al existir un Sistema Interamericano que impone *mínimos regionales*.⁴² Esto influen-

³⁹ Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, pp. 112 y 113.

⁴⁰ En general, véase Cassese, Sabino, *Derecho administrativo: historia y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014, p. 373. Para América Latina véase Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.* Véase también Delpiasso, Carlos E., “Universalización de derechos, economía disruptiva y derecho administrativo global”, *Revista de Derecho Público*, año XXV, núm. 50, 2016, p. 27; Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Derecho administrativo global*, México, Porrúa, 2013; Kingsbury, Benedict *et al.* (eds.), *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Nueva York, Ediciones RAP, 2009.

⁴¹ Para una aproximación general a la internacionalización de las relaciones administrativas véase Schmidt-Abmann, Eberhard, “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, p. 7.

⁴² Machado, Juan Pedro, *op. cit.*, p. 125.

ciaría e incluso condicionaría la comprensión que debe tenerse de las normas administrativas.⁴³ Para algunos —como Agustín Gordillo—, este condicionamiento se materializaría en una aplicación obligatoria, directa e inmediata del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno por parte de la Administración pública.⁴⁴

Tratándose del derecho interamericano de los derechos humanos, se ha sostenido que esta influencia en el derecho administrativo sería tanto sustantiva como procedimental,⁴⁵ manifestándose en forma particularmente profunda respecto de temas como procedimiento administrativo,⁴⁶ responsabilidad patrimonial del Estado administrador⁴⁷ y sanciones administrativas.⁴⁸ Esto se explicaría por la incidencia que tendrían respecto de estas materias las garantías judiciales de la CADH (art. 8).⁴⁹

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, cit. (véase especialmente lo señalado en el cap. VI).

⁴⁵ Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.*

⁴⁶ Por ejemplo, véase Flax, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 47-62. Véase también Machado, Juan Pedro, *op. cit.* Al respecto, Raquel Alianak sugiere que “[...] el control de convencionalidad debería ser incorporado explícitamente como uno de los principios sustanciales del procedimiento administrativo [...]”. Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁷ Por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R. y Santofimio, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado, 2013. Véase también Astaiza, William Ulrich, “El control de convencionalidad en la responsabilidad del Estado colombiano”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16, núm. 1, 2020, p. 39.

⁴⁸ Por ejemplo, véase Guardenas, Galo, *El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Tesis de Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.

⁴⁹ En este sentido, la procedencia de las garantías del art. 8 de la CADH respecto de procedimientos administrativos se ha vuelto explícita desde *Baena Ricardo*, según la cual “[...] cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 124.

¿Cómo se materializaría esta influencia en términos concretos? Juan Carlos Covilla distingue tres posibles maneras en que el SIDH influiría sobre los ordenamientos administrativos. Primero, y tal vez el caso más extremo, se exige a un Estado la modificación de su organización administrativa.⁵⁰ En este sentido, en el caso *Olmedo Bustos* se ordenó la eliminación del Consejo de Calificación Cinematográfico, un servicio público centralizado dependiente del Ministerio de Educación chileno.⁵¹ Por otro lado, en los casos *Escué Zapata* y *Masacres de Ituango* se ordenó al Estado colombiano la adopción de determinadas políticas públicas: en el primero, la creación de un fondo para desarrollar obras y, en el segundo, la creación de un programa de viviendas.⁵² Todos estos ejemplos tienen en común que se requiere de reformas destinadas a reorganizar la actuación administrativa. En segundo lugar, la influencia interamericana podría también manifestarse a través de exigir cambios en procedimientos administrativos.⁵³ Por ejemplo, en el caso *Xámok Kásek* se le exige al Estado paraguayo que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras sea substanciado de una cierta forma.⁵⁴ Finalmente, esta influencia también podría darse al reglar el ejercicio de una potestad administrativa en un determinado sentido que sea conforme a la jurisprudencia interamericana.⁵⁵ En el caso *Claude Reyes*, por ejemplo, se exigió al Estado chileno que el acceso a información pública fuese realizado de una determinada manera.⁵⁶

⁵⁰ Covilla Martínez, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, 2019, p. 17.

⁵¹ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

⁵² Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 165, y *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148.

⁵³ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.

⁵⁵ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2016. Serie C, núm. 151.

Sin embargo, no todos aquellos que defienden esta profunda influencia del derecho internacional están de acuerdo respecto de las causas que explican la materialización de dicha influencia. Por ejemplo, hay quienes la reconocen aun a pesar de ser muy críticos de la doctrina del control de convencionalidad y, en cambio, la justifican en la autoejecutabilidad de los tratados internacionales que establecería la distribución de competencias esbozada en las mismas constituciones nacionales.⁵⁷ Otros afirman que la procedencia del control de convencionalidad en el derecho administrativo, más que establecer certezas, ha sembrado incertidumbres respecto de los grados, alcances y efectos de dicho control.⁵⁸

De esta manera, es también importante mencionar un segundo grupo de autores que atribuyen al control de convencionalidad la materialización de esta influencia internacional.⁵⁹ Para la mayoría de estos autores, el control de convencionalidad practicado por las administraciones públicas es procedente aun a pesar de su falta de consagración expresa en el texto expreso de la CADH.⁶⁰ Esta “creación pretoriana” —como la califica Jines-

⁵⁷ Véase, por ejemplo, Fuentes, Ximena y Farías, Diego, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 25, núm. 2, 2018, p. 119. Para una crítica sobre los efectos colaterales que podría producir el control de convencionalidad y su falta de deferencia hacia los tribunales internos véase, por ejemplo, Dulitzky, Ariel, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 45.

⁵⁸ Molina Hernández, Mario, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 5, 2018, p. 287

⁵⁹ En general, véase Brewer-Carías, Allan R., *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Madrid, Ediciones Olejnik, 2019; López Olvera, Miguel A., *op. cit.*

⁶⁰ En este sentido, Durán Martínez, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso *Gelman vs. Uruguay*”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, núm. 2, 2014, p. 109: “[ese] control de convencionalidad es absolutamente procedente en el Uruguay, no porque lo diga la C.I.D.H. [Corte IDH], [...] sino porque los derechos

ta— se justificaría por el efecto positivo que tendría en modelar los ordenamientos administrativos nacionales, por cuanto permitiría ampliar considerablemente la protección que entrega el principio de legalidad a los ciudadanos ante cualquier actuación administrativa.⁶¹

Respecto del alcance que tendría el control de convencionalidad, hay quienes restringen su procedencia al afirmar que este solo puede ser invocado respecto de aquello que constituye un precedente en la jurisprudencia interamericana para efectos del derecho administrativo. Con este propósito, se sugiere que debe distinguirse en toda decisión de la Corte IDH aquello que constituye *ratio decidendi* y *obiter dictum*.⁶² En este sentido, Machado Arias recurre al caso *Castañeda Gutman vs. México*⁶³ para afirmar que solo constituyen precedentes aquellas “[...] afirmaciones de la Corte IDH [que], incorporadas en la parte considerativa o fundamentos de sus sentencias, [...] contengan alguna alusión que remita a [...] tópicos de derecho administrativo [...]” y en los que, además, exista coincidencia fáctica entre lo decidido por la sentencia invocada y los hechos respecto de los cuales el precedente se invoca.⁶⁴ Por otro lado, hay autores que sugieren la necesidad de introducir un “margen de apreciación nacional” similar al existente en el derecho europeo, a fin de conciliar las exigencias

humanos en general y el Pacto de San José de Costa Rica en particular [...]” son fuentes formales de derecho. En contra de esta posición véase Ochs Olazábal, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Gelman contra Uruguay’”, *Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2011, p. 97.

⁶¹ Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, p. 112. En su opinión, “[las] posibilidades de salir victorioso para los administrados en un proceso contencioso-administrativo crecen exponencialmente [...]”.

⁶² Machado, Juan Pedro, *op. cit.*

⁶³ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

⁶⁴ Machado, Juan Pedro, *op. cit.* López Olvera también propone una “metodología” para la realización del control de convencionalidad. López Olvera, Miguel A., “El control de convencionalidad de la Administración Pública”, *Novum*, 2014, particularmente el cap. VII.

interamericanas con las particularidades propias de los ordenamientos administrativos nacionales.⁶⁵

En contraposición, la mayoría de los autores no incorporan o sugieren restricción alguna respecto de qué podrá invocarse como un precedente de la Corte IDH al momento de realizar el control de convencionalidad respecto del derecho administrativo. En este sentido, Juan Carlos Covilla afirma que la Administración pública debe considerar como parte del precedente judicial las interpretaciones que se hayan dado respecto de una norma de la CADH y, además, las formas de reparación.⁶⁶

En cuanto a la forma de ejercer este control de convencionalidad respecto del derecho administrativo, diversos autores efectúan una serie de distinciones. Primero, respecto del control difuso de convencionalidad por parte de la judicatura, hay quienes enfatizan el rol preponderante que tendrían los tribunales contencioso-administrativos. En este sentido, Ernesto Jinesta reconoce que este control difuso le corresponde a todos los jueces, pero “[...] el que pueda ejercer la justicia contencioso-administrativa resulta más significativo por el tipo de conductas fiscalizadas y de controversias que dirime”, por cuanto son ellos los responsables de controlar la actividad administrativa.⁶⁷ Segundo,

⁶⁵ Gatti, Franco, “La doctrina del ‘margen de apreciación nacional’ y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad”, *Revista Eurolatinoamericana de derecho administrativo*, vol. 3, núm. 1, 2016, p. 19; Barbosa Delgado, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista de Derecho del Estado*, vol. 26, 2011, p. 107. En contra de esta posición, el exjuez de la Corte IDH Antônio Cançado Trindade sostiene que es imposible aplicar la doctrina del margen de apreciación en una región con la fragilidad institucional de Latinoamérica. Cançado Trindade, Antônio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 389 y 390.

⁶⁶ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁷ Jinesta Lobo, Ernesto, “Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa”, en Brewer-Carías, Allan R. *et al.* (eds.), *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 114. En igual sentido, Brewer-Carías, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido...”, *cit.*

Allan Brewer-Carías afirma que, si bien los funcionarios administrativos no podrían realizar un control difuso de constitucionalidad,⁶⁸ igualmente pesa sobre ellos un deber de realizar el control de convencionalidad, aunque sujeto al posterior control de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁶⁹ En este punto, corresponde hacer una digresión respecto del caso colombiano: los funcionarios administrativos en ese país están constitucionalmente facultados para ejercer un control difuso de constitucionalidad a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad.⁷⁰ Sobre la base de esta potestad, hay quienes sostienen que el control de convencionalidad debe entenderse comprendido dentro de dicha atribución constitucional.⁷¹ En contra de la posición sustentada por Brewer-Carías, Raquel Alianak afirma que los funcionarios administrativos están obligados a realizar el control de convencionalidad incluso si un precepto legal no les permite conocer del asunto.⁷² Tercero, Néstor Sagüés distingue dos formas en que este control de convencionalidad debe llevarse a cabo por las administraciones públicas: por una parte, en la emisión de actos administrativos de efectos generales (decretos reglamentarios de legislación, decretos de necesidad y urgencia, normativa regulatoria sectorial, etc.), ellos deben cuidar que su

⁶⁸ Esto es explícito en el caso peruano, ya que el Tribunal Constitucional de dicho país ha prohibido expresamente la posibilidad de un control difuso de constitucionalidad en sede administrativa. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) en el expediente 04293-2012-PA/TC, de 18 de marzo de 2014 (caso *Consortio Requena*).

⁶⁹ Brewer-Carías, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido...”, *cit.*

⁷⁰ Constitución colombiana, art. 4. Sobre la excepción de constitucionalidad en el derecho colombiano véase Quiroga Natale, Edgar, “La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión”, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, 2015, p. 3.

⁷¹ Astaiza, William Ulrich, *op. cit.*, p. 59: “la misma Constitución Política [...] permite [...] inaplicar una norma utilizando el mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad, cuestión que se puede hacer extensiva a la convencionalidad, lo que permite de esta manera mantener el ordenamiento jurídico a tono con lo dispuesto por la CIDH”.

⁷² Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.*, p. 41. La autora entrega un ejemplo hipotético de incompatibilidad entre la jurisprudencia de la Corte IDH con la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina.

dictación sea conforme a la jurisprudencia interamericana. Pero además, este control de convencionalidad también deberá ser ejercido por la Administración pública al interpretar y dar cumplimiento a la normativa que le sea aplicable.⁷³

Finalmente, las aproximaciones más ambiciosas al estudio de las interacciones entre lo administrativo, lo constitucional y lo interamericano sugieren que ellas permitirán transitar hacia un derecho administrativo común interamericano.⁷⁴ En este sentido, Covilla sugiere indirectamente esta posibilidad, al afirmar que “[...] la expansión de las barreras del Derecho administrativo nacional hacia una ‘latinoamericanización’ del derecho común de los derechos humanos tiene un impacto en el primero”.⁷⁵ Aunque todavía sumamente escasa, este tercer grupo de autores suele limitarse a explicitar la posibilidad de un derecho administrativo común interamericano, pero no realizan mayores esfuerzos por delimitarlo conceptualmente ni por ofrecer supuestos metodológicos para su desarrollo.

3.2. Conclusiones preliminares: vacíos en la literatura y desafíos para el derecho administrativo común

¿Qué puede concluirse de esta breve revisión de literatura? Con mayor o menor énfasis, prácticamente todas las contribuciones que pregonan el desarrollo de un derecho administrativo común —o, al menos, la convergencia de los ordenamientos nacionales en torno al derecho interamericano— se centran casi exclusivamente en teorizar cómo hacer operativo el control de convencionalidad en los ordenamientos administrativos y en dilucidar los supuestos normativos y teóricos sobre los cuales esta propuesta descansa. Salvo algunas excepciones, todos ellos también sugieren que se trataría de un fenómeno positivo.⁷⁶

⁷³ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 146.

⁷⁴ Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, p. 112; Gatti, Franco, *op. cit.*

⁷⁵ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ Por ejemplo, Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 25; Gatti, Franco, *op. cit.*

Este énfasis supone, sin embargo, que se han dejado muchos aspectos de esta propuesta teórica descuidados. Seamos claros: esto en caso alguno supone un reproche, sino una constatación del todo esperable tratándose de una propuesta académica en estado todavía germinal. Pero es desde esta constatación que se hace la recomendación inicial de avanzar con lenta determinación, considerando la importante cantidad de vacíos y desafíos que deberá abordar la empresa del *Ius Commune* administrativo.⁷⁷

Por de pronto, detengámonos en dos de estos desafíos respecto de los cuales parecería ser más urgente tener claridad conceptual. Primero, la necesidad de dotar de un marco analítico a partir del cual estudiar el fenómeno del derecho administrativo común en la región. Como adelanté, este capítulo ofrece una respuesta de derecho administrativo comparado ante este desafío. Segundo, la también imperiosa exigencia de retratar adecuadamente las particularidades propias de los derechos administrativos nacionales sobre los cuales se busca influir.

¿Por qué es esto importante? Respecto del primer punto, tener claridad sobre cómo se construyen metodológicamente los supuestos en los que descansa una propuesta de derecho administrativo común contribuirá a dilucidar algunos de los aspectos todavía oscuros del *Ius Commune* latinoamericano. Por ejemplo, este tipo de propuestas académicas suele ser acusado de adolecer de un sesgo marcadamente normativo,⁷⁸ algo que incluso sus defensores parecen implícitamente reconocer.⁷⁹ Frente a esta

⁷⁷ Algunos de los mayores y más difíciles desafíos que este proyecto deberá abordar están enunciados en García-Huidobro, Luis Eugenio y Guidi, Sebastián, *op. cit.*

⁷⁸ Así lo reconoce Giacinto Della Cananea, al sugerir ciertas estrategias para minimizar los sesgos normativos. Della Cananea, Giacinto, “A New Comparative Research on Administrative Law in Europe: Implications for Latin America”, *CoCEAL Working Papers Series*, vol. 6, núm. 2, 2019.

⁷⁹ Respecto del antecedente directo de este proyecto —el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano— es interesante notar que para sus propios defensores estas funciones descriptivas y normativas no parecen estar del todo delimitadas. La doble función del ICCAL es explícita desde los orígenes del movimiento: “[El ICCAL tiene] tanto aspiraciones descriptivas y prescriptivas”, García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*”,

debilidad, un marco analítico que individualice cada supuesto requerido para la construcción de un derecho administrativo común facilitaría distinguir aquellas dimensiones normativas de las propiamente descriptivas.

¿Por qué desarrollar este marco analítico desde el derecho comparado? Ciertamente, esta tarea podría construirse a partir del derecho internacional, dado el carácter supranacional de la Corte IDH.⁸⁰ Sin embargo, parte importante de los proyectos supranacionales que propenden hacia la armonización de los ordenamientos nacionales han sido abordados y desarrollados académicamente por la literatura comparativa. Como veremos, la razón es simple: la actividad comparativa ofrece las categorías conceptuales y herramientas metodológicas que son particularmente propicias para el desarrollo de tales proyectos.⁸¹

La importancia del segundo punto individualizado parecería ser evidente: difícilmente podrá influenciarse aquello que no se termina de comprender. Una de las críticas más comunes a los trabajos comparativos es no tener en cuenta las diferencias y particularidades contextuales entre aquellos elementos que se compa-

en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 580. En igual sentido, véase la introducción de los editores a *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, *op. cit.*, p. 4. En otras ocasiones, ICCAL es presentado como un proyecto explícitamente político: según Von Bogdandy, Latinoamérica es un vívido ejemplo de cómo “la academia comparativa promueve el constitucionalismo democrático e instituciones dignas de confianza”. Bogdandy, Armin von, “The Idea of European Public Law Today”, en Bogdandy, Armin von; Huber, Peter M. y Cassese, Sabino (eds.), *Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. 1: *The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁸⁰ Para una posible aproximación desde el derecho internacional véase Roberts, Anthea, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 1, enero de 2011, p. 57.

⁸¹ A mayor abundamiento, quienes desde el derecho internacional buscan desarrollar proyectos similares han comenzado a hablar de un *derecho internacional comparado*. En general, véase Roberts, Anthea *et al.* “Conceptualizing Comparative International Law”, en Roberts, Anthea *et al.* (coords.), *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

ran.⁸² Esto es particularmente cierto en el derecho administrativo, en el que es muy difícil estimar —y explicar— la profundidad de las similitudes y divergencias entre los ordenamientos comparados,⁸³ y lo es más aún en América Latina. El profundo abismo que separa la legislación administrativa de las prácticas burocráticas lleva a que muchas veces las administraciones públicas estén realmente organizadas en torno a instituciones informales⁸⁴ y que exista en ellas una extendida cultura del incumplimiento de las normas.⁸⁵ Estas particularidades permiten explicar que uno de los más destacados administrativistas latinoamericanos haya justificado la necesidad de desarrollar el derecho administrativo comparado en la región justamente a fin de dilucidar las particularidades propias del derecho administrativo en la región.⁸⁶

Las implicancias de esto son evidentes para este proyecto, particularmente si realmente se busca promover una agenda transformadora a partir del derecho administrativo común. Para procurar el éxito de esta empresa, bien harían sus defensores en evitar *gatopardismos* ante la inescrutabilidad de las administraciones públicas latinoamericanas. Como en la novela, debe evitarse incurrir en el consejo que Tancredi le ofrece a su tío Fabrizio: “si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie”. Existen sobradas anécdotas sobre la dificultad superlativa que supone promover cualquier cambio desde arriba en las estructuras burocráticas de la región, sobre todo si ellas son promovidas “desde arriba”. Una cosa puede ser la dictación de una

⁸² En este sentido, Peters, Anne y Schwenke, Heiner, “Comparative Law beyond Post-Modernism”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000, p. 800.

⁸³ Craig, Paul, “Comparative Administrative Law and Political Structure”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2017, p. 946.

⁸⁴ Véase, en general, Gordillo, Agustín, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982. Sobre las instituciones informales en América Latina véase, en general, Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006.

⁸⁵ Véase, en general, García Villegas, Mauricio, *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.

⁸⁶ Mairal, Héctor, “The Need for Comparative Administrative Law Studies in Latin America”, *Comparative Law Review*, vol. 6, núm. 1, 2015.

sentencia o la promulgación de una ley, pero otra muy distinta será el largo proceso de su implementación, camino en el cual deberá superar diversos obstáculos y en el que probablemente la propuesta de cambio normativo que unas y otras contengan será deconstruido y reconstruido en más de una oportunidad.⁸⁷

Por la imposibilidad de abordar ambos desafíos, dadas las limitaciones que supone una publicación de esta naturaleza, en la próxima sección me concentraré en el primer desafío en el sentido de bosquejar preliminarmente un marco analítico para abordar el derecho administrativo común desde como un enfoque comparativo.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMÚN LATINOAMERICANO COMO PROYECTO DE DERECHO COMPARADO

Ciertamente no existe una única forma o metodología para aproximarse a la comparación en el derecho administrativo.⁸⁸ Y está bien que así sea: la diversidad de metodologías comparativas disponible en esta disciplina responde a la multiplicidad de fines y objetos que se puede perseguir. Como sugiere Giacinto Della Cananea, la aproximación comparativa que se elija para estudiar los distintos ordenamientos administrativos deberá considerar el propósito buscado, el objeto a comparar y las distintas alternativas metodológicas disponibles.⁸⁹

Ante esta pluralidad de alternativas, quienes propugnan la interamericanización del derecho administrativo en torno a un

⁸⁷ En términos similares (respecto de las reformas en contra del clientelismo político) véase Grindle, Merilee, *Job for the Boys, Patronage and the State in Comparative Perspective*, Massachusetts, Harvard University Press, 2012.

⁸⁸ En este sentido, Velasco Caballero, Francisco, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 155. Véase, también de este autor, una breve taxonomía de las distintas aproximaciones comparativas en derecho administrativo en Velasco Caballero, Francisco, “Metodología comparativa para el derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, julio-septiembre de 2019, p. 51.

⁸⁹ Della Cananea, Giacinto, “A New Comparative Research on Administrative Law in Europe...”, *cit.*

derecho común podrían desarrollar esta empresa adoptando una aproximación comparativa prescriptiva, vertical y *top-down*. Simplemente enunciemos cada uno de los elementos que supone este marco analítico para aproximarse al derecho administrativo común desde lo comparativo.

En primer lugar, se trataría de una aproximación comparativa *vertical*.⁹⁰ A diferencia de las aproximaciones comparativas más tradicionales, en las que se privilegian comparaciones horizontales,⁹¹ una comparación vertical se utiliza cuando existen diversos niveles o escalones jerárquicos.⁹² Este tipo de comparaciones son muy comunes cuando se estudian sistemas de gobernanza multinivel que involucran organizaciones supranacionales como la Unión Europea o el SIDH.⁹³

Segundo, esta aproximación comparativa vertical sería además *top-down*. Ellas operan cuando el derecho nacional incorpo-

⁹⁰ Para aproximaciones comparativas verticales en derecho administrativo véase, por ejemplo, Scarciglia, Roberto, “Reconsidering Comparative Methodology in Administrative Law”, *Beijing Law Review*, vol. 10, 2019, pp. 1051 y 1057. La verticalidad y horizontalidad como categorías de metodología comparativa efectivamente son utilizadas con frecuencia en derecho internacional comparado. Véase, por ejemplo, Siems, Mathias, “New Directions in Comparative Law”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 868.

⁹¹ En este sentido, Velasco Caballero, Francisco, *Administraciones públicas...*, *cit.*, p. 149. Las comparaciones horizontales son aquellas realizadas entre instituciones o sistemas legales que pertenecen a un mismo nivel o escalón. Un buen ejemplo de este tipo de comparación es el estudio de Peter Cane sobre los mecanismos para controlar la actividad administrativa en Australia, Reino Unido y Estados Unidos. Cane, Peter, *Controlling Administrative Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

⁹² Momirov, Aleksandar y Naudé Fourie, Andria, “Vertical Comparative Legal Methods: Tools for Conceptualizing the International Rule of Law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009, pp. 291 y 295.

⁹³ Véase, por ejemplo, Della Cananea, Giacinto, “Administrative Law Beyond the State: The Influence of International and Supranational Organizations”, en Cane, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020; Ziller, Jacques, *op. cit.* Ziller reconoce que en sistemas de gobernanza multinivel la comparación legal tiene “[...] un papel destacado”.

ra conceptos internacionales o supranacionales a su sistema jurídico, a su terminología o su ideología.⁹⁴ Es decir, hay un flujo de influencias supranacionales hacia instancias o niveles inferiores, como ocurre en toda organización supranacional o internacional que dispone de múltiples poderes normativos cuyos efectos deberían surtir efectos en los ordenamientos nacionales. Así, las aproximaciones verticales *top-down* se preocupan de estudiar la manera en que las distintas jurisdicciones nacionales involucradas asimilarían una misma fuente normativa o regla supranacional aplicable a todas ellas.⁹⁵ En el caso particular del derecho administrativo común, el *tertium comparationis* estaría dado por las decisiones de la Corte IDH.

Finalmente, esta aproximación comparativa es prescriptiva.⁹⁶ Decíamos más arriba que uno de los elementos sobre el cual se construye el derecho administrativo común está dado por la tesis de la convergencia. Desde una perspectiva comparativa, ello supone reconocer que uno de los propósitos centrales de este proyecto estaría dado por la homogeneización o armonización de los ordenamientos administrativos locales en torno a ideales normativos interamericanos. De ahí su carácter prescriptivo: a través de la comparación de derechos administrativos se buscan soluciones normativas a problemas o desafíos concretos.⁹⁷

Para retratar este último punto, recurramos a un reciente pronunciamiento de la Corte IDH. Hace algunos años, el Estado co-

⁹⁴ Para una breve explicación sobre aproximaciones verticales *top-down* y *bottom-up* véase Momirov, Aleksandar y Naudé Fourie, Andria, *op. cit.*, pp. 291 y 295. Estas comparaciones verticales *top-down* comúnmente ocurrirán en procesos de internalización de normativa internacional. En este sentido, véase Hongju Koh, Harold, “Why Do Nations Obey International Law?”, *Yale Law Journal*, 1997, p. 2599. Sobre la internalización de normas internacionales en los ordenamientos administrativos véase, por ejemplo, Cohen, Amichai, “Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law”, *Georgetown Journal of International Law*, 2005, p. 1079.

⁹⁵ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, pp. 1051 y 1058.

⁹⁶ En este sentido, véase la introducción de los editores a *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁷ Velasco Caballero, Francisco, *Administraciones públicas...*, *cit.*

lombiano acudió a la Corte solicitando un pronunciamiento en torno a la figura de la reelección presidencial indefinida, en el sentido de determinar cuál debía ser su tratamiento a la luz de la CADH. Este requerimiento tuvo lugar en un contexto regional marcado no solo por las notorias diferencias en la regulación constitucional de la reelección principal, sino también por pronunciamientos de tribunales superiores en Bolivia, Honduras y Nicaragua que abrogaron disposiciones constitucionales que establecían límites a la reelección presidencial basados en dudosos argumentos de la discriminación desproporcionada que esto supondría para el derecho a ser elegido.⁹⁸ En lo que nos interesa, la opinión de la Corte IDH fue categórica: la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, en consecuencia, a las obligaciones establecidas en la CADH.⁹⁹

No obstante que esta decisión puede ser comparada de diversas maneras,¹⁰⁰ para el derecho administrativo común este dictado de la Corte IDH sería abordado primeramente como una fuente normativa supranacional cuyo propósito es armonizar los ordenamientos nacionales en aquellos aspectos de derecho positivo o diseño institucional que no se adecuen a los límites a la reelección presidencial que introduce en su opinión la Corte IDH. Por lo demás, este pronunciamiento es concordante con las preferencias normativas que normalmente enumeran los defensores del *Ius Commune*: suele reconocerse en el hiperpresiden-

⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Sentencia No. 504, de 19 de octubre de 2009, pp. 20-23; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia No. 0084-2017, de 28 de noviembre de 2017, pp. 75 y 76, y Corte Suprema de Justicia de Honduras. Sentencia de 22 de abril de 2015, cdos. 18 y 24-26.

⁹⁹ Corte IDH. OC-28/21. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión consultiva de 7 de junio de 2021. Serie A, núm. 28.

¹⁰⁰ Desde una perspectiva horizontal, por ejemplo, esta decisión podría ser comparada con algunas recomendaciones de la Comisión de Venecia sobre límites a las reelecciones presidenciales, a fin de evaluar las semejanzas y diferencias con que ambos organismos transnacionales se aproximan a este asunto. Véase, por ejemplo, Opinión 864/2016 de la Comisión de Venecia, de 18 de octubre de 2016, sobre la modificación de reforma constitucional de Azerbaiyán sometida a plebiscito.

cialismo latinoamericano uno de los principales retos o desafíos de la agenda transformadora del *Ius Constitutionale Commune*.¹⁰¹ Existen sobradas razones para ello: la excesiva concentración de poder en torno a las figuras presidenciales y los escasos frenos institucionales que caracterizan a muchas democracias constitucionales latinoamericanas no solo supone riesgos para la estabilidad institucional, sino que además serían más proclives a parálisis institucionales y a producir ingobernabilidad.¹⁰²

De igual manera, el hiperpresidencialismo y sus diversas manifestaciones institucionales también pueden suponer un desafío o reto en el proceso de concreción administrativo del *Ius Commune* latinoamericano. Esta variante latinoamericana del presidencialismo requiere como condición de existencia una burocracia débil y fácilmente manipulable,¹⁰³ razón por la cual la clase política en su conjunto tiene incentivos para promover estructuras estatales en las que predomina el clientelismo¹⁰⁴ y prebendarismo (*patrona-*

¹⁰¹ Por ejemplo, Bogdandy, Armin von, “The Transformative Mandate of the Inter-American System...”, *cit.*, p. 1: “[en] América Latina, el constitucionalismo transformador es definido por los desafíos de [...] débiles instituciones domésticas producto del fenómeno político del hiperpresidencialismo”. En términos todavía más explícitos, Valadés, Diego, “The Presidential System in Latin America A Hallmark and Challenge to a Latin American *Ius Constitutionale Commune*”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America...*, *cit.*

¹⁰² Para varias de estas críticas en contra del presidencialismo latinoamericano véase Alegre, Marcelo y Maisley, Nahuel, “Presidentialism and hyper-presidentialism in Latin America”, en Hübner Mendes, Conrado; Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

¹⁰³ Aunque este punto no ha sido desarrollado en profundidad, sí es mencionado por Zuvanic, Laura; Iacoviello, Mercedes y Rodríguez Gustá, Ana Laura, “The Weakest Link: The Bureaucracy and Civil Service Systems in Latin America”, en Scartascini, Carlos; Steinl, Ernesto y Tommasi, Mariano (eds.), *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank, 2010; Grindle, Marilee S., *Jobs for the Boys Patronage and the State in Comparative Perspective*, Massachusetts, Harvard University Press, 2012, particularmente el cap. 4.

¹⁰⁴ Sobre la relación entre hiperpresidencialismo y clientelismo partidario véase, por ejemplo, Rhodes-Purdy, Matthew y Madrid, Raúl L., “The perils of personalism”, *Democratization*, vol. 27, 2020, pp. 324: “Los presidentes

ge).¹⁰⁵ De esta manera, muchas materias propiamente administrativas —como el empleo o función pública— son áreas centrales de la “sala de máquinas” de los Estados latinoamericanos.¹⁰⁶

Volvamos por un momento a lo comparativo. Esta aproximación “pragmática” o “utilitaria” de lo comparativo suele ser cuestionada por algunos académicos.¹⁰⁷ Sin embargo, ella es cada vez más común, como consecuencia de una creciente demanda de armonización jurídica que surge de la proliferación de instancias de gobernanza transnacional e internacional.¹⁰⁸ Es entonces fácil justificar la utilización de un método comparativo prescriptivo o técnico por sobre uno teórico —como las aproximaciones *funcionalistas* o *culturalistas*— en atención al propósito transformador que busca tener este proyecto interamericano de encontrar soluciones o cambios normativos que se adecuen a los ideales interamericanos.¹⁰⁹

que presiden partidos personalistas son mucho más propensos a socavar la democracia que los presidentes que deben lidiar con partidos gobernantes que tienen un liderazgo independiente y una burocracia institucionalizada”.

¹⁰⁵ Geddes, Barbara, *Politician's Dilemma Building State Capacity in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 1994.

¹⁰⁶ El término “sala de máquinas” fue acuñado por Roberto Gargarella para referirse al andamiaje institucional consagrado en las constituciones latinoamericanas. Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, Glenn, H. Patrick, “Aims of Comparative Law”, en Smits, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 61.

¹⁰⁸ Entre otros, véase Constantinesco, Léontin-Jean, *Traité de Droit Comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, vol. 2, pp. 334 y 370; Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Dordrecht, Springer, 2004, p. 37; Baade, Hans W.; Herzog, Peter E. y Schlesinger, Rudolf B., *Comparative Law*, Foundation Press, 1998, University Casebook Series, pp. 37-43; Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998. El mismo Glenn reconoce que “[...] las formas regionales o temáticas de armonización se considerarían hoy en día como los límites máximos del proceso comparativo de armonización”. Glenn, H. Patrick, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁰⁹ Sobre las distintas aproximaciones metodológicas y los propósitos que cada una de ellas busca véase Scarciglia, Roberto, *op. cit.*

Tal vez el ejemplo más claro de esta aproximación “pragmática” al derecho administrativo comparado está representado por la experiencia europea, cuyas normas comunitarias han tenido un fuerte impacto homogeneizador en el derecho administrativo de los distintos países de la región.¹¹⁰ Como reconoce Ziller, aun a pesar de que la actividad comparativa en derecho administrativo europeo se había practicado durante cerca de un siglo sin una profunda reflexión al respecto,¹¹¹ esta solo ha adquirido real importancia en el marco de la integración europea y su proyecto jurídico supranacional.¹¹² Por ello, al profundizar y perfeccionar este marco analítico comparativo, podrá tenerse como referente la teorización que se ha dado desde el derecho comparativo de la experiencia europea.

Finalmente, esta aproximación vertical al derecho administrativo común no excluye otras posibles comparaciones prescriptivas que puedan darse lateralmente dentro de este marco. En este sentido, Sabino Cassese sugiere que la actividad desplegada con motivo de un derecho administrativo común no debe desconocer una posible dimensión interestatal que podría producirse en la forma de un diálogo horizontal entre los distintos Estados.¹¹³ Para ilustrar esto, volvamos al ejemplo de la opinión consultiva sobre los límites a la reelección presidencial. Solo unos meses después de dicho precedente, la Corte Suprema de El Salvador dictó una controvertida decisión en la que reinterpretó la Constitución para habilitar la reelección del presidente

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, Moreno Molina, José Antonio, “La administración pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración Pública*, vol. 148, 1999, pp. 355: “[En] la actualidad no cabe ninguna duda de que el derecho comunitario constituye un formidable vehículo de homogeneización de las diferentes normativas nacionales”.

¹¹¹ Véanse, por ejemplo, Goodnow, Frank J., *Comparative Administrative law: an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France and Germany*, Nueva York, Putnam, 1903; Batbie, Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administrative*, París, Cotillon, 1861; Ghose, Nagendranath, *Comparative Administrative Law*, Londres, Butterworth, 1919.

¹¹² Ziller, Jacques, *op. cit.*

¹¹³ Cassese, Sabino, *op. cit.*, pp. 288 y 289.

Bukele a un segundo mandato.¹¹⁴ Esta decisión es importante por diversas razones. Primero, y desde una perspectiva vertical, la Corte salvadoreña procura encubrir esta regresión democrática en un diálogo con la Corte IDH, al pretender fundar una de las conclusiones de la jurisprudencia interamericana.¹¹⁵ Pero en lo que nos interesa, un proceder de una corte suprema nacional como este podría también desencadenar interacciones interestatales. Por ejemplo, el Estado salvadoreño podría interesarse en indagar cómo Bolivia, Nicaragua y Honduras han procurado justificar la situación similar en la que se encuentran. Sin ir más lejos, Bolivia participó del procedimiento que concluyó en la emisión de la opinión consultiva 28/21. De igual manera, otros Estados podrían solicitar un nuevo pronunciamiento de la Corte IDH a la luz de estos nuevos antecedentes, lo que podría generar comportamientos estratégicos de parte de los distintos Estados que integran el SIDH.

V. CONCLUSIONES

Contrario a lo que podría pensarse, este capítulo no se propone realizar una invitación al pesimismo. Al ser este un proyecto colectivo y que pretende ser de largo aliento, en donde otros han fracasado, las posibilidades de éxito aumentan considerablemente. Por otro lado, esta empresa difícilmente podría ser más oportuna: ella es impulsada en un momento particularmente propicio para el desarrollo del derecho administrativo comparado y, por ello, debe celebrarse una iniciativa que busca contribuir al creciente interés en torno a este.

Los vacíos en la literatura retratados en las secciones anteriores ciertamente nos dejan una importante lección: el éxito de este proyecto académico supone hacer frente a una multiplicidad de desafíos y problemas. Pero desde otra perspectiva, dichos vacíos representan también muchas oportunidades en las que el derecho administrativo común latinoamericano podría efectuar

¹¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (El Salvador), de 3 de septiembre de 2021, núm. 1-2021.

¹¹⁵ *Idem*, conclusión primera, p. 26.

importantes aportes a la literatura latinoamericana de derecho administrativo comparado.

Por ello, el de este capítulo es más bien un llamado de alerta que busca aconsejar a quienes buscan contribuir a este proyecto. Muy especialmente considerando que quienes lo intenten deberán enfrentarse a un enemigo formidable e inexplorable: las burocracias latinoamericanas, que a la fecha permanecen muy inexploradas por las ciencias sociales.¹¹⁶ Si aun después de ello esta propuesta de derecho administrativo común se propone tener éxito, es entonces importante que desde sus inicios tenga plena conciencia de las dificultades asociadas a esta aproximación. Es entonces imprescindible que, en su etapa inicial, este proyecto académico proceda a identificar posibles vacíos y problemas, junto con procurar soluciones como el marco analítico propuesto precedentemente. De lo contrario, es mejor nuevamente seguir el consejo de Ludwig Wittgenstein: de lo que no se puede hablar hay que callar.¹¹⁷

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo y MAISLEY, Nahuel, “Presidentialism and hyper-presidentialism in Latin America”, en HÜBNER MENDES, Conrado; GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- ALIANAK, Raquel Cynthia, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 15, núm. 59, 2015.
- ASTAIZA, William Ulrich, “El control de convencionalidad en la responsabilidad del Estado colombiano”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16, núm. 1, 2020.
- BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E. y SCHLESIGNER, Rudolf B., *Comparative Law*, Foundation Press, 1998, University Casebook Series.

¹¹⁶ En este sentido, Polga-Hecimovich, John y Trelles, Alejandro, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁷ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 7, Madrid, Alianza Editorial, 2015, p. 145.

- BARBOSA DELGADO, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista de Derecho del Estado*, vol. 26, 2011.
- BATBIE, Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administrative*, París, Cotillon, 1861.
- BENÍTEZ-ROJAS, Vicente, “La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro”, *Díkaión*, vol. 19, núm. 1, 2010.
- BERMÚDEZ, Jorge, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2012.
- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017.
- BOGDANDY, Armin von y URUEÑA, René, “International Transformative Constitutionalism in Latin America”, *American Journal of International Law*, núm. 114, 2020.
- BOGDANDY, Armin von, “The Idea of European Public Law Today”, en BOGDANDY, Armin von; HUBER, Peter M. y CASSESE, Sabino (eds.), *Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. 1: *The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- BOGDANDY, Armin von, “The transformative mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 2019-16.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Madrid, Ediciones Olejnik, 2019.

- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 268, 2017.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo”, en HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS MORENO, José Luis (eds.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber amicorum al profesor José Araujo Juárez*, Caracas, CIDEP, 2018.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “The Amparo as an instrument of a *Ius Constitutionale Commune*”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- CANE, Peter, *Controlling Administrative Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- CASSESE, Sabino, *Derecho administrativo: historia y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.
- COHEN, Amichai, “Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law”, *Georgetown Journal of International Law*, 2005.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de Droit Comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, vol. 2.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, 2019.
- CRAIG, Paul, “Comparative Administrative Law and Political Structure”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2017.

- DELLA CANANEA, Giacinto, “Administrative Law Beyond the State: The Influence of International and Supranational Organizations”, en CANE, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- DELLA CANANEA, Giacinto, “A New Comparative Research on Administrative Law in Europe: Implications for Latin America”, *CoCEAL Working Papers Series*, vol. 6, núm. 2, 2019.
- DELPIAZZO, Carlos E., “Universalización de derechos, economía disruptiva y derecho administrativo global”, *Revista de Derecho Público*, año XXV, núm. 50, 2016.
- DEVOLVÉ, Pierre, “La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del derecho administrativo”, en MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- DULITZKY, Ariel, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso *Gelman vs. Uruguay*”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, núm. 2, 2014.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Derecho administrativo global*, México, Porrúa, 2013; KINGSBURY, Benedict *et al.* (eds.), *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Nueva York, Ediciones RAP, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*,

- Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-IIJ-UNAM-MPIL, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2012.
- FLAX, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- FUENTES, Ximena y FARIAS, Diego, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 25, núm. 2, 2018.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio y GUIDI, Sebastián, “El espejismo de Baena: luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano”, *International Journal of Comparative Law*, en prensa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- GATTI, Franco, “La doctrina del ‘margen de apreciación nacional’ y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad”, *Revista Eurolatinoamericana de derecho administrativo*, vol. 3, núm. 1, 2016.

- GIL BOTERO, Enrique, *Control de constitucionalidad en Colombia: una experiencia de diálogo judicial*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.
- GHOSE, Nagendranath, *Comparative Administrative Law*, Londres, Butterworth, 1919.
- GOODNOW, Frank J., *Comparative Administrative law: an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France and Germany*, Nueva York, Putnam, 1903.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. I.
- GRINDLE, Merilee, *Job for the Boys, Patronage and the State in Comparative Perspective*, Massachusetts, Harvard University Press, 2012.
- GUARDENAS, Galo, *El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Tesis de Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.
- HELMKE, Gretchen y LEVITSKY, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006.
- HONGJU KOH, Harold, "Why Do Nations Obey International Law?", *Yale Law Journal*, 1997.
- JINESTA LOBO, Ernesto, "Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa", en BREWER-CARÍAS, Allan R. *et al.* (eds.), *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.
- JINESTA LOBO, Ernesto, "La construcción de un derecho administrativo común interamericano: reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año XI, núm. 11, 2011.

- LANDA, César, “La constitucionalización del derecho administrativo”, *Thēmis-Revista de Derecho*, vol. 69, 2016.
- LEGRAND, Pierre, “Jameses at Play, Tractation on the Comparison of Laws”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel A., “El control de convencionalidad de la Administración Pública”, *Novum*, 2014.
- MACHADO, Juan Pedro, “El procedimiento y procesos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en STEINER, Christian y MACHADO, Juan Pedro (ed. y coord.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, KAS, 2009.
- MAIRAL, Héctor, “The Need for Comparative Administrative Law Studies in Latin America”, *Comparative Law Review*, vol. 6, núm. 1, 2015.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 5, 2018.
- MOMIROV, Aleksandar y NAUDÉ FOURIE, Andria, “Vertical Comparative Legal Methods: Tools for Conceptualizing the International Rule of Law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009.
- MORENO MOLINA, José Antonio, “La administración pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración Pública*, vol. 148, 1999.
- OCHS OLAZÁBAL, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Gelman contra Uruguay’”, *Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2011.
- ÖRÜCÜ, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Dordrecht, Springer, 2004.
- PETERS, Anne y SCHWENKE, Heiner, “Comparative Law beyond Post-Modernism”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000.
- POLGA-HECIMOVICH, John y TRELLES, Alejandro, “The Organizational Consequences of Politics: A Research Agenda for the

- Study of Bureaucratic Politics in Latin America”, *Latin American Politics and Society*, vol. 58, núm. 4, invierno de 2016.
- QUIROGA NATALE, Edgar, “La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión”, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, 2015.
- RHODES-PURDY, Matthew y Madrid, Raúl L., “The perils of personalism”, *Democratization*, vol. 27, 2020.
- ROBERTS, Anthea, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 1, enero de 2011.
- ROBERTS, Anthea *et al.* “Conceptualizing Comparative International Law”, en ROBERTS, Anthea *et al.* (coords.), *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015.
- SCARCIGLIA, Roberto, “Reconsidering Comparative Methodology in Administrative Law”, *Beijing Law Review*, vol. 10, 2019.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo”, en MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006.
- SIEMS, Mathias, “New Directions in Comparative Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- VALADÉS, Diego, “The Presidential System in Latin America A Hallmark and Challenge to a Latin American *Ius Constitutionale*

- Commune*”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, “Metodología comparativa para el derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, julio-septiembre de 2019.
- VENTOSE, Eddy (ed.), *Commonwealth Caribbean Administrative Law*, Londres, Routledge, 2012.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Aforismos, cultura y valor*, Madrid, Espasa Calpe, 1995, col. Austral Pensamiento / Contemporáneos 381.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 7, Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- ZUVANIC, Laura; IACOVIELLO, Mercedes y RODRÍGUEZ GUSTÁ, Ana Laura, “The Weakest Link: The Bureaucracy and Civil Service Systems in Latin America”, en SCARTASCINI, Carlos; STEINL, Ernesto y TOMMASI, Mariano (eds.), *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank, 2010.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el fortalecimiento del Estado de derecho y la transformación de la legislación administrativa en México

Carla Huerta*

SUMARIO: I. Introducción. II. La Constitución mexicana y la Convención Americana sobre Derecho Humanos tras la reforma de 2011 en materia de derechos humanos. III. El artículo 1 y la determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el control de convencionalidad por la autoridad administrativa. IV. Tras la influencia de Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. V. Reflexión final. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El marco de la presente disquisición es la idea de que los instrumentos y decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y especialmente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y su jurisprudencia, han tenido una influencia transformadora en el derecho interno de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).¹ Esto ha llevado a pensar en la

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, es investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Adoptada en la Conferencia Especial de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 7 de mayo de 1981.

conformación de un derecho constitucional común en América Latina.

Dado que el SIDH también ha proporcionado algunos estándares relativos al derecho administrativo —como los relacionados con el derecho sancionatorio, por ejemplo—, aunque se han ido implementando de manera diferenciada en varios países de América Latina, se puede decir que en materia administrativa se está produciendo un proceso de interamericanización.

El propósito de este ensayo es mostrar parte del proceso de transformación del sistema jurídico mexicano en materia de derechos humanos para ajustarse a la CADH, así como a los estándares y principios del SIDH, a través de su incorporación en la regulación secundaria que incide en el ámbito administrativo. El análisis documental se hace principalmente a partir del derecho positivo mexicano, las decisiones de la Corte IDH y la doctrina, para identificar el impacto de este efecto transformador en el ámbito de la acción administrativa que permite hablar de una adecuación del derecho mexicano a la CADH.

Para ello, se hará una breve exposición del contexto de la transformación del derecho administrativo en México a partir de 2011, año en que, en virtud de una reforma constitucional, los derechos humanos previstos en los tratados internacionales celebrados cambiaron de rango para adquirir la misma fuerza y eficacia que los derechos previstos en la Constitución mexicana. En ese contexto, se revisarán algunas de las reformas legislativas realizadas que atañen al ámbito administrativo y se confrontan con los estándares del SIDH, aun cuando estos no hayan sido emitidos para guiar la acción administrativa.

II. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS TRAS LA REFORMA DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

2.1. Control de convencionalidad de los derechos humanos en México

A raíz de las reformas de 2011 a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos se ha producido una transforma-

ción del sistema jurídico en esta materia.² El impacto de las decisiones del SIDH en México se hizo patente en el denominado “expediente varios 912/2010” (expediente varios), elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) para determinar el alcance de la reforma constitucional y de la sentencia *Radilla Pacheco*, que tuvo por efecto modificar el sistema de control de la constitucionalidad en México.³ Este documento es, sin embargo, un documento interno que solamente vincula al poder judicial.

El inicio de este proceso de transformación se puede fijar en 2011 y se produce en dos ámbitos: primero en el regulatorio, principalmente por la reforma al artículo 1 constitucional, y a continuación, y de manera paulatina, por vía de las decisiones de la Suprema Corte. Las reformas a dicho artículo y en materia de amparo,⁴ junto con las decisiones tomadas por la Suprema Corte en el mencionado expediente varios, así como en la contradicción de tesis 293/2011,⁵ han delineado la implementación y alcance del control de convencionalidad, que ha continuado siendo especificado a través de sus resoluciones y jurisprudencia.

La reforma constitucional de junio de 2011, realizada con el propósito de proteger los derechos humanos y fortalecer el

² Las reformas a los artículos 94, 103 y 107, y la reforma al artículo 1 constitucional se publicaron en el *DOF* el 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente.

³ Esta sentencia es de 23 de noviembre de 2009 y el expediente mencionado de 14 de julio de 2011.

⁴ A partir de 2011, el capítulo I del título primero de la Constitución se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”, de modo que todos los derechos humanos de rango constitucional son garantizados mediante el juicio de amparo. La reciente resolución por la Suprema Corte de la contradicción de tesis 351/2014 amplía el objeto del control de convencionalidad en amparo directo e indirecto, para que los jueces puedan “hacer el control *ex officio* de constitucionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento”. Sentencia recaída a la contradicción de tesis 351/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de septiembre de 2021.

⁵ En esta resolución se abordan dos cuestiones: la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto de la Constitución, y la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH. Contradicción de tesis 293/2011. Tesis 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, abril de 2014, p. 96.

Estado de derecho en México, se puede considerar como emblemática, en la medida en que transforma el sistema jurídico mexicano para ajustarlo a las obligaciones adquiridas en el sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos. Son dos los aspectos a destacar: por una parte, la constitucionalización y equiparación de las disposiciones sobre derechos humanos de fuente internacional con los previstos en la Constitución para conformar una unidad⁶ y, como complemento, la implementación del control difuso previsto en el artículo 133 constitucional como control de convencionalidad.⁷

El antecedente de este control difuso de convencionalidad —que consiste en la realización de un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH—⁸ son las sentencias condenatorias dictadas contra el Estado mexicano entre 2009 y 2010,⁹ en las que se señala este “deber” de todos los jueces y órganos de la administración de justicia en todos sus niveles. En el expediente varios mencionado, la Suprema Corte fija el parámetro de análisis del control que deben ejercer todos los jueces del país, con lo que se implementa el control de convencionalidad como lo entiende la propia Corte IDH.

Como consecuencia de lo anterior, el control difuso previsto en el artículo 133 fue reactivado, pero en una nueva modalidad como “control de convencionalidad”, en virtud de una interpre-

⁶ Así lo señala la Suprema Corte al determinar “que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional”. *Idem*.

⁷ Para distinguir esta forma de control del adoptado por la Corte IDH en 2006, Ferrer lo llama “control difuso de convencionalidad”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control de la constitucionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell Sánchez, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 343.

⁸ *Ibidem*, p. 340.

⁹ Especialmente en virtud de lo señalado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 25.

tación a *coherencia* de este precepto, el artículo 1 y los que regulan los medios de control concentrado de la constitucionalidad.¹⁰ El control de convencionalidad en México consiste, entonces, en la facultad de los jueces para interpretar las normas e inaplicarlas cuando se determine que contravienen a la Constitución o a las disposiciones en materia de derechos humanos previstas en los tratados internacionales celebrados por México.¹¹ La Suprema Corte ha señalado, sin embargo, que esta forma de control difuso no faculta para hacer una declaratoria de inconstitucionalidad, invalidar las normas no conformes con efectos generales, ni emitir una interpretación obligatoria con carácter de norma general.¹²

El segundo enunciado del artículo 133 constitucional prevé que: “Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.¹³ Así, establece un control difuso de la constitucionalidad de las leyes y las constituciones de las entidades federativas que se puede denominar “control interno de convencionalidad” o “control difuso de convencionalidad”. La Suprema Corte ha sostenido que se realiza *ex officio* en el marco

¹⁰ Las formas del control de la constitucionalidad concentrado, en términos de lo previsto en los arts. 103, 105 y 107 constitucionales son competencia exclusiva del poder judicial federal.

¹¹ Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. No es una cuestión de subsidiariedad, por lo que debe llevarse a cabo aun cuando el derecho humano de que se trate esté contenido en la Constitución Federal. Tesis 1a./J. 38/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 186.

¹² Es así a pesar de que, como señala la Suprema Corte en la contradicción de tesis 21/2011, “el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad desde el punto de vista sustantivo, dada la interpretación material que se hace del artículo 1° constitucional”. Tesis 21/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, abril de 2014, p. 24, párr. 66.

¹³ Si bien, el art. 133 habla de “jueces locales”, el control difuso de convencionalidad lo realizan todos los jueces, incluidos los administrativos, en el ámbito de sus competencias, pues el artículo 1 exige que “todos” los jueces realicen este control para dar satisfacción al principio *pro persona*, como indica el expediente varios y como la jurisprudencia ha reiterado en múltiples ocasiones.

de la regulación procesal y las competencias correspondientes, y que solamente autoriza a los jueces a hacer una interpretación de las normas aplicables, sean federales o locales, y, en su caso, no aplicarlas cuando contravengan disposiciones en materia de derechos humanos de rango constitucional.¹⁴

A pesar de sus particularidades, se puede decir que el control difuso de convencionalidad que se realiza en México es consistente con el deber de hacer un control interno que, a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*¹⁵ y desarrollado en diversas resoluciones posteriormente, la Corte IDH ha sostenido que debe realizar *ex officio* el poder judicial en el ámbito de sus competencias.¹⁶ Esto es así porque el control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH no impone un determinado modelo para realizarlo,¹⁷ aunque sí debe llevarse a cabo conforme al marco competencial de las autoridades y las regulaciones procesales de cada sistema jurídico.¹⁸ La Corte IDH ha señalado que el parámetro de control a utilizar es la CADH y el *corpus iuris in-*

¹⁴ DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO QUE ESTÁN OBLIGADOS A REALIZAR LOS JUZGADORES NO LLEGA AL EXTREMO DE ANALIZAR EXPRESAMENTE Y EN ABSTRACTO EN CADA RESOLUCIÓN, TODOS LOS DERECHOS HUMANOS QUE FORMAN PARTE DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Tesis VI.1o.A. J/18, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, agosto de 2018, p. 2438.

¹⁵ Decisión en que la Corte IDH utiliza por vez primera la expresión “control de convencionalidad”, que es una forma de control que hace posible que los órganos jurisdiccionales se abstengan de aplicar las disposiciones jurídicas que no sean conformes con la CADH. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párr. 219.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276, párr. 124. Como señala Ferrer, el control de convencionalidad puede variar dependiendo de las autoridades que lo deben realizar, la intensidad con la que se ejerce y el parámetro que utilizan. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, Marcial Pons-UNAM, 2014, p. 238.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, *cit.*, párr. 219.

teramericano,¹⁹ con lo que se incluye su interpretación, por lo que su propia jurisprudencia también es parte de dicho parámetro.²⁰

2.2. La obligación de adecuar el derecho interno conforme a la CADH

El SIDH es un mecanismo de protección en el que se lleva a cabo un control dinámico y complementario entre las autoridades internas y las instancias internacionales para el respeto y garantía de los derechos humanos que permite exigir la responsabilidad de un Estado a nivel internacional cuando este, habiendo tenido la posibilidad de conocer y reparar las vulneraciones a derechos humanos a nivel interno, no lo hubiese hecho.²¹ Entre las obligaciones de los Estados destacan las previstas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.²² Del artículo 1.1 se desprenden las obligaciones de respeto y garantía. La primera impone una restricción al poder del Estado,²³ mientras que la segunda obliga a los Estados a organizar el aparato gubernamental de tal forma que el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos sea asegurado. De esta obligación de garantía se desprende el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar vulneraciones a los derechos humanos.²⁴

¹⁹ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C, núm. 253, párr. 330.

²⁰ Véase Ibáñez Rivas, Juana, *Control de convencionalidad*, México, IIJ-UNAM, 2017.

²¹ El preámbulo de la CADH establece en su tercer párrafo que es un sistema complementario. Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C, núm. 373, párr. 75; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 71.

²² Sobre las obligaciones derivadas de la CADH véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, México, IIJ-UNAM, 2017.

²³ Corte IDH. *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C, núm. 362, párr. 129.

²⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

La CADH es un instrumento fundamental del SIDH al que se adhirió México en 1981, y en 1998, al ratificar el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte IDH, se incorporó plenamente al sistema.²⁵ De esta manera quedó sujeto a un sistema de control de los actos de autoridad y, por virtud del artículo 2 de la Convención, también se obligó a adoptar o, en su caso, a adaptar las disposiciones de derecho interno que no garanticen o no regulen de manera adecuada los derechos y libertades en términos de la CADH, con lo que se agregó un control de conformidad del derecho mexicano por un tribunal internacional que complementa la justicia interna.²⁶

De este modo, los Estados deben adoptar medidas en dos vertientes: por una parte, para la supresión de disposiciones jurídicas y prácticas contrarias a la CADH y, por la otra, para implementar normas y desarrollar prácticas que hagan efectiva la observancia de las garantías previstas en la Convención.²⁷ Este deber de desarrollo normativo conforme del derecho interno se complementa con el deber de los órganos del Estado de aplicar correctamente sus disposiciones y de que, en su caso, puedan ser impugnados los actos no conformes a los derechos humanos previstos en la CADH ante los tribunales competentes.²⁸

La obligación de desarrollo y armonización legislativa del artículo 2 de la CADH, además de una finalidad protectora de los derechos, tiene la de facilitar la función del poder judicial para que al aplicar la ley pueda optar por la mejor opción para re-

²⁵ Sobre el proceso de ratificación véase García Ramírez, Sergio y Toro, Mauricio del, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2006, t. I, pp. XXXII-XXXVI.

²⁶ En principio, el acceso a la Comisión Interamericana y a la Corte IDH procede solamente cuando se han agotado los recursos internos, excepto en los casos previstos en el art. 46.2 de la CADH.

²⁷ Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador...*, cit., párr. 96; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 394, párr. 200.

²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *op. cit.*, p. 75.

solver un caso particular. Esta tarea de armonización tiene por objeto evitar que se realicen acciones que vulneran los derechos humanos con fundamento en derecho interno que ya ha sido declarado incompatible con la CADH. La tarea de armonización de los jueces de la legislación interna y las disposiciones sobre derechos humanos previstos en los tratados internacionales se lleva a cabo mediante una labor de interpretación de la norma nacional *a coherencia*, para superar las posibles incompatibilidades, que se completa con la posibilidad de recurrir a los criterios de la Corte IDH para poder hacer una mejor aplicación pro persona de las disposiciones en la materia.²⁹

El deber de abstenerse de reformar el derecho interno de tal forma que se limiten o supriman derechos humanos, así como sus garantías, se sustenta en la opinión consultiva (OC) 14/94 sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,³⁰ relativa a los alcances interpretativos de los artículos 1 y 2 de la CADH, en la que se sostuvo que la obligación de reformar el derecho nacional para hacer efectivos los derechos previstos en la Convención incluye la de no modificarlos para restringirlos. Esa conclusión se funda además en el “principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe, de tal manera que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.³¹

En virtud de este deber de adecuación del derecho interno a la CADH es que la Suprema Corte ha señalado que, dado que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico mexicano, todas sus normas deben ser conformes en sentido formal

²⁹ Véase DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Tesis 1a./J. 29/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2015, p. 240.

³⁰ La OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 33, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1262.pdf>

³¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *op. cit.*, p. 96.

y material a la misma, y que “las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”, pues aunque se encuentren previstas en un tratado internacional tienen rango constitucional y configuran el “parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.³²

III. EL ARTÍCULO 1 Y LA DETERMINACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

A partir de la reforma de 2011 surge la duda sobre el alcance de la obligación de la autoridad administrativa en materia de control de la conformidad de sus actos y resoluciones en términos de los artículos 1 y 133 constitucionales. Si bien estos artículos son claros en muchos aspectos, la resistencia manifiesta en las decisiones de la Suprema Corte a que se realice un control difuso de convencionalidad fuera del ámbito jurisdiccional ha producido un cierto malestar entre los expertos.³³

La preocupación resulta de lo previsto en el artículo 1 constitucional, que en su primer párrafo dispone que los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte tienen rango constitucional. En el segundo, se prevé la obligación de hacer una interpretación conforme y *pro persona* en esta materia.³⁴ A su vez, el tercer párrafo

³² DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

³³ Ya en el expediente varios se señaló que la autoridad administrativa solamente puede realizar una “interpretación conforme” aplicando la norma más favorable a las personas, pero no puede inaplicar la norma, ni hacer una declaración de inconstitucionalidad.

³⁴ Como señala Ferrer, así se constitucionaliza un criterio hermenéutico propio de los derechos fundamentales y se prevé un mandato interpretativo

constituye el fundamento de la obligación de la autoridad administrativa en materia de desarrollo y salvaguarda de los derechos humanos.³⁵ Esta última disposición es la que, a pesar de lo que establece, ha sido motivo de desacuerdos en cuanto a su alcance.

Si bien en el expediente varios se menciona por primera vez el deber de realizar un control de convencionalidad y se indican sus características básicas, a la fecha no existe una guía general sobre la forma y procedimiento para realizarlo.³⁶ En términos generales, se puede decir que el control difuso de convencionalidad, así como la obligación de interpretación conforme, conllevan el ejercicio de una función interpretativa.³⁷ Contar con amplias facultades interpretativas facilita la armonización de las disposiciones subordinadas a la Constitución con las normas de rango constitucional en materia de derechos humanos.

No obstante, dado que de conformidad con la jurisprudencia el control de convencionalidad que se realiza en México es un control jurisdiccional de la constitucionalidad, los órganos de la

general en materia de derechos humanos. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal...*, cit., p. 701.

³⁵ Este prevé que: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

³⁶ Se han emitido diversas tesis sobre aspectos puntuales, los lineamientos generales se encuentran en la tesis aislada de rubro: “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”. Tesis LXIX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2011, p. 552.

³⁷ Caballero señala que con la cláusula de interpretación conforme se hace un reconocimiento de las disposiciones sobre derechos humanos “como contenidos mínimos que pueden ampliarse mediante remisiones interpretativas hacia normas de mayor protección, con el objeto de establecer interpretaciones que doten de contenido o fortalezcan los elementos de contenido constitucional de ese material normativo”. Caballero Ochoa, José Luis, “Comentario sobre el artículo 1, segundo párrafo de la Constitución (la cláusula de interpretación conforme al principio pro persona)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, KAS-SCJN-UNAM, 2013, t. I, p. 58.

Administración pública no cuentan con facultades para hacer un control de constitucionalidad, ni de convencionalidad. La posibilidad de que la autoridad administrativa que no ejerce funciones jurisdiccionales pueda realizar un control de convencionalidad con fundamento en el artículo 1 constitucional ha sido descartada por la Suprema Corte. El criterio de la Suprema Corte es que “las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos”.³⁸ Las razones aducidas son que “ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto”.³⁹ Es por ello que la jurisprudencia sostiene que estas formas de control se reservan a los órganos jurisdiccionales en el ámbito de su competencia, y deben sujetarse a lo previsto en el derecho positivo interno y en la jurisprudencia, en términos de los artículos 14 y 16 constitucionales, a efectos de preservar los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica.

En la medida en que en el sistema jurídico mexicano todos los juzgadores, sean federales o del orden común, están facultados para realizar el control de convencionalidad, también lo pueden realizar los tribunales administrativos, y aunque no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas, sí pueden inaplicar las que consideren incompatibles con la Constitución o las disposiciones en materia de derechos humanos previstas en los tratados internacionales. En consecuencia, los tribunales administrativos, en el ámbito de su competencia, deben realizar el control difuso de convencionalidad no solamente de las normas, sino también de actos, hechos y omisiones del Estado,⁴⁰ para asegurar a las per-

³⁸ CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. Tesis 2a. CIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 1097.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Véase la tesis aislada: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PUEDE EJERCERSE RESPECTO DE CUALQUIER ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL ESTADO: ACTOS Y HE-

sonas físicas y jurídicas⁴¹ la protección más amplia, en términos de lo previsto en los artículos 14, 15, 16 y 17 constitucionales y en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la CADH, considerando además su jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH. Por tanto, los tribunales administrativos, al resolver un caso concreto, deben comprobar la compatibilidad entre los actos realizados en el ámbito administrativo con las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y especialmente en relación con la CADH,⁴² tomando en cuenta para ello no solo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado.⁴³

Por consiguiente, no hay duda de que todos los órganos jurisdiccionales pueden realizar un control de convencionalidad, incluso los contencioso-administrativos, pero en virtud de que la Administración pública también realiza otros procedimientos de similar naturaleza, la autoridad competente debería poder realizarlo también, pues como la Corte IDH ha señalado, los operadores de justicia deben velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, que se puede realizar mediante el control de convencionalidad, para que no sea afectado por las normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin de la CADH.⁴⁴ Cabe

CHOS. Tesis IV.3o.A.11 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, diciembre de 2012, p. 1305.

⁴¹ Siguiendo el criterio de la Corte IDH en el caso *Cantos vs. Argentina* se emitió la tesis de jurisprudencia: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. DEBE ORIENTARSE A LA TUTELA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CUANDO SE PROTEJAN LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE ACCESO A LA JUSTICIA, SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD DE SUS SOCIOS, INTEGRANTES O ACCIONISTAS. Tesis VI.3o.(II Región) J/4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, mayo de 2013, p. 1092.

⁴² Como señala la Corte IDH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *cit.*, párr. 225.

⁴³ JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE IDH. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Tesis P./J. 21/2014, *Semanario de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

⁴⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *op. cit.*, p. 96. Se ha especificado que los órganos vinculados a la administración de justicia como las fiscalías o ministerios públicos también deben hacer un control de convencionalidad. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guate-*

mencionar que el creciente diálogo entre criterios jurisprudenciales e internacionales ha contribuido a un mejor entendimiento de la CADH en México, y a tomar dicho “efecto útil” como guía de la labor de los jueces nacionales.⁴⁵

Sin embargo, como la propia Corte IDH señala, la obligación de hacer un control de convencionalidad no solamente corresponde al poder judicial, sino a todas las autoridades.⁴⁶ Sostiene en su jurisprudencia “que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”.⁴⁷ Por tanto, todo poder, órgano o autoridad del Estado parte en la Convención debe realizar el control de convencionalidad⁴⁸ para “controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”,⁴⁹ pues un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del SIDH y la eficacia de la CADH, al garantizar que

mala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, párr. 171 y *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párr. 152.

⁴⁵ Sobre el diálogo entre la CIDH y la Suprema Corte, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal...*, *cit.*, pp. 790-796.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C, núm. 33, párr. 93 y *Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C, núm. 387, párr. 58.

⁴⁸ Para Ferrer se trata de un control extenso que obliga a todas las autoridades del Estado, aunque no necesariamente con la misma intensidad que el poder judicial, pues esto depende del derecho interno. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal...*, *cit.*, p. 238.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128 y *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C, núm. 402, párr. 269.

las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.⁵⁰ Las resoluciones de la Corte IDH en materia administrativa, sin embargo, parecen extender esta obligación de hacer un control de convencionalidad solamente al ámbito sancionatorio;⁵¹ no obstante, al hablar de “todas las autoridades de un Estado”, la interpretación adecuada debería ser la de incluir toda la acción administrativa que pueda afectar o restringir un derecho humano.

La limitación a la autoridad administrativa resulta de la forma en que se lleva a cabo en México el control de convencionalidad. La jurisprudencia establece que el control de convencionalidad de normas generales que ejerce *ex officio* la autoridad judicial parte de la presunción de constitucionalidad de la norma que se cuestiona,⁵² y consiste en hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto para aplicar la que sea conforme con los derechos humanos de rango constitucional reconocidos, y en determinar, en caso de no serlo, la no aplicación de la norma que los contraviene.⁵³ Es esta última parte la que le está vedada a la autoridad administrativa, con lo que se restringe el alcance del deber previsto en el artículo 1 constitucional.

De este modo, las facultades de control en materia de derechos humanos de la autoridad administrativa que no ejerce una función jurisdiccional se limitan por disposición de la Suprema Corte a la realización de una interpretación conforme,⁵⁴ que también se ha

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Petro Urrego vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, núm. 406, párrs. 103 y 107.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Moya Solís vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C, núm. 425, párr. 88; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233, párr. 226.

⁵² CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO. Tesis 1a./J. 4/2016, *Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, febrero de 2016, p. 430.

⁵³ Sobre estos procedimientos véase la tesis aislada citada, Tesis LXIX/2011..., *cit.*

⁵⁴ La interpretación conforme es considerada una fórmula efectiva para conciliar el derecho nacional y el derecho internacional, pues como técnica hermenéutica armoniza los derechos y libertades constitucionales con las

de hacer cuando se efectúa el control de convencionalidad, aunque no puede concluir con una declaración de inconstitucionalidad ni con la inaplicación de la norma. La interpretación conforme consiste, en un sentido amplio, en interpretar las normas internas aplicables conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados “favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia” y, posteriormente, en el caso de que de la interpretación hecha resultasen varias opciones válidas jurídicamente, elegir la que hace a la norma en cuestión compatible con las disposiciones en materia de derechos humanos mencionadas, “para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos”, lo que se entiende como “interpretación conforme en sentido estricto”.⁵⁵

Así, el potencial transformador de los artículos 8 y 25 de la CADH sobre las garantías y protección judiciales que se hace manifiesto mediante los principios de legalidad y debido proceso legal,⁵⁶ centrales para la acción administrativa, se ve limitado *en el ámbito administrativo*. Estas garantías deben ser consideradas por la autoridad administrativa en general, no solamente por quienes realizan funciones materialmente jurisdiccionales, ya que todo procedimiento administrativo se debe sujetar a los principios de legalidad y debido proceso.⁵⁷ En consecuencia, también en los procedimientos que impliquen la deportación, expulsión o privación de libertad, por ejemplo, es indispensable que se garantice el derecho de defensa.⁵⁸

normas, valores y principios contenidos en los tratados internacionales sobre los derechos humanos, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales para lograr su mayor eficacia y protección. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal...*, cit., p. 698.

⁵⁵ Cfr. tesis aislada: PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, cit.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C, núm. 311, párr. 73.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Petro Urrego vs. Colombia...*, cit., párr. 119.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218, párr. 146.

Por ende, no parece conveniente limitar las posibilidades de la autoridad administrativa de realizar el control de convencionalidad, que, de conformidad con la Corte IDH, tiene por objeto aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la CADH, así como la jurisprudencia que la Corte IDH emite a través de sus sentencias⁵⁹ y opiniones consultivas.⁶⁰ Siendo la Administración pública el primer contacto del particular con la autoridad, esta, al decidir conforme a dichas disposiciones, podría evitar la vulneración de los derechos humanos. Así, podría tener un efecto preventivo y evitar la aplicación de normas no compatibles con la CADH, siendo este uno de los principales objetivos del control de convencionalidad, ya que se “deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana”,⁶¹ por lo que también debería hacerlo la Administración pública.

Si bien en términos de lo previsto en la CADH la protección judicial consiste en que los Estados garanticen a todas las personas un recurso judicial, sencillo, efectivo y rápido ante juez o tribunal competente, esas garantías no deberían limitarse al proceso jurisdiccional. Es importante que los procedimientos administrativos que pueden afectar derechos humanos se rijan por los mismos estándares; sobre todo porque no se puede considerar efectivo un procedimiento simplemente porque está previsto en el sistema jurídico, sino que, como bien establece la Corte IDH, debe ser idóneo para reconocer alguna vulneración a los dere-

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, cit., párr. 65.

⁶⁰ Corte IDH. OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión consultiva de 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párr. 26.

⁶¹ Aunque la resolución habla de los jueces y órganos judiciales, se debería entender como un deber de toda autoridad. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 143 y *Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala...*, cit., párr. 58.

chos humanos y, en su caso, repararlo.⁶² Es en esta parte en la que más deficiencias se perciben en México, pues con frecuencia tanto los procesos judiciales como los procedimientos administrativos son demasiado largos y complicados.

IV. TRAS LA INFLUENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1. Interamericanización y Estado de derecho

Hace ya tiempo que en la academia se habla de una nueva forma de constitucionalismo para América Latina que supone la conformación de un derecho constitucional común con pretensiones de transformación de la regulación y las prácticas jurídicas relacionadas con los derechos humanos. En ese sentido, se ha aludido a un derecho constitucional común de los derechos humanos en virtud de las modificaciones hechas a los apartados relativos a los derechos fundamentales en los textos constitucionales latinoamericanos. Asimismo, se considera que las resoluciones judiciales en materia de derechos fundamentales han dotado a este nuevo *Ius Constitutionale Commune* de un carácter jurídico.⁶³ Esta visión del constitucionalismo tiene por objeto analizar la realidad constitucional desde una perspectiva internacional que se complementa con el estudio comparado del derecho público.

El denominado *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL) tiene por objeto promover y analizar la transformación de la situación política y social de Latinoamérica a fin de hacer efectivos los tres principios fundamentales y universales que lo orientan, es decir, la democracia, el respeto a los dere-

⁶² Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador...*, cit., párr. 101.

⁶³ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, IECEQ-MPIL, 2017, p. 150.

chos humanos y el Estado de derecho,⁶⁴ principios que han sido abordados y desarrollados en el SIDH y guían las resoluciones de la Corte IDH.⁶⁵ Es por ello que en la metodología del ICCAL se percibe una estrecha relación entre el derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho comparado, toda vez que pretende implementar un “constitucionalismo regional de los derechos humanos con garantías supranacionales”.⁶⁶

Según Armin von Bogdandy, este nuevo *Ius Commune* se justifica en dos componentes: la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional, y el fomento de un discurso común de derecho comparado entre los países de la región. Así, este “proyecto transformador” sugiere que los sistemas jurídicos internos se dirijan hacia un “estrato común de derecho internacional público”, en especial hacia la CADH, lo que no solo genera un impacto en las constituciones en América Latina, sino que también fortalece la relación entre el derecho constitucional de cada país con el derecho internacional.⁶⁷

El Estado de derecho es el modelo paradigmático en términos del cual es evaluada la acción de la Administración pública, de conformidad con diversos principios como los de legalidad, distribución de funciones y supremacía constitucional, en virtud de los cuales se realiza el control de la legalidad y de la constitucionalidad por los órganos judiciales de sus actos y de las normas que aplican. Es por ello que el principio de legalidad constituye el criterio primordial tanto de la acción administrativa como de las decisiones de los tribunales, ya que los actos que realizan deben conformarse a las leyes. El principio de seguridad jurídica,

⁶⁴ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, 2015, núm. 34, p. 9, <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>

⁶⁵ Elementos que se correlacionan y legitiman la acción del Estado. Corte IDH. OC-8/1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8, párr. 26.

⁶⁶ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador”, *cit.*, p. 4.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

complementario del de legalidad, es otro de los valores que todo Estado debe garantizar, pues además sirve como criterio de evaluación de la legitimidad de su actuación, principalmente en relación con la obligación del Estado de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales.

En un Estado de derecho contemporáneo —cuya Constitución prevé derechos fundamentales, la división de poderes y el control de la constitucionalidad—,⁶⁸ la norma jurídica es aplicada no solamente en términos de sus elementos formales, sino también haciendo consideraciones materiales en relación con los derechos fundamentales y la salvaguarda de la autonomía y desarrollo de las personas. Esto se puede percibir en los diversos estándares elaborados por el SIDH que enlazan a los derechos humanos con una pretensión moral en términos de la realidad social a través del derecho.

Esto se debe a que los derechos humanos en el Estado de derecho tienen un papel central, pues reflejan valores generalmente aceptados y considerados como relevantes, especialmente como guías de la acción del Estado, por lo que se puede decir que forman parte de una moral pública positivada en el derecho interno, en los tratados internacionales y desarrollada por el SIDH. Positivada porque es a través del derecho, de las limitaciones y los controles que se prevean que se garantiza el respeto de esos derechos. Así, un nuevo tipo de Estado de derecho con una visión más humana se va conformando en Latinoamérica conforme a los estándares del SIDH.

El concepto de Estado de derecho, empero, se encuentra en constante evolución, por lo que, entendido como principio rector de la acción del Estado, a los elementos formales —relacionados con la legalidad de su actuación— y los materiales —respecto a la satisfacción de demandas de carácter social, político, cultural y económico— pueden agregarse otros aspectos específicos como los relativos a Gobierno abierto, participación ciudadana, responsabilidad administrativa y responsabilidad patrimonial del

⁶⁸ Estos elementos conforman los ejes de la estructura interna básica de las constituciones contemporáneas, véase Huerta, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, IJ-UNAM, 2009, pp. 58-61.

Estado; sobre todo porque se han producido cambios importantes en la perspectiva de la actuación de la Administración pública, ya que no todo acto administrativo establece una relación de supra-subordinación y siempre hay que considerar en su actuación los derechos fundamentales de las personas.

4.2. Reseña de la regulación administrativa en materia de derechos humanos modificada después de 2011

En este apartado se revisan algunas de las disposiciones legislativas que inciden en el ámbito de la acción administrativa que se puede considerar que han sido reformadas para dar cumplimiento a la obligación prevista en el artículo 2 de la CADH de adoptar disposiciones de derecho interno conforme a la misma, y así valorar el potencial transformador del SIDH. Se exceptúa *ex professo* de esta reseña lo relativo al proceso contencioso-administrativo.

El tema en el que se identificaron más reformas en materia de derechos humanos que tienen un impacto en la forma de actuar de la Administración pública, por la naturaleza de la propia Corte IDH, así como de las resoluciones emitidas contra el Estado mexicano, es el relacionado con el deber de reparación integral. Muchas de estas reformas se han realizado como respuesta a diversos requerimientos resultantes de sentencias condenatorias al Estado mexicano para dar cumplimiento a obligaciones internacionales primarias. Sin embargo, el deber de adecuación no solamente resulta de la CADH, sino también de lo previsto en el artículo 1 constitucional, que prevé en su tercer párrafo un mandato al legislador para regular en materia de reparaciones: “el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

A continuación se mencionarán algunas de las reformas que se han implementado, tanto mediante la creación de leyes como por la modificación de disposiciones existentes. Cabe mencionar que la mayoría de las disposiciones que se comentan aluden a la obligación de aplicar derecho internacional o de utilizar estándares internacionales, aunque también se incluyen disposiciones

relacionadas específicamente con la reparación integral desarrolladas conforme a estándares particulares del SIDH.

Si bien parece redundante incluir en las leyes específicas la obligación de aplicar el derecho de fuente internacional que es parte del sistema jurídico mexicano, y que se encuentra ya prevista en el artículo 133 constitucional, se puede decir que las reformas realizadas tienen por función no solo reiterar esta obligación, sino precisarla y delimitar su alcance en relación con una materia específica, así como ampliarla, como se verá más adelante. A su vez, muchas de estas disposiciones tienen por objeto reforzar el deber de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos previsto en el artículo 1 constitucional.

Primero, por lo que a la obligación de tomar en cuenta los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como a la jurisprudencia de la Corte IDH y estándares internacionales específicos se refiere, esta se encuentra prevista en diversas leyes. A modo de ejemplo se comentan las siguientes leyes.

La Ley de Migración,⁶⁹ que tiene por objeto garantizar el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, fue reformada el año pasado para incluir la obligación de conformar los objetivos de la política migratoria del Estado mexicano a los tratados y convenios internacionales celebrados por México.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación⁷⁰ fue reformada en 2014 para que la autoridad federal cuente con los recursos para garantizar a las personas el goce, sin discriminación, de sus derechos y libertades (art. 3) como se prevé en el artículo 1 constitucional y en el artículo 1.1 de la CADH. El artículo 6 se reformó para que en la interpretación de esta ley se consideren la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y las recomendaciones y resoluciones

⁶⁹ La reforma al primer párrafo del art. 2 de la ley se publicó en el *DOF* el 4 de mayo de 2021, la ley fue publicada en el *DOF* el 25 de mayo de 2011.

⁷⁰ La ley fue publicada en el *DOF* el 11 de junio de 2003 y la reforma el 20 de marzo de 2014.

adoptadas por los organismos multilaterales y regionales.⁷¹ El artículo 77 Ter se modificó para prever el deber del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) de fundar la “resolución por disposición”⁷² que emita también en derecho internacional, así como el de precisar las medidas administrativas y de reparación que procedan. Al establecer el deber de fundar y motivar la justificación, se reitera el principio de legalidad, obligación de la autoridad administrativa conforme artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo,⁷³ y que tiene por objeto el fortalecimiento del Estado de derecho.⁷⁴

La aplicación de la Ley General de Víctimas, ley en la que se regula la reparación integral,⁷⁵ sujeta su aplicación a lo dispuesto por los “Tratados Internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano” (art. 1),⁷⁶ y remite asimismo a estándares

⁷¹ Con ello se ajustaría a la idea de que “la interpretación de las normas se debe desarrollar a partir de un modelo basado en valores del sistema interamericano”. Corte IDH. OC-26/20. La denuncia de la Convención Americana sobre derechos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión consultiva de 9 de noviembre de 2020. Serie A, núm. 26, párr. 51.

⁷² Se denomina resolución por disposición la emitida por el CONAPRED tras la comprobación de una conducta discriminatoria.

⁷³ Este artículo dispone que el acto debe “estar fundado y motivado” (frac. V). Publicada en el *DOF* el 4 de agosto de 1994.

⁷⁴ Este precepto es conforme con el criterio de que “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión”. Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C, núm. 412, párr. 106.

⁷⁵ De conformidad con el artículo 63.1 de la CADH, la Corte IDH ha indicado que toda violación de una obligación internacional que produzca un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Corte IDH. *Caso Gómez Virula y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 393, párr. 94.

⁷⁶ Al publicarse la ley en el *DOF*, el 9 de enero de 2013, ya prevenía la sujeción al derecho internacional y las reformas de 2013 y 2017 no la modifican.

internacionales en múltiples disposiciones (en su art. 21, en relación con las exhumaciones que se deben realizar conforme a las normas y protocolos internacionales, por ejemplo).

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes⁷⁷ se establece la obligación de garantizar los derechos humanos conforme a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (art. 1, frac. II) y de observar los estándares internacionales en los procedimientos de atención y protección especial de derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes (art. 90).

La Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas⁷⁸ establece que es de aplicación supletoria lo previsto en los tratados internacionales celebrados (art. 6). Se prevé además que la capacitación de los servidores públicos se haga “conforme a los más altos estándares internacionales” (art. 69).⁷⁹ En relación con las exhumaciones, establece que se realicen de acuerdo con los estándares internacionales, y que en la elaboración de criterios y metodologías se tomen “en cuenta las sentencias y resoluciones nacionales e internacionales en materia de búsqueda e investigación de los casos de desaparición forzada” (inc. B del art. 73). El artículo 100, a su vez, en relación con la elaboración y actualización de los protocolos de búsqueda e investigación, dispone que se consideren “las mejores prácticas internacionales y los avances de la ciencia” (frac. VIII), así como los “estudios de agencias

⁷⁷ La ley fue publicada en el *DOF* el 4 de diciembre de 2014.

⁷⁸ Esta ley fue publicada en el *DOF* el 17 de noviembre de 2017, con lo que se cumple lo señalado por la Corte IDH sobre el carácter primordial de la adecuación del derecho interno a la CADH en materia de desaparición forzada de personas para la efectiva erradicación de esta práctica. Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 370, párr. 258. El art. 9 prevé que las entidades federativas deben armonizar su legislación, el plazo ha vencido y la mayoría aún no cumple; para el seguimiento de estas reformas véase <http://www.derechosdelasvictimas.org.mx/ley-general-en-materia-de-desaparicion-forzada-de-personas-desaparicion-cometida-por-particulares-y-del-sistema-nacional-de-busqueda-de-personas/>

⁷⁹ La reforma a este párrafo fue publicada en el *DOF* el 20 de mayo de 2021.

de cooperación y centros de investigación locales, nacionales o internacionales” (frac. III).

En su artículo 24 se hace una precisa distribución de competencias para evitar que se obstaculice la investigación, persecución y sanción de los delitos previstos en esta ley,⁸⁰ y establece que es competencia federal cuando exista una resolución internacional en la que se determine la responsabilidad u obligación del Estado mexicano en esta materia (frac. III). El artículo 151 de esta ley, en relación con la reparación integral a las víctimas de los delitos que regula, dispone que debe comprender medidas de satisfacción y medidas de no repetición,⁸¹ además de lo previsto en la Ley General de Víctimas,⁸² “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” y “en normas del derecho internacional”.

La Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁸³ tiene por objeto establecer la distribución de competencias y la coordinación de las autoridades para prevenir, investigar, juzgar y sancionar estos delitos, y prevé la reparación integral la cual debe hacerse en términos de la Ley General de Víctimas (art. 93).

⁸⁰ Pues, como sostiene la Corte IDH, los conflictos competenciales resultan con frecuencia de la falta de regulación del delito de desaparición forzada, así como de falta de claridad en materia de las competencias de las autoridades. Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México...*, cit., párr. 243.

⁸¹ Esta ley es consistente con lo dispuesto por la Corte IDH de prever medidas de reparación para resarcir los daños cuando la *restitutio in integrum* no sea posible. Corte IDH. *Caso Terrones Silva y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C, núm. 360, párr. 236.

⁸² La reparación integral se compone además de compensaciones pecuniarias, medidas de restitución y rehabilitación. Esta ley prevé la obligación de hacer la reparación integral, e indica lo que comprende y la forma en que las medidas se han de implementar (art. 1, párrs. 3 y 4). La reforma al párrafo tercero fue publicada en el *DOF* el 3 de mayo de 2013.

⁸³ La ley fue publicada en el *DOF* el 26 de junio de 2017; esta regula el deber de investigar previsto en la CADH y se disponen medidas para prevenir y sancionar la tortura, así como otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú...*, cit., párr. 178.

Finalmente, vale la pena mencionar también la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia —aun cuando fue publicada el 1 de febrero de 2007, mientras se encontraba en análisis y discusión el caso *González y otras (Campo algodonero) vs. México*, resuelto el 16 de noviembre de 2009—,⁸⁴ pues en el artículo 26 ya se prevé la obligación del Estado de resarcir el daño conforme a los parámetros establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

V. REFLEXIÓN FINAL

Si bien el impacto del SIDH se ha hecho manifiesto en la regulación de la obligación de aplicar derecho y estándares internacionales, así como en materia de reparación integral, a pesar de la reforma de 2011, *en materia administrativa el potencial transformador se reduce, por impedir la jurisprudencia la realización de un control de convencionalidad fuera del ámbito jurisdiccional. No obstante, las reformas comentadas han transformado de manera relevante la acción administrativa en las materias que regulan.*

Dichas reformas son consistentes con el *corpus iuris* interamericano, y aunque este proceso no ha concluido, está fortaleciendo gradualmente el derecho constitucional y administrativo mexicanos y, por ende, el Estado de derecho. México participa así en este proceso de interamericanización que está impactando en el derecho administrativo. Por tanto, es importante que lo señalado por la Corte IDH en relación con los recursos⁸⁵ se haga extensivo al deber de adecuar el sistema jurídico, pues no basta con reformarlo, se tiene que producir una transformación real, tanto en la práctica jurídica —en este caso la administrativa—

⁸⁴ En la sentencia, la Corte IDH retoma lo señalado en la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, Naciones Unidas, La violencia contra la mujer en la familia. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1999/68, 10 de marzo de 1999, párr. 256.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 137.

como en la dimensión social, para hacer efectivos los derechos humanos.

Además, en materia administrativa, dado que la acción de la Administración pública se rige por el principio de legalidad, para que este opere como una garantía efectiva no basta con que exista una proclamación formal, sino que también se debe contar con medios de control de la autoridad.⁸⁶ La posibilidad de que la Administración pública realice un control de convencionalidad contribuiría a que la autoridad pueda cumplir con su deber de respeto y garantía de los derechos humanos previsto en la Constitución y en la CADH, deber que se puede fortalecer con el diálogo jurisprudencial que se lleva a cabo entre la Corte IDH y los tribunales nacionales y, así, coadyuvar en la conformación de un *Ius Commune* en materia administrativa. Por ello, resulta conveniente prever en el sistema jurídico mexicano una forma adecuada de control administrativo de convencionalidad que tome en cuenta las particularidades de la acción administrativa.⁸⁷

BIBLIOGRAFÍA

BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, IECEQ-MPIL, 2017.

BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, 2015, núm. 34, <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>

⁸⁶ Corte IDH. OC-6/86. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6, párr. 24.

⁸⁷ Una opción es que la Suprema Corte hiciera una interpretación extensiva a partir de la expresión “dentro de sus respectivas competencias” utilizada por la Corte IDH para hacer un control de convencionalidad.

CABALLERO OCHOA, José Luis, “Comentario sobre el artículo 1, segundo párrafo de la Constitución (la cláusula de interpretación conforme al principio pro persona)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, KAS-SCJN-UNAM, 2013, t. I.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control de la constitucionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, Marcial Pons-UNAM, 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLER, Carlos, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, México, IIJ-UNAM, 2017.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y TORO, Mauricio del, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2006, t. I.

HUERTA OCHOA, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, IIJ-UNAM, 2009.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana, *Control de convencionalidad*, México, IIJ-UNAM, 2017.

La organización administrativa en el marco de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Juan Carlos Covilla Martínez

SUMARIO: I. Introducción. II. La potestad organizatoria y sus límites sustantivos. III. Los estándares interamericanos sobre la organización administrativa. IV. La implementación de estándares en la organización administrativa. V. El cumplimiento de estándares y el diseño institucional. VI. Conclusión. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Administración pública es una organización compleja que se configura a partir de la potestad otorgada al legislador y a la Administración. Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) ha establecido estándares que deben ser cumplidos por los Estados, algunos de los cuales impactan en la organización administrativa.

Esta contribución buscará identificar los estándares interamericanos en materia de organización administrativa y precisar su alcance en la transformación del derecho administrativo de la organización de los Estados parte.

El interés de este estudio recae precisamente en la transformación que se da en una institución administrativa tan relevante como la organización, que es transversal en el funcionamiento de la Administración pública.

El análisis recorrerá la jurisprudencia y normativa interamericana relevante para establecer los estándares y concretará su impacto en el ordenamiento jurídico colombiano, sin perjuicio de valoraciones generales que se puedan hacer al resto de Estados desde una perspectiva teórica.

El trabajo está dividido en tres partes. En primer lugar (II.), se analizará la potestad organizatoria y sus límites sustantivos, para identificar dentro de ella la manera en que el Estado puede configurar su estructura dentro de unos determinados límites sustantivos. En segundo lugar (III.), se revisarán los estándares interamericanos respecto de la organización administrativa, frente a lo cual se utilizarán la normativa y la jurisprudencia interamericanas para determinar la tipología de medidas que tienen un impacto en la organización administrativa. Finalmente (IV.), se expondrán reflexiones sobre la implementación de los estándares interamericanos en la organización, respecto del orden central y descentralizado, y las variables políticas y de diseño institucional para su cumplimiento.

II. LA POTESTAD ORGANIZATORIA Y SUS LÍMITES SUSTANTIVOS

En este capítulo se analizará el ejercicio de la potestad organizatoria que está sujeta a los estándares del SIDH. En primer lugar (2.1.), se revisará el concepto y las características de la potestad organizatoria. En segundo lugar (2.2.), se analizarán los denominados límites sustantivos de la potestad organizatoria para revisar su incorporación frente a los estándares interamericanos.

2.1. Concepto y características de la potestad organizatoria

La potestad organizatoria es la competencia atribuida a diferentes autoridades para configurar la organización administrativa a través de normas jurídicas. Para desarrollar adecuadamente este concepto, será necesario ahondar en dos aspectos: en qué consiste la organización administrativa y cuál es el tipo de las normas jurídicas utilizadas.

En primer lugar, la Administración pública es una organización compleja que tiene por función principal la consecución de los fines del Estado y la satisfacción del interés general.¹ A su vez, la Administración pública está conformada por personas jurídicas distintas. Las personas jurídicas son importantes en la medida en que llevan a cabo las actividades para la satisfacción del interés general haciendo uso de esta personificación jurídica. Sin embargo, las organizaciones personificadas desarrollan sus labores materialmente por medio de personas naturales vinculadas a ellas. Eso no significa que las acciones desplegadas por las personas naturales se desliguen del ámbito competencial de las personas jurídicas representadas. En realidad, el conjunto de personas naturales en el ejercicio de actividades vinculadas a la Administración representa un órgano de la persona jurídica y, por tanto, dichas acciones se atribuyen a la organización personificada de la que forman parte.² La que actúa es la Administración, pero a través de sus órganos.

La doctrina ha afirmado que, en la relación entre el órgano y el funcionario titular del cargo, “el titular del órgano imputa todos los aspectos de los actos que realiza a la persona jurídica a la que pertenece el órgano”, y el acto materialmente adoptado por ese titular es de la persona jurídica, por lo que al titular no se le imputa nada en absoluto.³

En segundo lugar, se revisará la potestad administrativa desde las normas que la regulan. La organización administrativa, desde la perspectiva jurídica, está ordenada por normas, lo que supone una expresión del principio de legalidad. Para sustentar esta idea, la doctrina sostiene que

¹ Terol Becerra, Manuel José, “El interés general. Su importancia en el esquema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, España, núm. 46-47, julio-octubre de 1985, pp. 103 y ss.

² Rivero, Jean, *Los agentes públicos desaparecen detrás de las colectividades en nombre y por cuenta de las cuales ellos actúan*, *Derecho administrativo*, 9a. ed., Caracas, Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 41.

³ Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1991, p. 138.

[...] la utilización de la potestad normativa para realizar una articulación de las distintas actividades confiadas a la Administración Pública; no se trata de una labor sencilla pues la heterogeneidad de intereses que debe tutelar necesariamente se ve reflejada en un sinnúmero de posibilidades de ordenación de estructuras, algunas simples y otras complejas. Se trata de un verdadero “diseño” que busca, en primer lugar, la división en sectores de actividad, en el interior de los cuales debe crearse todo tipo de figuras subjetivas a través de las cuales se manifiesta y compromete la voluntad estatal.⁴

El tipo de normas jurídicas que la organización administrativa se encarga de desarrollar puede variar dependiendo del Estado; sin embargo, siempre supone una sinergia entre el constituyente, el legislador y la Administración. En Colombia, el modelo de organización administrativa adoptado está sujeto a una reserva de ley a partir de la cual se encomienda al Congreso de la República la delimitación de los elementos esenciales de la misma. Eso no quiere decir que la rama ejecutiva del poder público quede excluida de la configuración de la organización, pues para ello cuenta con la iniciativa legislativa, el ejercicio de facultades extraordinarias y, a su vez, con la expedición de reglamentos. Este aspecto será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo tercero.

De esta manera, la potestad organizatoria es la capacidad de atribuir competencias y gestionar la Administración pública por medio de la ley o el reglamento, y se podría sintetizar en la “facultad que tiene todo Estado para la ordenación de sus servicios”. Por su parte, la autorganización es la potestad de una Administración de regular su propio funcionamiento, es decir, se trata de una facultad de la Administración para configurar su propia estructura de manera directa, a través de la conformación de entidades y dependencias, la distribución de competencias, el reparto de funciones específicas y la estructuración de instancias y unidades administrativas.⁵

⁴ Rincón Córdoba, Jorge Iván, *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 36-38.

⁵ Nigro, Mario, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1966, pp. 127-129.

2.2. Límites sustantivos en la potestad organizatoria

El estudio de la potestad organizatoria no se agota únicamente con la identificación de la capacidad de una rama del poder público o de una autoridad estatal encargada de definir la organización administrativa y las normas que la regulan. Incluye también la necesidad de determinar los límites que el mismo ordenamiento jurídico ha fijado. No se trata de los tradicionales límites formales que abordan aspectos como la reserva de ley en materia organizacional o el ámbito competencial, sino de límites sustantivos que vinculan al legislador y a la Administración en un mismo escenario.

La potestad organizatoria de la que es titular cierta autoridad se fundamenta en la legalidad, pero los principios constitucionales y legales no siempre tratan de manera completa o acabada el campo de acción que le corresponde. En otras palabras, hay un campo de discrecionalidad para llevar a cabo la actividad de ordenación de la estructura administrativa debido a su flexibilidad y laxitud.⁶ Sin embargo, este escenario de libertad de decisión no es desmedido, puesto que siempre encuentra un límite esencial en los parámetros del orden constitucional⁷ y de orden convencional, como se verá más adelante.

La libertad de configuración de las instituciones y las administraciones públicas no tiene límites sustantivos preestablecidos en la normativa que atribuye competencias, pero el ordenamiento jurídico ha ido construyendo unos cuantos paulatinamente. A manera de ejemplo, en materia de autonomía territorial, la modificación o eliminación de entidades territoriales o sus atribuciones se vería limitada por la garantía de la autonomía territorial, lo cual se intensifica en contextos donde la Constitución la reconoce. La autonomía local se ha entendido como la garantía de que son titulares los entes locales de regular sus propios intereses y

⁶ Rincón Córdoba, Jorge Iván, *op. cit.*, p. 77.

⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “La administración. Función pública”, *El derecho público de finales del siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 289-291.

de hacerse responsables de los mismos.⁸ La autonomía territorial, como límite de la potestad de organización, no es un concepto exento de cambios, sino que se modifica con el paso del tiempo “dependiendo de la configuración legal y jurisprudencial que se haga de la misma, siempre respetando un núcleo mínimo que viene representado por lo fijado en la Constitución”.⁹

Estos límites se suelen gestar tanto en el ámbito del derecho interno de los Estados como en estándares del derecho internacional y, concretamente en el marco del objeto de este trabajo, en el seno del SIDH. Los estándares analizados en el siguiente capítulo juegan como un límite, en la medida en que una decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en función de un tipo de organización administrativa que se tiene que crear o modificar estructuralmente, debe ser acatada por las autoridades de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a fin de configurar su propia organización.

Cuando la Corte IDH adopta decisiones que tienen un impacto en la organización administrativa, se advierte que los ordenamientos jurídicos de los Estados parte perciben un mensaje que puede ser visto de dos formas:

Por un lado, algunos tienen un mensaje para casos concretos, tal como sucedería al crear una autoridad que vigile un fondo que resuelve un asunto o al reformar una entidad cuya estructura organizativa desconoce estándares interamericanos. Esta hipótesis aplica para el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, en el que la Corte consideró pertinente ordenar al Estado que, en un plazo de dos años, elaborase un plan de fortalecimiento calendarizado del Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual cometida contra Mujeres, que incluya la asignación de recursos para el cumplimiento de sus funciones en el territorio nacional y establezca plazos anuales para la presentación de informes. Además, la Corte IDH ordenó al Estado

⁸ Galán Galán, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 82.

⁹ Covilla Martínez, Juan Carlos, *Coordinación y autonomía en la Administración pública*, Madrid, Aranzadi, 2019, pp. 202 y ss.

incluir dentro de las funciones del mecanismo la realización de un diagnóstico del fenómeno de la tortura sexual a mujeres en el país y formular propuestas de políticas públicas de manera periódica.

Por otro lado, otros son enviados a la generalidad de los Estados, transmitiendo un mensaje del que todos o algunos pueden ser destinatarios directos dada la realidad jurídica en la que viven, por ejemplo, a fin de modificar estructuralmente autoridades encargadas de censurar películas, libros o reproducciones musicales, como ocurrió en “*La Última Tentación de Cristo*”.¹⁰

Sobre el primer aspecto planteado, es cierto que resuelven casos concretos, pero también fijan recomendaciones específicas que deben ser adaptadas para la resolución de casos similares. Sobre el segundo aspecto planteado, hay una clara explicación que debe ser atendida por los Estados, por lo que eventualmente sería reprochable el desarrollo de una conducta contraria. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para remediar lo que está marchando mal y, así, no llegar a incurrir en yerros hacia futuro, teniendo en cuenta un precedente del SIDH donde ya se analizó una situación que pone en tela de juicio el efectivo cumplimiento de la CADH, no solo en el marco del Estado destinatario, sino para los distintos Estados parte.

Ahora bien, lo afirmado hasta aquí tiene una crítica estructural. Lo cierto es que el SIDH no está pensado para modificar la estructura de la organización administrativa de los Estados; sin embargo, como se expondrá, en la exigencia del cumplimiento de los estándares interamericanos por parte de la Corte, esta estructura administrativa puede verse afectada. Eso supone una cesión importante de la soberanía estatal en ese aspecto tan básico.

En esta misma sección se señaló que los límites sustantivos de la potestad organizatoria tienen parámetros de orden constitucional y convencional, que es finalmente el motivo de este trabajo. Y como se referirá, este parámetro de orden convencional no se encuentra propiamente en la CADH, sino en la interpreta-

¹⁰ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

ción que la Corte IDH hace de esta, sobre la base de la lectura de la estructura administrativa de cada Estado.

Esta es una prueba más de que la distinción entre derecho interno y derecho internacional es más difusa y se implementa un sistema de fuentes más complejo que interactúa de manera particular entre normas aprobadas e interpretación jurisprudencial.

III. LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

A continuación se identificarán los estándares fijados por la Corte IDH y determinadas normas del *corpus iuris* interamericano frente a la organización administrativa de los Estados parte de la CADH. Para ello se revisarán las medidas que se encuentran en la CADH y en las decisiones adoptadas por la Corte IDH que contienen órdenes que tienen un impacto en la organización administrativa de los Estados. En primer lugar (3.1.) se revisará la normativa interamericana y, más adelante (3.2.), la jurisprudencia de la Corte IDH.

3.1. Normativa interamericana relativa a la organización administrativa

La arquitectura normativa del SIDH comprende desde los instrumentos de constitución de la Organización de los Estados Americanos (OEA) hasta los tratados de derechos humanos de los últimos años.¹¹ Los pilares del sistema que dan forma al entramado de estándares interamericanos que se derivan de estos instrumentos, y a los cuales ha hecho referencia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH, son la Carta de la OEA (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 1948) y la CADH (1969).

Teniendo en cuenta que esta contribución se centra en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la organización adminis-

¹¹ Salmón, Elizabeth, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2019, p. 41.

trativa, habrá de precisarse que solo se hará referencia a: i) los instrumentos fundacionales del SIDH, y ii) aquellos que se encuentren en vigor y le concedan competencia al juez interamericano para pronunciarse. Sin embargo, no hay que perder de vista lo establecido por la propia Corte IDH en materia interpretativa: “[Al] determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos, a la luz de otros tratados y normas pertinentes”.¹²

En primer lugar, una aproximación inicial a la normativa americana podría dar a entender que en modo alguno la OEA podría intervenir o definir la configuración institucional del Estado,¹³ siendo la organización administrativa una de esas esferas. No obstante, la Carta precisa más adelante que el ejercicio de ese derecho estatal estará limitado así: “Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.¹⁴ De ello es posible colegir un primer límite claro al ejercicio de la soberanía administrativa del Estado dentro del marco normativo interamericano.

En segundo lugar, la DADDH (1948), a pesar de tratarse de un catálogo de derechos y deberes, en su considerando hace la siguiente alusión: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”.

¹² Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 272, párr. 143.

¹³ Véase Carta de la OEA, arts. 1 y 3. El primero señala la defensa de la soberanía, integridad territorial e independencia. Al respecto, se puede consultar Brotóns, Antonio Remiro *et al.*, *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 90.

¹⁴ Carta de la OEA, art. 17.

De nuevo, los Estados se comprometen a diseñar y ejecutar un ordenamiento institucional que tenga como finalidad la protección de los derechos humanos. Si bien la Carta de la OEA, como se vio en el apartado anterior, ya hacía una referencia similar, la Declaración establece en sus consideraciones que los Estados están obligados a “la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. Pese a que no menciona explícitamente la forma en que se logrará tal objetivo, de la Declaración podría concluirse que para ello es necesario estructurar una organización institucional —incluyendo la administrativa— a través de la cual ese propósito se materialice.¹⁵

Finalmente, con respecto a la CADH, la conceptualización convencional en relación con las obligaciones estatales solo sería posible en tanto impongan un límite al ejercicio del poder público.¹⁶ El artículo 1.1 de la CADH establece dos obligaciones generales en materia de derechos humanos: la de respetar y la de garantizar los derechos. Por un lado, la obligación de respeto se transgrede por la acción u omisión del Estado o quienes actúen en nombre de él.¹⁷ Por el otro, la obligación de garantía entraña el deber de los Estados “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁸

¹⁵ Habrá que recordar la obligatoriedad de la DADDH: “Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Corte IDH. OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 14 de julio de 1989. Serie A, núm. 10, párrs. 43 y 45.

¹⁶ Corte IDH. *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C, núm. 362, párr. 128.

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 268, párr. 225.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C, núm. 346, párr. 121. En el mismo sentido, Salmón, Elizabeth, *op. cit.*, p. 56.

Así las cosas, si bien los tratados son la fuente de derecho que por antonomasia crea directamente obligaciones a cargo de los Estados, en reiteradas ocasiones resultan particularmente determinantes las interpretaciones de estos tratados que realiza la Corte IDH. De esta manera, resultan ser estas interpretaciones las que terminan por crear estándares interamericanos que modifican la organización administrativa y, de paso, establecen un mandato transformador que impacta en la organización administrativa.¹⁹ A continuación se analizan los estándares fijados por la Corte IDH a partir de sus interpretaciones.

3.2. Jurisprudencia de la Corte IDH con impacto en la organización administrativa

En esta sección se analizarán distintos casos de la Corte IDH que han tenido impactos representativos en la organización administrativa de los Estados sujetos de la decisión. En su mayoría se trata de garantías de no repetición ordenadas por la Corte con miras a corregir fallas estructurales que suelen recaer en la configuración constitucional y legal misma del aparato estatal.

Desde esta perspectiva, el tipo de impacto que estas órdenes pueden tener en la organización administrativa de los Estados suele ser muy variado.²⁰ Por esta razón, a continuación se examinarán distintos fallos de la Corte IDH a partir de tres categorías, todas ellas referentes a medidas estructurales: 1) medidas que crean nuevas autoridades, y 2) medidas que modifican de forma estructural el funcionamiento de autoridades. Se aclara que esta categorización y estas medidas se adoptan a partir del estudio de diferentes fallos que, si bien no son los únicos en la materia, se seleccionan debido a la dimensión de su impacto en la organización administrativa de los Estados sujetos de la decisión.

¹⁹ Bogdandy, Armin von, “The Transformative Mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series*, No. 2019-16, pp. 3 y 4.

²⁰ Covilla Martínez, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública”, *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, 2019, pp. 17-19.

3.2.1. Creación de nuevas autoridades

Las decisiones de la Corte IDH pueden llevar a los Estados demandados a crear nuevos organismos o autoridades estatales con el fin de hacer cesar la violación de los derechos humanos que se pretende proteger, de manera que el diseño de estas nuevas autoridades implica para el Estado una alteración de la configuración de su organización administrativa y/o de la distribución de competencias vigente, de forma que tendrá que reajustar su configuración normativa (legal e incluso constitucional), los recursos presupuestales disponibles, y la gestión y administración de la función pública en general.

En el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH, la creación de nuevas autoridades puede derivarse de: *i*) una orden expresa de la Corte en la parte resolutive de la sentencia; *ii*) una orden genérica de la Corte que el Estado sujeto de la decisión interpreta que debe ser cumplida de esta manera, o *iii*) una orden dirigida en la creación de comités para la administración de fondos o recursos, generalmente de desarrollo comunitario y en favor de comunidades indígenas.

i) Órdenes expresas de creación de autoridades

En ocasiones, la Corte IDH ha decretado órdenes expresamente dirigidas a que el Estado demandado diseñe instituciones específicas con funciones concretas. Tal es el caso *García y familiares vs. Guatemala*,²¹ en el que la Corte ordenó aprobar una ley para la creación de una Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Víctimas de Desaparición Forzada y otras Formas de Desaparición, tras considerar responsable al Estado de la desaparición forzada de Edgar Fernando García, y particularmente del incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la vida, integridad y libertad per-

²¹ Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C, núm. 258. La Corte declaró la responsabilidad internacional del Guatemala debido a la desaparición forzada de Edgar Fernando García, sindicalista y dirigente estudiantil, quien fue detenido por la policía y presuntamente asesinado en febrero de 1984.

sonal a través de una investigación efectiva, que es una obligación de medio que debe ser cumplida de manera diligente.

En ese sentido, de esta obligación se desprenden una serie de deberes específicos a cargo de la entidad que se cree, a saber: a) investigar “*ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva”;²² b) que se cuente con recursos de exhibición personal y de un procedimiento de averiguación especial idóneos para combatir la violación y cuya aplicación sea efectiva, más allá de su consagración legal o formal;²³ c) “dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias”,²⁴ y no solo descubrir y juzgar a los perpetradores inmediatos, y d) llevar a cabo la investigación en un tiempo razonable, de conformidad con la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades y la afectación en perjuicio de la víctima.²⁵

Bajo estos estándares, la Corte determinó que el Estado de Guatemala no cuenta con un aparato estatal apto para la protección contra la desaparición forzada y, en ese sentido, ordenó crear la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Víctimas de Desaparición Forzada y otras Formas de Desaparición, que ya venía siendo impulsada por el ejecutivo ante el Congreso de Guatemala. En consecuencia, la iniciativa del Gobierno, según el Proyecto de Ley 35-90 —aún infructífero—, consiste en la creación de un ente autónomo, extrajudicial, que permita implementar políticas estructurales en contra de la desaparición forzada.²⁶

De este primer caso se puede advertir una conclusión preliminar, pero que también se corrobora más adelante: la Corte no se limita a resolver el caso en concreto, sino que decreta medidas dirigidas a que el Estado cumpla los estándares de protección de derechos convencionalmente protegidos en favor de todos sus

²² *Ibidem*, p. 138.

²³ *Ibidem*, p. 142.

²⁴ *Ibidem*, p. 148.

²⁵ *Ibidem*, p. 153.

²⁶ Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 noviembre de 2016. Serie C.

ciudadanos, de manera que es allí donde la organización administrativa sufre la mayor cantidad de transformaciones.

ii) Órdenes genéricas interpretadas como obligaciones de creación de autoridades

Entre la multiplicidad de órdenes que ha dictado la Corte IDH con impacto en la organización administrativa, se destacan algunos casos en los que si bien no se solicita expresamente la creación de una autoridad estatal, el Estado lo entiende necesario para poder cumplir con los estándares de protección de derechos fijados y las medidas de no repetición ordenadas en la sentencia.

En el caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*²⁷ se declaró la responsabilidad internacional de Uruguay por no proporcionar a los consumidores financieros recursos y procesos adecuados y efectivos para interponer reclamaciones contra los bancos. Al respecto, la Corte consideró que la manera en que funcionaba la autoridad administrativa competente afectaba el derecho a ser oído y, en ese sentido, ordenó garantizar a las víctimas que sus peticiones sean conocidas por un órgano cuya competencia sí abarque lo suficiente como para realizar un análisis integral, de conformidad con la normativa vigente.²⁸

Si bien en la parte resolutive de la sentencia solo se ordenaba al Estado determinar el órgano competente para resolver las peticiones de las víctimas bajo los parámetros mencionados, lo cierto es que en el proceso quedó demostrado que la autoridad en su momento competente no era el mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos de las víctimas. Por ende, no quedó otro camino para el Estado uruguayo que modificar de forma estructural dicha autoridad administrativa o crear una nueva, como en efecto sucedió.²⁹

²⁷ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 234.

²⁸ *Ibidem*, p. 136.

²⁹ La autoridad administrativa constituida para dar cumplimiento de la sentencia, que era una Comisión Asesora, terminó por incumplir la medida de reparación, ya que rechazó las peticiones de 342 víctimas por exactamente

En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*,³⁰ la Corte ordenó al Estado “crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas” por medio de su derecho interno y acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de las comunidades indígenas. En el caso se discute la falta de delimitación del territorio de la comunidad Mayagna Awás Tigni, así como la ineficacia de los recursos interpuestos por esta.

Como consecuencia de la decisión, se publicó la Ley 445 de 23 de enero de 2003, por medio de la cual se expide el “Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz”. A través de este instrumento normativo el Estado creó la Comisión Nacional de Demarcación y Titulación, la cual, entre otras funciones, se encarga de “dictaminar, resolver y dirigir el proceso de demarcación y titulación” de las tierras comunales. Debido al diseño institucional de este mecanismo, la Corte consideró cumplido el punto resolutorio de la sentencia referida al particular.

A partir de los casos anteriores se puede concluir que, si bien el objetivo de la Corte IDH es establecer la responsabilidad in-

las mismas razones, sin que fuera posible constatar que se hubiese efectuado un análisis individualizado de las particularidades de cada peticionario, por lo que la Corte exigió la creación de un Tribunal Arbitral para darle cumplimiento al fallo.

³⁰ Además de este caso, se puede incluir el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, en el que la Corte ordena elaborar un plan de fortalecimiento calendarizado para el Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual Corte IDH en el que se decide constituir una Comisión Intersectorial. Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 371. En algunos otros casos, lo que sucede es que la Corte establece que el cumplimiento de metas para la protección de derechos humanos no es suficiente e indica medidas concretas, entre las que puede establecerse la creación de una autoridad administrativa. Véase Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, y *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277.

ternacional al interpretar la CADH y definir garantías de no repetición, solo cuando el Estado se compromete a disponer de su configuración institucional y a generar un cambio estructural de cara a la protección de los derechos afectados logra cerrar sus procedimientos de supervisión. Lo anterior implica que no directamente, pero sí *de facto*, las órdenes de no repetición obligan a replantear la organización administrativa de los Estados.

iii) Órdenes de creación de comités para la administración de fondos

Una medida de reparación frecuente en el ámbito de la protección de la propiedad ancestral y de los derechos de las comunidades indígenas consiste en la creación de “Comités de Implementación”, cuya función principal es administrar fondos de desarrollo comunitario con recursos proporcionados por el Estado, los cuales se destinan generalmente a la implementación de proyectos educativos, de vivienda, saneamiento básico, agrícolas, salud, infraestructura sanitaria, entre otros.³¹

Las modalidades de implementación de estos recursos quedan a cargo de un comité integrado por tres miembros: uno designado por las comunidades, otro por el Estado, y una tercera persona designada por ambos. Teniendo en cuenta que los recursos económicos que estos cuerpos colegiados administran oscilan entre 700 mil³² y dos millones de dólares estadounidenses,³³ el Comité termina por jugar un papel muy importante dentro de

³¹ Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.

³² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit.

³³ Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, cit.

las comunidades indígenas y, de hecho, pueden llegar a ocupar una posición muy similar a la que tienen las entidades territoriales en la ejecución de su presupuesto frente a la satisfacción de las necesidades básicas de la población. Sin embargo, a diferencia de estas entidades, no queda clara la naturaleza jurídica de los comités, ni su adscripción o vinculación a la personería jurídica del Estado, su nivel de autonomía administrativa y financiera, ni la relación contractual entre sus miembros y la Administración.

Así, a pesar de que de las órdenes de la Corte IDH no se deriva de forma expresa la obligación de crear un órgano que modifique la organización administrativa, lo cierto es que los comités cuentan con funciones y presupuesto al igual que otras autoridades públicas descentralizadas que conforman la organización administrativa en estricto sentido.

3.2.2. *Modificación estructural de autoridades*

La Corte IDH también ha optado por ordenar modificaciones estructurales a propósito de sus estándares de protección de derechos, que terminan por transformar la organización administrativa. Se trata de decisiones en las que, a pesar de que no se crea o elimina un nuevo órgano, sí se generan alteraciones en el funcionamiento de las autoridades administrativas, llegando incluso a suprimir las competencias conferidas por la Constitución.

En primer lugar, un claro escenario de supresión de competencias de autoridades públicas lo encontramos en los casos *Petro Urrego vs. Colombia*³⁴ y *López Mendoza vs. Venezuela*,³⁵ en los que Gustavo Petro y Leopoldo López, funcionarios públicos electos popularmente, fueron inhabilitados para ejercer sus cargos por autoridades administrativas que estaban autorizadas por la Constitución y la ley nacional. En ambos casos, la Corte concluyó que tales competencias disciplinarias en cabeza de autoridades administrativas violaban el artículo 23 de la Convención.

³⁴ Corte IDH. *Caso Petro Urrego vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, núm. 406.

³⁵ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233.

En el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, la Corte analizó las funciones tanto de la Procuraduría General de la Nación como de la Contraloría General de la República, en la medida en que limitan directa e indirectamente el ejercicio de derechos políticos por fuera lo autorizado por la Convención Americana. En efecto, como también se concluyó en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, el artículo 23 de la Convención consagra unas causales que permiten restringir los derechos políticos, de forma que, tanto de la literalidad como de la teleología del artículo, se desprende que “una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una condena, por juez competente, en proceso penal”.³⁶

Como consecuencia de lo anterior, la Corte ordenó la supresión de las competencias sancionatorias de la Procuraduría y la Contraloría colombianas, así como de la Contraloría venezolana, a través de una modificación del ordenamiento jurídico interno en ese sentido, fundamentada en el artículo 2 de la Convención, que contempla el deber general de los Estados de adecuarla a su derecho interno, y de suprimir normas y prácticas que vayan en contravía de la misma.³⁷

En segundo lugar, en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, la Corte no solo ordenó al Estado chileno suprimir la censura previa para permitir la exhibición cinematográfica y publicitaria de la película *La Última Tentación de Cristo*, sino también adecuar sus normas constitucionales y legales a los estándares de libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, eliminando la censura previa de las competencias de los órganos del poder público y de sus funcionarios en relación con las producciones cinematográficas en general.

³⁶ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela...*, cit., p. 107 y *Caso Petro Urrego vs. Colombia...*, cit., p. 98.

³⁷ Esta decisión fue objeto de crítica por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, quien considera que existen otros tratados y normas de interés público que prevalecen en el caso concreto y que tornan inejecutable la orden la Corte, como las convenciones contra la corrupción y la misma, frente a lo cual la Corte IDH hizo notar la prevalencia de los principios básicos del derecho internacional y el artículo 32 de la Resolución 56/83 de las Naciones Unidas. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de noviembre de 2015.

Lo anterior, en última instancia, se tradujo en que el Estado chileno impulsó un proceso de reforma constitucional que terminó por crear el derecho a la libre creación cinematográfica y, por contera, por sustituir radicalmente las funciones del Consejo de Calificación Cinematográfica. De esta forma, este organismo pasó a contar con un sistema de calificación regulado por ley que suprimía la censura previa en respeto de la libre expresión, consciencia y religión.

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE ESTÁNDARES EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Para finalizar, se estudiará la implementación de los estándares en la organización administrativa a partir de tres aspectos. En primer lugar (4.1.), la organización del orden central, donde se analizará la sinergia entre el legislador y la Administración para configurarla. En segundo lugar (4.2.), la organización administrativa descentralizada, para revisar la incorporación en autoridades descentralizadas de los estándares interamericanos. En tercer lugar (3.3.), el cumplimiento de estándares y el diseño institucional, donde se expondrán algunas reflexiones sobre la forma como se logra esta implementación y las variables que deben ser tomadas en cuenta para la implementación de los fallos.

4.1. La organización del orden central

En esta sección se utiliza el caso colombiano a fin de entender la sinergia entre el legislador y la Administración en el marco de la potestad organizatoria para la implementación de estándares interamericanos. Como se ha podido precisar, la rama legislativa del poder público, en primera instancia, se encarga de dar instrucciones en el sentido de crear, modificar o eliminar algún ente de la organización, las cuales se concretan en tres aspectos esenciales: “1. La delimitación abstracta del conjunto de funciones, 2. La regulación de las condiciones de su titularidad y 3. La disposición de los restantes instrumentos que sean indispensables para la materialización de las competencias”.³⁸

³⁸ Rincón Córdoba, Jorge Iván, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

En la sentencia C-675 de 1998, la Corte Constitucional definió de forma general el alcance de las competencias del legislador en relación con la configuración de la estructura de la Administración. Indicó que este tiene la potestad de diseñar los órganos superiores de las entidades públicas y las funciones que les corresponden a las distintas dependencias.

El artículo 49 de la Ley 489 de 1998 refuerza dicho razonamiento, al afirmar que: “Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales”. Es decir, la creación de entidades administrativas es un acto del cual se encarga el legislador en el marco de decisión que le ha conferido la misma Carta Política en su artículo 150, numeral 7.

El legislador, entonces, se encarga de definir el contenido funcional de las dependencias administrativas, demarcando de manera abstracta las labores propias de cada puesto de trabajo dentro de las dependencias o unidades de los organismos o entidades nacionales. A pesar de ello, la potestad del legislador para estructurar la organización administrativa desde su rol constitucional es insuficiente, por cuanto la definición de la estructura y las funciones de las unidades que subyacen de un ente u organismo y los distintos cargos públicos solo puede verse de forma clara cuando se aprecia la labor de concreción del ejecutivo.

Entre el legislador y el ejecutivo hay grados de relación que se presentan a partir de las diferentes entidades y organismos administrativos. Lo cierto es que el legislador se encarga de dar forma a la parte estática de la organización, mientras que al ejecutivo le corresponde adaptar dinámicamente el aparato administrativo mediante el ejercicio de competencias puramente administrativas. Cuando el legislador actúa desde una perspectiva estática, la Administración se mueve en el campo de la adaptación constante y la maleabilidad de las estructuras administrativas con el loable objeto de alcanzar los fines constitucionales de una manera activa y sin temor a los retos planteados por los cambios sociales.³⁹

³⁹ *Ibidem*, pp. 50 y ss.

De este modo, la ley ocupa un papel preponderante, en razón de que no se encarga únicamente de definir las tipologías de entidades administrativas, sino también de regular su creación, fusión o supresión. La Ley 489 de 1998 corrobora que la creación de las entidades se da por decisión legislativa y ello se sustenta en la necesidad de contar con una participación democrática previa, atendiendo a los principios constitucionales. Del otro lado están las entidades administrativas sometidas al legislador, pero con un grado de autonomía que les facilita modificar o ajustar su estructura más fácilmente que si lo hiciera de manera exclusiva el constituyente derivado.

El rol de la Administración pública se circunscribe a ordenar internamente los órganos que forman parte de la autoridad, ente u organismo y su funcionamiento, pero, como recién se explicó, de manera activa y cambiante. La capacidad de cambio de la Administración es la que la distingue del legislador y la que permite ajustar continuamente el derecho de la organización a la realidad de la sociedad.

Sobre el particular, se pueden exponer situaciones específicas donde la competencia de configuración de la organización administrativa es una labor compartida entre el legislador y la Administración. Por ejemplo, el artículo 54 de la Ley 489 de 1998 indica que el Gobierno nacional puede variar, transformar o renovar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional, siempre y cuando se trate de decisiones del presidente de la República que se enmarquen dentro de las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a principios como la eficiencia y la racionalidad de la gestión pública, entre otros.

Tanto para la Administración como para el legislador existe un impacto significativo con las decisiones de la Corte IDH, pero claramente las que versan sobre la naturaleza de la autoridad destinataria tienden a ser más problemáticas en cuanto a su cumplimiento, dada la necesidad de alinear al legislador. Ello a diferencia de lo que ocurre con la Administración, ya que la modificación se puede dar por decreto reglamentario o por medio de los estatutos de la autoridad, quienes forman parte del mismo Gobierno nacional, que está encargado de gestionar el cumplimiento de las medidas, como se explicó.

Hay casos particulares que crean situaciones jurídicas especiales para autoridades creadas directamente por la Constitución, lo que requiere de una modificación de esta a través del constituyente derivado. En Colombia se tiene el caso de organismos importantes, como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República o el Banco de la República, e incluso de entes creados con atribuciones concretas, como la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Cormagdalena).⁴⁰

Desde luego, esto plantea un ejercicio muy interesante, consistente en que la decisión que tome la Corte IDH sobre alguna autoridad cuyo origen se remonte a la Constitución Política, evidentemente exige que el constituyente derivado adopte medidas para cumplir. Este fue precisamente el caso de “*La Última Tentación de Cristo*”, que exigió modificar la Constitución para cumplir efectivamente el fallo.

4.2. La organización administrativa descentralizada

La descentralización rompe con el que esquema que se expuso en la sección anterior, en la medida en que la capacidad de los Gobiernos territoriales —tanto federales como unitarios con descentralización— de decidir sobre su organización supone la concreción de la garantía de autonomía. Lograr la implementación de parámetros propicios para el cumplimiento en Estados con una alta descentralización como los federados puede ser más complejo, ya que se presenta la tensión de autonomía territorial y el cumplimiento de un fallo del Estado.

La descentralización es uno de los ejes principales de los Estados modernos,⁴¹ y no es para menos, toda vez que consiste en la facultad otorgada a las entidades públicas para gobernarse a sí mismas, a través del ejercicio de funciones que ejercen autónomamente. Las facultades para gobernar comprenderían,

⁴⁰ Cfr. Constitución Política de Colombia, 1991, arts. 267, 275-278, 371 y 331, respectivamente.

⁴¹ En ese sentido, Falleti, Tulia, *Decentralization and Subnational Politics in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

en principio, las funciones constituyente, legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, por lo que la doctrina considera que “el máximo grado de descentralización se confunde con el federalismo, ya que podemos recordar que dentro de un Estado federal las colectividades que lo componen (Estados federados) poseen esas cuatro funciones, o por lo menos las tres últimas”.⁴²

La autonomía para todos los entes públicos en relación con la potestad de organización no es igual. Habrá entes que tengan más o menos facultades para definir la organización administrativa que otros, y todo dependerá de la naturaleza jurídica de los mismos y de las normas que los regulan. Hay facultades que son comunes a distintos organismos por la concepción de la organización que se ha construido.

En Colombia, en el orden departamental, distrital y municipal, las autoridades se crean mediante ordenanza o acuerdo, que son actos administrativos, o con su autorización, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998. En esos casos se tiene una autorización legal para la creación de cierto tipo de entidad, pero se deja a consideración de la corporación pública administrativa la creación o modificación de las autoridades que la conforman.

Este tipo de autoridades descentralizadas también deberán tomar en cuenta los límites sustantivos en cuanto a estándares interamericanos, tal como se ha explicado. Sin embargo, debe recordarse el respeto por la autonomía territorial al interior del Estado. Como se verá, en Colombia, la Cancillería es la encargada de canalizar el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH en representación del Estado.

La Cancillería es un órgano del orden nacional, por lo que no puede imponerse sobre las autoridades territoriales para exigir el cumplimiento de estas medidas. La solución podría ser una debida articulación entre normas expedidas por el legislador que configuren el ejercicio de la potestad de organización por parte de las autoridades territoriales sin afectar su discrecionalidad, o

⁴² Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 20a. ed., Bogotá, Temis, 2017, t. I, p. 191.

una menos invasiva, como mecanismos de *soft law*,⁴³ o acudir a las instituciones nacionales de derechos humanos para su cumplimiento.⁴⁴

V. EL CUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES Y EL DISEÑO INSTITUCIONAL

En esta sección se analizarán dos aspectos: 1) la autoridad encargada de dar cumplimiento a las órdenes proferidas por el sistema interamericano y el despliegue político que se da a fin de alinear tanto al Congreso como a las autoridades administrativas para el cumplimiento, y 2) el diseño institucional para la consecución efectiva de la alineación política, es decir, que las medidas que se tomen sean coherentes con las de la Corte IDH.

5.1. La autoridad encargada de dar cumplimiento a los estándares al interior del Estado y el despliegue político

En primer lugar, en relación con la entidad encargada de dar cumplimiento a las órdenes, en Colombia es la Cancillería, es decir, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la que debe velar con estricto rigor por la implementación de las órdenes impartidas por la Corte IDH, por lo que se encarga de la misión, desde una perspectiva política, de canalizar las órdenes. Mediante la Resolución 5674 de 10 de septiembre de 2015⁴⁵ se creó el Grupo Interno de Trabajo de Seguimiento a las Órdenes y Recomendaciones de los Órganos

⁴³ Covilla Martínez, Juan Carlos, “El *soft law* como instrumento para dirigir al gobierno local”, *Reala*, núm. 12, 2019, pp. 99 y ss.

⁴⁴ Roa, Jorge Ernesto, “Las instituciones nacionales de derechos humanos y el círculo virtuoso de ampliación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2019, <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/10430-2/>

⁴⁵ Esta resolución se reprodujo en la Resolución 9709 de 5 de diciembre de 2017. Estas resoluciones fueron proferidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores en uso de sus facultades legales y, en especial, de las que le confiere el art. 115 de la Ley 489 de 1998 y el numeral 13 del art. 6 del Decreto 3355 de 2009.

Internacionales en Materia de Derechos Humanos (GSORO), que constituye un grupo adscrito a la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores. El acto administrativo mediante el cual se creó el GSORO cuenta con plena vigencia al día de hoy.

Con arreglo a la resolución mencionada, el GSORO, de manera articulada con las demás entidades del Estado, realiza el seguimiento de: *i)* las sentencias de la Corte IDH; *ii)* los acuerdos de solución amistosa homologados por la CIDH, de conformidad con el artículo 49 de la CADH; *iii)* los informes de fondo emitidos por la CIDH en virtud del artículo 51 de la CADH, y *iv)* los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de conformidad con el procedimiento establecido en el Pacto Internacional de Derechos Humanos y su Protocolo Facultativo, referente a comunicaciones individuales.

Además, entre las labores que desarrolla la coordinación del GSORO están el seguimiento y diagnóstico del estado de cumplimiento de las órdenes y recomendaciones de órganos internacionales en derechos humanos; el seguimiento a los procesos de indemnización realizados en el marco de la Ley 288 de 1996 (indemnización de perjuicios causados por violaciones a los derechos humanos en virtud de los dispuesto por órganos internacionales de derechos humanos) y del Decreto 507 de 2016 que la reglamenta; y la emisión de informes periódicos a los órganos Internacionales sobre el estado de cumplimiento de las órdenes y recomendaciones emitidas.

Sin embargo, la efectividad que pueden llegar a tener las actividades del GSORO en la praxis es cuestionable, partiendo de la idea de que no pueden llegar a ser lo suficientemente idóneas para intervenir en el legislador en cuanto a la forma como se debe implementar una sentencia. Es riesgoso que la Cancillería, en un afán por implementar la orden de la Corte IDH, resulte excediendo sus facultades como parte del poder ejecutivo a fin de que el legislativo esté en sintonía con la medida implementada. También puede traer inconvenientes que el ejecutivo, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, tome una posición bastante pasiva en la implementación de la medida so pretexto de no inmiscuirse en tareas propias del legislador.

En segundo lugar, el cumplimiento supone un despliegue político cuyo objetivo central es poner al Congreso de la República y a las demás autoridades a tono con el contenido de la orden proferida por la Corte IDH. Es decir, el cumplimiento de una orden requiere una articulación política a favor de la decisión que se va a adoptar, aun cuando formalmente se canalice a través de la Cancillería.

El Ministerio de Relaciones Exteriores tendrá la tarea de acercarse al legislador, a la administración central o a la administración territorial para promover la modificación existente, en razón de que la supervisión y el cumplimiento se harán exigibles al Estado en su totalidad y no a ciertas autoridades en particular. Un caso paradigmático de esto se evidenció en el caso del Consejo de Calificación Cinematográfica chileno, pues se debió cambiar la Constitución para efectos de eliminar esta entidad y, así, lograr la realización efectiva y el respeto del derecho humano vulnerado.⁴⁶

Ahora bien, el tema tiene a todas luces un alto componente político en su implementación. En su momento, en el caso de Chile había un importante acuerdo político en el cumplimiento del fallo, que hizo que el poder constituyente finalmente aprobara la modificación en los términos establecidos. Esto lleva a aseverar que es indiferente o poco relevante que la decisión de la Corte IDH o la CIDH se oriente a que una autoridad lleve a cabo su modificación o eliminación de conformidad con los criterios establecidos por la una o por la otra, dado que, finalmente, se requiere de un importante consenso de tinte político para su ajuste.

5.2. El diseño institucional para la consecución efectiva de la alineación política

El diseño institucional resulta de vital importancia para el cumplimiento, en la medida en que la adecuada alineación política exige que se tomen medidas al interior del Estado que sean coherentes con las de la Corte IDH. El alto componente político del que se ha hecho mención también se traduce en el diseño institucional que se va a proponer fruto de la sentencia interamericana.

⁴⁶ Cfr. Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile..., cit., párrs. 86 y ss.

La decisión de crear, modificar o eliminar una autoridad viene sustentada en un componente de discrecionalidad que tiene el mismo Estado para fijarlo así.

En adición, resulta importante identificar el tipo de entidad que puede cumplir con el cometido de lo establecido por la Corte IDH o la CIDH, ya que existen diversas tipologías de autoridades en la Administración pública. Bajo una lógica continental, de herencia francesa, se habla de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, entre otras, que son identificadas y reguladas de manera diferenciada por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que en algunos aspectos tiendan a asimilarse. En cambio, en el sistema anglosajón hay una lógica de agencias con competencias concretas, lo cual sirve para establecer límites mínimos de un determinado tipo de competencias que no se pueden atribuir a cierta autoridad. Esto, sin duda, va de la mano con los límites sustantivos que se mencionaron.⁴⁷

Con todo, el punto clave aquí es lo que cada Estado entiende por cumplimiento del asunto dependiendo de la situación. Por ejemplo, en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, entiende que el ajuste se da en la inclusión de competencias concretas atribuidas a la entidad encargada de adelantar el control disciplinario de los funcionarios públicos en un determinado sentido. Así, la Ley 2094 de 2021, por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones relacionadas con el acatamiento del fallo del caso *Petro*, en su artículo primero, inciso primero, establece:

Se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley.

Por tanto, el órgano de control encargado de la responsabilidad disciplinaria en Colombia tiene funciones jurisdiccionales

⁴⁷ Caballero Ortiz, Jesús, “La descentralización funcional”, *Revista de Derecho Público*, núm. 8, 1981, pp. 5 y ss.

por virtud de una ley de la República. Ese fue el sentido que el Estado colombiano quiso darle a la organización, como ajuste derivado del cumplimiento de una orden. No obstante, el planteamiento cuestionable que podría formularse es que todos los Estados pueden tener posiciones diversas, por lo que es viable que en otra latitud se entienda que el ajuste adecuado radica en la eliminación de una entidad a través de la Constitución Política o en la supresión de la competencia.

El aspecto problemático en la materia consiste en identificar cuál es el alcance que se le puede dar a la organización administrativa de acuerdo con el análisis que se llegue a hacer en el ordenamiento jurídico interno. Es factible hacer un análisis de interés donde se cuestione si el poder constituido puede eliminar órganos autónomos, como la Procuraduría General de la Nación o la antigua Autoridad de Televisión, en aras de evitar un escenario de sustitución de la Constitución, sin desmedro de la inexistencia de cláusulas pétreas.

Esta, verbigracia, es una discusión que no se origina a nivel interamericano. La Corte IDH ordena adecuarse a los lineamientos de la CADH y cada Estado, en ejercicio de su soberanía, analiza cómo lo impacta. La CIDH, por su parte, sí se encarga de dar ese tipo de órdenes directas, aunque no desarrolle ese análisis.

VI. CONCLUSIÓN

En la normativa interamericana no se encuentran reglas concretas en materia de la organización administrativa, pues su configuración es de fines para el cumplimiento de derechos humanos. Sin embargo, la jurisprudencia interamericana, al interpretar dichos fines, ha establecido órdenes concretas u órdenes que para ser implementadas exigen la alteración de la organización administrativa de los Estados.

A lo largo de este trabajo se ha podido notar que los estándares interamericanos se incorporan dentro de los límites sustantivos a la potestad organizatoria de los Estados. Si bien este último concepto había estado asignado tradicionalmente a límites legales y constitucionales, lo cierto es que la influencia directa que tiene

la jurisprudencia interamericana sobre los Estados exige la ampliación de dichos límites para incluir aquellos de naturaleza convencional. A su vez, esta lectura de los límites sustanciales abre un debate para nuevos estudios en el sentido de determinar el alcance de esta modificación de la organización administrativa por parte de la Corte IDH como consecuencia “indirecta” del cumplimiento de los estándares interamericanos, sobre un aspecto tan propio de los Estados como es la definición de su estructura.

Finalmente, la implementación de los estándares será un asunto de permanente análisis en este tema. En ocasiones los estándares no contienen determinaciones estrictas frente a la forma de organización administrativa, por lo que su cumplimiento se deja a la discrecionalidad del Estado, que cumple desde el enfoque de propio ordenamiento jurídico. Esto ha sido objetado algunas veces con ocasión de la supervisión de cumplimiento, a efecto de hacer notar que una organización administrativa fijada en función del respeto y garantía de los derechos humanos es indispensable para el adecuado cumplimiento de la Convención.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von, “The Transformative Mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 2019-16.
- BROTÓNS, Antonio Remiro *et al.*, *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- CABALLERO ORTÍZ, Jesús, “La descentralización funcional”, *Revista de Derecho Público*, núm. 8, 1981.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, *Coordinación y autonomía en la Administración pública. Fórmulas para superar la tensión entre la relación interadministrativa de coordinación y la garantía de la autonomía local*, Madrid, Aranzadi, 2019.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración pública”, *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, 2019.

- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “El *soft law* como instrumento para dirigir al gobierno local”, *Reala*, núm. 12, 2019.
- FALLETI, Tulia, *Decentralization and Subnational Politics in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Barcelona, Atelier, 2001.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1991.
- NIGRO, Mario, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1966.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “La administración. Función pública”, *El derecho público de finales del siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997.
- RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RIVERO, Jean, *Derecho administrativo*, 9a. ed., Caracas, Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, 1984.
- ROA, Jorge Ernesto, “Las instituciones nacionales de derechos humanos y el círculo virtuoso de ampliación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2019, <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/10430-2/>
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 20a. ed., Bogotá, Temis, 2017, t. I.
- SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2019.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 13a. ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- TEROL BECERRA, Manuel José, “El interés general. Su importancia en el esquema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 46-47, julio de 1985.

El procedimiento administrativo en Latinoamérica. Una perspectiva desde el *Ius Commune*

Zulima Sánchez Sánchez

SUMARIO: I. Interamericanización de los derechos de las personas en el procedimiento administrativo: marco conceptual. II. Interamericanización de las garantías del procedimiento administrativo: marco normativo. III. Estándares del Sistema Interamericano en materia de procedimiento administrativo: jurisprudencia de la Corte IDH. IV. Impacto transformador de la interamericanización del procedimiento administrativo: diálogo judicial. Bibliografía.

I. INTERAMERICANIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: MARCO CONCEPTUAL

La interamericanización del procedimiento administrativo supone el reconocimiento de una serie de garantías supranacionales aplicables al procedimiento y que deben ser cumplidas por la Administración y las autoridades a su servicio y aplicadas por los jueces. Este proceso de interamericanización tiene lazos comunes con el proceso de construcción del *Ius Publicum Europeum*. En Europa el derecho público se formula conjuntamente por el derecho de la Unión Europea y el de los Estados miembros.¹ En

¹ Häberle, Peter, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ*, vol. 263, 1991, p. 263; Piovesan, Flávia, “Proteção dos direitos sociais: desafios do

América Latina se puede hablar de un proceso similar que recibe el nombre de *Ius Constitutionale Cummune* y que se deriva de la evolución conjunta de las figuras de derecho público en América Latina, la influencia de los Estados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la de esta en los Estados. Por tanto, se trata de un proceso de triple hélice que se retroalimenta:

En primer lugar, los Estados influyen en la construcción de los principios y normas que rigen el proceso administrativo reflejados en sus códigos de derecho administrativo. De manera habitual, los países, como parte del proceso de codificación de normas administrativas de procedimiento, toman como referencia esos principios y procedimientos de otros Estados y generan un proceso común de codificación con garantías y rasgos jurídicos similares que funcionan como estándares de protección de los derechos de las personas en el procedimiento. Esos estándares inspiran también las resoluciones que ha ido adoptando la Corte IDH.

La Corte IDH ha funcionado como tribunal administrativo, fortaleciendo ese proceso de codificación en materia de procedimiento administrativo, consolidando esos criterios o garantías comunes aplicables a todas las administraciones del entorno latinoamericano y como garante de su correcta aplicación y cumplimiento por los Estados.

La aportación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) al proceso de interamericanización se ha producido mediante dos de las funciones que le son reconocidas en el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA): por un lado, mediante su función judicial de supervisión que actúa ante la violación de derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y

Ius Commune sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 206 y ss.; Góngora Mera, Manuel Eduardo, “El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos”, en Bogdandy, Armin von et al. (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México, IJ-UNAM-MPIL-DFG, 2018.

otros tratados de derechos humanos y, por el otro, mediante su función consultiva respecto a las consultas que formulan los Estados de la Organización de los Estados Americanos (OEA) o los informes que emite. Sobre todo, mediante estas dos funciones, la Corte IDH va estableciendo esos estándares latinoamericanos en materia de procedimiento administrativo.²

Como sucede en la Unión Europea con la labor de la jurisdicción, el proceso de interpretación de las normas es abierto. Esto ha permitido a la Corte IDH ser caja de resonancia del proceso codificador del procedimiento administrativo latinoamericano y servir de mecanismo garantizador de su cumplimiento.³ Ante el incumplimiento del ejecutivo y la ineficacia del sistema judicial, también se ha erigido como tribunal administrativo en materia de procedimiento.

La protección jurídica del derecho al debido proceso en sede administrativa se realiza aplicando el artículo 8 de la CADH. Esta ha sufrido un proceso de interpretación fluido modelador de su contenido en aras de garantizar los derechos de las personas ante la Administración y el poder ejecutivo. El artículo 8 reconocía el derecho al debido proceso. Después se amplió su ámbito de aplicación más allá de la sede judicial, permeando el proceso administrativo, la forma de emisión de actos por parte del poder ejecutivo, de la Administración y sus funcionarios. Como ha destacado Gutiérrez Colantuono, “una interpretación restrictiva del artículo 8, que no extendiera su ámbito de aplicación al proceso administrativo, conllevaría una gran limitación en la protección de los derechos que persigue proteger el Sistema Interamericano”.⁴

La Corte IDH, en diferentes opiniones consultivas, ha destacado la importancia de una interpretación extensiva de la “[...] intangibilidad del debido proceso [que] comprende todas las ma-

² OEA, Estudio de estándares sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

³ Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 42.

⁴ Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 66.

terias y todas las personas, sin discriminación alguna”.⁵ El objetivo esencial es la protección de los derechos humanos mediante el cumplimiento, por parte de los Estados, de sus obligaciones como firmantes de la propia CADH. Como sucede en el ámbito europeo, se aprecia una competencia judicial a caballo entre los órdenes constitucional y contencioso-administrativo.⁶

Si nos fijamos en la actividad impugnada, la Corte IDH realiza funciones propias del ámbito de revisión contencioso-administrativo, ya que:

Por un lado, tanto las personas físicas como las jurídicas (grupos de interés) reclaman el cumplimiento ante la Corte IDH del derecho al debido proceso si este se ha vulnerado por los Estados o sus funcionarios. Este constituye el requisito objetivo.

Por el otro lado, se cumple con un segundo requisito: el subjetivo. Tienen condición de parte en los procesos administrativos las administraciones públicas u organismos obligados a utilizar el derecho administrativo en su régimen de funcionamiento interno (órganos constitucionales, defensor del pueblo, poder judicial, cortes).

La interamericanización del procedimiento administrativo, por tanto, encuentra en el SIDH un intérprete supranacional que enumera y describe los requisitos que la producción de cualquier acto administrativo debe cumplir para ser una verdadera garantía. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH realizan labores sistematizadoras e interpretativas de principios aplicables al procedimiento administrativo. También supervisa el cumplimiento y suple a los mecanismos administrativos y de justicia ordinaria y constitucional si en los

⁵ Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 7.

⁶ Lagrange, Maurice, *La Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, RDP 1954, pp. 417 y 434. El autor ve el papel predominante del Tribunal de Justicia como jurisdicción administrativa. Schwarze, Jürgen, “Stellung und Funktion des Europäischen Gerichtshofes im Verfassungssystem der Europäischen Gemeinschaft”, *Integration*, vol. 17, núm. 4, octubre de 1994, pp. 215-229, Nomos Verlagsgesellschaft mbH, n. 61, pp. 13 y 15.

Estados fallan y no se tutelan esos derechos de las personas en el procedimiento.

Todo ello es posible porque el incumplimiento de la CADH, su control y revisión por la Corte IDH, afecta a las disposiciones de carácter normativo y a todas las expresiones del poder público, entre las que se encuentran los actos administrativos y también la inactividad de la Administración. Por otro lado, la competencia de revisión del cumplimiento de los derechos de la Carta por parte de la Corte IDH se ejerce sobre las sentencias de tribunales ordinarios contencioso-administrativos o constitucionales.

“Desde la óptica de la Corte IDH, lo único definitivo es su propia determinación de la compatibilidad o no con la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales del Estado demandado”.⁷ Por tanto, actúa como jurisdicción supranacional estableciendo estándares para que el procedimiento administrativo sea garantía de protección de los derechos humanos o libertades fundamentales recogidos en la CADH y provoca una interamericanización del procedimiento administrativo con estándares comunes a todos los países de América Latina contribuyendo a la formación del *Ius Constitutionale Comune*⁸ y delineando unos estándares de derecho administrativo común. Estos estándares amplían el ámbito de la conceptualización del procedimiento administrativo para buscar sus premisas y principios en una esfera que va más allá de la perspectiva nacional y buscando lineamientos de regulación con características generales.⁹

⁷ Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, núm. 90. Voto razonado de los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez, párr. 6.

⁸ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017, pp. 138 y 139.

⁹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer

II. INTERAMERICANIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:
MARCO NORMATIVO

El régimen normativo del SIDH está formado por los tratados fundacionales de la OEA y todos aquellos tratados que se han aprobado posteriormente en materia de protección y garantía de derechos humanos.¹⁰ A lo largo de los años, el régimen normativo ha ido evolucionando con la creación de unos estándares fruto de la labor de dos instituciones: la Corte IDH y la CIDH. Las instituciones crean los estándares partiendo de tres elementos normativos esenciales: la Carta de la OEA, de 1948; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, y la CADH, de 1969. Para elaborar los estándares en materia de procedimiento, estas dos instituciones parten del texto de la CADH, en concreto, de su artículo 8.

El procedimiento administrativo se desarrolla en nuestros Estados siguiendo el mandato constitucional que obliga al legislador y al poder ejecutivo a garantizar el debido proceso en sede administrativa. La producción de actos y reglamentos del Estado debe desarrollarse por normas internas de cada país. Ello es necesario para adaptarlas a la realidad de sus administraciones, a su modelo territorial, a su personal, para implementarlas, y, por tanto, podría decirse que es en el seno de las competencias de los Estados donde debe producirse el desarrollo normativo del procedimiento.

Esta competencia estatal sobre las normas de procedimiento no es excluyente de la incorporación de realidades supranacio-

Mac-Gregor, párr. 88 (augurando que el control de convencionalidad difuso llevará a “un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *Ius Constitutionale Commune* en las Américas”). Landau, David, “Judicial Role and the Limits of Constitutional Convergence in Latin America”, en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017; Machado, Juan Pedro, “El procedimiento y procesos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Steiner, Christian y Machado, Juan Pedro (ed. y coord.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, KAS, 2009, p. 123.

¹⁰ Salmón, Elizabeth, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2019, p. 41.

nales al mismo, y en Latinoamérica se produce por dos vías. En primer lugar, y como hemos visto en el apartado anterior, hay un proceso codificador en América Latina con rasgos muy similares a todos los países del continente que va haciendo que la regulación del procedimiento tenga rasgos comunes. Por otro lado, el impacto del SIDH demuestra el fenómeno descrito desde el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL): existen estándares comunes que tienen su origen en las interpretaciones de los tratados por parte de la Corte IDH y la CIDH. Estas interpretaciones suponen un mandato transformador y un diálogo común de las constituciones latinoamericanas sobre los derechos humanos y cómo estos deben ser respetados por la Administración pública y los funcionarios de los Estados en su actuación, garantizando así una mayor legitimidad democrática.¹¹

Teniendo en cuenta lo anterior, parecería que la OEA no podría formar parte del proceso de definición del procedimiento administrativo, por no estar dentro de su esfera competencial. Esta afirmación tiene dos límites que se imponen a los Estados firmantes de la CADH y sujetos a la Carta:

El primero se deriva del artículo 17 de la Carta de la OEA cuando indica “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. El procedimiento de elaboración de actos debe asegurar que las instituciones administrativas y el poder judicial *respetan* la protección de los derechos humanos. El procedimiento es, por tanto, un mecanismo que debe asegurar el respeto a los derechos humanos que sea garantizada y controla por la Corte IDH.

En segundo lugar, si se analiza el artículo 1.1 de la CADH, se puede identificar la segunda exigencia que deben cumplir los Estados: respetar y obligar a sus agentes a que respeten los derechos humanos y *garantizar* que en sus actuaciones el poder públi-

¹¹ Bogdandy, Armin von, “The Transformative Mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 2019-16, pp. 3 y 4.

co y sus funcionarios cumplen con esos derechos. Para ello, los Estados deben “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos Humanos”.¹² El procedimiento administrativo, desde la perspectiva de la CADH, debe articularse por los Estados como una garantía de protección y respeto al pleno ejercicio de los derechos humanos.

2.1. Análisis del cumplimiento: aplicación global al procedimiento administrativo de los estándares que garantizan el debido proceso administrativo

La aplicación de la CADH en la producción de actos del poder ejecutivo en América Latina implica que el respeto a los derechos humanos es el límite al que debe someterse el ejercicio del poder público. También las actuaciones se someten al principio de legalidad en aplicación del Estado de derecho. Las decisiones que emanen de cualquier poder del Estado y que estén sujetas a las normas del procedimiento administrativo deben cumplir con lo establecido en la norma nacional de procedimiento, respetar el derecho al debido proceso de emisión de actos y reglamentos y, además, someterse al derecho convencional, que no es un derecho rígido, sino resultado de una construcción continua y sometida a la reinterpretación y adaptación a la realidad social, política, económica o sanitaria de cada momento.¹³

¹² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C, núm. 346, párr. 121. En el mismo sentido, Salmón, Elizabeth, *op. cit.*, p. 56.

¹³ Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 85, párr. 28; *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 82, párr. 75; *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 84; OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie

El método que se utiliza para revisar el cumplimiento es similar al europeo. Se basa en el análisis global de los procedimientos con el fin de conocer si el ciudadano gozó de las debidas garantías en el procedimiento de emisión de actos administrativos. Por tanto, no se revisa cada una de las fases del procedimiento, como hace la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que se somete a una revisión unitaria.¹⁴ Esa revisión pretende descubrir si el procedimiento cumplió con el principio que regula su carácter contradictorio y, por ende, si el ciudadano fue oído, si se le dejó presentar pruebas y, en definitiva, si estuvo en una situación de igualdad o desventaja con respecto a la Administración. Este proceso equitativo se regula en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales y en el artículo 8 de la CADH, que establece las garantías de las personas en el proceso administrativo con el fin de que la producción de normas y actos administrativos y la actuación de las autoridades públicas, en general, no contravengan los estándares de la CADH y la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte IDH en materia de procedimiento.¹⁵

A, núm. 16, párrs. 58, 114 y 128; OC-7/86. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 29 de agosto de 1986. Serie A, núm. 7, párr. 21; OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4, párr. 21; OC-3/83. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párr. 48.

¹⁴ TEDH. *Caso Galstyan vs. Armenia*. Sentencia de 15 de noviembre de 2007, núm. 26986/03, párr. 77; *Caso Bass vs. Hungría*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 47; *Caso Helle vs. Finlandia*. Sentencia de 19 de diciembre de 1997, párr. 53; *Caso H. vs. Francia*. Sentencia de 24 de octubre de 1989, párr. 61.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 2, párr. 120; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119, párr. 133. CIDH, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 03/01, Caso 11.670, Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (sistema provisional), Argentina, 19 de enero de 2001, párr. 46. Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *op. cit.*, p. 28.

En este apartado responderemos a la pregunta de si existen estándares comunes que informen el procedimiento administrativo para la región y que provengan del SIDH. El método para realizar este análisis, como se ha dicho, tendrá en cuenta esa visión unitaria del proceso con el fin de identificar si las prerrogativas públicas respetaron los “límites infranqueables [...] del respeto a los derechos humanos y la garantía del debido proceso”.¹⁶

2.2. Exégesis normativa: interpretación extensiva del artículo 8 a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH interpreta la Convención y con sus fallos impone exigencias a los Estados que son parte del litigio. También actúa como un tribunal supranacional que armoniza criterios para toda América Latina, actuando como una suerte de Corte Constitucional¹⁷ e incluso como un tribunal administrativo.¹⁸ El artículo 8 de la Convención ha sido objeto de una interpretación extensiva, lo que le ha permitido erigirse como la norma convencional que garantiza unos principios y una serie de actuaciones y trámites para hacer efectivos los derechos en el procedimiento. El derecho al debido proceso administrativo se reconoce en las constituciones latinoamericanas aprobadas a finales del siglo pasado, lo que facilita que la Corte IDH extienda el ámbito material de aplicación del precepto, en especial desde el fallo *Baena, Ricardo y otros*.

La Corte IDH había emitido resoluciones previas *fundadoras*¹⁹ que consideraron por primera vez la idea de ampliar el artículo 8 al proceso administrativo. Estas consideraciones fueron tangenciales:

¹⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 126.

¹⁷ Armin von Bogdandy y René Uruña sostienen que la Corte IDH “[...] actúa en gran medida como una corte constitucional”. Bogdandy, Armin von y Uruña, René, “International Transformative Constitutionalism in Latin America”, *American Journal of International Law*, núm. 114, 2020, pp. 403 y 408.

¹⁸ Véase cap. 1, parte IV, de esta obra.

¹⁹ Véase Machado, Juan Pedro, *op. cit.*, pp. 132-141.

La primera resolución fue la opinión consultiva (OC) 9/87,²⁰ en la que se advierte que, pese a la literalidad del precepto, su contenido material puede aplicarse a otros procedimientos. La segunda fue en el asunto *Tribunal Constitucional vs. Perú*, en la sentencia de 31 de enero de 2001,²¹ en el que se analizaba el procedimiento que se había seguido para la destitución de varios magistrados del Tribunal Constitucional de Perú, pero el procedimiento de remoción no se había adoptado en una Administración pública, sino en el Congreso y, por tanto, el contenido de la decisión no se podía hacer extensible a los procedimientos administrativos, ya que la destitución no fue consecuencia de un acto administrativo o formalmente efectuado mediante un procedimiento que se rigiera por las normas del procedimiento administrativo.²²

La sentencia que resolvió el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, en 2001, es la que extiende de forma expresa el ámbito de actuación del artículo 8 al procedimiento administrativo —en un principio en materia sancionadora hasta 2005, que se expande a cualquier procedimiento—.²³ En este caso, el Tribunal tuvo que analizar si el procedimiento aplicado para la destitución de 270 trabajadores del Congreso de Panamá fue correcto o si, considerado de forma global, vulneró los derechos fundamentales. Dos párrafos son esenciales en esta sentencia, el 123 y el 124:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de

²⁰ Corte IDH. OC-9/87. Garantías judiciales en casos de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 6 de octubre de 1987. Serie A, núm. 9, párr. 29.

²¹ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 142.

²² Esta opinión restrictiva se refleja también en Machado, Juan Pedro, *op. cit.*, p. 134.

²³ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, *cit.*

un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

Tras esa sentencia aparecieron otras que aclaran que es el artículo 8 de la CADH el que se aplica, con esa interpretación extensiva desde 2001, al procedimiento administrativo. Es importante el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*²⁴ en materia de extranjería, así como la sentencia adoptada en el litigio *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, importante por extender el artículo 8 a la tramitación de procedimientos de cualquier tipo (no solo sancionadores, como hasta ese momento).²⁵ En el mismo sentido, la sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua*, en materia de procedimiento electoral (pero aplicándose a las reglas del proceso administrativo al realizar el Consejo Supremo Electoral funciones administrativas), que trataba de la denegación de inscripción de candidatos para postularse a las elecciones municipales a una organización indígena.²⁶ También es reseñable la sentencia *Claude Reyes y otros vs. Chile* en materia de procedimiento de acceso a la información pública.²⁷

²⁴ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74. Se analiza la idoneidad del procedimiento seguido para retirar la nacionalidad peruana al recurrente. En el párr. 102 se reitera la aplicación al procedimiento administrativo de extranjería del art. 8 así: “102. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

²⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125. En el párr. 62 dice: “Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención)”.

²⁶ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párrs. 150 y 151. En el mismo sentido: Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrs. 77, 82, 94 y 95.

²⁷ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151. Esta sen-

El precepto tiene dos partes bien definidas: en la primera, del artículo 8.1 se reconoce el derecho de toda persona a gozar de una serie de garantías en todo tipo de proceso que suponga una afectación a sus derechos y obligaciones de cualquier orden, incluido el administrativo. Esas garantías fundamentales implican la materialización, en primer lugar, del principio de carácter contradictorio del proceso administrativo que garantiza el derecho a hacer alegaciones, el trámite de audiencia y la presentación de pruebas (derecho a ser oído). En segundo lugar, la neutralidad e imparcialidad de los agentes que intervienen en la tramitación y el cumplimiento del principio de legalidad, que requiere de una ley previa que otorgue competencia a los órganos y agentes —empleados y funcionarios públicos— que intervienen en el procedimiento (por un tribunal competente). Por último, el proceso debe asegurar el cumplimiento del principio de oficialidad y celeridad del procedimiento administrativo (en plazo razonable). Siguiendo un criterio hermenéutico de interpretación extensiva, y aunque el precepto podría entenderse articulado, inicialmente, para procesos judiciales, y más concretamente para procesos penales, se ha abierto y ha permitido garantizar los derechos de las personas en los procedimientos administrativos.

En una segunda parte del precepto, apartados 2 a 5, se articulan las garantías que permiten hacer efectivos los principios del apartado primero:

- 1) El derecho a contar con un traductor, esencial y que tiene especial relevancia en procedimientos especiales como el de reconocimiento de asilo en materia de extranjería o en aquellos en los que las partes provienen de comunidades indígenas.
- 2) El derecho a conocer el expediente administrativo y, con ello, a conocer qué normas y motivaciones permiten a la Administración restringir derechos o generar obligaciones, es decir la comunicación previa o notificación del inicio del procedimiento.

tencia es muy importante porque extiende mucho el ámbito de aplicación del artículo 8.1. Tanto que contó la misma con dos votos particulares disidentes de los jueces Abreu Burelli y Medina Quiroga. Este voto provocó la emisión de un voto razonado del juez García Ramírez.

- 3) La garantía del derecho de prueba y de un plazo para presentar las mismas, así como hacer alegaciones.
- 4) La posibilidad de ser asistido por un abogado en los procedimientos administrativos.
- 5) En procedimientos sancionadores, el derecho a no declararse culpable.
- 6) Por último, el derecho a recurrir las decisiones en sede administrativa o en sede judicial.²⁸

III. ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO
EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La jurisprudencia de la Corte IDH establece tres límites a la competencia atribuida a los Estados en materia de procedimiento: en primer lugar, hace referencia a unos criterios comunes para el control de la discrecionalidad que imponen el respeto de los derechos fundamentales y el derecho al debido proceso. En segundo lugar, un mandato para limitar la actuación opaca y poco transparente de la Administración y que permita la revisión (notificación de la iniciación del procedimiento, publicidad de la actuación de la Administración, posibilidad de revisión judicial). En tercer lugar, articula unas garantías de las personas interesadas en el procedimiento administrativo (audiencia, representación legal, motivación y plazo razonable de resolución).

**3.1. Estándares para la garantía de los derechos
sociales y el control de la discrecionalidad,
arbitrariedad y discriminación**

En este apartado se analizan, desde la perspectiva del ICCAL, los criterios que se han establecido por el SIDH como estándares o premisas que toda emisión de actos administrativos debe cum-

²⁸ Esta interpretación extensiva también ha sido asumida por la doctrina. Véase Colantuono, Pablo Ángel, *op. cit.*, pp. 55-62.

plir y que sirven de doble garantía: por un lado, el respeto de los derechos humanos por la Administración pública y sus agentes en el proceso de producción de actos y normas de la Administración que sirve de refuerzo del Estado de derecho y, por el otro, la garantía de la tutela efectiva del acceso en igualdad a derechos sociales, que refuerza el Estado social que se ha ido ampliando en ámbitos como vivienda, salud, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados.²⁹ También servirán al poder judicial y a las cortes constitucionales para supervisar el sometimiento de la Administración al derecho y para reforzar el Estado social y la igualdad en el acceso, controlando la discrecionalidad y estableciendo “reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que puedan fomentar márgenes inadecuados de discrecionalidad [...] prácticas arbitrarias o discriminatorias”.³⁰ Por tanto, aquí se describe el test de convencionalidad que todo código administrativo debe pasar, así como la aplicación que de los mismos hagan los funcionarios y empleados públicos en los países sometidos a la Convención.

Para establecer estos estándares, que se identifican por principios e instrumentos procedimentales, se han tomado en cuenta los informes de la CIDH y la jurisprudencia emanada de la Corte IDH y, por tanto, podemos hablar de los estándares del SIDH para la garantía de los derechos humanos de las personas en el procedimiento administrativo, enmarcado en una comprensión del derecho al debido proceso que extiende su ámbito de aplicación al procedimiento administrativo según el artículo 8.1.³¹

²⁹ CIDH, Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, III. Debido proceso administrativo y garantía de derechos sociales, 7 de septiembre de 2007, p. 21, párr. 96.

³⁰ *Idem*.

³¹ “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El control de la discrecionalidad no es contrario a la libertad de la Administración de actuar, sino que, como ha indicado la doctrina, se trata de establecer “un margen de apreciación más allá del cual es preciso no ceder”, con el fin de impedir la arbitrariedad en las decisiones del ejecutivo. La arbitrariedad y su significado fueron definidos por Locke ya en el siglo xvii e implica necesariamente que el poder se someta a los límites de la razón y sea confinado al servicio de los fines que exigen que sea absoluto. El procedimiento administrativo es una institución que tiene como fin satisfacer las pretensiones para las cuales se articula. Así se consigue el control de la arbitrariedad.³²

Este control es esencial para garantizar la igualdad en el acceso a los derechos sociales y tradicionalmente se somete a un doble test:

En primer lugar, un test de racionalidad en el que se deben comprobar cuatro aspectos que, de incumplirse, provocan la anulabilidad de la decisión administrativa: uno, la adecuación de los hechos, que conlleva que la Administración no puede desfigurar o modificar la realidad cuando adopta una decisión. Por tanto, la práctica de la prueba es esencial para cumplir con este aspecto. Dos, tomar en consideración factores jurídicamente relevantes para adoptar las decisiones. No podrá basarse una decisión en aspectos mínimos que no gocen de relevancia. Dichos factores deben identificarse en el ordenamiento jurídico, y aquí es esencial tener en cuenta las normas supremas del Estado, pero también el derecho internacional y la protección de los derechos humanos reconocidos en la Carta. Por último, es preciso que el acto administrativo esté razonado, es decir, motivado, y que el razonamiento no tenga errores lógicos.

La segunda forma de control es aplicar el test de razonabilidad: si la decisión de la Administración o el acto administrativo adolecen de incoherencia por su falta de adecuación al objetivo de la norma y no satisfacen el fin para el cual se crearon, el procedimiento es desproporcionado.³³

³² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 515-524.

³³ *Ibidem*, pp. 521-523.

Para el SIDH existe un tercer modo de control y es aplicar el test del respeto a los derechos humanos como límite a la discrecionalidad. En el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* se dice: “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la 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 esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados”.³⁴ Por tanto, los órganos de la Administración encargados de tomar decisiones tienen que cumplir con el mandato transformador de la realidad, que debe tender a que en Latinoamérica se intente luchar contra las desigualdades que existen y respetando los derechos humanos desde las instituciones de la Administración.³⁵

También, en el informe del caso 11.430, México, de 15 de octubre de 1996, párrafo 114, se señala:

[...] La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario cualificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquel en vista del cual le han sido conferidos, o, para retener la fórmula de la jurisprudencia, para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio.³⁶

En este caso, la CIDH entendió que hubo desviación de poder por parte de la Secretaría de la Defensa Nacional de México contra el recién ascendido general brigadier, doctor José Francis-

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, cit., párr. 126.

³⁵ Bogdandy, Armin von, “El mandato transformador del Sistema Interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario”, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer democracias frágiles y desiguales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020, p. 31.

³⁶ CIDH, Informe 43/96, Caso 11.430, México, 15 de octubre de 1996, párr. 114.

co Gallardo Rodríguez, contra el que se iniciaron expedientes de investigación previas para hostigarle e intimidarle, y no porque existieran indicios de hechos típicos por los cuales ser sancionado.

Otro de los casos de la Corte IDH que debe tenerse en consideración es el de *Cinco Pensionistas vs. Perú*.³⁷ En este caso, la Superintendencia de Banca y Seguros de Perú, una vez que se habían establecido las cantidades a cobrar en concepto de pensión, decidieron reducir las cuantías de sus pensiones a la quinta o sexta parte de su valor nominal. Todo ello inejecutando las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de Perú, que habían conminado al pago de las pensiones completas, teniendo en cuenta la legislación aplicable en el momento de su jubilación. El incumplimiento del Estado hizo a los recurrentes acudir a la Corte IDH, la cual fijó en la sentencia varios límites al actuar de la Administración a todas luces arbitrario, por cuanto la modificación de las cuantías a recibir no se realizó mediante ningún procedimiento que garantizara a los pensionistas el derecho a ser oídos. Por tanto, el control de la arbitrariedad es posible gracias al procedimiento administrativo que, en ningún caso, puede soslayarse. Por otro lado, ante el incumplimiento de los requisitos administrativos, también cabe acudir a la sede judicial y las decisiones judiciales deben ser acatadas.

El supuesto de Eduardo Perales Martínez, Informe 57/05, está vinculado con este caso, en lo que se refiere a la vulneración de derechos por existir una actuación sin un procedimiento y, por tanto, discrecional.³⁸ En este caso, el recurrente fue desvinculado por el director de Carabineros de la policía de Chile sin que existiera un debido proceso. Mediante un decreto fue desvinculado de su carrera profesional, que había ejercido durante 13 años, sin garantías propias del debido proceso. La cuestión es si los oficiales de policía tienen derecho a un debido proceso para ser

³⁷ Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.

³⁸ CIDH, Informe 57/05, Petición 12.143, Admisibilidad, Eduardo Perales Martínez, Chile, 12 de octubre de 2005.

destituidos. En el informe se establecen límites a la competencia de los Estados a tomar decisiones políticas o de Gobierno. Los límites se encuentran en la afectación del ejercicio de derechos individuales establecidos en la CADH, entre ellos el derecho a un debido proceso.³⁹

Otro supuesto relevante en materia de control de discrecionalidad del personal al servicio de la Administración es el de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*.⁴⁰ En este caso se exige al Estado dominicano la articulación de mecanismos para que el proceso administrativo sea claro, identifique bien los derechos de las personas y permita un control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los funcionarios que evite que con sus actuaciones se vulneren derechos, y esto pueda llevar a situaciones de discriminación de minorías y grupos vulnerables, en este caso de niños.⁴¹

En este supuesto, los funcionarios del Registro Civil dominicano, ante la falta de un procedimiento claramente establecido, no permitieron a las menores obtener sus actas de nacimiento, lo que provocó un contexto de irregularidad (fueron consideradas apátridas) que las colocó en una situación de vulnerabilidad extrema en la que no podían gozar de derechos tan importantes como el acceso a la educación elemental. El tribunal afirmó, con respecto al proceso:

Los requisitos deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención.

³⁹ *Ibidem*, párrs. 17 y 36.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130.

⁴¹ Sobre la importancia de que la Administración y sus empleados públicos generen las condiciones adecuadas para no poner en riesgo grupos vulnerables puede verse las siguientes opiniones consultivas: Corte IDH. OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17 y OC-18/03..., *cit.*

[...] La Corte también considera necesario que el Estado implemente, en un plazo razonable, un programa para la formación y capacitación en derechos humanos, con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de los funcionarios estatales encargados de la inscripción de nacimiento, en el cual se les instruya sobre la especial situación de los menores de edad y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación [...].⁴²

Lo interesante de este caso es la doble garantía que impone la Corte IDH al Estado dominicano para garantizar el control de la discrecionalidad: en primer lugar, la aprobación de un procedimiento claro de inscripción en estas situaciones excepcionales y, en segundo lugar, la implementación “de un programa para la formación y capacitación en derechos humanos con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de los funcionarios estatales encargados de la inscripción o registro de nacimiento, en el cual se les instruya sobre la especial situación de los menores de edad y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación”.

3.2. Garantías procedimentales para el control de la actividad administrativa. Transparencia y revisión del procedimiento administrativo (motivación, publicidad de la actuación de la Administración, posibilidad de revisión judicial)

La motivación del procedimiento es una garantía para los interesados y permite articular su derecho a la defensa tanto en sede administrativa como en una ulterior vía judicial. Saber las normas en las que la Administración basa su actuación es una buena forma de control de la discrecionalidad y del sometimiento de su actuación al principio de legalidad. También permite comprobar los hechos en los que se basó la resolución. La Corte IDH ha reconocido en diversas sentencias la necesidad de motivación de las decisiones administrativas y la ha vinculado con el artículo 8.1 de la CADH, aunque dicha garantía no se menciona de forma expresa.

⁴² Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana...*, cit., párrs. 240 y 242.

Si se toma como referencia el caso *Yatama vs. Nicaragua*, vemos que en su párrafo 152 se afirma que las decisiones “[...] deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. En el apartado siguiente se dice que parte de esa motivación pasa por, al menos, tres requisitos: en primer lugar, indicar las normas en las que se fundamenta la decisión; en segundo lugar, vincular los hechos al contenido o marco jurídico objetivo y subjetivo de la norma y, por último, argumentar las consecuencias que tiene la aplicación de la norma en los derechos de las personas y la actuación de la Administración. El caso *Yatama* se refiere a los motivos alegados por el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua para excluir a un grupo de personas para que no participen como candidatas en el proceso electoral municipal. El párrafo 153 es el que determina esos tres criterios: “[...] señalar las normas en las que se fundamentaban los requisitos que estaba incumpliendo Yatama, los hechos en que consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello”.

La exigencia de motivación se recalca de forma expresa en el caso *Roger Herminio Salas Gamboa vs. Perú*, en el que se alegó que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura de Perú no motivaron la no ratificación del recurrente en su cargo de vocal titular de la Corte Suprema.⁴³

Por tanto, son importantes los motivos o, como dice la Corte IDH, la fundamentación para el control de las decisiones administrativas, ya que permiten la revisión del incumplimiento de decisiones que, siguiendo el debido proceso, se han tomado de forma arbitraria. La Corte IDH equipara las decisiones administrativas y la motivación a los requisitos formales que deben tener las resoluciones judiciales.⁴⁴ Así, en el caso *Claude Reyes*

⁴³ CIDH, Informe de Admisibilidad 14/03, Petición, Admisibilidad, Perú, 20 de febrero de 2003.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile...*, cit., párr. 118. El art. 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.

y otros vs. Chile, aunque entiende que las características de una sentencia no son iguales que las exigibles en las resoluciones o decisiones administrativas que se adoptan en el proceso, sí destaca que debe cumplirse con las tres garantías antes expuestas. En este supuesto, el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile denegó el acceso al señor Claude Reyes, director ejecutivo de la Fundación Terram, a la información relacionada con un proyecto de industrialización forestal.⁴⁵ Por tanto, la ausencia de un procedimiento claro para recibir contestación en materia de acceso a la información se analiza en este supuesto. Una de las cuestiones que se resaltan en este caso es la importancia de que las resoluciones sean escritas para que puedan expresarse los motivos de la decisión conforme a la triple exigencia: hechos en que se basa la decisión de la Administración, norma que la fundamenta y consecuencias.⁴⁶

En lo referente a la *publicidad*, el SIDH establece una doble perspectiva procedimental: por un lado, hay un mandato dirigido a los Estados para que regulen procedimientos administrativos que garanticen el acceso a la información; en segundo lugar, se remarca la necesidad de que los procedimientos que regulan el funcionamiento de los órganos colegiados del Estado articulen mecanismos que hagan posible el acceso a las decisiones y la transparencia;⁴⁷ en tercer lugar, se requiere que, en todo procedimiento, haya una fase de audiencia.

Por el otro lado, otra forma de control de la discrecionalidad del órgano es garantizar la *imparcialidad* del mismo y su *competencia*. La Corte IDH no ha resuelto directamente sobre esta

⁴⁵ Se vulneró el art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”. Este artículo protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir, a su vez, que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile...*, cit., párr. 122.

⁴⁷ CIDH, Informe sobre terrorismo y derechos humanos y caso *Claude Reyes y otros vs. Chile...*, cit.

exigencia, pero sí lo ha tratado en algunos supuestos de forma indirecta: “cualquier persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto [...]”.⁴⁸ En los casos de expedientes disciplinarios tramitados contra jueces, la Corte también se refirió a que los órganos que tramitaban estos procedimientos debían tener una composición que garantizara su imparcialidad.⁴⁹

Con respecto a la *competencia* del órgano que dicta la resolución de los procedimientos, la Corte IDH exige que sea el competente, y que dicha atribución se dé mediante norma expresa.⁵⁰

3.3. Derechos de las personas interesadas en el procedimiento administrativo (notificación, audiencia, representación legal, motivación y plazo razonable de resolución)

Notificación. Este trámite garantiza que no se vulnere el genérico derecho a formar parte del procedimiento o personarse como interesado en el mismo. Si no se conoce la existencia de procedimiento, la persona no podrá disfrutar de las garantías que le son inherentes, no podrá acceder al expediente, ni hacer alegaciones, ni presentar pruebas y, por tanto, se vulnerará su derecho de defensa.⁵¹ Así se reconoce en el caso *Ivcher Bronstein*, en el que se privó del título de nacionalidad a una persona porque no se le notificó la existencia del trámite, y lo mismo sucede con la petición Elías Gattass Sahih, ante la CIDH, en la que no se notificó a una

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párr. 77.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...*, *cit.*, párr. 109.

⁵¹ *Cfr. Ibidem*, párr. 98.

persona del inicio de un procedimiento que cambió su estatus migratorio.⁵²

Desde el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, caso emblemático en materia de procedimiento, ya se establecía la necesidad de que todo procedimiento administrativo contara con una fase de *audiencia de los interesados*. Esa audiencia permitirá la formación de voluntad de la Administración habiendo oído antes a las personas cuyos derechos van a verse afectados por la decisión.⁵³ Incluso, la audiencia oral en algunos procedimientos especiales llevaría a considerar adecuado que ciertas víctimas sean “escuchadas en audiencia pública o privada”. La Corte entiende que “[...] la oralidad es una de las ‘debidas garantías’ que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos”.⁵⁴ La CIDH indica que esta garantía de audiencia comprende

a) el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; b) el derecho a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.⁵⁵

La Corte se refiere al *derecho a ser asistido por un abogado* en el procedimiento en los supuestos en los que la actuación de la Administración pueda vulnerar derechos fundamentales. Si bien la Corte IDH no es exhaustiva, puede decirse que los procedimientos sancionadores y de reconocimiento de asilo son los más sensibles y en los que la presencia de abogado puede evitar la vulneración de derechos fundamentales. La defensa por abogado

⁵² CIDH, Informe 9/05, Petición 1/03, Admisibilidad, Elías Gattass Sahih, Ecuador, 23 de febrero de 2005.

⁵³ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, cit., párrs. 133 y 143 y luego lo ratificó en el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...*, cit., párrs. 106 y 110.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela...*, cit., párr. 75.

⁵⁵ OEA, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el SIDH, Ser. LVII.129. Doc.4, 7 de septiembre de 2007, párr. 140.

en un procedimiento siempre debe ser permitida. En los procedimientos de asilo debe garantizarse la asesoría por un abogado, pero no hay obligación para otros supuestos.⁵⁶

Plazo razonable de tramitación del procedimiento. Los procedimientos administrativos se someten a plazos que deben estar articulados en la norma con el fin de que la resolución no vulnere el derecho a una tutela efectiva. Las dilaciones en los procedimientos pueden vulnerar derechos. Los efectos adversos de las dilaciones indebidas en el proceso administrativo son descritos muy bien por la Corte IDH en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. En el procedimiento, dicha comunidad reclamaba la restitución de su territorio ancestral. El procedimiento duró cinco años en lugar de meses. La CIDH alertó sobre los daños concretos que se derivaron del retraso: “Esta situación significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”.⁵⁷ Además, se analizaron los efectos que sobre estos derechos tuvo la demora de la Administración en la tramitación:

65. Al analizar el proceso administrativo de reivindicación de tierras indígenas [...] compete a la Corte analizar la efectividad del mencionado recurso, lo que implica examinar, *inter alia*, el respeto al principio del plazo razonable. Para ello, la Corte recuerda que para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.

[...]

⁵⁶ Cfr. CIDH, Informe 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999, párrs. 74, 75 y 123 y, en especial, párr. 82. Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio, en el marco de su segundo informe de progreso.

⁵⁷ OEA, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el SIDH..., *cit.*, párr. 158.

86. La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si este expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo.⁵⁸

Por tanto, la exigencia de resolución fuera de plazo se permite en casos tasados: que la demora en la resolución sea causa del propio actuar del interesado en el procedimiento o en los supuestos en los que la complejidad del caso requiera de un plazo extraordinario para el análisis (informes de expertos, identificación de afectados —reconocimiento de líderes y personas—, etcétera).

Por último, cabe destacar que el plazo razonable no necesariamente está ligado a la idea de resolución fuera de plazo, sino que la Corte IDH también ha considerado vulnerado el derecho al plazo razonable cuando la Administración, acortando los mismos, vulnera derechos de los interesados:

[...] los tres sacerdotes no tuvieron la oportunidad para preparar su defensa, formular sus alegatos y promover las pruebas pertinentes, teniendo en cuenta lo irrazonablemente breve del plazo en que se ejecutó la decisión gubernamental, y la distancia que los separaba del lugar de su residencia permanente en el Estado de Chiapas, donde se encontraban los testigos o documentos que podrían haber ofrecido en su descargo [...]. En virtud del análisis que antecede, la CIDH considera que las autoridades no cumplieron en tal procedimiento los requisitos exigidos por el texto expreso de la legislación mexicana, por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de dicho país y por la Convención Americana, para hacer efectivo el derecho de audiencia consagrado en el artículo 14 de la Constitución mexicana, compatible con el artículo 8 de la Convención

⁵⁸ Corte IDH. *Caso de la comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay...*, cit. En el mismo sentido, cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay...*, cit., párrs. 2, 88 y 89. “Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que la complejidad de este procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la mencionada demora, el Tribunal la considera desproporcionada y como una violación del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana”.

Americana y con otros instrumentos internacionales de derechos humanos [...].⁵⁹

IV. IMPACTO TRANSFORMADOR DE LA
INTERAMERICANIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO: DIÁLOGO JUDICIAL

Desde la perspectiva del ICCAL, y teniendo como precedente el llamado *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano,⁶⁰ puede analizarse el impacto transformador que el SIDH ha tenido en las garantías de los derechos de las personas y en los derechos fundamentales a través de una interamericanización del derecho al debido proceso en sede administrativa. Se produce así una influencia del derecho interamericano de los derechos humanos que reinterpreta la normativa de procedimiento administrativo. En esta materia, la interamericanización se ha producido a través del diálogo judicial y, sobre todo, gracias a la labor de los jueces contencioso-administrativos nacionales mediante el control de convencionalidad, “[...] los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen, además, una obligación de realizar una ‘interpretación convencional’, - si dichas leyes que aplicarán a un caso particular resultan ‘compatibles’ con la CADH”.⁶¹

Como se ha visto, la Corte IDH establece estándares comunes que deben ser tomados en cuenta por las administraciones y los funcionarios públicos, y aplicados por los jueces que realizan el control, también de convencionalidad, en materia de procedimiento administrativo.

⁵⁹ Cfr. CIDH, Informe 49/99..., *cit.*, párr. 60.

⁶⁰ Bogdandy, Armin von, *op. cit.*

⁶¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, 2010. Según el mismo Ferrer Mac-Gregor, ahora como juez de la Corte IDH, este control de convencionalidad debe ser ejercido no únicamente respecto de los casos dictados contra el Estado en cuestión, sino también respecto de la jurisprudencia emanada de fallos dictados contra otros países. Corte IDH. *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. 20 de marzo de 2013. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor.

Por tanto, la interamericanización afecta a la labor de las administraciones y funcionarios públicos y, cuando ese control de convencionalidad no se aplica en sede administrativa, los jueces nacionales tendrán la obligación de llevarlo a cabo. Analizamos aquí ese doble diálogo:

4.1. Diálogo con la Administración y sus funcionarios

Este diálogo es una exigencia, dado que la Convención se incorpora al acervo normativo de los Estados y, por mandato constitucional, los operadores públicos tienen la obligación de actuar aplicando la ley, el derecho y, con ello, la Convención.⁶² El principio de legalidad se extiende y en el procedimiento administrativo se cumple si los actos se han dictado teniendo en cuenta la Constitución y los tratados internacionales. Si no se aplicase este criterio, la jurisprudencia, vía pretoriana, debe obligar al cumplimiento. La labor de los órganos constitucionales de control del Estado también ha sido importante. Las contralorías recalcan esa labor del poder ejecutivo en la aplicación de los estándares interamericanos por las administraciones públicas.⁶³

El diálogo se aplica de dos formas: mediante los mandatos expresos a los Estados en ejecución de sentencias de la Corte IDH y mediante la exigencia de elaboración de un procedimiento administrativo específico de responsabilidad patrimonial con el fin de reparar a las víctimas en el caso de violación de derechos humanos.

En el primero de los supuestos encontramos herramientas que, para no caer en reiteraciones, no se desarrollarán aquí, y que se analizaron en el epígrafe anterior. Entre estos mecanismos que hacen dialogar a la Corte IDH con los Estados están los *mandatos al legislador* para modificar la legislación general o especial en materia de procedimiento: supresión de normas que

⁶² Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015, p. 141.

⁶³ Dictamen de la Contraloría General de la República 61.817, Chile, 26 de diciembre de 2006.

violen garantías de la Convención o aprobación de normas nuevas que recojan sus criterios.⁶⁴ Se trata de incorporar la CADH adoptando disposiciones de derecho interno, en aplicación de su artículo 2. En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* se exige articular en las normas recursos administrativos como vía de impugnación contra la decisión del Estado que permitía la deforestación en una resolución que no se pudo recurrir. También en el caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana* se exige la aprobación de una norma que regule el procedimiento de naturalización.

La Corte suele acompañar a las exigencias de reforma normativa con una serie de medidas que aseguren el diálogo con el SIDH y el poder ejecutivo. Para ello, propone la revisión de los sistemas de gestión de servicios públicos, como servicios sociales o centros de menores. Otras de las medidas implican una modificación de los *sistemas de los servicios de inspección*. Antes de sancionar, debe haber un correcto sistema de buenas prácticas en los que los órganos de control que también aprueben criterios de procedimiento que faciliten el cumplimiento normativo. Además de actuar siguiendo un procedimiento, estos funcionarios o agentes del Estado deben realizar cursos que les permitan conocer su función como agentes de interamericanización y como defensores del diálogo judicial implementando las directrices de la Corte IDH y, en general, el SIDH y la CADH a la labor de inspección y sanción. Esto se ha reivindicado con la labor de la policía, de los órganos que sancionan a jueces, en materia migratoria o de asilo, etcétera.

4.2. Diálogo judicial

Además de estos sistemas de interamericanización de las autoridades y funcionarios públicos, está la importante labor de los jueces contenciosos como jueces de la convencionalidad.⁶⁵ Cuando la labor de los agentes de la Administración y los funcionarios fracasa, la labor de los jueces que controlan su actividad se

⁶⁴ Véase Hernández Mendible, Víctor.

⁶⁵ Mejía Rivera, Joaquín A.; Becerra Ramírez, José de Jesús y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, Tegucigalpa, Guaymuras, 2016.

torna esencial para la interamericanización en materia de procedimiento. Destacamos tres formas en las que los jueces contenciosos dialogan y fungen como jueces de la convencionalidad en materia de procedimiento:

4.2.1. Aplicación de criterios y principios del procedimiento administrativo desde la perspectiva del SIDH

En estos casos, los jueces administrativos recuerdan en sus sentencias los criterios esenciales del procedimiento administrativo establecidos por la Corte IDH. Los jueces nacionales mencionan sentencias de este Tribunal interamericano, recuerdan la normativa de la Convención aplicable (el art. 8) y, así, introducen en el país ese control de convencionalidad que también dicen que debe informar la actuación de los propios jueces contenciosos, los funcionarios, empleados públicos y, en definitiva, del poder ejecutivo de sus países.

Sin afán de realizar un análisis exhaustivo, destacamos una sentencia que recalca la importancia de la motivación de las decisiones de la Administración interpretando las normas del país conforme a los criterios interamericanos. Se trata de la sentencia de 28 de septiembre de 2021, Cámara Contencioso Administrativa Federal A, *Roa Restrepo, Henry c/EN - Mo Interior. OP. y V. - DNM Sala II*. En esta sentencia hay un diálogo judicial entre los jueces del orden contencioso de Argentina y la Corte IDH. Los jueces utilizan la CADH como parte del acervo normativo aplicable a las normas de procedimiento y critican que en sede administrativa no se haya hecho esa interpretación convencional. En el fallo se alude a la falta de consideración de la normativa internacional: “la Defensoría no acreditó —siquiera someramente— la rehabilitación delictual del migrante, tal como fuera establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su informe 8/10, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU”. El poder judicial sustituye a la actuación de la Administración aplicando, en la interpretación de la Ley Nacional de Migración, una interpretación acorde a la Convención e interamericanizando así la decisión en sede administrativa.

Sobre el derecho de defensa en el procedimiento administrativo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente sobre el recurso de Casación 25932-2018, también recuerda la aplicación de los criterios de la Carta en el artículo 8 y la creación pretoriana de la Corte IDH.

Otro caso, en Ecuador, se refiere a la posibilidad de que se acuerden medidas cautelares para garantizar los derechos.

En el caso se hace referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de tutela cautelar. Se afirma que las medidas cautelares tienen dos funciones: “una es la tutelar, con la cual se pretende evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable, y otra es la cautelar, en la que busca preservar una situación hasta que se produzca una decisión de un organismo competente”. En cuanto a los remedios, se solicita el inicio de un procedimiento administrativo de responsabilidad por falta de inhibición de un juez al estudiar las medidas cautelares.⁶⁶

En Perú es importante la sentencia Casación 3439-2016 sobre la nulidad de un procedimiento seguido por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración contra Inversiones Turísticas 3H, Sociedad Anónima Cerrada. La sentencia dialoga con la Corte IDH, que señala⁶⁷ que el principio de imparcialidad implica que el funcionario que ejerce funciones jurisdiccionales o administrativas no tenga interés directo o indirecto, no se encuentre involucrado en los asuntos de su conocimiento, ni tenga una posición tomada o preferencia por alguna de las partes involucradas en la decisión a proveer, pues ello va en desmedro de la autoridad como órgano imparcial y de los derechos de las personas.

4.2.2. Diálogo en los procedimientos de responsabilidad de los Estados

Hay un diálogo entre las resoluciones de la Corte IDH y de los Estados que ha impactado de forma directa exigiendo que se

⁶⁶ TCE. Causa No. 065-2019. Sentencia de 30 de marzo de 2019.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, párrs. 146 y 147.

tramiten procedimientos de responsabilidad patrimonial ante la violación de derechos humanos. En Colombia, por ejemplo, el Consejo de Estado, máximo tribunal contencioso administrativo, utilizó normativa y jurisprudencia internacional para definir la figura de la “desaparición forzada”, en los polémicos casos de “falsos positivos”, en la Vereda de San Juan, en Abrego Norte, Santander. Esto permitió la indemnización a los familiares por la desaparición de las víctimas, al reconocer la responsabilidad del Ministerio de Defensa.

Esta decisión del Consejo de Estado colombiano es emblemática, puesto que identifica y motiva la responsabilidad del Estado cuando hay una violación de los derechos humanos en el actuar de este a través de sus empleados. El daño antijurídico que precisa el régimen de la responsabilidad patrimonial, por tanto, se cumple y se motiva cuando las normas supranacionales, los tratados y otros tribunales han identificado la violación de los derechos humanos. Esta interpretación pretoriana tiene una relevancia fundamental en el diálogo y en una parte esencial de los procedimientos administrativos de responsabilidad: la motivación y la iniciación de los mismos en sede administrativa.

En un sentido similar, en la sentencia *Filo Gringo* se reconoce la responsabilidad del Estado derivada de la inactividad del mismo y se permite la reparación desde una perspectiva de la legitimación de colectivos vulnerables cuando esas “personas reúnan condiciones uniformes respecto de la misma causa que les originó perjuicios individuales y que puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad”. Por tanto, establece la legitimación activa de grupos de interés, por un lado, y la reparación por inactividad atendiendo a criterios de la normativa internacional en la definición del concepto de grupo o colectivo que necesita reparación, por el otro.

En el análisis se vincula la normativa nacional y la convencional para exigir procedimientos adecuados y la actuación del poder ejecutivo siguiendo criterios que garanticen derechos humanos (Carta Política, arts. 2, 29 y 229; CADH, arts. 8 y 25). Las fuerzas y cuerpos del Estado deben establecer procedimientos: i) para que el Estado cumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos hu-

manos, y *ii*) cuando se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Hay responsabilidad por la inactividad de la Administración.⁶⁸

En Argentina se establece la responsabilidad del Estado por la muerte de un menor bajo su tutela en un centro. Se alegó la negligencia en la prestación del servicio y la falta de garantías establecidas por el SIDH. No había procedimientos de inspección ni protocolos que permitieran impedir malas prácticas.⁶⁹

La sentencia afirma que el fin último del Estado consiste en la protección del derecho, y cuando el Estado hace funcionar servicios públicos, monopolizándolos (como en el caso de los institutos de menores), es responsable por los daños que ocasiona su funcionamiento.

En este caso se dijo que existió negligencia, descuido, imprudencia, desidia y falta de precaución en el obrar.

Se estima que un parámetro concreto de estos deberes se explica en el párrafo 78 de la OC-17/2002 de la Corte IDH:

78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que estos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño.

Esta conceptualización aparece volcada en el punto 6 de las conclusiones de la OC-17/2002, en la que se expresa: “6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de institu-

⁶⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Caso Maide Peña Rangel, Amelida Peña Rangel vs. Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Caso muerte de mujer en misión táctica. Operativo militar - Misión táctica derrotador. Ejecución Extrajudicial, Sumaria o Arbitraria - Muerte de integrante de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Sentencia de 9 de junio de 2017.

⁶⁹ Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. *Caso M. J. H. y otros c/ EN - Mo Desarrollo Social - SENNAF s/ daños y perjuicios*. Sentencia de 24 de septiembre de 2021.

ciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”. “Esta responsabilidad debe pensarse como una institución pedagógica y de proyección global, una forma en que la Administración inicie un proceso de aprendizaje de sus yerros, que la conduzca a la adopción de ajustes sistémicos correctivos con miras al perfeccionamiento general de su operatoria, por los que se prevengan daños y se rectifique el rumbo desviado o anormal de la función administrativa, o bien que detecten y colmen el vacío dejado por el eventual abandono de misiones esenciales del Estado”. “Si se hubieran cumplido los reglamentos vigentes, modificándose las prácticas administrativas en post de la protección de la vida e integridad psicofísica de las personas. Quedó allí plasmada la plausible indignación y frustración por llegar a la etapa reparatoria, como fracaso de la prevención, investigación y sanción de situaciones deletéreas y que desde el marco convencional han merecido especial y concreta preocupación”.

Ante la configuración de una falta de servicio —en cuanto presupuesto habilitante de la responsabilidad extracontractual del Estado—, donde se constate la vulneración de derechos fundamentales a integrantes de grupos estructuralmente desaventajados, debería efectuarse una revisión concienzuda y sincera de los métodos y modalidades de gestión de la política pública fracasada, con miras a mejorarlos y rectificarlos, para evitar la reiteración en el futuro de situaciones que lesionen tales derechos y garantías. Y si bien han transcurrido más de 14 años desde los hechos que dieron origen al litigio, no se ha dado cuenta de reformas que dieran por superada la situación disfuncional que presentó la gestión en cuyo contexto falleció el joven hijo de la parte actora. El rumbo orientador de dicha misión puede trazarse en el pensamiento expresado por el juez de la Corte Interamericana, doctor Antônio Augusto Cançado Trindade, en cuanto a que “[...] un mundo que descuida sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que les somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tiene futuro”.⁷⁰

⁷⁰ Cfr. Corte IDH. OC-17/2002..., *cit.* Voto concurrente del juez Cançado Trindade.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von, “El mandato transformador del Sistema Interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso iuris-generativo extraordinario”, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer democracias frágiles y desiguales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.
- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017.
- BOGDANDY, Armin von, “The Transformative Mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 2019-16.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015.
- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, “El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México, IIJ-UNAM-MPIL-DFG, 2018.

- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- HÄBERLE, Peter, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Eu-GRZ*, vol. 263, 1991.
- LAGRANGE, Maurice, *La Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l’Acier*, RDP 1954.
- LANDAU, David, “Judicial Role and the Limits of Constitutional Convergence in Latin America”, en DIXON, Rosalind y GINSBURG, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.
- MACHADO, Juan Pedro, “El procedimiento y procesos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en STEINER, Christian y MACHADO, Juan Pedro (ed. y coord.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, KAS, 2009.
- MEJÍA RIVERA, Joaquín A.; BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús y FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.), *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, Tegucigalpa, Guaymurás, 2016.
- PIOVESAN, Flávia, “Proteção dos direitos sociais: desafios do Ius Commune sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 3, núm. 2, 2011.
- SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2019.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015.
- SCHWARZE, Jürgen, “Stellung und Funktion des Europäischen Gerichtshofes im Verfassungssystem der Europäischen Gemeinschaft”, *Integration*, vol. 17, núm. 4, octubre de 1994.

PARTE II
INTERAMERICANIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO. GARANTÍA DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

La influencia de las sentencias
de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos en la delimitación de principios
constitucionales comunes en materia
de derecho administrativo sancionador
para América Latina

Ramón Huapaya Tapia

SUMARIO: I. Introducción. Hilo conductor del trabajo. II. El mandato transformador de la Corte IDH sobre el régimen, la interpretación y la aplicación de los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración pública en los Estados miembros del SIDH: interamericanización y principios de *Ius Commune*. III. Breve excurso sobre la aplicación de las herramientas del control de convencionalidad en el ámbito de la Administración pública y el derecho administrativo. IV. El estado actual del derecho administrativo sancionador y disciplinario en Iberoamérica. Sus notas características y su posibilidad de adecuarse a la convencionalización y sus instrumentos de concreción del mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune*. V. La posibilidad de renovación dogmática y práctica del derecho administrativo sancionador y disciplinario en América Latina por medio de la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en dicha materia. VI. Caminos para posibilitar la aplicación del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) al derecho administrativo sancionador latinoamericano en la práctica administrativa de nuestros países. VII. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.
HILO CONDUCTOR DEL TRABAJO

La Administración pública en América Latina tiene potestades conferidas por el ordenamiento jurídico para satisfacer los fines de interés general que le son encomendados. Una de estas potestades es la sancionadora, mediante la cual la Administración pública aplica penas o castigos en sentido material, mediante un procedimiento sancionador, a los infractores de la legislación administrativa. En la mayoría de los países de América Latina, ante la ausencia de guías o principios constitucionales que orienten la aplicación del derecho administrativo sancionador, se ha consolidado una matriz jurisprudencial de aplicación de los principios y garantías del ordenamiento jurídico penal, *matizados* en el ámbito de las sanciones administrativas y en el de las disciplinarias. En tal sentido, es una hipótesis de trabajo común en América Latina entender que existe un *ius puniendi* estatal único, que desarrolla principios comunes, tanto para el derecho penal como para el derecho administrativo sancionador y el disciplinario, pero que, a su vez, reconoce que el ámbito penal es jurisdiccional y establece el monopolio de las penas represivas de la libertad, y que el régimen administrativo sancionador (y el disciplinario) se aplica para imponer sanciones distintas a la privación de libertad, básicamente, para la imposición de multas.

Ahora bien, bajo estas coordenadas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han venido cumpliendo con un mandato transformador, inicialmente mediante la aplicación de los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) al ámbito del derecho penal, a fin de contribuir a la convencionalización de dicha rama del derecho y efectuar el acople del régimen de la CADH con los ordenamientos nacionales internos, reforzando el rol garantista del derecho penal y, además, protegiendo a los ciudadanos de los excesos cometidos por el Estado en el ejercicio de dicho poder punitivo.

Sin embargo, a partir del *leading case Baena Ricardo y otros vs. República de Panamá* se ha predicado que las garantías adjetivas y sustantivas de tales artículos 8 y 9 de la CADH aplican tanto

para el orden penal como para las sanciones administrativas y disciplinarias. A partir de ello, se ha generado una jurisprudencia constante de la Corte IDH que desarrolla ampliamente la aplicación de tales garantías a los ámbitos administrativo sancionador y disciplinario.

Ahora bien, es preciso recordar que las sanciones administrativas y disciplinarias son aplicadas generalmente por organismos de la Administración pública, los cuales, en principio, son reacios a aplicar los criterios emitidos por la Corte IDH o los instrumentos de la convencionalización del derecho. A diferencia de ello, el *Ius Constitutionale Commune* viene progresando a nivel de las altas cortes constitucionales y judiciales en América Latina porque, al ejercer estas la función jurisdiccional y al trabajar con métodos hermenéuticos propios del derecho constitucional, tienen el camino allanado para trabajar de una manera más proclive hacia la convencionalización del derecho mediante el recurso a las fuentes de autoridad de la jurisprudencia de la Corte IDH y, así, efectuar el control de convencionalidad de la normativa legal y reglamentaria de los países miembros del SIDH.

Entonces, dentro de la temática de la presente obra, este trabajo formula algunos interrogantes sobre la viabilidad de que el mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune* opere también sobre la Administración pública y el derecho administrativo de los países integrantes del SIDH, específicamente para el ámbito del derecho administrativo sancionador (y el derecho disciplinario).

Es por ello que, en este trabajo, procederemos a hacer un análisis de las principales sentencias de la Corte IDH que se han pronunciado por la aplicación de los artículos 8 y 9 del CADH al ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores y disciplinarios. Sin embargo, la pregunta es: ¿*Baena* y los distintos fallos que se han sucedido sobre temas sancionadores y disciplinarios de la Corte IDH han tenido o no un efecto transformador en la formación de un *Ius Constitutionale Commune* en materia de derechos humanos aplicables al ámbito sancionador de la Administración pública? Es que una cosa es la influencia y el poder que tienen las autoridades jurisdiccionales para efectuar el control difuso de convencionalidad (sea “constructivo” o “represivo”,

en los términos de Sagüés);¹ y otra muy distinta lo que pueden hacer las autoridades administrativas, sujetas y encorsetadas al principio de legalidad y al método de trabajo clásico del derecho administrativo, con respecto al ejercicio de dicho control de convencionalidad. En tal sentido, *¿hay o no hay espacio para que opere el mandato transformador de las sentencias de la Corte IDH y el SIDH en el ámbito de la Administración pública de los países sujetos a la CADH?*

A pesar de las reticencias que puedan existir, creemos que es posible darle operatividad al mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune* del SIDH y de los derechos humanos al derecho administrativo en América Latina. Se pretende entonces verificar la posibilidad, los problemas operativos y la existencia de herramientas que permitan que opere el mandato transformador de las sentencias de la Corte IDH en materia de derecho administrativo sancionador y disciplinario sobre la Administración pública y el derecho administrativo en Latinoamérica.

II. EL MANDATO TRANSFORMADOR DE LA CORTE IDH SOBRE EL RÉGIMEN, LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DEL SIDH: INTERAMERICANIZACIÓN Y PRINCIPIOS DE *IUS COMMUNE*

El SIDH, el *corpus iuris* interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH y el *Ius Constitutionale Commune* tienen un mandato transformador de los sistemas jurídicos latinoamericanos a través de diversos instrumentos, entre los cuales destaca el denominado control de convencionalidad.²

¹ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp. 141-149.

² Sobre el mismo, para la bibliografía esencial: Landa Arroyo, César, *Convencionalización del derecho peruano*, Lima, Palestra Editores, 2016; Hernández-Mendible, Víctor, *El Estado convencional. Cincuentenario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969-2019)*, 2a. ed. ampliada, Santiago, Ediciones Olejnik, 2020; Santofimio Gamboa, Jaime Orlando,

Ahora bien, dicho mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune*³ se ha cimentado estructuralmente sobre los jueces nacionales como autoridades encargadas de ejercer el control de convencionalidad como instrumento encargado de aplicar preferentemente la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los ordenamientos jurídico-nacionales, a fin de adecuarlos e interpretarlos de manera conforme al SIDH. Así se configuró inicialmente dicho control en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124). Sin embargo, posteriormente, la propia Corte IDH extendió dicho control a todos los órganos integrantes del Estado, como se deduce expresamente de la sentencia de fondo del caso *Gelman vs. Uruguay* (párr. 193).⁴

No obstante lo señalado anteriormente, el ámbito de acción del control de convencionalidad y del mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune* es un proceso en

El concepto de convencionalidad, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018; Amaya, Jorge Alejandro (dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, 4 tomos; Midón, Mario, *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016; Sagüés, Néstor Pedro, *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Bogotá, Tirant lo Blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2021.

³ Cfr. Bogdandy, Armin von, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020. Asimismo, Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

⁴ Monti, en un recentísimo trabajo, plantea los interrogantes claros sobre *Gelman* y su posibilidad de implementación en las Administraciones públicas latinoamericanas. ¿A quién se refiere la Corte IDH cuando señala órganos del Estado? ¿Se deja abierta la posibilidad de que cada país pueda configurar sus órganos y sistemas dentro de la Administración pública para ejercer el control de convencionalidad, o podría ser un instrumento ejercido por “toda autoridad pública”? El tema tiene bastantes aristas para la discusión. Cfr. Monti, Laura, “La Administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvenional. Reflexiones. Interrogantes”, *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, septiembre de 2021. Cita digital: ED-MCMLXXXV-517. Trabajo consultado por suscripción digital a www.elderecho.com.ar

construcción.⁵ Y, sobre todo, se viene construyendo a golpe de decisiones jurisdiccionales de altas cortes internas (tribunales constitucionales y cortes supremas) latinoamericanas⁶ (así como con el llamado “diálogo” entre altas cortes y la propia Corte IDH),⁷ pese a que existen destacados autores que señalan que las autoridades administrativas también pueden desarrollar el control de convencionalidad.⁸ Sin embargo, si bien la potencia del control de convencionalidad, pese a los bemoles, se está abriendo a paso firme en el ámbito de las cortes judiciales, no puede decirse lo mismo de su aplicabilidad al ámbito administrativo. Como hemos dicho, a pesar de que *Gelman* abre la posibilidad de que cualquier “autoridad pública u órgano del Estado” esté vinculado al control de convencionalidad, no es menos cierto que la aplicación de este, en forma general para toda la Administración pública, genera problemas operativos y de aplicabilidad para que dicho mandato transformador opere en los hechos. En tal sentido, será necesario escudriñar qué

⁵ Véase Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control...”, *cit.*; Midón, Mario, *op. cit.*, y Landa Arroyo, César, *op. cit.*

⁶ Véase Midón, Mario, *op. cit.*, y también Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Perú. Los avances y la agenda pendiente al respecto”, en Amaya, Jorge Alejandro (dir.), *op. cit.*, t. II, pp. 413-465.

⁷ Sobre este tema véase Ramelli Arteaga, Alejandro, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.

⁸ Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control...”, *cit.*, pp. 141-149; Landa Arroyo, César, *op. cit.*, p. 73. Asimismo, López Olvera, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración pública*, México, Novum, 2014 y Rosario Rodríguez, Marcos del, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, julio-diciembre de 2015, pp. 157-191. También, Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, “¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control”, en Rodríguez-Arana, Jaime *et al.* (orgs.), *Control administrativo de la actividad de la Administración*, São Paulo, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2019, vol. 2, pp. 270-288 y Covilla Martínez, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración pública”, *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, pp. 13-31.

método de control (“constructivo” o “represivo”) podrá ser de recibo para verificar la operatividad del mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune* en manos de la Administración pública latinoamericana en el campo de estudio del derecho administrativo sancionador y disciplinario.

III. BREVE EXCURSO SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como lo hemos indicado, las herramientas del control de convencionalidad se han diseñado fundamentalmente para ser ejercidas desde el ámbito judicial, pese a que desde *Almonacid* y *Gelman* la Corte IDH ha señalado claramente que el control de convencionalidad puede y debe ser ejercido por todos los órganos del Estado. Sin embargo, tradicionalmente, la entrada de los países americanos a la convencionalidad se ha dado por medio de controles judiciales.⁹

¿Cuál ha sido la consecuencia de dicha asociación? Que el control de convencionalidad se ha asociado a los métodos, criterios hermenéuticos y cánones de interpretación del derecho constitucional moderno, que en nuestro medio se cree que solo los jueces pueden utilizar. A partir de esta creencia, se ha decantado una comunidad epistemológica del derecho procesal constitucional que tradicionalmente ha relacionado el recurso de estos medios interpretativos con un monopolio de las autoridades jurisdiccionales, con lo cual, el control de convencionalidad ha encontrado un campo fértil en las altas cortes nacionales e incluso en los jueces ordinarios (que también pasan a ser “jueces convencionales”). No acontece lo mismo con el ámbito de las autoridades administrati-

⁹ Con todo, el ámbito de aplicación del control de convencionalidad y sus alcances dista de ser pacífico y, además, existen discusiones sobre si la Corte IDH es una “cuarta instancia” respecto a las altas cortes nacionales o si aplican los principios de subsidiariedad y de complementariedad. Al respecto, el debate en Sagüés, Néstor Pedro, *Guía práctica...*, cit.; Amaya, Alejandro (dir.), *op. cit.*, y Díaz Solimine, Omar (dir.), *El margen nacional de apreciación*, Buenos Aires, Astrea, 2020.

vas, las cuales emplean los mecanismos y métodos interpretativos clásicos del derecho administrativo, el cual ha formado sus métodos interpretativos mediante el recurso a la tópic, la subsunción y el empleo de los principios generales del derecho formados sobre la base de las metodologías del derecho privado.

Aun cuando la moderna teoría del derecho administrativo se construye sobre bases constitucionales y metodológicamente ha revisado su adhesión a los clásicos dogmas del positivismo legalista,¹⁰ dichas bases encaran una visión estática desde la teoría de los grandes principios constitucionales que dan forma a la acción administrativa y a la propia organización administrativa, pero no se ha encarado aún la tarea de la renovación del método jurídico de trabajo, interpretación y aplicación del derecho administrativo.

Ante ello, se propone que el derecho administrativo asuma el empleo de la metodología jurídica y los métodos jurídicos ya reseñados del derecho constitucional,¹¹ de manera tal que el derecho administrativo actual solo puede verse (y aplicarse) correctamente a través del prisma del derecho constitucional.

Todo lo anterior se conjuga con otro fenómeno importante: la Constitución ya no es solo norma interna, ahora es una “Constitución convencionalizada”,¹² concepto que refleja que, hoy en día, aun reconociendo las soberanías nacionales, las constituciones latinoamericanas no pueden entenderse sin referencia al *Ius Constitutionale Commune* de los derechos humanos establecido

¹⁰ Por ejemplo, Arroyo Jiménez, Luis, “Las bases constitucionales del derecho administrativo”, en Rodríguez de Santiago, José María; Domenech Pascual, Gabriel y Arroyo Jiménez, Luis (coords.), *Tratado de derecho administrativo. Introducción. Fundamentos*, Madrid, Marcial Pons, 2021, vol. I, pp. 561-664.

¹¹ Sobre el particular, Celis Danzinger, Gabriel, “La interpretación jurídica en el derecho administrativo contemporáneo”, *Revista Nomos*, Universidad de Viña del Mar, núm. 3, 2009, pp. 41-81.

¹² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Presentación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *La Constitución convencionalizada. A 40 años de la vigencia del Pacto de San José*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 15-20 y Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto de ‘Constitución convencionalizada’. Su fisonomía actual, fundamento y topes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *op. cit.*, pp. 23-46.

por la CADH, que pasa a ser parte del “bloque de constitucionalidad” de cada derecho interno.

Por tales razones, nuestras constituciones actualmente existen y se aplican, pese a reticencias y discrepancias, en el marco de la convencionalidad y del *Ius Constitutioale Commune* de los derechos humanos. Y en ese sentido, el derecho administrativo, que existe en conexión íntima, permanente y vital con el derecho constitucional, debe adecuarse a la convencionalización, al *Ius Constitutionale Commune* de los derechos humanos. Hoy en día entonces, la primera línea de defensa de los derechos fundamentales que obligan a los Estados se encuentra bajo la responsabilidad de las entidades de la Administración pública y, por ende, las herramientas metodológicas y de trabajo que debe emplear el derecho administrativo (entendido como el “derecho propio de la Administración pública”) deben ser las de la convencionalización, el principio pro persona y, sobre todo, la poderosa herramienta de la interpretación conforme a la CADH y a las sentencias de la Corte IDH en el orden jurídico latinoamericano.

En ese contexto, ¿es el derecho administrativo sancionador (y el disciplinario) un adecuado campo de pruebas para demostrar la eficacia del mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune*? Creemos que sí. Sin embargo, hay que diseñar herramientas que permitan que las autoridades administrativas empleen la convencionalidad en su día a día.

IV. EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR Y DISCIPLINARIO EN IBEROAMÉRICA.
SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS Y SU POSIBILIDAD
DE ADECUARSE A LA CONVENCIONALIZACIÓN
Y SUS INSTRUMENTOS DE CONCRECIÓN
DEL MANDATO TRANSFORMADOR
DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

A diferencia de países que, como España, tienen una regulación constitucional de la materia de las sanciones administrativas,¹³

¹³ Por todos, Cano Campos, Tomás, *Claves prácticas de derecho administrativo. Sanciones administrativas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.

en América Latina las constituciones no tienen una regulación específica aplicable a la materia sancionatoria; estas se han preocupado específicamente por establecer garantías aplicables al ámbito punitivo exclusivamente penal. Tal vez alguna hace mención de los temas de la responsabilidad administrativa disciplinaria, pero, básicamente, las constituciones latinoamericanas regulan garantías sustantivas y procesales penales.

A nivel de la legalidad ordinaria, si bien casi todos los países de América Latina cuentan con una ley general de procedimiento administrativo, siguiendo el paradigma de la legislación española sobre la materia, solo algunos países han establecido disposiciones relativas a la potestad sancionadora de la Administración pública y el procedimiento administrativo sancionador.

Así, en muchos países latinoamericanos *se carece de una regulación común en materia de la potestad sancionadora de la Administración pública y, asimismo, en materia de procedimiento administrativo sancionador*. Lo mismo ocurre en el ámbito disciplinario de empleados y funcionarios públicos, donde no todos los países latinoamericanos tienen leyes de función pública o carrera administrativa, e incluso varios regulan dicho régimen por normas meramente reglamentarias, desperdigadas por diferentes ámbitos sectoriales de la Administración pública.

En tal sentido, en el ámbito sancionador y disciplinario, ante dicha circunstancia, en América Latina son las altas cortes (tribunales constitucionales y cortes supremas) las que, ante la ausencia de referencias constitucionales —y aun legales— expresas, comienzan a establecer patrones de limitación del *ius puniendi* sancionador de la Administración pública,¹⁴ ya sea en el ámbito

¹⁴ Por ejemplo, para el caso de países que carecen de una legislación procedimental general en materia de sanciones administrativas, véanse, para el caso argentino, las referencias de Regueira Alonso, Enrique M. y Casarini, Luis E., “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas”, *Diario La Ley Online*, 7 de diciembre de 2012. Cita *online*: AR/DOC/5213/2012 y, para el caso chileno, las amplias referencias jurisprudenciales de Osorio Vargas, Cristóbal Salvador, *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, 2a. ed., revisada, aumentada y actualizada, Santiago, Thomson Reuters, 2017.

sancionador o en el disciplinario, mediante el recurso a la *unidad del poder sancionador del Estado* y a la *aplicación de los principios y garantías penales al ámbito administrativo*.

Así, los grandes principios penales (legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, *ne bis in idem*, debido proceso y derecho a la defensa) fueron primero teorizados por la jurisprudencia judicial y, muy posteriormente, acogidos en algunos países por la legislación administrativa.

Sin embargo, tal como revelan las sentencias de la Corte IDH que se analizan en este trabajo, el tratamiento normativo interno que los países latinoamericanos han brindado a la materia sancionadora y disciplinaria dista de ser unitario, y es problemático. Así, el tratamiento de las altas cortes es casuístico y muchas veces no tiene la fortaleza para vincular al cambio o a la actualización de la legislación interna del país, lo que, por ejemplo, sí podría tener la Corte IDH cuando dispone la adecuación de los órdenes internos a los estándares de la CADH (como lo acaba de hacer, hace poco, en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*).

En tal sentido, nos preguntábamos si es que el derecho administrativo sancionador y el disciplinario constituyen un campo fértil para la creación de un *Ius Constitutionale Commune* transformador, en la medida en que pueden sentarse las bases de estándares sustantivos y procedimentales comunes para América Latina en dicha materia a partir de la interpretación que la propia Corte IDH ha brindado a los artículos 9 (para los estándares sustantivos en materia sancionadora y disciplinaria) y 8 (para las garantías básicas del debido proceso administrativo) de la CADH.

En función de los planteamientos señalados, consideramos que sí es posible hablar de la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en materia de derecho administrativo sancionador y disciplinario en América Latina, a partir de la efectividad de los mandatos establecidos en los artículos 8 y 9 de la CADH. En ese sentido, en esta investigación lo que haremos será determinar la existencia de tales estándares de *Ius Constitutionale Commune* y hablar brevemente sobre los mecanismos para su efectividad.

V. LA POSIBILIDAD DE RENOVACIÓN DOGMÁTICA
Y PRÁCTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR Y DISCIPLINARIO EN AMÉRICA LATINA
POR MEDIO DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN DICHA MATERIA

La mayoría de sentencias de la Corte IDH analizadas que aplican los estándares de los artículos 8 y 9 de la CADH al derecho administrativo sancionador, en realidad, lo hacen aplicándolos a casos vinculados al derecho disciplinario. Nada de extraño hay en ello, porque en la doctrina especializada se reconoce que tanto el derecho administrativo sancionador (aplicable a la generalidad de sujetos de derecho) como el derecho disciplinario (aplicable a funcionarios y empleados públicos) parten de las mismas bases del ordenamiento punitivo y comparten los principios básicos del orden jurídico punitivo derivados de los textos constitucionales.¹⁵ De esta manera, los principios comunes constitucionales del orden punitivo son de recibo tanto para el derecho administrativo sancionador general como para el derecho disciplinario.

En tal sentido, pese a que la Corte IDH no ha analizado *in extenso* casos de derecho administrativo sancionador general en sentido estricto —de los pocos cabe citar *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela* o *Velez Loor vs. Panamá*— y sí muchos casos de derecho disciplinario aplicables a funcionarios y servidores públicos; ello no obsta para que la construcción del *Ius Constitutionale Commune* derivado de los artículos 8 y 9 CADH se pueda aplicar al derecho administrativo sancionador, como lo afirmó ya la propia Corte IDH en *Baena*.

Ahora bien, conforme al hilo conductor del trabajo y a los interrogantes específicos planteados para el mismo en su parte metodológica, pasaremos revista a los argumentos (y los problemas, desventajas y desafíos) que podrían sostener la posibilidad

¹⁵ Cfr. Bueno Armijo, Antonio, “La responsabilidad de los empleados públicos”, en Rebollo Puig, Manuel y Vera Jurado, Diego J. (dirs.), *Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2018, t. IV. pp. 241-288; Rincón Córdoba, Jorge Iván, *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021 y Castillo Blanco, Federico, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, Civitas-CEMCI, 1992.

de un *Ius Constitutionale Commune* en materia de sanciones administrativas y disciplinarias para América Latina.

5.1. ¿En América Latina las reglas de procedimiento administrativo sancionador son comunes para todos los sectores y existen reglas particulares para determinados ámbitos de actuación de la Administración pública?

No todos los países de América Latina tienen una legislación básica o común en materia de procedimiento administrativo sancionador.¹⁶ Solo la tienen algunos (como Perú, México, Colombia, Bolivia o Paraguay), sin perjuicio de lo cual también existen leyes sancionadoras especiales (en ámbitos como el tributario, migratorio, contratación pública, defensa de la competencia, etc.). Por otro lado, países con destacada tradición jurídica no tienen leyes generales de procedimiento sancionador (como Argentina o Chile), encontrándose la materia regulada en forma desperdigada en diferentes ordenamientos jurídicos sectoriales.

Además, en lo disciplinario tampoco puede afirmarse que existan reglas comunes en todos los países de América Latina. Algunos países tienen “códigos disciplinarios” modelos o únicos aplicables a los trabajadores públicos, mientras que otros tienen una ley general, pero también regulaciones disciplinarias sectoriales aplicables a las “estatutos especiales” de ciertos empleados públicos (militares, policías, diplomáticos, jueces, entre otros).

5.2. La influencia de las decisiones de la Corte IDH en la fijación de principios generales para el derecho administrativo sancionador

A nuestro entender, la influencia de las decisiones jurisprudenciales de la Corte IDH en materia administrativa sancionadora y

¹⁶ Revisar la compilación de leyes de procedimiento administrativo en Iberoamérica recogida en Rodríguez-Arana, Jaime y Moreno Molina, José Antonio (dirs.), *Código de leyes de procedimiento administrativo en América Latina*, estudio preliminar de Allan R. Brewer-Carías, 3a. ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2021.

disciplinaria se ha articulado mediante la determinación de dos tipos de estándares interpretativos y aplicativos del orden punitivo: los sustantivos (derivados de la interpretación del art. 9 de la CADH a partir de *Baena*) y los procedimentales (derivados de la interpretación del art. 8.2 de la CADH).

5.2.1. Los estándares sustantivos fijados en materia de derecho sancionador

Conforme a la interpretación tradicional, el artículo 9 de la CADH establece el principio de legalidad penal en los siguientes términos:

El artículo 9 de la CADH se refiere al principio de legalidad penal o *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En su sentido más inclusivo, el principio incorpora: 1. el concepto de la irretroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 2. la prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 3. el principio de máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); y 4. el principio de reserva de ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). En conjunto, estos conceptos imponen límites al *ius puniendi* de los Estados y requieren que “un acto pueda castigarse únicamente si, al momento de cometerse, fuera objeto de una ley penal en vigor, suficientemente precisa y escrita, unida a una sanción suficientemente cierta.”¹⁷

Ahora bien, a partir de *Baena*, la Corte IDH ha interpretado que los estándares sustantivos derivados de la aplicación del artículo 9 de la CADH también son de recibo para el ámbito de las sanciones administrativas y disciplinarias.

En tal sentido, los *estándares sustantivos convencionalizados* que determinan el ejercicio de la potestad administrativa sancio-

¹⁷ Cfr. Antkowiak, Thomas y Uribe Granados, Gloria Patricia, “Comentario al artículo 9”, en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.) y Uribe Granados, Gloria Patricia (coord. académica), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, pp. 323-338.

nadora y disciplinaria de la Administración pública en los países de América Latina son los siguientes:

- a) *Legalidad de la infracción*: en estricto, solo la ley puede establecer el límite de lo lícito y de lo ilícito, particularmente para el ámbito de las infracciones administrativas, las cuales están presididas por el principio de legalidad, en aplicación del artículo 9 de la CADH (*Baena*, párr. 106; *Vélez Loor*, párr. 183). Hay una correlación entre legalidad y seguridad jurídica que la Corte IDH deja ver en *Baena* y *Vélez Loor*. Si no existe una norma legal que tipifique una infracción administrativa, “los particulares no podrán orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este”.

La Corte IDH no señala expresamente si las infracciones siempre deben estar previstas en una ley formal, aun cuando consideramos que, siguiendo a Gutiérrez Colantuono¹⁸ y a la *ratio decidendi* de la doctrina de la propia Corte IDH, el artículo 30 de la CADH impone que toda restricción a los derechos humanos (y la previsión de una conducta infractora lo es) debe ser regulada por ley formal o instrumento equivalente.

- b) *Tipicidad*: en la doctrina se ha señalado que “el principio de tipicidad impone al legislador la obligación de configurar las normas sancionadoras con la mayor precisión posible, evitando las fórmulas vagas u omnicomprensivas de cualquier conducta ilícita en el sector de que se trate”.¹⁹ Como se ha indicado, la jurisprudencia de la Corte IDH también extrae del principio de legalidad la regla de tipicidad, particularmente en el párrafo 106 de *Baena*, cuando señala que para aplicar una sanción debe verificarse la “efectiva existencia de una conducta ilícita”.

¹⁸ Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

¹⁹ Cfr. Cano Campo, Tomás, *op. cit.*, p. 48.

Por dicho motivo, no basta una ley formal para cumplir con el estándar de la Corte IDH en materia sancionadora administrativa, sino que las infracciones deben estar claramente tipificadas.

Es preciso tener en cuenta que, si bien en principio la tipicidad de las conductas infractoras se exigió como un estándar elevado (como una especie de taxatividad) en los términos de *Baena y Vélez Loor*, no es menos cierto que, como advierte Leiva Poveda,²⁰ dicho estándar parece haberse relajado a partir de los casos *López Mendoza vs. Venezuela* y *López Lone y otros vs. Honduras*, donde se admite que: i) las exigencias en tipicidad en materia penal y disciplinaria administrativa pueden ser diferentes, y ii) se pueden emplear conceptos jurídicos abiertos o indeterminados para tipificar infracciones disciplinarias, pero es necesario fijar criterios objetivos para aplicarlos, sea normativa o jurisprudencialmente, y, además, cuando se utilicen se debe aplicar un estándar de motivación como integrante del debido proceso administrativo.

- c) *Irretroactividad de las normas sancionadoras*: como un elemento asociado a la legalidad, en *Baena* —así como en *Vélez Loor*—, la Corte IDH ha desarrollado desde el artículo 9 de la CADH el estándar de irretroactividad en materia administrativa sancionadora. Gutiérrez Colantuono²¹ ha señalado reflexiones valiosas sobre la aplicación de este estándar sustantivo:

Al igual que la legalidad, el principio de irretroactividad de la norma desfavorable es aplicable no solo al ámbito penal, sino también a la materia sancionatoria administrativa. [...]

²⁰ Cfr. Leiva Poveda, Jorge, “El procedimiento administrativo sancionatorio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Sancionador*, 2019, <https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f589beea62ad-886639fbbd19b806d34f>

²¹ Cfr. Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *Administración pública...*, cit., pp. 176 y 177.

La contracara de esta garantía es la retroactividad de la ley punitiva más favorable, prevista también en el art. 9º in fine de la Convención. De acuerdo con esta regla, si con posterioridad a la comisión del hecho la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará con ello [...]. Por lo tanto, debe entenderse como ley punitiva más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de la falta como a la que desincrimina una conducta anteriormente considerada como falta, crea una nueva causa de justificación, de inculpabilidad o un impedimento a la operabilidad de una penalidad, entre otras [...]. En el plano del procedimiento administrativo la retroactividad de la norma más favorable conlleva la aplicación inmediata de toda condición normativa novedosa que redunde en un beneficio para el sujeto pasivo de la persecución estatal.

- d) *Legalidad de la sanción*: el alcance de la legalidad también es predicable de las sanciones. Es importante insistir en que la Corte IDH ha manifestado que las penas y las sanciones “en ocasiones” tienen naturaleza similar, pero también que ambas son expresión del poder punitivo del Estado. Como tal, también se rigen por el principio de legalidad, siendo que las medidas represivas que se aplican como consecuencia de un ilícito también tienen que estar predeterminadas por la ley, como señala *Baena* (párr. 106). En *López Lone vs. Honduras*, la Corte señala que *las sanciones tienen que estar predeterminadas de forma precisa, taxativa y previa* (párr. 259).
- e) *¿Proporcionalidad? ¿Razonabilidad?*: la Corte no ha hecho referencia a la existencia de estándares de proporcionalidad o de razonabilidad en la aplicación de sanciones administrativas, al menos de forma expresa. Sin embargo, en *López Lone* (párr. 259) establece que las sanciones disciplinarias deben obedecer a un principio de “máxima gravedad”, lo cual se alinea con la proporcionalidad. Luego, como veremos, el tema de la razonabilidad se entenderá como garantía asociada a la motivación de los actos administrativos sancionadores, vale decir, al debido proceso administrativo.

5.2.2. Los estándares procedimentales fijados en el derecho sancionador

La Corte IDH no solo ha determinado la aplicación de los principios sustantivos del orden punitivo para el ámbito sancionador a partir de la aplicación del artículo 9 de la CADH para dicha materia, sino que también ha determinado que las garantías del debido proceso judicial previstas en los artículos 8.1 y 8.2 de la CADH²² son de aplicación a todo proceso,²³ sea judicial o administrativo, en los siguientes términos: “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (*Baena vs. Panamá*, párr. 124 y *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, párr. 71). Recientemente, en *López vs. Argentina*, la Corte IDH ha señalado que “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (párr. 200).

En dicha línea, un resumen de la posición de la Corte IDH en materia de la aplicación del derecho al debido proceso y de las garantías mínimas del proceso penal al ámbito sancionatorio administrativo lo encontramos a detalle en los párrafos 71 a 75 de *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, donde la Corte IDH establece la doctrina más relevante para sustentar la plena aplicabilidad de los estándares de los artículos 8.1 y 8.2 de la CADH al ámbito del debido proceso en materia sancionadora y disciplinaria.

²² Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La aplicación extensiva de las garantías judiciales penales: un ejercicio de derecho comparado para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y México”, en Caballero Ochoa, José Luis y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-158.

²³ Cfr. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 4a. ed., Lima, Fondo Editorial PUCP, 2021. Para el ámbito específico del derecho administrativo sancionador y la aplicación *matizada* de las garantías procesales penales al ámbito administrativo, es imprescindible revisar a Alarcón Sotomayor, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Civitas, 2007.

A nuestro criterio, son varios los derechos que se derivan del debido proceso administrativo “convencionalizado” a la luz del artículo 8 del CADH, que será aplicable a los procedimientos sancionatorios y disciplinarios en América Latina, y son los siguientes:

- A ser oído.
- A ser procesado por una autoridad imparcial e independiente, debidamente competente conforme a ley.
- A la más amplia defensa (que incluye el respeto de las formalidades que permitan dicha defensa).
- A la igualdad de armas.
- Concesión de tiempo adecuado para preparar la defensa y estudiar los antecedentes del caso.
- A la comunicación previa y detallada de la acusación.²⁴
- A ofrecer y producir prueba, incluyendo el de hacer comparecer e interrogar testigos y peritos.
- A la presunción de inocencia.
- A guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.
- Garantía del *non bis in idem*.
- Motivación sustantiva y detallada del acto sancionador.
- Al plazo razonable de duración del procedimiento sancionador.
- Al recurso administrativo y al control judicial posterior.

Dicho todo lo anterior, los *estándares procedimentales de convencionalidad* aplicables al derecho administrativo sancionador y disciplinario son claros y precisos, y deberían influir en los Estados miembros para una adecuación general de sus órdenes internos. Esto ya se ha dado en algunos casos, resaltando particularmente el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, donde el régimen disciplinario de funcionarios públicos va a tener que

²⁴ Que es fundamental y pivote necesario para el ejercicio del derecho de defensa, como lo recuerdan Hachem y Pethechust. Cfr. Hachem, Daniel Wunder y Pethechust, Eloi, “Incidencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación”, en Rodríguez-Arana, Jaime *et al.* (eds.), *Régimen administrativo sancionatorio en homenaje a José Luis Meillán Gil*, Guayaquil, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2018, t. II, pp. 261-278.

ser renovado a raíz de la sentencia de la Corte IDH dictada a tal efecto.

**5.3. ¿De qué manera la jurisprudencia de la Corte IDH ha modificado el régimen, la interpretación y la aplicación de los principios que rigen la potestad sancionatoria de la Administración pública en los Estados miembros?
¿Cuál ha sido el alcance, los fundamentos y los problemas de esta influencia?**

Pese a la claridad de los estándares sustantivos y procedimentales en materia sancionatoria, la influencia concreta de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los órdenes nacionales internos en materia de derecho administrativo sancionador y disciplinario es aún incipiente. Como veremos a continuación, encontramos que, a nivel jurisdiccional (altas cortes), lo que más se practica es la interpretación conforme, apoyándose más en la jurisprudencia de la Corte IDH como argumento de autoridad (usando los fundamentos a título de *obiter dicta*), en lugar de realizar un control de convencionalidad difuso represivo (inaplicación del derecho nacional en preferencia de la CADH). A nivel administrativo pasa lo mismo, pero a mucha menor escala, como veremos en el caso peruano, a nivel de algunos tribunales administrativos.

Dicho lo anterior, *¿cuál es el alcance del mandato transformador de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derecho administrativo sancionador y disciplinario a nivel de las administraciones públicas latinoamericanas?* Yo creo que habría que hacer una división del éxito de dicha influencia, distinguiendo entre la eficacia de los estándares sustantivos y procedimentales.

5.3.1. La limitada eficacia de los estándares sustantivos en materia sancionatoria derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH

A nivel de los estándares sustantivos, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido empleada fundamentalmente por las altas cortes

(tribunales constitucionales y cortes supremas) para poder reforzar sus propios controles de constitucionalidad internos de la legislación penal por vía de la interpretación conforme. La jurisprudencia interna recurre a la interpretación conforme a los fallos de la Corte IDH como argumento de autoridad en materia penal para desarrollar los estándares sustantivos de legalidad, tipicidad, irretroactividad y proporcionalidad. Posteriormente, a partir de dichos estándares, ha convenido en aplicar los mismos al ámbito sancionador administrativo y disciplinario. El camino del trasvase de las garantías penales a las sancionadoras se ha dado por el trabajo de las altas cortes y, posteriormente, por vía legislativa en algunos países. Sin embargo, la influencia de la Corte IDH no ha sido determinante para la construcción de una “convencionalidad administrativa sancionadora”, sino que creemos que lo ha sido antes que nada para crear una “convencionalidad penal”, que luego ha sido trasladada, con matices, al ámbito sancionador administrativo y disciplinario.

A partir de ello, hemos podido ubicar sentencias del Tribunal Constitucional peruano (caso *Tineo Cabrera*), de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema peruana (casación 13233-2014) o de la Corte Suprema de Justicia argentina (caso *Losicer*), donde estas altas cortes han empleado los estándares de la Corte IDH, pero como recurso de autoridad, para sustentar una “interpretación conforme” a la convencionalidad. No para inaplicar el derecho interno en favor de la CADH, sino para interpretar el derecho interno en consonancia con la jurisprudencia de la Corte IDH, en la idea de un “control constructivo de convencionalidad”.²⁵

Por último, los efectos de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los organismos de la Administración pública en América Latina, al menos para el ámbito administrativo sancionador y disciplinario, son mínimos.

En tal sentido, hoy por hoy, *consideramos que la jurisprudencia de la Corte IDH no ha producido un efecto o mandato transformador directo en la construcción de estándares sustantivos de convencionalidad administrativa sancionadora y disciplinaria en los ordena-*

²⁵ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control...”, *cit.*

mientos internos nacionales. Ya hemos enunciado las causas, pero, a nuestro criterio, lo principal es que el mandato transformador: *i)* ha sido tomado por las autoridades jurisdiccionales, y *ii)* ha sido adecuado, en primer lugar, para lo penal y, luego de ahí, ha sido trasvasado a lo sancionador administrativo. Sin embargo, y desde ahora lo adelantamos, esto no obsta para que pueda articularse conceptualmente un *Ius Constitutionale Commune* en materia de estándares sustantivos en sanciones administrativas y disciplinarias que pueda ser aplicado en el ámbito de la Administración pública. Posteriormente, haremos la construcción dogmática que permita potenciar dicha aplicación.

*5.3.2. La mayor eficacia de los estándares
procedimentales en materia sancionatoria asociados
al éxito del debido procedimiento administrativo*

Diferente es el caso del éxito de la influencia de los *estándares procedimentales*. Consideramos que el proceso transformador del debido procedimiento administrativo en América Latina ha sido bastante exitoso. La historia reciente del derecho administrativo moderno en América Latina se ha reescrito en los últimos 30 años, a partir de la superación de los viejos paradigmas del procedimiento administrativo. Hemos pasado del “derecho de petición” al derecho fundamental al debido proceso administrativo, donde el sujeto activo de dicho derecho es el ciudadano, y donde la Administración pública tiene el deber de atender y tutelar dicho derecho.

En esa medida, casi todos los países latinoamericanos han adoptado leyes de procedimiento administrativo donde una garantía esencial es el debido procedimiento administrativo,²⁶ el cual ha sido construido mediante el trasvase de las garantías judiciales hacia el ámbito administrativo. Y en dicha construcción del debido proceso administrativo ha sido fundamental

²⁶ Cfr. Brewer-Carías, Allan R., “Estudio preliminar. El procedimiento administrativo en el derecho administrativo comparado iberoamericano”, en Rodríguez-Arana, Jaime y Moreno Molina, José Antonio (dirs.), *op. cit.*, pp. 160-171.

el mandato transformador de la Corte IDH, que, con su interpretación amplia del artículo 8 de la CADH, ha influenciado al legislador latinoamericano y a las altas cortes de manera que, en la gran mayoría de países de Latinoamérica, hoy en día es prácticamente impensable que, al menos en las normas, existan procedimientos administrativos sancionatorios o disciplinarios que carezcan de garantías mínimas de defensa o de debido procedimiento previo.

Si entendemos que el procedimiento administrativo tiene una función instrumental al servicio de los derechos fundamentales, entonces el procedimiento tiene que ser debido y efectivo y, por ende, estar adecuado a los estándares convencionales del artículo 8 de la CADH.²⁷ En dicho proceso transformador, consideramos que la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido doble: sobre las altas cortes (estableciendo estándares convencionales para el debido proceso administrativo) y sobre el propio legislador nacional, el cual ha adecuado sus leyes de procedimiento administrativo a un estándar convencional respetuoso, al menos de las garantías mínimas del artículo 8 de la CADH.

No obstante lo dicho anteriormente, de todas formas es importante reseñar que sigue pendiente la construcción de un control de convencionalidad en torno a los estándares procedimentales, a partir de la interpretación conforme. Tal vez el ámbito donde falta penetrar es en el disciplinario (regido todavía por muchas normas reglamentarias), en el cual creemos que es viable aplicar la técnica del control de convencionalidad difuso represivo (a nivel de organismos jurisdiccionales) y el control de convencionalidad constructivo (a nivel de organismos administrativos), como veremos.

²⁷ El procedimiento administrativo es un instrumento al servicio de los derechos fundamentales. De esta manera, la Administración, al tramitarlos, debe asegurar no solo un proceso debido, sino una *tutela administrativa efectiva*. Cfr. Canosa, Armando, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 323, 2014, pp. 75-88. Esta también debe asegurarse para los procedimientos sancionatorios, necesariamente. Canosa, Armando, “La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador”, *Revista Derecho y Sociedad*, Asociación Derecho y Sociedad, núm. 54, t. I, pp. 243-266.

5.4. ¿En qué sentido se compatibiliza la tipicidad de las infracciones disciplinarias de los ordenamientos jurídicos internos a la luz del principio de legalidad (art. 9) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte IDH?

El artículo 9 de la CADH establece un estándar sustantivo de legalidad y tipicidad para las infracciones administrativas sancionadoras que, en principio, también se traslada al ámbito disciplinario, conforme lo han señalado *Baena y Vélez Loor*, por el cual la infracción y la sanción deben estar previstas en una norma legal que especifique la conducta infractora que merece el correspondiente castigo. La Corte IDH lo entendió así, por ejemplo, en *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala* (párrs. 76 y 77), donde se argumenta que las garantías del orden penal se aplican *mutatis mutandis* a lo sancionador y lo disciplinario.

Aun cuando el criterio de la identidad de garantías sustantivas y procesales del derecho penal es aplicable ya al derecho disciplinario, la Corte IDH también ha sido sensible a un tema importante para esta rama del derecho administrativo: el problema de la tipificación de las infracciones disciplinarias y su vinculación con el grado de predeterminación de la taxatividad de la descripción del tipo infractor en la norma, así como el problema relativo al grado de discrecionalidad con que cuenta la autoridad administrativa para vincular una infracción con la sanción aplicable.²⁸

Precisamente, la Corte IDH ya mantiene una línea jurisprudencial iniciada en *López Mendoza vs. Venezuela*, *López Lone y otros vs. Honduras*, y que recientemente ha sido recordada en *Urrutia Labreaux vs. Chile*²⁹ y *Cordero Bernal vs.*

²⁸ Problema anotado mucho tiempo atrás en trabajos clásicos como Nieto García, Alejandro, “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria” *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, núm. 44, mayo-agosto de 1964, pp. 147-162 y Nieto García, Alejandro, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, núm. 63, septiembre-diciembre de 1970, pp. 39-83.

²⁹ *Cfr.* Hernández-Mendible, Víctor Rafael, “Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 214, pp. 229-252.

Perú.³⁰ Esta línea jurisprudencial está claramente resumida y detallada en los párrafos 264, 267 y 270 a 273 de *López Lone*.

De las sentencias citadas se puede deducir la línea jurisprudencial de la Corte IDH en materia de la tipificación de infracciones (administrativas y, *mutatis mutandis*, disciplinarias):

i) el grado de precisión de la tipificación de una norma en materia disciplinaria puede ser distinta a la penal, puesto que las exigencias del principio de legalidad pueden variar en estos ámbitos, dada la distinta calidad de los bienes jurídicos protegidos por ambas materias. En tal sentido, el estándar de exigencia de lo disciplinario puede ser menor, con lo cual un tipo disciplinario puede ser abierto o indeterminado, lo cual, *per se*, no es una violación a la regla de tipicidad. Del mismo modo, se permite el recurso a la tipificación por vía de conceptos jurídicos indeterminados, pero la aplicación de tales tipos abiertos debe ser ejercida con sometimiento a estándares jurídicos determinados por normativa interna o por criterios jurisprudenciales, a fin de reducir dicha discrecionalidad en su aplicación mediante el recurso al deber de motivación del acto sancionador, y

ii) la correlación entre la infracción y la gravedad de la sanción puede ser discrecional (aun cuando sería aconsejable manejar un estándar de gravedad de infracciones), pero, en todo caso, la discrecionalidad al momento de aplicar una sanción disciplinaria debe ser reducida mediante el recurso a la proporcionalidad y, nuevamente, a la motivación del acto sancionador, el cual debe detallar la falta cometida, las circunstancias de la misma y, asimismo, el proceso de aplicación para correlacionar la infracción y el castigo aplicable a la misma, de manera tal que quede suficientemente descartado cualquier indicio de arbitrariedad en la imposición de una sanción administrativa.

En tal sentido, si bien es cierto que en materia sancionadora administrativa la Corte IDH maneja un estándar de legalidad y tipicidad, no es menos cierto también que ha relajado el mismo para el caso de las infracciones disciplinarias debido a la diferencia de bienes jurídicos protegidos y a la imposibilidad de poder prever un catálogo completo de infracciones aplicables a las relaciones de empleo público.

³⁰ Cfr. Hernández- Mendible, Víctor Rafael: "Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, núm. 215, pp. 243-259.

5.5. ¿Se puede hablar de medidas administrativas alternativas para el procedimiento sancionador a la luz de lo desarrollado por la Corte IDH y, en general, por el SIDH?

Covilla³¹ realiza una importante distinción entre sanciones administrativas y “medidas administrativas alternativas” (o de policía), entendidas estas últimas como “[...] aquellas medidas adoptadas por la Administración pública como reacción a la infracción de una norma del ordenamiento jurídico que tienen por finalidad la tutela de un interés público y no la sanción al administrado”. El profesor colombiano hace referencia con ello a las clásicas “órdenes administrativas” u “órdenes de policía”, entendidas como “los actos administrativos que imponen en un caso concreto un deber de realizar una conducta o una prohibición de realizarla con la finalidad de preservar algún interés general. Son prototípicos actos desfavorables y ejecutivos. Aquí la conducta impuesta es el contenido de un deber en sentido estricto (no de una obligación) y se hace para garantizar la protección de un interés general (no para castigar un comportamiento ilícito)”.³²

Ahora bien, es interesante comprobar que, de la investigación realizada, la Corte IDH no ha realizado una distinción específica entre la sanción administrativa y figuras similares, sobre todo porque entendemos que, de la mano de *Baena*, la Corte IDH maneja un concepto material amplio de sanción y, por tanto, la asume como un acto estatal que implica “menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita” (párr. 106). Sin embargo, pese a la amplitud

³¹ Cfr. Covilla Martínez, Juan Carlos, “La preferencia de las medidas administrativas alternativas frente a la sanción administrativa”, en Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge Iván (eds.), *El poder sancionador de la Administración pública. Discusión, expansión y construcción. XIX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 1036.

³² Cfr. Rebollo Puig, Manuel e Izquierdo Carrasco, Manuel, “Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación”, en Rebollo Puig, Manuel y Vera Jurado, Diego J. (dirs.), *Derecho administrativo. Modos y medios de la actividad administrativa*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2019, t. III, p. 80.

de la definición conceptual empleada,³³ la Corte IDH sí detalla que la sanción, pese a ser administrativa, es consecuencia de una conducta ilícita y, como tal, tiene un efecto represivo. Por tanto, en la jurisprudencia analizada, el concepto de sanción administrativa podrá ser distinguido de las “medidas administrativas alternativas”, puesto que, a la fecha (y del material analizado), la Corte IDH maneja un concepto material amplio de sanción, pero, a la vez, correctamente la identifican como la consecuencia represiva de un acto ilícito.

5.6. ¿De qué forma contribuye la efectividad del SIDH, y particularmente del control de convencionalidad, a los regímenes de derecho administrativo sancionador en los Estados miembros?

Tal como lo hemos adelantado, hay que diferenciar la influencia de las decisiones de la Corte IDH en el ámbito del derecho sancionador y disciplinario, dependiendo de los estándares sustantivos y procedimentales. Por un lado, en lo que respecta a los *estándares sustantivos* (antiguo art. 9 CADH) el control de convencionalidad se ha usado más en su faceta de “control constructivo”, empleando la técnica de la interpretación conforme, por parte de los tribunales y altas cortes nacionales para adecuar sus propios juicios de constitucionalidad, usando como argumento de autoridad el recurso a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH para cimentar sus interpretaciones y, así, juzgar la falta de adecuación de la acción administrativa interna a los estándares de la Convención. De todas formas, convenimos en que se trata de una influencia más *light* que transformadora. Sin embargo, desde el punto de vista de los *estándares procedimentales* (debido proceso administrativo sancionatorio, antiguos arts. 8.1 y 8.2 CADH), encontramos que la influencia del mandato transformador ha

³³ Que, técnicamente, no es la más correcta desde el punto de vista del derecho administrativo. Sobre el particular, para un concepto depurado de sanción administrativa, véase Rebollo Puig, Manuel, “Definición y delimitación de las sanciones administrativas”, en Rebollo Puig, Manuel *et al.* (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2021.

tenido mucho mayor éxito en algunos países que han modernizado sus leyes de procedimiento administrativo a la luz de los mandatos de la convencionalización y la constitucionalización del derecho administrativo a través del derecho fundamental al debido procedimiento administrativo y a la tutela administrativa efectiva. En estos países (como Colombia o Perú, por citar ejemplos), la penetración de los estándares transformadores del *Ius Constitutionale Commune* por medio del debido procedimiento administrativo al ámbito sancionador y disciplinario ha sido meridianamente exitoso, pese a las falencias que se pueden seguir encontrando en la práctica administrativa.

En tal sentido, creemos que hay sólidos fundamentos jurídicos para generar un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en materia del derecho administrativo sancionador y disciplinario, cuyo mandato transformador operará sobre los ordenamientos y las administraciones públicas nacionales que deberán aplicar en el ámbito punitivo administrativo los contenidos sustantivos y procedimentales de los artículos 9 y 8 de la CADH a la luz de la interpretación conforme con lo resuelto en la jurisprudencia de la Corte IDH.

VI. CAMINOS PARA POSIBILITAR LA APLICACIÓN
DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA
LATINA (ICCAL) AL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR LATINOAMERICANO EN LA PRÁCTICA
ADMINISTRATIVA DE NUESTROS PAÍSES

Finalmente ¿cómo operativizar el mandato transformador de los artículos 8 y 9 de la CADH, ya no en los jueces nacionales (hoy interamericanos), sino en las administraciones públicas latinoamericanas?

**6.1. El procedimiento administrativo
sancionador convencionalizado por vía
del reflejo de los estándares penales del SIDH
al ámbito sancionador administrativo y disciplinario**

En primer lugar, creemos que una primera herramienta necesaria para darle operatividad al mandato transformador del ICCAL en

materia sancionadora es el procedimiento administrativo y sus garantías. Recuérdese que, hoy por hoy, el procedimiento administrativo es una institución convencionalizada, puesto que, como se ha señalado, “el fin del proceso administrativo es, en últimas, producir una decisión administrativa con la que se pueda concretar el ordenamiento jurídico constitucional y convencional, sus principios, reglas y valores”.³⁴ En ese entendido, el trabajo de convencionalización del derecho sancionador debe empezar por las leyes de procedimiento administrativo.

Así las cosas, es necesario que los Estados miembros asuman en sus leyes administrativas internas los criterios de un procedimiento sancionador convencionalizado, que respete los estándares sustantivos y procedimentales de la Corte IDH en la materia, y que permita operativizar el mandato transformador de los artículos 8 y 9 de la CADH. Pongamos un ejemplo: en un entorno tradicional era muy común aplicar sanciones administrativas “de plano”, vale decir, sin procedimiento previo donde el administrado pudiera defenderse antes de la imposición de la sanción. Hoy en día, desde un estándar convencionalizado, la aplicación de una sanción administrativa de plano por parte de cualquier entidad pública sería manifiestamente violatoria del derecho humano al debido proceso y, por ende, inconvencional.

6.2. La renovación del método interpretativo del derecho administrativo mediante la “interpretación conforme” o el “control de convencionalidad constructivo

En *segundo lugar*, encontramos que hay un camino de entrada del mandato transformador mediante *la renovación metodológica del derecho administrativo, que debe adecuar sus herramientas hermenéuticas a la convencionalidad.* Aquí sobreviene la pregunta

³⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “Convencionalidad y derecho administrativo: interacciones sistémicas en el Estado social de derecho que procura la eficacia de los derechos, el derecho internacional humanitario y el derecho de gentes”, en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés Fernando (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 632.

de cómo hacer operativo el control de convencionalidad ejercido por las entidades de la Administración pública, el cual aún tiene bemoles y ámbitos no esclarecidos,³⁵ sobre todo si todavía no existe en sentido estricto una tesis común respecto a los alcances del control de convencionalidad y su vinculación con los ordenamientos internos.³⁶

En todo caso, en este trabajo no hemos entrado al debate sobre la forma de hacer efectiva la convencionalidad en los Estados parte del SIDH (tarea de constitucionalistas e internacionalistas), pero lo que sí importa responder es: ¿qué clase de control de convencionalidad deben aplicar las administraciones públicas latinoamericanas? Si entendemos que el control de convencionalidad ejercido por las autoridades nacionales, conforme a Sagüés,³⁷ podría tener dos facetas (la “represiva” o control difuso de la prevalencia de la CADH sobre la normativa interna nacional, inaplicando esta última, y la “constructiva”, que supone aplicar las técnicas de la interpretación conforme³⁸ para seleccionar la interpretación que más se ajuste a la efectividad y eficacia del ordenamiento de los derechos humanos), entonces, ¿cuál faceta será posible aplicar en el ámbito de las administraciones públicas latinoamericanas?

Hachem³⁹ entiende que es posible generalizar el control “constructivo” para todas las entidades públicas en un “nivel mínimo de intensidad”, dado que encuentra que el control “represivo” (difuso o de inaplicación de normas nacionales por ser incon-

³⁵ Cfr. Monti, Laura, *op. cit.*; Rosario Rodríguez, Marco del, *op. cit.*, y López Olvera, Miguel, *op. cit.*

³⁶ Cfr. Midón, Mario, *op. cit.*; Landa Arroyo, César, *op. cit.*, y también Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2018 y Flores Saldaña, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.

³⁷ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control...”, *cit.*, y también, *Guía práctica...*, *cit.*

³⁸ Cfr. López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, México, Porrúa, 2017 y, también, Flores Saldaña, Antonio, *op. cit.*

³⁹ Cfr. Hachem, Daniel Wunder, *El control de convencionalidad de la Administración pública: una mirada interamericana*, Curitiba, Pro Manuscripto, 2021, p. 41.

vencionales) sería aplicable solo por las autoridades públicas que puedan ejercer control de constitucionalidad y, si no tuvieran tal atribución, tendrían que hacer la consulta pertinente a los organismos competentes en el ámbito administrativo. Nosotros hemos llegado a la misma conclusión y coincidimos con el destacado jurista brasileño, aunque con un matiz importante respecto al control represivo.

Encontramos que la “interpretación conforme” o el “control constructivo” de convencionalidad puede hacerse operativo en cualquier autoridad pública, incluso administrativa. Para hacer efectiva dicha interpretación conforme, la doctrina propone la siguiente metodología operativa:

Ello conduce a practicar —sostenemos—, de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de selección de interpretaciones, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de construcción de interpretaciones, mediante interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición (cuando se agrega algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), mutativas por sustracción (al revés, si se quita algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o mutativas mixtas, por sustracción-adición (también llamadas “sustitutivas”), donde el operador extrae algo y añade algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatible con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.⁴⁰

La aplicabilidad de la interpretación conforme por parte de las entidades de la Administración pública supone una renovación metodológica completa del instrumental del derecho administrativo. A nuestro criterio, ello parte de modernizar las herramientas interpretativas del derecho administrativo y, además, asumir los postulados analíticos de la distinción entre disposición y norma,⁴¹ los cuales no son monopolio de las autoridades

⁴⁰ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control...”, *cit.*, pp. 143 y 144.

⁴¹ Cfr. Guastini, Riccardo, “Disposición vs. norma”, en Pozzolo, Susana y Escudero, Rafael (eds.), *Disposición vs. norma*, Lima, Palestra, 2011, pp. 133-156.

jurisdiccionales, sino que son herramientas hermenéuticas del derecho público que pueden y deben utilizarse por todas las autoridades de la Administración pública latinoamericana. Las entidades de la Administración pública ya no son, como antes, meras ejecutoras del principio de legalidad, sino que son también parte de la “comunidad de intérpretes” del derecho público. E insistimos, esto lo puede hacer cualquier autoridad pública al interpretar las disposiciones del derecho interno, las cuales deben ser aplicadas a la luz de la CADH.

6.3. La generalización de tribunales administrativos en materia sancionadora en vía administrativa no jurisdiccional que puedan ser vectores del mandato transformador del ICCAL en materia sancionadora y disciplinaria

Pero en lo que tenemos un matiz respecto a lo señalado por Hachem es en cuanto al “control represivo” de convencionalidad o, mejor dicho, el control difuso por el cual una autoridad administrativa podría inaplicar una ley por su oposición a la CADH. En este caso, consideramos que esto no puede ser hecho por cualquier autoridad pública, sería peligroso y, además, generaría interpretaciones dispares e incontrolables en el ámbito de la estabilidad del derecho administrativo.⁴² Sin embargo, eso nos lleva a nuestra *tercera herramienta: el ICCAL en materia de derecho administrativo sancionador, en su faceta de control represivo, podría ser aplicado por tribunales instituidos al interior de la Administración pública*. El recurso a tribunales administrativos para crear un sistema de justicia administrativa⁴³ permitiría que estos órganos especializados de la Administración pública en América Latina⁴⁴ puedan ejercer el control difuso de convencionalidad o sean también una especie de “jueces administrativos interame-

⁴² Cfr. Monti, Laura, *op. cit.*, y Rosario Rodríguez, Marco del, *op. cit.*

⁴³ Tesis planteada por Jorge Agudo González en su obra *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2016.

⁴⁴ Existen en varios países, como Chile, Argentina, Perú e incluso Brasil.

ricos”. Perú lo intentó a través de un precedente del Tribunal Constitucional que declaró que los tribunales administrativos pueden ejercer control difuso de constitucionalidad (*Salazar Yarlenque*, de 2004, STC 3741-2004-AA/TC y su aclaración), pero dicha “apuesta” culminó con una casi nula efectividad institucional en el ámbito de los tribunales administrativos peruanos, hecho que llevó a que años después, por otro precedente (*Consortio Requena*, STC 04293-2012-AA/TC), el propio Tribunal Constitucional decidiera dejar sin efecto la posibilidad de dicho control difuso.

Sin embargo, el hecho de que la experiencia peruana haya sido fallida no debe dar pie a descartar que los tribunales administrativos en materia sancionadora y disciplinaria puedan realizar control difuso de convencionalidad. A nuestro criterio, si tienen garantías de imparcialidad, independencia y autonomía de otras entidades públicas, los tribunales administrativos pueden canalizar el mandato transformador de los estándares sustantivos y procedimentales de los artículos 8 y 9 de la CADH, no solo mediante el recurso al control de convencionalidad “constructivo o positivo”, sino que también podrían ejercer, sin problema alguno, el control represivo mediante la inaplicación de las normas nacionales legales o reglamentarias que se opongan a la CADH.

VII. CONCLUSIONES

De una forma sucinta, podemos señalar que es viable extraer un mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune* en materia de derecho administrativo sancionador y disciplinario a través de los estándares sustantivos y procedimentales de los artículos 9 y 8 de la CADH, los cuales son un piso mínimo de garantías a nivel latinoamericano para la vigencia del derecho fundamental a la legalidad punitiva, así como el derecho al debido proceso administrativo. Estos estándares han sido desarrollados en varias sentencias de la Corte IDH, básicamente a partir del *leading case Baena* y la posterior línea jurisprudencial de la Corte IDH, que usa los estándares sustantivos y procedimentales derivados de los citados artículos de la CADH.

Aun así, a la fecha, el éxito del mandato transformador del ICCAL en materia sancionadora y disciplinaria ha sido dispar, diferenciándose el éxito de la eficacia de los estándares sustantivos (art. 9) y los estándares procedimentales (arts. 8.1 y 8.2). Creemos que los estándares sustantivos todavía son usados como argumentos de autoridad por las altas cortes nacionales a fin de constitucionalizar su derecho sancionador administrativo, pero hay potencialidad para llevar dichos estándares del plano conceptual al operativo en todas las entidades de la Administración pública mediante la renovación de la legislación general en materia de sanciones administrativas y disciplinaria, las cuales deben ser formuladas desde los estándares convencionales. No pasa lo mismo con los estándares procedimentales, los cuales han tenido mayor éxito aplicativo en América Latina, dado que hoy en día el derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa (derivado del ámbito judicial) irradia a muchas legislaciones generales y especiales de procedimiento administrativo, y, por ello, puede afirmarse que las garantías procedimentales mínimas del ámbito sancionador se han inspirado en estándares convencionales, pero aún puede irse más allá a fin de proteger y optimizar el respeto de los derechos fundamentales en materia de aplicación de sanciones administrativas y disciplinarias.

Ahora bien, la idea no es solo afirmar la existencia de estándares procedimentales y sustantivos convencionales en el ámbito de las sanciones administrativas y disciplinarias, sino en cómo hacer que las administraciones públicas respeten y apliquen dichos estándares en su actuación en procedimientos administrativos sancionadores. En tal sentido, se ofrecen herramientas procedimentales, organizativas y de renovación del método de análisis y trabajo del derecho administrativo que deberían ser exploradas y aplicadas a fin de volver operativo el mandato transformador del *Ius Constitutionale Commune* en materia de sanciones administrativas y disciplinarias, ora por el control “constructivo o positivo” de convencionalidad, ora por el control “represivo o difuso”, las cuales pueden ser ejercidas no solo por los jueces, sino también por autoridades administrativas nacionales. El desafío es sentar las bases para hacer efectivo dicho mandato transformador desde la renovación dogmática del derecho administrativo a la luz de la convencionalidad. Que así sea.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2016.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Civitas, 2007.
- AMAYA, Jorge Alejandro (dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- ANTKOWIAK, Thomas y URIBE GRANADOS, Gloria Patricia, “Comentario al artículo 9”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.) y URIBE GRANADOS, Gloria Patricia (coord. académica), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Las bases constitucionales del derecho administrativo”, en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María; DOMENECH PASCUAL, Gabriel y ARROYO JIMÉNEZ, Luis (coords.), *Tratado de derecho administrativo. Introducción. Fundamentos*, Madrid, Marcial Pons, 2021, vol. I.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Estudio preliminar. El procedimiento administrativo en el derecho administrativo comparado iberoamericano”, en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y MORENO MOLINA, José Antonio (dirs.), *Código de leyes de procedimiento administrativo en América Latina*, 3a. ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2021.
- BOGDANDY, Armin von, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.
- BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

- BUENO ARMIJO, Antonio, “La responsabilidad de los empleados públicos”, en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. (dirs.), *Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2018, t. IV.
- CANO CAMPOS, Tomás, *Claves prácticas de derecho administrativo. Sanciones administrativas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.
- CANOSA, Armando, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 323, 2014.
- CANOSA, Armando, “La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador”, *Revista Derecho y Sociedad*, Asociación Derecho y Sociedad, núm. 54, t. I.
- CASTILLO BLANCO, Federico, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, Civitas-CEMCI, 1992.
- CELIS DANZINGUER, Gabriel, “La interpretación jurídica en el derecho administrativo contemporáneo”, *Revista Nomos*, Universidad de Viña del Mar, núm. 3, 2009.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración pública”, *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “La preferencia de las medidas administrativas alternativas frente a la sanción administrativa”, en MONTAÑA PLATA, Alberto y RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván (eds.), *El poder sancionador de la Administración pública. Discusión, expansión y construcción. XIX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- DÍAZ SOLIMINE, Omar (dir.), *El margen nacional de apreciación*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Perú. Los avances y la agenda pendiente al respecto”, en AMAYA, Jorge Alejandro (dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La aplicación extensiva de las garantías judiciales penales: un ejercicio de derecho compa-

- rado para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y México”, en CABALLERO OCHOA, José Luis y SÁNCHEZ GIL, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Presentación”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; CABALLERO OCHOA, José Luis y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *La Constitución convencionalizada. A 40 años de la vigencia del Pacto de San José*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.
- GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. norma”, en POZZOLO, Susana y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposición vs. norma*, Lima, Palestra, 2011.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control”, en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime *et al.* (orgs.), *Control administrativo de la actividad de la Administración*, São Paulo, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2019, vol. 2.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder, *El control de convencionalidad de la Administración pública: una mirada interamericana*, Curitiba, Pro Manuscrito, 2021.
- HACHEM, Daniel Wunder y PETHECHUST, Eloi, “Incidencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación”, en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime *et al.* (eds.), *Régimen administrativo sancionatorio en homenaje a José Luis Meilán Gil*, Guayaquil, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2018, t. II.

- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, *El Estado convencional. Cincuentenario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969-2019)*, 2a. ed. ampliada, Santiago, Ediciones Olejnik, 2020.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 214.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 215.
- LANDA ARROYO, César, *Convencionalización del derecho peruano*, Lima, Palestra Editores, 2016.
- LEIVA POVEDA, Jorge, “El procedimiento administrativo sancionatorio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Sancionador*, 2019, <https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f589beea62ad886639fbb-d19b806d34f>
- LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, México, Porrúa, 2017.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración pública*, México, Novum, 2014.
- MIDÓN, Mario, *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- MONTI, Laura, “La Administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvenional. Reflexiones. Interrogantes”, *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, septiembre de 2021.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, núm. 63, septiembre-diciembre de 1970.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Adminis-*

- tración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, núm. 44, mayo-agosto de 1964.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal Salvador, *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, 2a. ed., revisada, aumentada y actualizada, Santiago, Thomson Reuters, 2017.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.
- REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación”, en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. (dirs.), *Derecho administrativo. Modos y medios de la actividad administrativa*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2019, t. III.
- REBOLLO PUIG, Manuel, “Definición y delimitación de las sanciones administrativas”, en REBOLLO PUIG, Manuel *et al.* (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2021.
- REGUEIRA ALONSO, Enrique M. y CASARINI, Luis E., “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas”, *Diario La Ley Online*, 7 de diciembre de 2012.
- RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y MORENO MOLINA, José Antonio (dirs.), *Código de leyes de procedimiento administrativo en América Latina*, estudio preliminar de Allan R. Brewer-Carías, 3a. ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2021.
- ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, julio-diciembre de 2015.
- SAGÜES, Néstor Pedro, “El concepto de ‘Constitución convencionalizada’. Su fisonomía actual, fundamento y topes”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; CABALLERO OCHOA, José Luis y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *La Constitución con-*

- vencionalizada. A 40 años de la vigencia del Pacto de San José*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Bogotá, Tirant lo Blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2021.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2015.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 4a. ed., Lima, Fondo Editorial PUCP, 2021.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Convencionalidad y derecho administrativo: interacciones sistémicas en el Estado social de derecho que procura la eficacia de los derechos, el derecho internacional humanitario y el derecho de gentes”, en MONTAÑA PLATA, Alberto y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2018.

La influencia del estándar del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental en los países de la región

Aracelis Altagracia Fernández Estrella

SUMARIO: I. Introducción. II. El estándar del SIDH para las evaluaciones de impacto ambiental. III. Verificación de la aplicación del estándar del SIDH en la realización de estudios de impacto ambiental correspondientes a los procedimientos administrativos para la obtención de permisos ambientales. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas pretendemos identificar, en una primera parte, el estándar del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) para realizar las evaluaciones de impacto ambiental en los procedimientos administrativos que requieren de este tipo de estudios para la obtención de un permiso ambiental. Una vez que hayamos precisado dicho estándar, procederemos a analizar su cumplimiento en tres países de la región, a saber: República Dominicana, Colombia y Brasil.

La elección de solo tres países de la región obedece a un tema de límite de páginas y la selección de los países a distintos criterios. En el caso de la República Dominicana, porque forma parte de una isla y es de los pocos países de la región que no cuenta con población indígena, a diferencia de los otros dos países que

serán objeto de estudio. Además, la autora de este capítulo es dominicana.

Colombia es el segundo país elegido, por haber sido el primero de Latinoamérica en establecer en su derecho interno el instrumento de evaluación de impacto ambiental como requisito para la obtención de permiso ambiental de ejecución de proyectos que podrían causar daños significativos al medioambiente.¹ El tercer país objeto de estudio es Brasil, por el hecho de constituir el Estado más extenso de la región, que cuenta con la mayor reserva natural y que durante los últimos años ha sufrido grandes catástrofes ambientales que han impactado de manera considerable los derechos a disfrutar de un medioambiente sano y a la salud, entre otros, de muchas personas, a tal punto que un experto de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha señalado que Brasil está en un camino ambiental trágico y venenoso.²

Finalmente, ofreceremos nuestras conclusiones sobre el grado de cumplimiento del estándar del SIDH en las evaluaciones de impacto ambiental relativas a los procedimientos administrativos para el otorgamiento de permiso ambiental correspondientes a la ejecución de proyectos que podrían causar un daño significativo al medioambiente.

II. EL ESTÁNDAR DEL SIDH PARA LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

La protección jurídica del medioambiente surge, fundamentalmente, en el seno del derecho internacional. La ONU y, concretamente a partir de su creación, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)³ han jugado un papel

¹ En 1974, mediante el Decreto 2811, de 18 de diciembre de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de Colombia.

² Noticias ONU, “Brasil está en un camino ambiental trágico y venenoso, asegura un experto de la ONU”, Naciones Unidas, 2021, <https://news.un.org/es/story/2019/12/1466651>

³ Fundado el 5 de junio de 1972. La organización tiene su sede principal en Nairobi, Kenia.

protagónico para su desarrollo, asumiendo acciones y coordinando la suscripción de convenios internacionales en las principales materias que impactan al medio ambiente.⁴ Aunque los avances de esta disciplina han estado marcados por la prevalencia del *soft law*, poco a poco, el derecho se encarrila hacia la adopción de compromisos para situarse en el terreno del *hard law*. Este proceso no está siendo todo lo progresivo y constante que demanda la situación; sin embargo, es innegable que estamos avanzando.

El SIDH no ha sido ajeno a este proceso, sino que ha asumido como suyos estos avances en el ámbito internacional para determinar el contenido del derecho a un medioambiente sano establecido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de 9 de marzo de 2006.⁵ En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado que “debe tomar en consideración la normativa internacional de protección ambiental al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Con-

⁴ La primera gran conferencia internacional sobre cuestiones ambientales fue la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano o Cumbre de la Tierra de Estocolmo, celebrada entre el 5 y el 16 de junio de 1972 en Estocolmo, Suecia. Esta conferencia, organizada por las Naciones Unidas, marcó un punto de inflexión para el desarrollo del derecho ambiental internacional. Fruto de ella resultó la Declaración de Estocolmo. Veinte años más tarde se celebró la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, en donde se adoptaron, entre otros, el Programa de acción para el siglo XXI, llamado Programa 21, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (que condujo posteriormente a la firma del Protocolo de Kioto), la Declaración de Principios relativos a los Bosques y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. En el 2002 tuvo lugar la Cumbre Mundial sobre desarrollo sostenible en Johannesburgo. En 2012 se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible en Río, donde se suscribe el documento “El futuro que queremos”, y en 2015 se suscribieron los siguientes acuerdos internacionales: Convenio Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres, Acuerdo de París sobre Cambio Climático y Agenda 2030 para el desarrollo sostenible con sus 17 ODS.

⁵ Artículo 11: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

vención Americana, en particular, al precisar las medidas que deben adoptar los Estados.⁶ En este sentido, otros convenios internacionales de especial relevancia en materia de evaluaciones de impacto ambiental lo son el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convenio de Espoo), que entró en vigor el 10 de septiembre de 1997, y el Protocolo sobre Evaluación Ambiental Estratégica al Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, con entrada en vigor el 11 de julio de 2010.

Los estudios de impacto ambiental se inscriben dentro de las técnicas del derecho público para la protección del medioambiente, específicamente dentro de la técnica de intervención/limitación;⁷ y obedecen a una concreción del principio primero de la Declaración de Estocolmo que ya proclama el derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medioambiente de calidad, así como la solemne obligación de proteger y mejorar el medioambiente para las generaciones presentes y futuras,⁸ principio que se refuerza en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, suscrita por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el

⁶ Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párr. 44. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párrs. 177-179.

⁷ De acuerdo con la clasificación de técnicas administrativa que realiza la doctora Julia Ortega Bernardo en *Apuntes sobre derecho administrativo Ambiental* (inéditos).

⁸ Declaración de Estocolmo, Principio 1: El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el *apartheid*, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.

Desarrollo, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, con el reconocimiento expreso de los principios de desarrollo sostenible, prevención y precaución.

Al respecto, el principio 17 de dicha Declaración señala expresamente: “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”. La Corte IDH ha precisado que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto.⁹

A pesar de que no todas las afectaciones al derecho a un medioambiente sano relacionadas con la necesidad de realizar evaluaciones de impacto ambiental están directamente vinculadas con los pueblos indígenas, y de que no todos los países de la región cuentan con población indígena, hasta el momento en el SIDH la protección del medioambiente ha estado íntimamente vinculada a la protección de los derechos de estos pueblos. En este sentido, los pronunciamientos de la Corte IDH sobre la necesidad de realizar estudios de impacto ambiental han tenido como propósito salvaguardar el derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan, así como la protección del derecho a la salud.¹⁰

Asimismo, la Corte IDH señala como objetivo del estudio de impacto ambiental “asegurar que los miembros del pueblo tengan

⁹ Corte IDH. OC-23/17..., *cit.*, párr. 161. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185, párr. 41; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305, párr. 180, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam...*, *cit.*, párr. 216.

¹⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, *cit.*; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras...*, *cit.*; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam...*, *cit.*

conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria”.¹¹ Y con esto se inserta un elemento que, como veremos, es fundamental dentro del estándar del SIDH para la realización de los estudios de impacto ambiental, que versa sobre la garantía del derecho al acceso a la información y participación ciudadana que se requiere en todos los ámbitos de la Administración pública y, de forma concreta, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental.

Ahora bien, la importancia de la realización de los estudios de impacto ambiental trasciende a la protección en concreto de los derechos de los pueblos indígenas y, tal como ha reconocido la Corte IDH, su realización resulta obligatoria en relación con cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo.¹² En este sentido, puede decirse que la mayoría de los países que integran la región han regulado la necesidad de realizar el estudio de impacto ambiental frente al desarrollo de determinadas actividades que pudieran realizar un daño ambiental significativo. Sobre este punto pasaremos a ver cuál es el estándar que establece el SIDH para ver de qué manera el mismo ha influenciado el derecho administrativo interno de algunos países de la región.

La Corte IDH ha precisado que, además de los requisitos que pudiera establecer el derecho internacional, los estudios de impacto ambiental deben cumplir los siguientes requisitos: *a)* llevarse a cabo antes de la realización de la actividad; *b)* ser realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado; *c)* abarcar el impacto acumulado; *d)* garantizar la participación de las personas interesadas; *e)* respetar tradiciones y culturas de los pueblos, y *f)* contener los estudios de impacto ambiental.¹³

El estudio de impacto ambiental debe realizarse antes de que la actividad comience a funcionar y, por ende, tendría que ser anterior a la concesión de la autorización que corresponda. Si el

¹¹ En este sentido, Corte IDH. OC-23/17..., *cit.*, párr. 156.

¹² Nuevamente, en este sentido, *ibidem*, párr. 157.

¹³ *Ibidem*, párrs. 160 y ss.

estudio de impacto ambiental es una técnica que se enmarca en el principio de prevención, lógicamente su realización debe ser anterior. Además, en aquellos casos en que la actividad de que se trate se desarrolle en un contexto transfronterizo, también tendría que realizarse un estudio de impacto ambiental cuando se involucre recursos compartidos entre dos o más Estados.¹⁴

Respecto del segundo requisito, relativo a que el estudio debe ser realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, el criterio de la Corte IDH no es claro. Por un lado, señala que lo debe realizar una entidad independiente y técnicamente capaz, bajo la supervisión del Estado y, por otro, que puede ser realizado por el Estado.¹⁵ En cualquier caso, lo que parece indudable del criterio del SIDH es que estos estudios deben ser realizados por entidades totalmente independientes y la supervisión y fiscalización que realice el Estado debe ser con todo el rigor que exigen los parámetros internacionales en la materia de que se trate, y deben tomar en cuenta el impacto social que ocasione el proyecto. Entre los instrumentos internacionales que establecen estándares de cumplimiento para la realización de estudios de impacto ambiental se encuentra el ya mencionado Convenio de Espoo y su Protocolo sobre Evaluación Ambiental Estratégica.

El tercer requisito exige que se abarque el impacto acumulado que podría producir ese proyecto con los que hayan sido desarrollados o que se proyecte desarrollar en el mismo entorno. Al respecto, tal como señala la Corte IDH, “este análisis permite concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras implican un riesgo de daño significativo”.¹⁶

¹⁴ Al respecto, la Corte IDH (*ibidem*) cita algunas sentencias de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como: CIJ, *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*. Sentencia de 20 de abril de 2010, párr. 204; CIJ, *Caso de Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica vs. Nicaragua)* y *Construcción de una Ruta en Costa Rica a la largo del río San Juan (Nicaragua vs. Costa Rica)*. Sentencia de 16 de diciembre de 2015, párr. 104.

¹⁵ Corte IDH. OC-23/17..., *cit.*, párr. 163, y Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, *cit.*, párr. 41.

¹⁶ Corte IDH. OC-23/17..., *cit.*, párr. 165.

El cuarto requisito versa sobre la necesidad de participación de las personas interesadas. Hasta el momento, la Corte IDH solo se ha pronunciado de forma expresa sobre la necesidad de que se cumpla este requisito en los casos relativos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁷ No obstante, recomienda a todos los países que permitan la participación pública en los procesos de evaluación de impacto ambiental, no solo de las personas que directamente podrían verse afectadas con la ejecución del proyecto de que se trate, sino de la población en general.

En este sentido, han existido varias iniciativas para garantizar el ejercicio de este derecho y precisar su contenido. Entre las más importantes se encuentra, recientemente, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Convenio de Escazú),¹⁸ cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de abril de 2021 en los 12 Estados que hasta el momento lo han ratificado.¹⁹ La República Dominicana, Colombia y Brasil aún no ratifican el convenio.

El acuerdo de Escazú está basado en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, que establece:

[...] el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, cit., párr. 206; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam...*, cit., párr. 215.

¹⁸ Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018 y abierto a firma en la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 27 de septiembre de 2018.

¹⁹ El convenio está abierto a los 33 países de América Latina y el Caribe. Hasta el momento, el convenio ha sido firmado por 24 Estados y ratificado por 12, que son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Ecuador, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía y Uruguay, <https://observatoriop10.cepal.org/es/tratados/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-justicia-asuntos>

los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Además, recoge el principio de no regresión, el principio pro persona y el principio de prevención.

Entre los aspectos más relevantes de este acuerdo se encuentra el constituir el primer tratado regional ambiental de América Latina y el Caribe y el único acuerdo vinculante emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20).²⁰

El disfrute real del derecho a la participación de las personas interesadas exige como paso previo la satisfacción del derecho al acceso a la información en materia ambiental, derecho que no puede estar sometido a significativas formalidades para que pueda ser garantizado, y también que dicha información sea proporcionada atendiendo a la lengua y nivel formativo de quien la solicita o de todos aquellos que podrían verse afectados con el desarrollo de la actividad de que se trate. Debe garantizarse que las personas entiendan los riesgos que implican, los daños inminentes y acumulativos, y que tengan acceso a toda la información. Además, la participación debe ser real y su posición ser considerada de cara a la adopción de la decisión final de otorgar o no la autorización o permiso ambiental de que se trate.

La suscripción de este convenio por parte de todos los Estados miembros constituye un eslabón muy importante para la

²⁰ Entre las disposiciones vinculantes relevantes que incorpora el convenio se encuentra la dispuesta en el art. 9, sobre Defensores de los derechos humanos en asuntos ambiental, que en su numeral 3 establece: “Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo”.

protección del medioambiente en general y, de forma particular, para conseguir el cumplimiento del estándar del SIDH en los procedimientos administrativos de evaluación de impacto ambiental. Este convenio incorpora garantías que escapan a la mera formalidad que en muchos casos ocurre con las celebraciones de consultas públicas en materia de medioambiente, en donde los ciudadanos no disponen de toda información que necesitan para poder dar su consentimiento libre, informado y previo, conforme ha precisado la jurisprudencia de la Corte IDH.²¹

El quinto requisito se refiere al respeto de las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas. Con este requisito se pretende proteger el vínculo especial que tiene la población indígena con la tierra y los recursos naturales, y que son indispensables para su supervivencia física y cultural.²²

Finalmente, la Corte IDH, basada en los mismos criterios establecidos por la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional,²³ ha determinado que el contenido de los estudios de impacto ambiental debe estar precisado en la legislación de cada uno de los Estados atendiendo a la naturaleza y magnitud del tipo de proyecto y tomando en cuenta los daños que se puedan generar.

²¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, cit., párrs. 133 y ss.

²² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C, núm. 142, párrs. 124, 135 y 137; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284, párr. 112; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304, párr. 167, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam...*, cit., párr. 164.

²³ CIJ, *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*..., cit., párr. 205; *Caso de Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica vs. Nicaragua)* y *Construcción de una Ruta en Costa Rica a la largo del río San Juan (Nicaragua vs. Costa Rica)*..., cit., párr. 104, y Comisión de Derecho Internacional, Comentarios al Proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas G.A. Res. 56/82, Doc. ONU NRES/56/82, art. 7, párr. 9.

III. VERIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR
DEL SIDH EN LA REALIZACIÓN DE ESTUDIOS DE IMPACTO
AMBIENTAL CORRESPONDIENTES A LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS PARA LA OBTENCIÓN
DE PERMISOS AMBIENTALES

Precisado el estándar del SIDH en relación con los requisitos que han de cumplirse al interior de los Estados al realizar los estudios de impacto ambiental para la obtención de un permiso ambiental en los casos en que el proyecto que se propone desarrollar podría causar daños significativos al medioambiente, procederemos a verificar su grado de cumplimiento en el derecho interno de tres países de la región: República Dominicana, Colombia y Brasil.

3.1. República Dominicana

La participación de la República Dominicana en diversas conferencias internacionales en materia de protección del medioambiente dio lugar a la incorporación legislativa de la evaluación de impacto ambiental, como una de las técnicas de protección del medioambiente en dicho país. Entre esas conferencias destaca la Conferencia de Río de Janeiro y la suscripción de diversos convenios internacionales que exigían la incorporación de determinados principios y criterios en la gestión del medioambiente, tales como el principio de prevención, el de precaución, el que contamina paga, entre otros.

Entre los logros más significativos de este proceso destaca la promulgación de una ley general para la protección del medioambiente, que es la Ley núm. 64-00, de 18 de agosto de 2000, Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Entre las novedades más significativas que introduce dicha ley está la creación de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales (actualmente, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales),²⁴ como órgano rector de la Administración pública

²⁴ Denominada actualmente Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, a partir del dictamen del Decreto núm. 56-10, de 6 de febrero de 2010, que cambia la nomenclatura de diversas “Secretarías de Estado” por la de “Ministerios”.

en materia de medioambiente. Para su conformación, además de las nuevas unidades que fueron creadas, se concentran todas las instituciones que hasta el momento desempeñaban funciones en materia ambiental. En adelante, todos los procedimientos administrativos para la concesión de permisos ambientales se canalizan a través de este Ministerio, el cual también tiene a su cargo el establecimiento de los criterios ambientales que habrán de cumplirse en los distintos procedimientos de evaluación de impacto ambiental que se establezcan en función del tipo de actividad que quiera realizarse.

Por lo que respecta a nuestro ámbito de análisis en este momento, es justamente la Ley núm. 64-00 la que contempla por primera vez en la legislación dominicana la necesidad de realizar estudios de evaluación de impacto ambiental previo al desarrollo de determinadas actividades. En este sentido, la Ley núm. 64-00 define este estudio como el “conjunto de actividades técnicas y científicas destinadas a la identificación, predicción y control de los impactos ambientales de un proyecto y sus alternativas, presentado en forma de informe técnico y realizado según los criterios establecidos por las normas vigentes” (art. 16.26).

En consonancia con el derecho internacional, el legislador dominicano sitúa los estudios de impacto ambiental como una concreción del principio de prevención.²⁵ La Ley núm. 64-00 identifica algunos requisitos que habrán de cumplirse al realizar el estudio de impacto ambiental, mientras que su procedimiento administrativo general está regulado por el Reglamento de Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales el 18 de marzo de 2002, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley núm. 64-00.

Al contrastar el estándar del SIDH con el procedimiento administrativo para realizar las evaluaciones de impacto ambiental

²⁵ Ley núm. 64-00, art. 3: con la finalidad de prevenir, controlar y mitigar los posibles impactos sobre el medio ambiente y los recursos naturales ocasionados por obras, proyectos y actividades, se establece el proceso de evaluación ambiental con los siguientes instrumentos [...] 3) Estudio de impacto ambiental.

en la República Dominicana, constatamos lo siguiente: en cuanto al primer requisito, este se cumple, ya que la normativa dominicana señala que el estudio debe ser anterior al desarrollo de la actividad, al precisar, conforme hemos apuntado, como una de las finalidades del estudio de impacto ambiental la de predecir los impactos ambientales de un proyecto y sus alternativas.

En cuanto al segundo requisito, relativo a que el estudio sea realizado por una entidad independiente bajo la supervisión del Estado, también se cumple, en la medida en que la ley establece que deberán realizarse “por un equipo técnico, multidisciplinar si fuera necesario” (art. 42 de la Ley núm. 64-00), cuyo requisito exigible es que “deberán estar registrados para fines estadísticos y de información en el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, conforme procedimiento de certificación para prestadores de servicios de declaración, informe, estudios, diagnósticos, evaluaciones y auditorías ambientales”.

Respecto al tercer requisito, que consiste en abarcar el impacto acumulado, la legislación ambiental dominicana también lo contempla en el punto 5.3 de su reglamento Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, donde se precisa que los proyectos que estén sometidos a la realización de un estudio de impacto ambiental deberán analizar “todos los posibles impactos, incluyendo impactos acumulativos y sinérgicos, y que diseñe un programa de manejo y adecuación ambiental que demuestre la capacidad del proyecto para prevenir, controlar, mitigar y compensar los impactos ambientales a producir”. Dicho análisis se realizará sobre la base de los términos de referencias que emitirá el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales al recibir la propuesta presentada por el promotor del proyecto.

En relación con la necesidad de que las personas interesadas participen del proyecto, se refieren varias disposiciones normativas. En este sentido, el artículo 43 de la Ley núm. 64-00 señala expresamente lo siguiente: “el proceso de permisos y licencias ambientales será administrado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales, en coordinación con las instituciones que corresponda, las cuales estarán obligadas a consultar los estudios de impacto ambiental con los organismos sectoriales competentes, así como con los ayuntamientos muni-

cipales, garantizando la participación ciudadana y la difusión correspondiente”.

Asimismo, el artículo 4.9 del Procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental establece que el promotor del proyecto “deberá realizar, por lo menos, una vista pública de consulta en la zona de influencia del proyecto, la cual deberá ser de invitación abierta, publicada en un periódico de circulación nacional o por los medios de comunicación que resulten más adecuados para la zona de estudio. En la misma se considerará a la población no como objeto de estudio sino como sujeto de un proceso”.

Tal como se desprende de la normativa, el requisito de la participación pública no es exigible solo para los estudios de impacto ambiental, sino para cualquier proceso de autorización ambiental.

El requisito que se refiere al respeto de las tradiciones y culturas de los pueblos quizás no aplica en el caso concreto de la República Dominicana, debido a que no tiene población indígena, ni entre su población se suscitan esas diferencias culturales que ameritarían una protección reforzada basada en el criterio de la etnia, tradiciones o cultura. Ahora bien, desde un punto de vista laxo, lo que sí ha ocurrido en algunos casos es que comunidades campesinas y población en general se han visto seriamente afectadas en el disfrute de sus derechos fundamentales a un medioambiente sano, a la salud, al trabajo, entre otros, como consecuencia de la contaminación producida por la ejecución de determinados proyectos.

Por último, como hemos podido comprobar, el contenido de estos estudios está establecido en la legislación ambiental. Por un lado, la Ley núm. 64-00 precisa, en su artículo 41, el listado de proyectos o actividades que requieren la presentación de una evaluación de impacto ambiental, mientras que los requerimientos específicos para cada proyecto se establecerán en sus Términos de Referencia (TdR).²⁶

²⁶ En este sentido, el art. 5.2.3.d) establece que, en caso de requerirse estudios de impacto ambiental o estudios ambientales complementarios, la Dirección de Evaluaciones Ambientales determinará los TdR que servirán

En este sentido se dictó, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional dominicano TC/0167/13, de 17 de septiembre de 2013, que resuelve un conflicto surgido a raíz de las exploraciones realizadas por la sociedad comercial Falconbridge Dominicana, S. A., con miras a la explotación de minerales en Loma Miranda, en la provincia de La Vega, y la resistencia de técnicos, ecologistas y entidades de la sociedad civil que entendían que los efectos del impacto ambiental conspirarían contra el desarrollo sostenible de la zona y del país.

Para la decisión del caso, el Tribunal Constitucional solicitó tanto al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como a la Academia de Ciencias de la República Dominicana sendos informes sobre la evaluación de impacto ambiental realizada del proyecto de referencia, donde se detectaron, entre otras, las siguientes irregularidades: “Los Términos de Referencia son suficientemente amplios para permitir un Estudio de Impacto Ambiental apropiado. No obstante, se omitieron temas relevantes como los servicios ecosistémicos y en el tema de riesgos, se consideraron solamente aquellos referentes a la actividad minera y no a la parte social y biofísica”; “el Estudio contiene deficiencias en cuanto a la definición del área de proyecto y su área de influencia, y en cuanto a la conformación de línea de base de los diversos factores ambientales”; “En los temas de hidrogeología, biodiversidad, aspectos sociales y económicos, el Estudio en general, es incompleto, con carencias en el análisis de la línea de base, y como consecuencia, deficiente en la identificación y valoración de los posibles impactos que podría causar la actividad minera”; “Se identificaron deficiencias en el análisis de riesgos, y, dado que no fue solicitado en los Términos de Referencia, no obstante su amplitud, el tema de los servicios ecosistémicos está ausente del Estudio de Impacto Ambiental”; “En lo relativo a los aspectos sociales, el Estudio no consideró la opinión y el nivel de aceptación u oposición potencial de algunas comunidades al

de guía para la realización de los estudios correspondientes. Cuando lo considere pertinente, la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales (hoy Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales) podrá solicitar al promotor una propuesta de TdR, la cual será considerada para establecer los TdR definitivos para el proyecto.

proyecto. El impacto identificado en este factor fue considerado bajo a partir de la suposición de que las comunidades, al conocer que no iba a haber afectaciones, entenderían los beneficios del proyecto”; “El Plan de Manejo y Adecuación Ambiental es incompleto y no presenta una propuesta de mitigación para algunos de los impactos”; “El alto organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) concluye: ‘Dadas las deficiencias encontradas en el Estudio de Impacto Ambiental, se concluye que el Proyecto de Loma Miranda no responde a las exigencias ambientales y sociales, y por ende, de desarrollo sostenible del país’”.

Analizados todos los vicios en que, de acuerdo con las opiniones técnicas consultadas, incurre el estudio de evaluación de impacto ambiental presentado por la Falconbridge Dominicana, S. A., y previa ponderación de derechos fundamentales en conflicto —por un lado, el derecho a la libre empresa y al trabajo *versus* el derecho a un medioambiente sano y a la salud—, el Tribunal Constitucional decidió confirmar la decisión que ordena la paralización de los trabajos en Loma Miranda, en aplicación de los principios de prevención y precaución.

Otro caso, aún de mayor gravedad, si cabe, es el que se resuelve mediante la sentencia del Tribunal Constitucional dominicano TC/0553/19, de 10 de diciembre de 2019, en el que se cuestionó la orden de paralización de la construcción de una terminal de autobuses que estaba realizando el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones el Parque Nacional de los Tres Ojos, en el municipio de Santo Domingo Este, de la provincia Santo Domingo.

Al analizar el fondo del conflicto, una de las cuestiones que se puso en evidencia fue la ausencia de la evaluación de impacto ambiental previo al inicio de la obra, razón por la que el Tribunal Constitucional confirmó el fallo de la sentencia recurrida, que acoge de manera preventiva la acción constitucional de amparo y ordena la paralización de la obra hasta tanto se realicen los estudios de evaluación de impacto ambiental y, de ser favorables, puedan continuar la construcción de la misma, como una forma de tutelar el derecho fundamental a un medioambiente sano, previsto en el artículo 67 de la Constitución de la República.

Finalmente, otro caso relevante vinculado a las evaluaciones de impacto ambiental fue decidido por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia TC/0458/21, de 3 de diciembre de 2021, que resuelve un conflicto originado en las actividades extractivas a cielo abierto de materiales conglomerados calcáreos desarrollado en un municipio de la provincia de Santiago de los Caballeros. Al analizar el fondo del recurso y como resultado de las medidas de instrucción adoptadas, el Tribunal advirtió que en el proceso de evaluación de impacto ambiental para la obtención del permiso ambiental no se agotó la etapa de consulta previa. Al respecto, el Tribunal señaló que

[...] la dimensión material del Estado Social y Democrático de Derecho exige la participación de los ciudadanos en los distintos ámbitos del interés general, sobre todo, en materia de derechos colectivos y difusos como el derecho a un medio ambiente adecuado debido a que su desprotección no solo pone en juego el bienestar de las generaciones presentes, sino que se compromete el bienestar de las generaciones futuras. En este sentido, hemos de concluir que el no agotamiento del procedimiento establecido constituye una vulneración del derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente adecuado por lo que, este tribunal procede a acoger la presente acción de amparo y ordena la paralización inmediata de las actividades extractivas.

En esta decisión, como parte de los fundamentos de derecho que constituyen el *obiter dicta*, el Tribunal Constitucional aprovechó la ocasión para apuntar lo siguiente:

Hay otra cuestión a la que este tribunal también quiere invitar a reflexionar en esta decisión y es sobre la necesidad de que los poderes públicos cumplan con el deber que el ordenamiento jurídico le establece en cada caso. En este sentido, es necesario llamar la atención del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, no sólo en cuanto al deber de agotar los procedimientos administrativos de concesión de autorización basados en los requisitos legalmente previstos, sino también en cumplir con su labor de supervisión de las actividades autorizadas para garantizar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgan autorización de uso y explotación de recursos naturales, en este caso, el programa de manejo ambiental y adecuación. Este factor es fundamental para que podamos garantizar una efectiva protección de este derecho fundamental.

Es así que, de acuerdo con la revisión que hemos realizado, el incumplimiento del estándar del SIDH en cuanto a los requisitos que han de cumplirse para la realización de los estudios de impacto ambiental en los procedimientos administrativos para la obtención de un permiso ambiental no obedecen a una falta de previsión normativa del derecho administrativo interno de la República Dominicana, sino a un incumplimiento de las autoridades administrativas de sus funciones en el desarrollo de los procedimientos administrativos para la concesión de los permisos ambientales, así como de su función de policía.

3.2. Colombia

Colombia fue el primer país latinoamericano en introducir el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en su legislación, en 1974. Actualmente este procedimiento se regula en la Ley 99, aprobada en el *Diario Oficial* núm. 41.146, de 22 de diciembre de 1993, por la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones (Ley 99-1993), y por el Decreto 2041, de 15 de octubre de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99-1993 (Decreto 2041). En el artículo 1, numeral 11, de la Ley 99-1993 se establece que “Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial”. En este sentido, el artículo 21 del Decreto 2041, además de recordar el contenido del recién citado artículo 1 de la Ley 99-1993, especifica los requisitos mínimos que debe contener dicho estudio, entre los que se encuentran los establecidos en el estándar del SIDH.²⁷

²⁷ En este mismo orden de ideas, el Decreto 2041, en su art. 21, señala que: “El estudio de impacto ambiental (EIA) es el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que de acuerdo con la ley y el presente reglamento se requiera. Este estudio deberá ser elaborado de conformidad con la Metodología General para

la Presentación de Estudios Ambientales de que trata el artículo 14 del presente decreto y los términos de referencia expedidos para el efecto, el cual deberá incluir como mínimo lo siguiente:

1. Información del proyecto, relacionada con la localización, infraestructura, actividades del proyecto y demás información que se considere pertinente.
2. Caracterización del área de influencia del proyecto, para los medios abiótico, biótico y socioeconómico.
3. Demanda de recursos naturales por parte del proyecto; se presenta la información requerida para la solicitud de permisos relacionados con la captación de aguas superficiales, vertimientos, ocupación de cauces, aprovechamiento de materiales de construcción, aprovechamiento forestal, recolección de especímenes de la diversidad biológica con fines no comerciales, emisiones atmosféricas, gestión de residuos sólidos, exploración y explotación de aguas subterráneas.
4. Información relacionada con la evaluación de impactos ambientales y análisis de riesgos.
5. Zonificación de manejo ambiental, definida para el proyecto, obra o actividad para la cual se identifican las áreas de exclusión, las áreas de intervención con restricciones y las áreas de intervención.
6. Evaluación económica de los impactos positivos y negativos del proyecto.
7. Plan de manejo ambiental del proyecto, expresado en términos de programa de manejo, cada uno de ellos diferenciado en proyectos y sus costos de implementación.
8. Programa de seguimiento y monitoreo, para cada uno de los medios abiótico, biótico y socioeconómico.
9. Plan de contingencias para la construcción y operación del proyecto que incluya la actuación para derrames, incendios, fugas, emisiones y/o vertimientos por fuera de los límites permitidos.
10. Plan de desmantelamiento y abandono, en el que se define el uso final del suelo, las principales medidas de manejo, restauración y re-conformación morfológica.
11. Plan de inversión del 1%, en el cual se incluyen los elementos y costos considerados para estimar la inversión y la propuesta de proyectos de inversión, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1900 de 2006 o la norma que lo modifique, sustituya o derogue.
12. Plan de compensación por pérdida de biodiversidad de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1517 del 31 de agosto de 2012 o la que modifique, sustituya o derogue.

Parágrafo 1°. El Estudio de Impacto Ambiental para las actividades de perforación exploratoria de hidrocarburos deberá adelantarse sobre el área de interés geológico específico que se declare, siendo necesario incorporar en su alcance, entre otros aspectos, un análisis de la sensibilidad ambiental del área de interés, los corredores de las vías de

Al verificar los requisitos que establece el estándar del SIDH en cuanto al procedimiento administrativo para realizar el estudio de impacto ambiental, constatamos lo siguiente: en cuanto al primer requisito, este se cumple, ya que la normativa colombiana, tanto en la Ley 99-1993 como en el Decreto 2041, precisa que el estudio de impacto ambiental es previo; es un instrumento básico para la toma de decisión exigible para el desarrollo de determinadas actividades que podrían producir un significativo daño al medioambiente.

En cuanto al segundo requisito, relativo a que el estudio sea realizado por una entidad independiente bajo la supervisión del Estado, también se cumple, en la medida en que, según establece el artículo 21, párrafo 2, del Decreto 2041, la Administración establece los términos de referencia que tendrán que seguir los solicitantes al momento de realizar el estudio de impacto ambiental para conseguir la licencia ambiental.²⁸

Respecto al tercer requisito, sobre abarcar el impacto acumulado, la legislación ambiental colombiana lo contempla expresamente en el artículo 40.4 del Decreto 2041, en los siguientes términos:

Los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental o plan de manejo ambiental, serán objeto de control y seguimiento

acceso, instalaciones de superficie de pozos tipo, pruebas de producción y el transporte en carrotaques y/o líneas de conducción de los fluidos generados.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible fijará los criterios que deberán aplicar los usuarios para la elaboración de la evaluación económica de los impactos positivos y negativos del proyecto, obra o actividad con base en la propuesta que presente la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), en un término no mayor a seis (6) meses a partir de la fecha de publicación del presente decreto.

Las actividades de importación de que tratan los numerales 10.2 y 11 del artículo 8° del presente decreto, no deberán presentar la evaluación económica de la que trata el numeral 6 del presente artículo”.

²⁸ En este sentido, el art. 14 del Decreto 2041 establece que: “Los estudios ambientales se elaboraran con base en los términos de referencia que sean expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. El solicitante deberá adaptarlos a las particularidades del proyecto, obra o actividad”.

por parte de las autoridades ambientales, con el propósito de: revisar los impactos acumulativos generados por los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental y localizados en una misma área de acuerdo con los estudios que para el efecto exija de sus titulares o imponer a cada uno de los proyectos las restricciones ambientales que considere pertinentes con el fin de disminuir el impacto ambiental en el área.

Aunque en el citado artículo se refiere a un control posterior a la concesión de la licencia ambiental, de otras disposiciones normativas menos específicas podría también inferirse que se ha incorporado este estándar del SIDH. En este orden de ideas, por ejemplo, el ya citado artículo 21 del Decreto 2041 establece como uno de los requisitos que debe incluir el estudio de impacto ambiental “la evaluación económica de los impactos positivos y negativos del proyecto”. Asimismo, en el Manual de Estudios Ambientales se establece de forma reiterada la valoración del impacto acumulativo como uno de los criterios a considerar, si el proyecto que se pretende desarrollar debe someterse a un estudio de impacto ambiental u otro tipo de procedimiento para la obtención de la licencia ambiental.

En relación con la necesidad de que las personas interesadas participen del proyecto, el artículo 15 del Decreto 2041 se refiere a este requisito en estos términos: “Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso”. Más concretamente, en los casos en que el proyecto vaya a desarrollarse en una comunidad indígena o afrodescendiente, el artículo 76 de la Ley 99 establece que “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330²⁹ de la Cons-

²⁹ Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas

titución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

Por último, como hemos podido constatar, el contenido de estos estudios está establecido en la legislación ambiental.

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en varias ocasiones sobre aspectos relativos a la realización de evaluaciones de impacto ambiental. En este sentido, por ejemplo, mediante la sentencia T-652, de 10 de noviembre de 1998, en ocasión de una controversia surgida a raíz de la declaración de utilidad pública e interés social del territorio necesario para la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I sobre el río Sinú en el Departamento de Córdoba, la Corte reiteró el criterio asumido en la sentencia SU-039, de 3 de febrero de 1997, que establece la necesidad de agotar el requisito de consulta previa en los estudios de impacto ambiental relativos a proyectos extractivos cuando afecten a comunidades étnicas, señalando que, en estos casos, el mecanismo de la consulta “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

En otro caso que decidió la Corte Constitucional, a través de su sentencia T-445, de 19 de agosto de 2016, se cuestionó el otorgamiento de más de 22 títulos mineros en el municipio de Pijao, del departamento del Quindío, sin tomar en cuenta el impacto

y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley. PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

que dicha actividad traería para los habitantes del municipio, cuya economía es fundamentalmente agropecuaria. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en su resolutive segundo, precisó “que los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera”.

Sin embargo, a través de su sentencia SU-095, de 11 de octubre de 2018, que resolvió también un conflicto en el que se invocó el no agotamiento del trámite de consulta popular en la que se decidiera sobre la realización de actividades de la cadena productiva de hidrocarburos en el municipio de Cumaral, Meta, la Corte Constitucional, apartándose de su criterio anterior, señaló lo siguiente: “Ni la nación (nivel nacional o central) ni las entidades territoriales tienen competencias absolutas en materia de explotación del subsuelo y de los RNNR; así, las entidades territoriales no cuentan con competencia absoluta sobre los recursos del subsuelo, ni tampoco poder de veto respecto a la realización de actividades para la explotación del subsuelo y de RNNR, de acuerdo con una lectura e interpretación sistemática de la Constitución”.

Esto pone en evidencia que la consolidación del cumplimiento de los estándares no reside en la mejora de la técnica normativa, ya que el estándar, en su esencia, está contenido en el derecho interno. El problema reside en la aplicación de este estándar por parte de los poderes públicos que tienen a su cargo esa tarea.

3.3. Brasil

La Constitución brasileña, en su artículo 225, prevé la realización de estudios de evaluación de impacto ambiental como uno de los instrumentos de que dispone el poder público para asegurar la efectividad del derecho a un medioambiente ecológicamente equilibrado. Lo hace en términos de que incumbe al poder público “exigir en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se dará publicidad”. Aunque en algunos estados —como Río

de Janeiro y São Paulo— ya experimentaban procedimientos de evaluación de impacto ambiental desde la década de los setenta, a nivel federal su introducción se realiza en 1981, a través de la Ley 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispone la Política Nacional de Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación y otras disposiciones (Ley 9.938). Esta ley establece, en su artículo 9, numeral III, a las evaluaciones de impacto ambiental como uno de los instrumentos de la política nacional del medioambiente. Asimismo, dicha ley crea el Consejo Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) con la finalidad de asesorar, estudiar y proponer al Consejo de Gobierno directrices de políticas gubernamentales para el medioambiente y los recursos naturales y deliberar, en el ámbito de su competencia, sobre normas y patrones compatibles con el medioambiente ecológicamente equilibrado esencial para la calidad de vida (redacción dada por la Ley 8.028, de 1990).

En el marco de estas competencias, y concretamente respecto de los estudios de evaluación de impacto ambiental, el CONAMA aprueba las resoluciones CONAMA núm. 001, de 23 de enero de 1986 (CONAMA núm. 1), y CONAMA núm. 237, de 19 de diciembre de 1997 (CONAMA núm. 237), que establecen el listado de proyectos que necesitan de la realización previa de estudio de impacto ambiental para ser autorizados, criterios y directrices básicos aplicables a estos estudios.

En el caso concreto de la Resolución CONAMA núm. 001, esta es la que establece el listado de proyectos que requieren de la realización de estudio de impacto ambiental, y en su artículo primero señala que, a efectos de dicha resolución, se considera impacto ambiental cualquier alteración de las propiedades físicas, químicas y biológicas del medioambiente, causadas por cualquier forma de materia o energía resultante de actividades humanas que directa o indirectamente afecten: *i*) la salud, la seguridad y el bienestar de la población; *ii*) actividades sociales y económicas; *iii*) la biota; *iv*) las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente, y *v*) la calidad de los recursos ambientales.

Al verificar los requisitos que establece el estándar del SIDH en cuanto al procedimiento administrativo para realizar el estudio de impacto ambiental, constatamos lo siguiente: en cuanto al

primer requisito, este se cumple, ya que la resolución CONAMA núm. 1 establece en su artículo 2 que “Dependerá de la elaboración de un estudio de impacto ambiental y el respectivo informe de Impacto ambiental RIMA, para ser sometido a la aprobación de la agencia estatal competente, y del IBAMA y de forma complementaria, el licenciamiento de actividades que modifiquen el entorno medio ambiental”.

En cuanto al segundo requisito, relativo a que el estudio sea realizado por una entidad independiente bajo la supervisión del Estado, verificamos que también se cumple, en virtud de lo que establece el artículo 11 de la resolución CONAMA núm. 237, a saber: “Los estudios necesarios para el trámite de licenciamiento deberán ser realizados por profesionales legalmente calificados, con cargo al empresario”. Asimismo, en el párrafo único de dicho artículo se prevé que el empresario y los profesionales que realicen y presenten estos estudios serán responsables de la información presentada, sujeta a sanciones administrativas, civiles y penales.

Respecto al tercer requisito, sobre abarcar el impacto acumulado, la resolución CONAMA núm. 001 señala, en su artículo 6, que entre las actividades técnicas mínimas que deberá desarrollar el estudio de evaluación de impacto ambiental está la de “analizar los impactos ambientales del proyecto y sus alternativas, mediante identificación, previsión de la magnitud e interpretando la importancia de los impactos relevantes probables, desglosando: los impactos positivos y negativos (beneficiosos y adversos), directos e indirectos, inmediatos y de mediano y largo plazo, temporales y permanentes; su título de reversibilidad; *sus propiedades acumulativas y sinérgicas*”; la distribución de cargas y beneficios sociales (*cursivas añadidas*).

De forma general, la Ley 6.938/81 establece, en su artículo 4, que “la política nacional del medio ambiente tendrá como objetivo: V) La difusión de tecnologías de gestión ambiental, la difusión de datos e información ambiental y la formación de la conciencia pública sobre la necesidad de preservar la calidad ambiental y el equilibrio ecológico”. Más concretamente, el artículo 10.V.) de la resolución CONAMA núm. 237 establece la audiencia pública como una de las etapas del procedimiento de

licenciamiento ambiental, que es el procedimiento que se sigue en los casos de proyectos que necesitan de la realización del estudio de impacto ambiental.

Por su parte, la resolución CONAMA núm. 1, en su artículo 11, numeral 2, señala que “Para determinar la ejecución del estudio de impacto ambiental y presentación de la RIMA, el Estado competente o el Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) o, cuando corresponda al Municipio, determinará el plazo para recepción de comentarios por parte de organismos públicos y otras partes interesadas y, siempre que se considere necesario, promoverá la celebración de una audiencia pública de información”. En este sentido, el CONAMA aprueba la resolución núm. 9, de 3 de diciembre de 1987 (resolución CONAMA núm. 9), a los fines de regular los mecanismos de celebración de la audiencia pública. Con respecto a la audiencia pública, lo primero que debe puntualizarse es que no se regula como una etapa obligatoria en el proceso administrativo de licenciamiento ambiental, sino que tendría lugar siempre que se juzgue necesario o cuando fuere solicitado por una entidad civil, por el Ministerio Público o a petición de 50 o más ciudadanos, supuesto en el que el órgano ambiental promoverá la realización de la audiencia pública. En los casos en que exista una solicitud de celebración de audiencia, hasta en tanto la misma no se realice, la licencia no será válida. De acuerdo con el artículo 6 de la resolución CONAMA núm. 9, “El acta de la (s) Audiencia (s) Pública (s) y sus anexos servirán de base, junto con la RIMA, para el análisis y opinión final del licenciante sobre la aprobación o no del proyecto”.

En este sentido, como puede verse, en Brasil el acceso a la participación pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental es muy limitado, incluso desde el punto de vista normativo, por lo que podríamos decir que no se cumple este requisito del estándar del SIDH en los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental. Por último, podemos constatar que los requisitos que deben cumplirse en el proceso de elaboración de los estudios de impacto ambiental están establecidos en el derecho administrativo interno brasileño.

Por su parte, distintas organizaciones internacionales han catalogado como desastroso el proceso de degradación que se ha

estado produciendo en Brasil durante los últimos tres años. Se acusa al Gobierno encabezado por Jair Bolsonaro de iniciar un proceso de desmonte de los organismos del Gobierno destinados a la protección del medioambiente e intentar la flexibilización de los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental. En este sentido se destaca, por ejemplo, la desaparición de la Secretaría de Cambio Climático del Ministerio de Medio Ambiente y la reducción considerable de su presupuesto. A nivel legislativo, se tramita un proyecto de ley que pretende flexibilizar la regularización y tenencia de tierras públicas ilegalmente ocupadas, proyecto de Ley 2.633/2020.

Entre las catástrofes más significativas que han ocurrido durante los últimos años puede mencionarse la ruptura de la represa Córrego do Feijão, perteneciente a la compañía minera Vale, S. A., en el municipio de Brumadinho, en el estado de Minas Gerais. Se trata de la segunda catástrofe protagonizada por la empresa en menos de cuatro años, luego de la catástrofe de las represas de Bento Rodrigues. Alrededor de 13 millones de metros cúbicos de desechos se escurrieron de la represa, matando a 270 personas y contaminando el trayecto de la cuenca del río Paraopeba a lo largo de 300 kilómetros.

Asimismo, se estima que la extracción maderera en la Amazonía desde agosto de 2019 a julio de 2020 alcanzó la cifra de 464 000 hectáreas, que corresponden a un 10.8% del total. De esas hectáreas se estima que 50 139 corresponden al estado de Pará, donde el 55% de ellas se extrajo sin contar con el licenciamiento ambiental requerido.³⁰

Estos datos ponen en evidencia las debilidades que enfrenta actualmente Brasil en el sistema de licenciamiento ambiental, en donde, además de la necesidad de actualizar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental a los estándares del SIDH, es necesario un reforzamiento de las funciones administrativas en el procedimiento de licenciamiento, vigilancia y control de la

³⁰ Imazon, “Mais da metade da área com extração madeireira no Pará não foi autorizada pelos órgãos ambientais”, <https://imazon.org.br/imprensa/mais-da-metade-da-area-com-exploracao-madeireira-no-para-nao-foi-autorizada-pelos-orgaos-ambientais/>

ejecución de los proyectos que cuentan con su autorización, así como evitar el desarrollo ilegal de las actividades que podrían impactar significativamente de forma negativa al medioambiente.

IV. CONCLUSIONES

La evaluación de impacto ambiental se inscribe dentro de las técnicas del derecho público para la protección del medioambiente frente a la ejecución de proyectos que podrían producir un impacto negativo considerable. Constituye una concreción de los principios de desarrollo sostenible, prevención y precaución.

A pesar de la relevancia de esta técnica en los procedimientos administrativos en los que resulta preceptivo, su realización en los países objeto de estudio no se enmarca totalmente en el estándar establecido por el SIDH a estos efectos. Ello obedece, en nuestra opinión, a varios factores. Por un lado, desde el punto de vista administrativo, a una aplicación superficial del contenido que encierra cada uno de los requisitos que componen el estándar, aunque hayan sido regulados en el derecho administrativo interno de cada uno de los Estados.

Asimismo, a nivel judicial se observa también una interpretación reducida por parte de los tribunales nacionales, que no reconocen los criterios más recientes de la Corte IDH en la interpretación de los requisitos que conforman el estándar del SIDH para la realización de las evaluaciones de impacto ambiental. En este orden de ideas, puede observarse que allí donde el estándar del SIDH no se garantiza, coincide que el deterioro ambiental que se está ocasionando es notablemente mayor.

De igual manera, en los supuestos estudiados no detectamos casos en los que la Administración pública haya realizado un control de convencionalidad en sus procedimientos administrativos relativos al otorgamiento de permisos ambientales que requieran de la realización previa de un estudio de impacto ambiental. Este control consistiría en que los órganos del Estado —en este caso de la Administración pública, que interviene en el procedimiento de concesión de permisos ambientales cuando se requiere la realización del estudio de impacto ambiental— analicen la com-

patibilidad de los actos que dicta con el estándar del SIDH en esta materia, teniendo en cuenta que dicho estándar integra todos los acuerdos internacionales que versen sobre este ámbito, así como la interpretación que sobre ellos se ha realizado.

Sobre este punto, téngase en cuenta que, de acuerdo con los resultados arrojados por este análisis, el incumplimiento del estándar del SIDH en relación con los estudios de evaluación de impacto ambiental no obedece principalmente a una falta de previsión normativa en el derecho administrativo interno de los países en examen, sino a la aplicación parcial o inaplicación absoluta de las disposiciones contenidas en su normativa interna de conformidad con el SIDH.

Entre los aspectos en los que consideramos que debe mejorar el derecho administrativo interno de los Estados analizados para cumplir de forma cabal con el estándar del SIDH en esta materia, destacan los siguientes:

1. Es necesario que los TdR sean lo suficientemente claros y precisos en cuanto a los aspectos que han de ser analizados en los estudios de impacto ambiental. Esto podría favorecer la obtención de información relevante para determinar la pertinencia o no de la ejecución del proyecto.
Debe darse oportunidad a la población de participar desde esta etapa del procedimiento.
2. Es preciso potenciar la formación de los servidores públicos que participan en los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental.
3. La participación pública en general es muy limitada y en muchos casos no incluye información relevante sobre los posibles efectos de la ejecución del proyecto. Es imperioso garantizar un tiempo razonable para su valoración, favorecer los canales de difusión de la información, así como el modo en que se facilita: la información debe presentarse en un lenguaje sencillo y adaptado a la cultura de sus destinatarios.
4. Una vez concedido el permiso ambiental, deben reforzarse los mecanismos de supervisión y control del cumplimiento de las condiciones del permiso ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Convenios internacionales

Acuerdo de París sobre Cambio Climático, suscrito el 22 de abril de 2016, en Nueva York, Estados Unidos.

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Convenio de Escazú), de 22 de abril de 2021.

Agenda 2030 para el desarrollo sostenible con sus 17 ODS.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

Convenio Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, adoptado en la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Sendai, Japón, el 18 de marzo de 2015.

Declaración de Estocolmo, redactada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente llevada a cabo del 5 al 16 de junio de 1972 en Estocolmo, Suecia.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, suscrita por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de 9 de marzo de 2006.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309.

- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305.
- Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.
- Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C, núm. 142.
- Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

Corte Internacional de Justicia

- CIJ, *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*. Sentencia de 20 de abril de 2010.

CIJ, *Caso de Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica vs. Nicaragua) y Construcción de una Ruta en Costa Rica a la largo del río San Juan (Nicaragua vs. Costa Rica)*. Sentencia del 16 de diciembre de 2015.

República Dominicana

Tribunal Constitucional dominicano, sentencia TC/0458/21, de 3 de diciembre de 2021.

Tribunal Constitucional dominicano, sentencia TC/0167/13, de 17 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional dominicano, sentencia TC/0553/19, de 10 de diciembre de 2019.

Colombia

Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-039, de 3 de febrero de 1997.

Corte Constitucional colombiana, sentencia T-652, de 10 de noviembre de 1998.

Corte Constitucional colombiana, sentencia T-445, de 19 de agosto de 2016.

Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-095, de 11 de octubre de 2018.

Legislación

República Dominicana

Decreto núm. 56-10, de 6 de febrero de 2010, que cambia la nomenclatura de diversas “Secretarías de Estado” por la de “Ministerios”.

Ley núm. 64-00, de 18 de agosto de 2000, Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Reglamento de Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado el 18 de marzo de 2002.

Colombia

Decreto 2041, de 15 de octubre de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley núm. 99-1993.

Decreto 2811, de 18 de diciembre de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de Colombia.

Ley 99, aprobada en el *Diario Oficial* núm. 41.146, de 22 de diciembre de 1993, por la que se crea el Ministerio de Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones

Brasil

Ley núm. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispone la Política Nacional de Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación y otras disposiciones.

Resolución CONAMA núm. 001, de 23 de enero de 1986.

Resolución CONAMA núm. 237, de 19 de diciembre de 1997.

Páginas web

Imazon, “Mais da metade da área com extração madeireira no Pará não foi autorizada pelos órgãos ambientais”, <https://imazon.org.br/imprensa/mais-da-metade-da-area-com-exploracao-madeireira-no-para-nao-foi-autorizada-pelos-orgaos-ambientais/>

Noticias ONU, “Brasil está en un camino ambiental trágico y venenoso, asegura un experto de la ONU”, Naciones Unidas, 2021, <https://news.un.org/es/story/2019/12/1466651>

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos en el procedimiento administrativo: el caso de los procedimientos en materia migratoria en Argentina

Guillermo F. Treacy

SUMARIO: I. Introducción. II. Estándares del ICCAL y derechos de las personas migrantes. III. Hacia la convencionalización del procedimiento administrativo. IV. Algunos estándares del debido proceso migratorio en sede administrativa. V. Observaciones finales: derechos procedimentales e implicancias institucionales. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha ocupado especialmente de la situación de las personas migrantes, tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —en ejercicio de sus competencias consultiva o contenciosa— como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).¹

¹ Esta ha elaborado estándares en informes sobre peticiones individuales, en informes de país, informes temáticos o en sus informes anuales. Además, debe mencionarse el trabajo de la Relatoría de Derechos de las Personas Migrantes (creada en 1996 como Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, cuyo mandato y denominación fue modificado en 2012).

La tutela multinivel de los derechos de personas en contextos de movilidad se desarrolla a partir de la articulación del sistema regional con el sistema universal de protección y con los ordenamientos internos. Las relaciones entre estos sistemas pueden ser de convergencia, de rechazo o de compromiso.² En principio, la pertenencia de los países de la región a un sistema común de defensa de los derechos fundamentales permite suponer una convergencia en esta materia, que se ve potenciada en países como Argentina, a partir del reconocimiento de jerarquía constitucional a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”. Sin embargo, las prácticas institucionales (administrativas y judiciales) muestran, a veces, rechazo o indiferencia hacia la implementación de tales estándares.

Ello se debe a la tensión entre dos modos de concebir el fenómeno de la movilidad humana que encuentran su correlato en la legislación interna. En efecto, el paradigma inclusivo basado en un enfoque de derechos humanos en materia migratoria procura desplazar la concepción securitista que primaba hace algunas décadas. Varios Estados de la región han recogido explícitamente el concepto de migración como derecho humano y en su legislación interna reconocen a los migrantes derechos en paridad de condiciones con los nacionales, fomentando su integración en las sociedades de los países de acogida. Empero, estos propósitos pueden verse desnaturalizados por las prácticas institucionales: es responsabilidad de legisladores, administraciones públicas y jueces garantizar la efectividad de los estándares del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), esto es, el *Ius Constitutionale Commune* promovido desde los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Estos han asumido un mandato transformador de las realidades de un continente afectado por desigualdades profundas y por debilidades institucionales, en un marco de democracia y de respeto por los derechos humanos.³ Bajo esa perspectiva pue-

² Jackson, Vicki C., “Constitutional comparisons: Convergence, resistance, engagement”, *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005, p. 109.

³ Bogdandy, Armin von, “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”.

den examinarse los pronunciamientos de los órganos del sistema regional, orientados a empoderar a colectivos vulnerables y a reforzar las capacidades estatales para asegurar la plena vigencia de los derechos. Ello es especialmente válido en el caso de las personas migrantes, un colectivo que carece de poder político y que está expuesto a situaciones de exclusión en los Estados de acogida. Una nota sobresaliente del *Ius Commune* ha sido el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad de ciertos sujetos, y es en el contexto de esa realidad que los jueces internos deben desarrollar ese mandato transformador, al punto que estos son considerados “jueces interamericanos”, en cuanto a su deber de aplicar las normas y jurisprudencia del sistema, ejerciendo un “control difuso de convencionalidad”.⁴

En este marco institucional se han ido configurando estándares puntuales para la observancia de los derechos humanos en contextos de movilidad humana.⁵ Estos constituyen límites concretos en las políticas migratorias de los Estados, que permiten ver puntos de convergencia y resistencia entre aquellos y las legislaciones estatales y su puesta en práctica. Teniendo en cuenta que la regulación migratoria es parte del derecho administrativo de cada Estado, los estándares inciden en un doble aspecto: el reconocimiento y expansión de los derechos de los extranjeros, y la necesidad de adecuaciones institucionales que permitan hacer efectivos esos derechos, como parte del deber de adoptar medidas legislativas y de cualquier otro carácter para respetar y garantizar los derechos humanos (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—).

rio”, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer democracias frágiles y desiguales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020, p. 31.

⁴ Véase, en tal sentido, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año IX, núm. 2, 2011, pp. 531-622. También Bogdandy, Armin von, *op. cit.*, p. 36.

⁵ Estos estándares han sido compilados en el informe CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

En este trabajo mostraremos las relaciones entre los estándares interamericanos y la legislación interna argentina en una institución típica del derecho administrativo, como lo es el procedimiento que aplica la Administración pública en su relación con las personas migrantes.⁶ Para ello, nos referiremos sumariamente a los estándares en materia migratoria en general, a la configuración de estos en el ámbito del procedimiento administrativo, a fin de conformar un debido proceso migratorio, y a su recepción interna. Plantearemos que, además de la especificación de derechos procedimentales llevada a cabo por los órganos del Sistema Interamericano, la efectiva implementación de esos estándares requiere adecuaciones institucionales que modifiquen las prácticas administrativas.

II. ESTÁNDARES DEL ICCAL Y DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

En primer lugar, debemos remarcar la diferenciación entre derechos sustantivos y derechos procedimentales. Estos últimos constituyen herramientas formales a fin de asegurar aquellos. Son procedimentales en la medida en que condicionan la actividad de la Administración, con prescindencia de la cuestión de fondo que debe resolverse.⁷ Antes de examinar los desarrollos específicos del *Ius Constitutionale Commune* en torno al debido proceso administrativo en materia migratoria, conviene sintetizar algunos principios que limitan la posibilidad de los Estados de implementar visiones restrictivas de los derechos humanos de las personas en contextos de movilidad.

⁶ Quedan fuera del ámbito de este trabajo el examen de regulaciones que presentan alguna contigüidad con la de los migrantes: los refugiados y las personas necesitadas de protección internacional o la adquisición de nacionalidad por parte de extranjeros. En cada caso las normas internas aplicables son diferentes, más allá de ciertos principios comunes.

⁷ Szente, Zoltán, “Conceptualising the principle of effective legal protection in administrative law”, en Szente, Zoltán y Lachmayer, Konrad (eds.), *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law. A European Comparison*, Londres, Routledge, 2018, p. 15.

Dos directrices troncales, que integran todo el sistema de protección de derechos humanos, son el principio pro persona y los principios de igualdad y no discriminación:

1. El principio pro persona juega en forma transversal, por cuanto exige al intérprete considerar todas las normas que inciden en la cuestión a decidir y acudir a la más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁸
2. El principio de igualdad y no discriminación se enlaza con el mandato transformador que asume el ICCAL y encuentra particular aplicación en el caso de víctimas que presentan factores especiales de vulnerabilidad. Es en aplicación de este principio que pueden extraerse obligaciones positivas a efecto de asegurar la efectividad de los derechos. Según la Corte, el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens*,⁹ puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.¹⁰ En línea con ese mandato trans-

⁸ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en Abregú, Martín (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004, pp. 163-171. Este principio aparece expresamente en CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, 7 de diciembre de 2019, principio 3.

⁹ Algunos autores han criticado la validez del razonamiento de la Corte en cuanto al reconocimiento de este principio como *ius cogens*, el que parece orientado a alcanzar a otros Estados que no son parte del sistema interamericano de protección, como Estados Unidos. Véase Beduschi, Ana, “The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants’ Rights: Opportunities and Challenges”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 34, diciembre de 2015, pp. 45-74. DOI: 10.1093/rsq/hdv012.

¹⁰ Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101.

formador, el Tribunal señala la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para “revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.¹¹ La Corte reconoce que

[...] los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.¹²

Además, la Corte observa la existencia de factores culturales que pueden potenciar las situaciones de discriminación que sufren las personas migrantes en el ejercicio de sus derechos:¹³

- 1) El principio de no devolución (o *non refoulement*), tomado del derecho internacional de los refugiados,¹⁴ resulta

¹¹ *Ibidem*, párr. 104.

¹² *Ibidem*, párr. 112.

¹³ *Ibidem*, párr. 113.

¹⁴ La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se refiere a la expulsión (art. 33) y a la prohibición de expulsión y devolución (art. 34). Al respecto, establece límites a la facultad de los Estados de expulsar refugiados cuando ello pueda implicar un peligro para la vida o la libertad de estos por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. En su OC-21/14, la Corte IDH se refirió al principio de no devolución aplicable en materia migratoria cuando están involucrados niñas, niños o adolescentes (véase párrs. 207-242). Sin embargo, varias de las consideraciones que fundan este principio en el ámbito interamericano pueden perfectamente aplicarse a los casos de personas adultas en situación de ser expulsadas.

igualmente exigible en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y tiene específica incidencia en materia migratoria.¹⁵ En esa línea, la CADH establece que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (art. 24.8). Otros tratados internacionales, de los que son parte los Estados del Sistema Interamericano, imponen en forma explícita o implícita limitaciones a la posibilidad de expulsar a no nacionales. En tal sentido se ha mencionado a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo artículo 3 prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que será sometida a tortura. Del mismo modo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece tal prohibición cuando haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada (art. 16). En esa misma línea pueden señalarse otros tratados que recogen implícitamente el principio en mención, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyos respectivos órganos de aplicación han emitido recomendaciones u observaciones generales en las que señalan límites a la facultad de los Estados de expulsar personas.¹⁶ Es

¹⁵ Así lo señala la CIDH, que se refiere a la complementariedad entre el derecho internacional de refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos, observando que este principio se aplica en forma más amplia en ambos. Dicho órgano afirma que se trata de una norma consuetudinaria del derecho internacional, que se refuerza por el reconocimiento del derecho de buscar y recibir asilo. CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados..., *cit.*

¹⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló, en su Recomendación general núm. 30, que los extranjeros no deben ser retor-

decir, aun cuando la expulsión de una persona extranjera pudiera hallarse en alguna de las causales previstas en la legislación, la facultad estatal encuentra un límite si, en caso de ejecutarse la decisión, aquella pudiera sufrir un riesgo grave de violación a sus derechos humanos.

- 2) La no criminalización de los migrantes que carecen de documentos, que implica que esa conducta no puede ser abordada desde la óptica del derecho penal. En principio, las legislaciones en los países de la región parecen recoger esta garantía; sin embargo, ello no excluye la posibilidad de detenciones, que la Corte IDH ha examinado bajo el prisma del juicio de proporcionalidad. En el caso *Vélez Loor*¹⁷ el Tribunal consideró que la norma que permitía la privación de libertad como consecuencia de una irregularidad migratoria no perseguía una finalidad legítima de acuerdo con la CADH¹⁸ y que era necesario que el Estado justificara la necesidad de la medida, pues en “una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes

nados a un país o territorio donde corran el riesgo de sufrir abusos serios a sus derechos humanos, incluida la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Véase punto 27, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general núm. 20, ha realizado precisiones en el mismo sentido a propósito de la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes contenida en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase punto 9, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11. Por último, los comités de Derechos del Niño y de Trabajadores Migratorios han adoptado una Observación general conjunta, núms. 22 y 3, respectivamente, en la que se refieren a la prohibición de expulsar personas de su jurisdicción cuando de ello puedan derivar daños irreparables a su regreso como persecución, torturas, violaciones de derechos humanos u otros. Véase puntos 45-47, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/62/PDF/G1734362.pdf?OpenElement>

¹⁷ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 169.

jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”.¹⁹ No obstante, aunque regidas por el derecho administrativo, ello no ha significado suprimir en las legislaciones internas la posibilidad de detención de aquellos por irregularidades administrativas.²⁰ Por lo demás, en casos de detención por motivos vinculados a la situación migratoria debe seguirse un análisis de proporcionalidad.²¹

- 3) El principio de unidad familiar constituye una derivación del artículo 17 de la CADH, que se refiere a la protección de la familia y, en tal sentido, impone la correlativa obligación a los Estados. Por otra parte, las legislaciones internas que han establecido el derecho a migrar prevén expresamente el derecho a la reunificación familiar. En el caso argentino, si bien la ley vigente garantiza expresamente el derecho a la reunificación familiar,²² otras disposiciones resultan menos categóricas, al prever, ante cualquier irregularidad migratoria, la expulsión del país. La convencionalidad (y, por ende, la constitucionalidad) de esa prescripción legal se ve salvada por la posibilidad de una dispensa fundada en razones de reunificación familiar, cuya valoración es efectuada por la autoridad

¹⁹ *Ibidem*, párr. 170.

²⁰ La ley argentina admite, en general, la detención de migrantes (la denominada “retención”) que deban ser expulsados, por cualquier causal, cuando la orden esté “firme y consentida” y, excepcionalmente, antes de que adquiera firmeza (art. 70), medida que se efectiviza en dependencias de la autoridad migratoria (es decir, no en establecimientos penitenciarios), pero, para proceder a ella, es necesario contar con una previa orden judicial.

²¹ En el caso argentino, el nivel de intensidad del escrutinio judicial sobre los pedidos de retención resulta variable, aunque con predominio de la deferencia hacia el criterio de la autoridad migratoria.

²² Sin embargo, la normativa interna define de una manera restrictiva al grupo familiar: la persona migrante debe ser cónyuge (a lo que se añade el supuesto de que sea conviviente), hijo o padre de argentino para que proceda la dispensa de expulsión (art. 62). La Corte Suprema argentina ha interpretado en forma estricta estas hipótesis, negándose a admitir una dispensa, cuando mediaban otras relaciones de parentesco. Véase *Barrios Rojas*, Fallos 343:990 (2021).

migratoria,²³ y que luego puede ser sometida a revisión judicial.

La consideración de los niños como sujetos de especial protección, que ha merecido especial atención de los órganos interamericanos,²⁴ asume particular intensidad en el contexto migratorio, donde se ve potenciada su vulnerabilidad. En tal sentido, además de recordar su condición de titular de derechos, la Corte IDH se ha referido a los principios que dimanarían de la Convención sobre los Derechos del Niño y que impactan en los contextos de movilidad: el principio de no discriminación; el del interés superior del niño; el de protección del derecho a la vida; a la supervivencia y al desarrollo, y el principio de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que le afecte.²⁵ Sobre esas bases, el Tribunal ha considerado que debía evitarse la privación de libertad de los niños migrantes, prohibición que se extiende también a sus progenitores, de modo que los Estados deben “optar por medidas alternativas a la detención de la familia”, que asegu-

²³ El art. 29 de la ley argentina prevé una serie de causales que impiden el ingreso o permanencia en el territorio nacional, y que habilitan a la expulsión del país. En su parte final prevé la posibilidad de que la autoridad migratoria, *con carácter excepcional*, dispense de la expulsión por motivos humanitarios o de reunificación familiar. En cuanto a los extranjeros residentes, el art. 62 prevé la posibilidad de cancelar la residencia y disponer su expulsión por los motivos allí previstos, aunque aquí prevé *como regla* la dispensa de expulsión en los casos en que acredite un vínculo familiar con un ciudadano argentino, salvo decisión debidamente fundada. En cualquier caso, estas decisiones son revisables en sede judicial.

²⁴ Corte IDH. OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17. En relación con la niñez migrante, ha expedido una opinión específica: OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21. Además, en diversos casos contenciosos se abordaron problemáticas conexas a la situación de los niños en contextos de movilidad: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130; *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

²⁵ Corte IDH. OC-21/14..., *cit.*, párr. 69.

ren la protección de la unidad familiar y la garantía del interés superior del menor.²⁶ Del mismo modo, y en virtud del principio de unidad familiar, la Corte ha llegado a considerar desproporcionada la expulsión de los progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia, sobre la base del interés superior del niño.²⁷ Otros aspectos, sobre los que volveremos, se relacionan con la participación de los niños en las instancias del procedimiento de expulsión.

III. HACIA LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En general, la codificación del procedimiento administrativo en América Latina ha constituido un primer paso hacia la limitación de la discrecionalidad de las autoridades públicas en su accionar. El propósito de tal codificación ha estado motivado por dos ideas fuerza: el establecimiento de un régimen para la actuación administrativa y la producción de sus actos, y la consagración de un sistema de garantías de los particulares frente a la Administración.²⁸ En este sentido, se trata de la elaboración de garantías instrumentales tendentes a asegurar la efectividad de los derechos de las personas, con prescindencia de que les asista la razón en cuanto a la pretensión de fondo.²⁹ El respeto de tales garantías formales, aun cuando no asegure que la decisión sea correcta, constituye un elemento central para evitar la arbitrariedad.

En Argentina, el dictado, en 1972, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA)³⁰ ha sido un hito en la

²⁶ *Ibidem*, párr. 158 y *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana...*, *cit.*, párr. 360.

²⁷ Corte IDH. OC-21/14..., *cit.*, párr. 280.

²⁸ Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 42.

²⁹ Szente, Zoltán, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ Se trata de la Ley 19.549, que contiene principios generales de la actuación administrativa, los requisitos de los actos administrativos y normas sobre su impugnación judicial. La ley, dictada en 1972, fue modificada en 1977 (Ley 21.686) y en 2000 (Ley 25.344). A su vez, fue reglamentada por el

sumisión de la Administración pública a reglas jurídicas. Paralelamente con su dictado se mantuvieron algunos procedimientos especiales, entre ellos los aplicados en materia migratoria.³¹ Esta subsistencia de procedimientos especiales migratorios en la práctica significaba deslegalizar el procedimiento que se aplicaba en sede administrativa a personas migrantes, lo que incrementaba las posibilidades de decisiones discrecionales y con escaso control judicial.³² La ley vigente ha cambiado ese enfoque, más allá de ciertos retrocesos implementados por vía reglamentaria, que luego fueron revertidos.³³

Aun cuando en Argentina existe una tendencia legislativa a la unificación de los procedimientos administrativos, la materia migratoria presenta especificidades que están dadas por la particular situación de vulnerabilidad del sujeto migrante. La Ley de Política Migratoria vigente prevé algunas reglas procedimentales especiales, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LNPA. Este conjunto normativo debe ser “convencionalizado” a fin de

Decreto 1759/72, el cual también fue objeto de sucesivas modificaciones; las más relevantes tuvieron lugar en 1991 (Decreto 1883/91) y en 2017 (Decreto 894/2017).

³¹ El Decreto 9101/72 preveía, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley 19.549 y del Decreto 1759/72, el mantenimiento de los procedimientos en materia de migraciones (a los que no se individualizó —art. 1, inc. 4— del decreto precitado). Dicha norma fue suprimida en la siguiente modificación del Decreto 9101/72, realizada por conducto del Decreto 1883/91 y, luego, por el Decreto 722/96.

³² La consagración normativa de este enfoque tuvo lugar con la denominada “Ley Videla”, de 1981, que se mantuvo hasta 2003, con la sanción de la nueva ley migratoria. Dicha norma estaba animada de un espíritu de desconfianza hacia la persona migrante, con numerosas restricciones a sus derechos y con facultades casi omnímodas en el organismo administrativo, al que se le atribuían funciones de policía migratoria. Entre sus facultades estaba la de expulsar a extranjeros, en el marco de decisiones administrativas, prácticamente sin control judicial.

³³ La Ley de Política Migratoria de 2004 fue modificada en 2017 con base en un decreto de necesidad y urgencia (70/2017), que tuvo un sentido claramente regresivo, reduciendo los derechos procesales de las personas migrantes con el fin de asegurar su rápida expulsión del país. Finalmente, en 2021, se dejó sin efecto esta normativa —que fue impugnada por varias organizaciones de derechos humanos—, de modo que se volvió al régimen original de la ley de 2004.

aplicarlo a las instancias procesales que involucren a personas migrantes. Los estándares del ICCAL pueden entenderse en clave de potenciar el acceso a la justicia como un derecho instrumental para el acceso a otros derechos y, en materia migratoria, el procedimiento administrativo es una primera etapa.

Ahora bien, entre los procedimientos seguidos ante los órganos de la Administración pueden distinguirse, en cuanto aquí interesa, procedimientos de gestión, recursivos y sancionadores,³⁴ que pueden tener lugar a propósito de las vicisitudes de la relación entre una persona migrante y la autoridad administrativa. En el primer caso se trata del reconocimiento de derechos jurídicamente protegibles de carácter administrativo de un particular, como lo puede ser la obtención de alguna de las categorías de residencia previstas en la legislación migratoria o su extensión en el tiempo. En caso de denegatoria, el trámite puede transformarse en un procedimiento de carácter sancionador si —constatada una irregularidad migratoria— la Administración decide disponer la cancelación de la residencia o la expulsión del país del sujeto infractor. A su vez, ello puede dar lugar a un procedimiento recursivo, a fin de cuestionar una decisión administrativa desfavorable.

En la “interamericanización” del procedimiento administrativo han tenido un papel clave varios pronunciamientos de la Corte IDH, en los que se fue avanzando la idea de que las llamadas “garantías judiciales” previstas en el artículo 8 de la CADH podían tener un ámbito que excedía el que era propio de los tribunales judiciales.

En efecto, el Tribunal regional concibe dicha norma como configuradora del *debido proceso legal*, en términos amplios, el cual no se limita a las actuaciones de órganos judiciales. En este sentido, ha dicho que su aplicación se extiende al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.³⁵ Añadió que “cualquier actuación u

³⁴ Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 11.

³⁵ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párr. 69 y sus

omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.³⁶ Ello resulta especialmente pertinente en los casos de expulsiones de extranjeros, cuando son resueltas por autoridades administrativas en cada Estado, ya que ellas conllevan el ejercicio de facultades sancionatorias.

Ahora bien, la exigencia del debido proceso legal no se limita a actuaciones de la Administración, sino que el Tribunal regional la extendió a cualquier procedimiento que se refiera a la determinación de derechos en el orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”,³⁷ lo que abre la puerta a la aplicación de requisitos más específicos en el marco del procedimiento administrativo no sancionador. Concretamente, observó que “las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.³⁸

Para aclarar el concepto de “debidias garantías” que contiene el artículo 8.1 de la CADH, es posible, con modulaciones, reconducirlo al artículo 8.2 de la CADH, donde se efectúa una detallada enumeración de garantías mínimas a las que tiene derecho “toda persona inculpada de delito”.³⁹ Ya tempranamente la Corte

citás; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 102; *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 243, párr. 116, entre otros.

³⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 124.

³⁷ *Ibidem*, párr. 125. También en *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú...*, cit., párr. 70; *Ivcher Bronstein vs. Perú...*, cit., párr. 103.

³⁸ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay...*, cit., párr. 119 y sus citas. En este caso no se trataba de la aplicación de sanciones, sino de la determinación de derechos por parte de una autoridad administrativa.

³⁹ Además de consagrar la presunción de inocencia, el art. 8.2 de la CADH incluye una serie de garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o

previó la posibilidad de que esas garantías tuvieran una fuerza expansiva hacia otros ámbitos distintos del penal, lo cual dependía de “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular”, como factores a tener en cuenta para determinar en qué medida esas garantías del proceso penal podían ser extendidas a otro tipo de procedimientos de determinación de derechos.⁴⁰ Como veremos, el Tribunal regional ha extrapolado las garantías penales al procedimiento administrativo migratorio, algo que resulta plenamente coherente con el carácter sancionador que este puede tener. En efecto, la cancelación de la residencia o la expulsión del país de una persona migrante son expresiones del *ius puniendi* por parte del Estado, aun cuando formalmente no se trate de normas penales.

Ahora bien, para el Tribunal interamericano, las garantías del artículo 8 de la CADH no solo se aplican a procedimientos de carácter sancionador, sino que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa,

no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado [...] si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener su comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a ser declarado contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

⁴⁰ Corte IDH. OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 10 de agosto de 1990. Serie A, núm. 11, párr. 28. Esta línea jurisprudencial fue continuada en otros precedentes: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú...*, cit., párr. 70; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...*, cit., párr. 103; etcétera.

legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”.⁴¹

En el caso del procedimiento administrativo, puede ser concebido como la primera etapa en el acceso a la justicia. Un funcionamiento eficiente de las estructuras administrativas podría evitar a los particulares la necesidad de acudir a los tribunales para dirimir sus conflictos. En este sentido, la aplicación progresiva de las garantías del artículo 8 de la CADH a órganos de la Administración pública es una oportunidad para revalorizar el procedimiento administrativo como instancia de prevención y resolución de conflictos. Lejos de tratarse de un mero trámite dilatorio, el procedimiento administrativo es la primera oportunidad de que dispone el particular —sea migrante o no— para hacer valer sus derechos. En tal sentido, la Corte Suprema argentina se ha referido al principio de “tutela administrativa efectiva”, que extrajo por contigüidad con el principio de tutela judicial efectiva reconocido a nivel constitucional y convencional.⁴² Este principio permite la aplicación de las garantías judiciales en el procedimiento administrativo, pues este “no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar —con justicia— la satisfacción del interés público; en paralelo, *es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares*, sujeta —inexcusablemente— a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo —o razonabilidad—” (cursivas añadidas).⁴³

⁴¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, cit., párr. 124; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...*, cit., párr. 104 y, especialmente (por su relación con las personas migrantes), la OC-21/14..., cit., párr. 126.

⁴² Según la Corte Suprema argentina, esta garantía “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada (Fallos 310:1819)” (in re *Astorga Bracht*, Fallos 327:4185, cdo. 6).

⁴³ CSJN, in re *Roa Restrepo, Henry*, Fallos 344:1013, voto del ministro Rosatti, cdo. 6 (citas omitidas).

En síntesis, el ICCAL ha avanzado hacia la “convencionalización” del procedimiento administrativo y lo ha hecho por una doble vía. Por un lado, por analogía entre normas administrativas sancionadoras y normas penales, ha extendido, con ciertos matices, las garantías penales al ámbito del procedimiento administrativo sancionador. De este modo, cuando el artículo 8.1 de la CADH se refiere a la exigibilidad de las “debidas garantías” en “la sustanciación de cualquier acusación penal”, abre la puerta para la aplicación de aquellas a las distintas manifestaciones del *ius puniendi* estatal. Por tanto, el concepto de “acusación penal” parece adquirir ciertos perfiles autónomos, independientes del concepto que le pueda dar la legislación interna, donde una irregularidad migratoria no es un delito.⁴⁴ Este robustecimiento de garantías es atendible si se tiene en cuenta que el procedimiento migratorio puede culminar en la restricción de la libertad de la persona, en caso de decidirse su expulsión del país.⁴⁵ Una restricción tan intensa de derechos justifica la aplicación de garantías que son exigibles en el proceso penal.

Por otro lado, una segunda fase en el desarrollo de la protección de derechos lleva a extender las *debidas garantías* a toda hipótesis de “determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”, aun cuando no impliquen un ejercicio del *ius puniendi*. La Corte IDH ha dado señales de emprender este paso hacia la “convencionalización” de todos los procedimientos administrativos, lo cual permitiría postular que todos ellos, sean de gestión, sancionadores o impugnatorios, están impregnados por los estándares del *Ius Constitutionale Commune*.

⁴⁴ La similitud del art. 8 de la CADH con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —advertida por la Corte IDH en varios precedentes— permitiría trasladar a este ámbito el “test de Engel”, conforme al cual ha de partirse de un concepto autónomo de ilícito penal para decidir si son aplicables las garantías penales. Dicho test involucra tres elementos: a) la calificación legal que le otorga al hecho el derecho interno del Estado; b) la naturaleza de la ofensa, y c) la naturaleza y severidad de la sanción prescripta. Cfr. TEDH, *Caso Engel y otros vs. Países Bajos*, sentencia de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, párr. 82.

⁴⁵ En Argentina, sin embargo, la detención exige siempre la previa intervención de un juez; en ningún caso puede la autoridad migratoria disponer por sí la privación de libertad de una persona migrante.

Ello permitiría, con los debidos matices, decidir si las garantías del artículo 8.2 de la CADH son aplicables a procedimientos administrativos aun cuando no esté en juego el ejercicio del *ius puniendi*.⁴⁶

IV. ALGUNOS ESTÁNDARES DEL DEBIDO PROCESO MIGRATORIO EN SEDE ADMINISTRATIVA

Sin ánimo de exhaustividad, es posible extraer algunas directrices del ICCAL provenientes de casos en que se abordó la situación de personas en contexto de movilidad y su impacto en el procedimiento administrativo. Estas conclusiones de los órganos del sistema —en especial de la Corte IDH— revelan convergencias en el plano normativo interno y resistencias a nivel de las prácticas institucionales, que permiten ponderar los desafíos que plantea el ICCAL desde una perspectiva de derechos.

4.1. Derecho a una decisión individualizada

El artículo 22.9 de la CADH prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. De ello es dable inferir un derecho a una decisión individualizada, que haga mérito de las circunstancias particulares de cada sujeto migrante. No aparece como garantía explícita en la CADH, pero el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 13 del PIDCP, ha señalado que la prohibición de arbitrariedad en las expulsiones, que en todos los casos deben ser “conforme a la ley”, “otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso”, de modo que una expulsión masiva sería contraria a los derechos fundamentales de las personas.⁴⁷ La Convención Internacional sobre la Protec-

⁴⁶ En la OC-11/90, la Corte IDH señaló como factores a considerar las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, a fin de determinar qué garantías eran concretamente exigibles en un caso determinado (párr. 28).

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 10. El Comité infiere el derecho a una decisión individualizada a partir de otras disposiciones del Pacto, relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la de-

ción de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias establece explícitamente que “cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente” (art. 22.1). Esta directriz emerge explícitamente de la legislación interna (art. 66).

4.2. Derecho a ser oído y a asistencia letrada

El derecho a la asistencia jurídica es reconocido en el artículo 8.2, apartados d) y e), de la CADH, así como en el artículo 14.3, apartado d), del PIDCP. En el caso del procedimiento administrativo migratorio, su exigibilidad resulta indudable si se tiene en cuenta que se refiere a personas que no están familiarizadas con el sistema jurídico del país en que se encuentran. La Corte IDH ha establecido que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de estas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.⁴⁸ Ello justifica la necesidad de asistencia jurídica cuando se trata de un procedimiento sancionador.

Si bien tal asistencia podría no ser necesaria si se trata de un procedimiento de gestión, como lo es la regularización de su residencia en el país, creemos que sería igualmente exigible en este supuesto. En efecto, cuando la persona migrante acude a fin de regularizar su situación migratoria, podría reconocer circunstancias que le son desfavorables (un ingreso irregular, por ejemplo) y que quedan reflejadas en un acta de declaración migratoria, configurando una suerte de “confesión” obtenida sin presiones, pero con desconocimiento de las consecuencias que ella podría traer aparejadas. En esa eventualidad, ese reconocimiento puede dar origen a un procedimiento sancionador que culmine con la expulsión del extranjero del país. Por tanto, es relevante que

cisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente, o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas, pues ello implica que tales argumentos deben ser analizados en cada caso.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, cit., párr. 146 y OC-18/03..., cit., párr. 126.

la asistencia letrada esté disponible ya en las primeras fases del procedimiento migratorio.

En cuanto a las características de esa asistencia, la Corte ha aclarado que el Estado tiene la obligación de suministrarla en forma gratuita, obligación de la que no puede ser relevado por la actividad de organizaciones no gubernamentales previstas a ese fin.⁴⁹ Cabe añadir que las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad —como normas de *soft law*, aplicables en el espacio jurídico latinoamericano—⁵⁰ destacan que las personas pertenecientes a grupos vulnerables deben contar con asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita para defender sus derechos.⁵¹

Por ende, esa asistencia jurídica tiene que ser eficaz —lo que supone idoneidad profesional—, oportuna, independiente y gratuita. La jurisprudencia interamericana ha aplicado los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativos a las salvaguardias especiales en asuntos penales, en cuanto a las garantías de actuación profesional cuando la persona se encuentra arrestada, detenida o presa. Tales incidencias no solo son posibles en procesos penales, sino también en conexión con procedimientos migratorios cuando se verifica una situación irregular.⁵²

En línea con esta exigencia, la ley argentina prevé que “los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, *cit.*, párr. 137.

⁵⁰ Las Reglas fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) y, si bien no son vinculantes, se engarzan con el sistema de fuentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contribuyendo a precisar estándares en la materia. En Argentina, la Corte Suprema se ha adherido a ellas y ha establecido que deben seguirse “como guía en los asuntos a que se refieren” (véase Acordada N° 5/2009).

⁵¹ Véase, en especial, las Reglas 30 y 31.

⁵² Conforme al numeral 8 de estos principios, “a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”. Véase Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 128, párr. 166.

de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino” (art. 86).⁵³ Este principio es inverso al que rige en el procedimiento administrativo general, donde no se exige la asistencia o representación letrada.⁵⁴ En el procedimiento migratorio, la asistencia legal se encuentra, en principio, a cargo de profesionales del Ministerio Público de la Defensa, que es un órgano extrapoder (es decir, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad del Estado),⁵⁵ quedando a salvo la posibilidad de que el interesado acuda a otro profesional de su elección.

4.3. Derecho a la asistencia de un traductor o intérprete

Entre otros factores que pueden agravar sus desventajas procesales, el desconocimiento del idioma del país puede incidir en

⁵³ La ley parece exigir una situación de pobreza para tener derecho a la asistencia jurídica. Pero la reglamentación subsana este aspecto, pues prevé, ante la demanda que efectúe la persona migrante, la “inmediata intervención” de su asistente letrado (art. 86 del Decreto 616/2010).

⁵⁴ El art. 1, inc. f), apdo. 1) de la LNPA prevé, al referirse al derecho del particular a ser oído en el procedimiento administrativo, que este tiene derecho a “hacerse patrocinar y representar profesionalmente”, excepto “en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas”. Es decir, la regla es la no exigibilidad de la asistencia letrada. Por su parte, la Corte IDH ha sido flexible en cuanto a si este recaudo hace al debido proceso: “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso” (Corte IDH. OC-11/90..., *cit.*, párr. 28). Ello supone una apreciación de cada caso. En materia migratoria, este derecho está claramente establecido.

⁵⁵ El Ministerio Público de la Defensa estableció, en el ámbito de su estructura, una Comisión del Migrante, integrada por defensores/as públicos/as. El hecho de que fuera creada en ese ámbito institucional resulta pertinente, toda vez que asegura contar con profesionales específicamente dedicados a la materia migratoria, que presenta especificidades ante la interrelación de normas y estándares internacionales, regionales e internos que inciden en la cuestión migratoria.

las posibilidades reales de una persona migrante de ejercer el derecho a ser oído. Aquí el Estado debe proporcionar los medios para que la persona pueda participar útilmente en todas las fases del procedimiento administrativo (y, eventualmente, del judicial), lo que hace indispensable contar con un intérprete o un servicio de traducción. Sería ilusoria la mera posibilidad de dirigirse a los órganos del Estado en defensa de sus derechos si no puede hacerse entender por ellos. En tal sentido, el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete —previsto en el artículo 8.2, apartado a), de la CADH— también constituye una de las “debidas garantías” a las que alude el artículo 8.1 exigibles en materia migratoria.⁵⁶ La ley argentina recoge expresamente el derecho a un intérprete si la persona migrante desconoce el idioma oficial (art. 86).

4.4. Derecho a la información sobre asistencia consular

En la opinión consultiva (OC) 16/99,⁵⁷ la Corte IDH partió de una norma de derecho internacional general —la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares— para extraer un derecho individual a la información sobre la asistencia consular, que integra las garantías del debido proceso en los casos en que la persona extranjera se encuentre detenida. Este derecho presenta particular importancia en el caso de las detenciones por motivos migratorios. En el ya citado caso *Vélez Loor*, el Tribunal señaló que de este modo se procura remediar la condición de especial

⁵⁶ En un caso relacionado con la responsabilidad de un Estado por un delito penal, la Corte IDH enfatizó que la víctima era mujer e indígena y, por tanto, “el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad”. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 230.

⁵⁷ Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16.

vulnerabilidad que experimentan los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente al suyo y lo vinculó con las medidas de compensación que necesariamente deben adoptar los Estados para afrontar las condiciones de desigualdad real, que se traducen en obstáculos y deficiencias para acceder a la justicia (párr. 152). El Tribunal lo configuró con los siguientes elementos esenciales: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma (párr. 153).

En el derecho argentino, la ley migratoria no prevé expresamente este derecho, pero su reconocimiento no es incompatible con ella. En caso de detención, dado que es ineludible la previa intervención judicial, los jueces que conozcan de ella deberán verificar que el individuo haya podido ejercer este derecho. Sin embargo, corresponderá a la Administración, en primer lugar, asegurar que la persona sujeta a un procedimiento administrativo pueda contactar al consulado de su país.

4.5. Derecho a contar con el tiempo y los medios para su defensa

Se trata de una garantía específica prevista como parte de las garantías de los procesos penales (art. 8.2.h CADH), pero que también pertenece a las “debidas garantías” en un procedimiento migratorio. En este caso asume relevancia la extensión de los plazos para contestar intimaciones, ofrecer y producir pruebas, y, eventualmente, interponer recursos contra decisiones adversas. Un plazo breve para realizar cualquiera de estos actos procedimentales resulta incompatible con la garantía de defensa y podría ser considerado inconvencional.⁵⁸

⁵⁸ A modo de ejemplo, en la ya mencionada reforma introducida por el Decreto 70/2017 (hoy derogada) se preveía un plazo de tres días, un plazo que, en general, no parecía compatible con la efectividad del derecho de defensa. Actualmente se prevén plazos de 10 o 15 días en el caso de recursos administrativos (según se trate del recurso de reconsideración o del recurso jerárquico; arts. 75 y 78, respectivamente) y de 30 días para el recurso judicial (art. 84).

El ejercicio efectivo de este derecho se vincula también con las formas de notificación a la persona migrante de las decisiones que puede tener interés en impugnar. Aquí es preciso tomar en cuenta la movilidad de las personas en esa situación y la necesidad de mantener una adecuada comunicación con ellas. Dado que una correcta notificación de los actos es esencial a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa, se trata de un aspecto que tanto el organismo administrativo interviniente como el tribunal judicial deben tomar especialmente en cuenta. De otro modo, la sustancia del derecho se vería sacrificada ante la formalidad de una notificación realizada de un modo que no puede cumplir su propósito.

4.6. Derecho a la duración razonable del procedimiento administrativo

Este derecho, consagrado en el artículo 8.1 de la CADH, abarca todas las instancias procesales que en materia migratoria se inician con el procedimiento administrativo y pueden continuar —en caso de resolución desfavorable— con el desarrollo de una fase judicial. Dado el carácter general de las garantías que prevé la mencionada disposición, está fuera de duda su aplicabilidad al procedimiento migratorio.

La Corte IDH ha establecido una serie de criterios para establecer la razonabilidad del plazo, siguiendo en esto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actividad del interesado, y *c)* la conducta de las autoridades judiciales.⁵⁹ Esto último, en la materia que nos ocupa, implica examinar la diligencia con que haya actuado la autoridad administrativa⁶⁰ —y luego la autoridad judicial—, pues se trata de evi-

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30, párr. 77. En sucesivos precedentes el tribunal ha ido aclarando los tres factores mencionados, generalmente en casos de sustancia penal.

⁶⁰ La Corte IDH hizo explícita referencia a que esta garantía era aplicable respecto de cualquier autoridad pública, inclusive no judicial. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99, párr. 131.

tar que la situación jurídica de una persona, en cuanto a la determinación de sus derechos, quede indefinida. A los tres factores mencionados, la Corte regional ha añadido la afectación que la duración del procedimiento producía en la situación jurídica del interesado⁶¹ y el análisis global del procedimiento.⁶² Desde luego, estos factores cuentan no solo cuando la persona migrante se encuentra detenida, sino en cualquier procedimiento relacionado con la determinación de sus derechos.

La Corte Suprema argentina se ha referido expresamente a la garantía del plazo razonable de duración del proceso en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, invocando la jurisprudencia de la Corte IDH.⁶³ El criterio es indudablemente aplicable en el marco de los procedimientos migratorios.

Cabe señalar que la ley migratoria argentina prevé un remedio específico frente a la inacción administrativa, que tiene cierta raigambre en el derecho administrativo: se trata del amparo por mora de la Administración, conforme al cual puede requerirse una orden judicial de “pronto despacho” tendente a que la autoridad administrativa se pronuncie en el plazo que judicialmente se le fije, en función de la naturaleza y complejidad del caso pendiente.⁶⁴ Se trata de un mecanismo relativamente ágil para poner fin a la incertidumbre creada por la ausencia de una decisión fundada.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 204; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192, párr. 155; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 152; entre otros.

⁶² Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua...*, cit., párr. 81; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina...*, cit., párr. 149; etcétera.

⁶³ CSJN, *Losicer*, Fallos 335:1126 (2012). En esa oportunidad se trataba de sanciones aplicadas a un particular con base en el poder de policía financiera que ejerce el Banco Central.

⁶⁴ Ley 25.871, art. 85. Esta norma es análoga a la que establece con carácter general —para cualquier procedimiento administrativo— el art. 28 de la LNPA de 1972.

4.7. Garantía de una debida motivación de las decisiones administrativas

Este derecho —que en el plano normativo interno tiene reconocimiento expreso—⁶⁵ presupone la obligación de la autoridad administrativa de pronunciarse, pero apunta a la calidad de la decisión que se adopta. La Corte IDH se ha referido a esta garantía, en conexión con el principio de no discriminación, al exigir que la decisión de la autoridad administrativa debe permitir constatar que los criterios previstos en la ley fueron analizados y aplicados en forma objetiva en cada caso.⁶⁶

Pero, además, apunta a la calidad de la decisión que se adopte, por cuanto no debe ser arbitraria y debe tomar en consideración los argumentos expuestos por la persona. En tal sentido, la existencia de motivación suficiente en un acto administrativo relacionado con la situación migratoria de una persona constituye una condición necesaria para evitar la arbitrariedad. Por ende, la técnica para el control judicial de decisiones arbitrarias —más o menos deferente al criterio de la Administración— será clave para decidir si la motivación es suficiente para descartar la arbitrariedad.

En relación con ello, la Corte IDH ha observado que

[...] 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 esta 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.⁶⁷

⁶⁵ La LNPA argentina establece como uno de los componentes de la garantía del debido proceso adjetivo el derecho a una decisión fundada, que consiste en que “el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso” (art. 1, inc. f), apdo. 3, de la ley).

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay...*, cit., párrs. 184 y 185.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, cit., párr. 126.

Ahora bien, ello exige un juicio de proporcionalidad que debe formar parte de la fundamentación del acto de expulsión o la denegatoria del permiso para permanecer en el país.

La ley argentina suministra algunos criterios para efectuar dicho juicio de proporcionalidad, pero el criterio parece ser restrictivo. En efecto, luego de referirse a las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en el país, establece que la autoridad migratoria “*podrá admitir excepcionalmente*, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo” (art. 29) (cursivas añadidas). Es decir, se prevé la posibilidad de invocar razones humanitarias o de reunificación familiar para dispensar a una persona extranjera de la expulsión, aunque se establece que ello es facultativo y excepcional.⁶⁸

En los casos en que los extranjeros se encuentren residiendo legalmente en el país, la ley prevé, ante la configuración de causales normativamente previstas, la cancelación de la residencia y ulterior expulsión. Aquí la norma diferencia dos hipótesis: *a*) que la persona migrante sea padre, hijo o cónyuge de argentino, en cuyo caso la regla sería la dispensa de expulsión, salvo decisión fundada de la autoridad administrativa, y *b*) que se verifiquen factores como el plazo de permanencia legal inmediata anterior a la configuración de las causales impeditivas de la permanencia en el país, u otras circunstancias personales o sociales de la persona, en cuyo caso *podrá* otorgarse la dispensa.

En cualquiera de esos supuestos, la ley interna exige un juicio de ponderación. A la luz de los precedentes interamericanos, puede afirmarse que esa motivación se satisface si el órgano decisor realiza un juicio de proporcionalidad específico, considerando:

⁶⁸ En el caso *Barrios Rojas* de 2021, ya citado, la Corte Suprema argentina interpretó en forma estricta el derecho de reunificación familiar (limitado a los integrantes del grupo familiar primario) y sostuvo que “la concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y [...] solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada, circunstancia que no se verificó en el presente caso”.

a) la legitimidad de los fines tomados en cuenta por el Estado al disponer la medida; b) la adecuación, y c) la proporcionalidad en sentido estricto. En otras palabras, las razones del Estado —al disponer una expulsión, solicitar una detención o denegar un pedido de residencia— deben ser contrastadas con los argumentos expuestos por la persona migrante a la luz del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, las prácticas administrativas han tenido un sentido restrictivo. Los precedentes administrativos, en particular en momentos en que prevalecía el criterio securitista, revelan que la Administración se limitaba a verificar la configuración de algunas de las causales impeditivas y sobre esa base decidían la expulsión. Esta práctica resulta contraria a la garantía de una debida motivación, la cual conlleva un mandato, desde la perspectiva convencional, de ponderar y evaluar las razones que puedan justificar o no la dispensa de expulsión. Por su parte, los precedentes jurisprudenciales también revelan una visión restrictiva al revisar el juicio de ponderación efectuado por la Administración.

4.8. El derecho a recursos efectivos

A diferencia de las normas generales de procedimiento administrativo, que prevén la ejecutoriedad de las decisiones de la Administración,⁶⁹ en materia migratoria este principio se invierte: todas las decisiones sobre expulsiones o deportaciones son susceptibles de recursos administrativos o judiciales, los cuales tienen efectos suspensivos (art. 82 de la Ley 25.871). Este carácter suspensivo de los recursos previstos en la ley migratoria resulta coherente con la convencionalización del procedimiento administrativo. En efecto, el recurso judicial contra las decisiones de la autoridad migratoria puede ser visto como la primera oportunidad de la persona migrante de ser escuchada por un órgano “independiente e imparcial” con los alcances del artículo 8.1 de la CADH. En definitiva, el carácter suspensivo de los recursos previstos para impugnar las decisiones de la autoridad migratoria

⁶⁹ De conformidad con el art. 12 de la LNPA, los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria y los recursos administrativos o judiciales no suspenden, en principio, la facultad de ejecutarlos.

forma parte de la tutela judicial efectiva. Por lo demás, el control judicial posterior de los actos de la administración debe ser pleno, tanto sobre los hechos como sobre el derecho.⁷⁰ Desde luego, ello debe incluir la posibilidad de la persona de ofrecer y producir prueba para argumentar su caso, que es un derecho ya previsto en las normas generales sobre procedimiento administrativo.

Sin embargo, basados en el carácter excepcional de la dispensa, algunos tribunales han postulado que el control judicial sobre ese aspecto debía ser restrictivo, lo cual no parece compatible con un remedio judicial efectivo, pues la ponderación que realiza la Administración debe ser analizada por los tribunales a la luz del principio de proporcionalidad, que constituye una garantía contra la arbitrariedad de la decisión.

4.9. La participación de los niños en el procedimiento migratorio

Un problema particular, que en la práctica administrativa y judicial interna no tiene respuestas unívocas, se relaciona con el derecho de los niños a participar en los procedimientos que pueden afectarlos, derecho que surge del artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Más allá de que también les son aplicables —con las adaptaciones propias de su situación vulnerable— las garantías inherentes al debido proceso que ya hemos mencionado, un obstáculo frecuente es la omisión de respetar su derecho a ser oídos.

⁷⁰ Sin embargo, de una manera algo equívoca, la ley migratoria establece que tanto el recurso judicial como la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender en él *se limitarán* al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación (art. 89). No obstante, el control de razonabilidad allí previsto permite un control de la evaluación efectuada en sede administrativa, tanto desde el punto de vista de los hechos como del derecho. En otras palabras, la norma habilita al juez para realizar un control del debido proceso adjetivo, y también sustantivo. Chausovsky, Gabriel, “Aspectos jurídicos sobre la nueva ley de migraciones”, en Giustiniani, Rubén (comp.), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo, 2004, p. 124. Entendemos que esta referencia normativa al principio de razonabilidad autoriza a aplicar el examen de proporcionalidad respecto de las decisiones migratorias.

La OC-21/14 ha concluido que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, las garantías que deben regir en *todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial*, que involucre a niñas o niños son:

- i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio;
- ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado;
- iii) el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales;
- iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete;
- v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular;
- vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante;
- vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados;
- viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada;
- ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos, y
- x) el plazo razonable de duración del proceso.

Como puede apreciarse, varias de estas garantías son coherentes con el marco general de protección previsto para personas adultas, con las modulaciones que demanda la especial protección que el sistema exige respecto de la situación de niños, niñas y adolescentes.⁷¹

En el plano del derecho interno, la normativa migratoria no contiene previsiones expresas respecto de la participación de

⁷¹ También el Comité de Protección de Trabajadores Migrantes y el Comité de los Derechos del Niño se han referido a la cuestión, a través de la Observación general conjunta núm. 3. Allí se refieren al derecho de los niños a ser oídos, en especial en los procedimientos administrativos o judiciales relacionados con su situación migratoria o la de su familia, y “con independencia del de sus padres” (párr. 37).

los niños en el procedimiento. Las autoridades administrativas tampoco prevén dicha participación y tal falencia se extiende al ámbito judicial donde no se suelen arbitrar medios para que el menor pueda ser oído por sí o por un representante. Esta situación resulta especialmente delicada cuando se trata del hijo argentino de un progenitor migrante respecto del cual se puede decidir la expulsión. Tanto las autoridades administrativas como las judiciales han sido renuentes a reconocer la intervención del menor en un proceso migratorio, pese a que existen buenas razones para modificar esa práctica institucional que afecta el derecho a la vida familiar del menor. En todo caso, debería hacerse una aplicación de otras leyes internas

V. OBSERVACIONES FINALES: DERECHOS PROCEDIMENTALES E IMPLICANCIAS INSTITUCIONALES

A la luz del ICCAL, el debido proceso administrativo supone diferentes tipos de obligaciones, que resultan de extender las “garantías judiciales” de los procesos judiciales (art. 8 CADH) a todo tipo de actuaciones de una autoridad pública. En primer término, la analogía más clara ha sido entre las garantías propias de los procesos penales u otros procedimientos —como los administrativos— que pudieran derivar en la aplicación de sanciones. Ello resulta relevante para construir las bases de un derecho administrativo sancionador, apegado a los estándares de derechos humanos y, así, neutralizar (o, al menos, morigerar) los elementos más autoritarios presentes en las relaciones jurídico-administrativas. El siguiente paso de la construcción del ICCAL en esta materia ha sido en la dirección de considerar que, por cuanto involucran la determinación de derechos, los actos administrativos y el procedimiento para su dictado también deben estar impregnados de las “debidas garantías” a las que alude el artículo 8.1 de la CADH, aun cuando no se trate de la aplicación de sanciones.

Los desafíos que plantea el fenómeno migratorio obligan a continuar con el desarrollo de estas garantías. En tal sentido, la convergencia de la ley migratoria argentina vigente y el desarrollo del ICCAL en esta materia constituyen, en realidad, un punto de partida para asegurar la vigencia de los derechos huma-

nos. Pero el principal desafío consiste en la efectiva implementación de estos estándares en las prácticas de los órganos administrativos que intervienen en cuestiones migratorias, ya que los objetivos de la ley pueden verse desnaturalizados por prácticas administrativas incompatibles con ella. Como señala Ferrajoli, y ello resulta plenamente aplicable al ámbito de la región, se ha configurado un “infra-derecho administrativo” a partir de reglamentaciones y disposiciones que, debiendo subordinarse a la ley, la contradicen, pero que son más efectivas y obligatorias que la misma ley en el ámbito de la Administración pública.⁷²

El primer contacto de la persona migrante con el Estado de acogida se verifica a través de una institución administrativa —en Argentina, la Dirección Nacional de Migraciones— cuya actuación está enmarcada por normas generales y sectoriales de derecho público. Dicho organismo es el que tiene a su cargo la gestión de cualquier vicisitud relacionada con la situación migratoria de quienes ingresan al país.

Ahora bien, el ICCAL obliga al robustecimiento de las capacidades estatales para que los derechos de las personas sean reales y efectivos, y no meras declaraciones. Desde uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH señaló que la obligación de garantizar los derechos “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁷³ El Tribunal regional sostuvo que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁷⁴

⁷² Ferrajoli, Luigi, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018, p. 210.

⁷³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 167.

Por ello, además de la especificación de derechos procedimentales que componen las “debidas garantías” a las que alude el artículo 8.1 de la CADH en materia migratoria, se requieren instituciones estatales acordes para hacer efectiva la obligación de garantizar esos derechos. Si bien la autoridad migratoria en Argentina es una institución sujeta al control del poder ejecutivo, integra la Administración descentralizada, condición necesaria, pero no suficiente, para que se trate de una autoridad “independiente e imparcial”. Aun con las limitaciones de ese marco institucional, el cumplimiento del deber de garantía de los derechos puede orientarse en dos direcciones.

Por un lado, el avance hacia una Administración preventiva, enfocada en hacer posible el ejercicio de los derechos por parte de personas que se encuentran en situaciones de exclusión, con preferencia a una concepción represiva que, frente al indicio de alguna posible irregularidad o incumplimiento de las normas, intenta acelerar el procedimiento de expulsión, cuando el trámite podría orientarse a evaluar las posibilidades de regularización. En general, la Administración pública debería estar guiada por el denominado “principio promocional”, conforme al cual deben crearse las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento.⁷⁵ Una cuestión relevante es la capacitación de los funcionarios en estándares aplicables relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular.⁷⁶ La reglamentación de la ley migratoria argentina se refiere también específicamente a este punto y a los contenidos de esa capacitación.⁷⁷

⁷⁵ En esa línea, un documento de *soft law* interesante —al menos como indicativo de una *opinio iuris* regional— es la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en la Ciudad de Panamá, Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013, <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-del-Ciudadano-en-Relacion-con-la-Administracion-Publica-10-2013.pdf>. El principio mencionado figura en el punto 3 de la citada Carta.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, cit., párr. 278.

⁷⁷ Concretamente, el art. 9 de la reglamentación aprobada por Decreto 616/2010 establece: “La DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, por

Otro aspecto que forma parte de las garantías institucionales se vincula con la realización, por parte de la autoridad migratoria, del control de convencionalidad sobre las normas que aplica y, a veces, dicta. Si bien la ley argentina en la materia, en su texto vigente, se adecúa razonablemente a los estándares de derechos humanos, las interpretaciones y prácticas institucionales muchas veces traslucen un enfoque securitista incompatible con la perspectiva del ICCAL. Para ese control de convencionalidad, un obstáculo es que, en el orden jurídico argentino, la declaración de invalidez de normas no es —en principio— factible en sede administrativa.⁷⁸ No obstante ello, la normativa vigente no impide, dentro del marco previsto en la norma, que a través de una interpretación conforme se modifiquen prácticas a fin de asegurar la vigencia de los estándares del *Ius Commune*.

sí o a través de convenios que suscriba con organismos que actúen en jurisdicción de los Gobiernos Nacional, Provincial, Municipal o de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES y con los demás organismos o instituciones que corresponda, desarrollará las siguientes acciones: // a) Dictar cursos periódicos de capacitación para sus agentes y para los que cumplan tareas en las fuerzas que componen la Policía Migratoria Auxiliar, poniendo especial énfasis en la necesidad del conocimiento por parte de aquellos de los derechos, deberes y garantías de los extranjeros. // b) Organizar un sistema de formación e información sobre los derechos y deberes que acuerda la Ley N° 25.871 y sus modificatorias y la presente reglamentación para funcionarios, empleados públicos y personal que se desempeña en entes privados que tienen trato con los extranjeros, en especial las entidades educativas, de salud, alojamiento y transporte. // c) Brindar información en materia migratoria a extranjeros, en especial para facilitar los trámites necesarios para cumplir con su radicación. A tal fin se contemplará la utilización de sus lenguas de origen y la asistencia de intérpretes lingüísticos y mediadores culturales”. Es interesante observar que esta reglamentación es algunos meses anterior a la que la Corte IDH dictó en la sentencia *Vélez Loor*.

⁷⁸ Aquí, como lo ha recordado la Corte IDH, los órganos con competencias jurisdiccionales deben hacer ese control de convencionalidad, dentro del marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (*Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, *cit.*, párr. 287 y sus citas). De todos modos, como decimos en el texto, aun sin llegar a la declaración de “inconvencionalidad”, los órganos administrativos pueden y deben realizar una interpretación conforme de las normas y receptor así los estándares de derechos humanos.

Por tanto, la lectura del debido proceso migratorio a través del ICCAL tiene consecuencias en materia de derechos y en cuanto al funcionamiento de las instituciones. Este último aspecto ha empezado a ser tomado en cuenta por los órganos interamericanos en sus decisiones y su profundización será clave para consolidar en la región “dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, tal como lo establece la Carta de la Organización de los Estados Americanos en su preámbulo.

BIBLIOGRAFÍA

- BEDUSCHI, Ana, “The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants’ Rights: Opportunities and Challenges”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 34, diciembre de 2015. DOI: 10.1093/rsq/hdv012.
- BOGDANDY, Armin von, “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer democracias frágiles y desiguales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Manifesto per l’uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año IX, núm. 2, 2011.
- HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- JACKSON, Vicki C., “Constitutional comparisons: Convergence, resistance, engagement”, *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005.

PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en ABREGÚ, Martín (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004.

SZENTE, Zoltán, “Conceptualising the principle of effective legal protection in administrative law”, en SZENTE, Zoltán y LACHMAYER, Konrad (eds.), *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law. A European Comparison*, Londres, Routledge, 2018.

El procedimiento administrativo de determinación del estatuto de refugiada bajo la lente de género. Aproximación regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Cristina María Zamora Gómez

SUMARIO: I. Introducción. II. La interamericanización del refugio en la región. III. Solicitudes de refugio en América Latina: especial mención al éxodo venezolano. IV. ¿Existe un procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada para América Latina? V. Implementación de los estándares interamericanos en los procedimientos nacionales de determinación de persona refugiada. VI. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento administrativo de determinación de persona refugiada en América Latina es heterogéneo. Actualmente la región latinoamericana está inmersa en una experiencia de movilidad humana sin precedentes con el llamado “éxodo venezolano”, debido a la grave crisis estructural y sistémica que asola al país. Los países vecinos —Colombia y Perú— son los principales destinos de estas personas demandantes de protección internacional, tal como ha señalado la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Debido a lo anterior, estos países han llevado a cabo ciertos ajustes en sus políticas de refugio que han implicado cambios en

las estructuras procedimentales administrativas nacionales de respuesta a las demandas de refugio. Entre las respuestas ofrecidas a nivel nacional, los perfiles de las solicitantes de refugio como administradas han presentado especificidades en sus experiencias de refugio debido a las violencias que sufren basadas en el género, no solo en sus países de origen, sino también en el de tránsito y en el de destino.

Cabe preguntarse si dichos ajustes se adaptan a los estándares que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado en materia de refugio y de derechos humanos de las mujeres, cuestión que nos lleva a plantearnos: ¿cabe hablar de un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina en materia de procedimiento de concesión de refugio con perspectiva de género?

El sistema normativo sobre el que se sustenta la figura del refugio en el ámbito regional es la Declaración de Cartagena de 1984, que concede una definición ampliada comparada con la definición que ofrece la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado.

Con la Declaración de Cartagena se explicita que

En vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión de concepto de refugiado. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En aras de emprender una interamericanización en materia de refugio, el desarrollo normativo de la Declaración de Cartagena ha devenido en la Declaración de Costa Rica de 1994; en el Plan de Acción de México de 2004; en la Declaración de Brasilia sobre Protección de Refugiados y Personas Apátridas de 2010, y en la Declaración y el Plan de Acción de Brasil bajo la iniciativa Cartagena +30, que configuran un *pseudorégimen* regional en ma-

teria de refugio cuyo principal enfoque es dar cabida a las necesidades surgidas frente a los conflictos singulares en la región en cuanto al volumen y las dinámicas de desplazamientos.

Del mismo modo, el SIDH ha emprendido una labor de armonización de estándares en materia de procedimiento de determinación del estatuto de persona refugiada, a través del Informe “Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria”, publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el pasado agosto de 2020. Y, en segundo lugar, mediante los pronunciamientos de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Del mismo modo, el SIDH ha enunciado estándares en materia de igualdad de género y feminismo que son pioneros a nivel internacional. Estos pronunciamientos nos llevan a preguntarnos cuál ha sido el impacto y el nivel de implementación de dichos estándares en el derecho administrativo que regula el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada en Colombia y Perú.

Este capítulo, partiendo del diálogo entre el SIDH y el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), se centrará en el estudio de los mencionados estándares para identificar las dificultades que se presentan en las solicitudes de protección de refugiada desde la perspectiva de género y cuáles han sido las vías de solución armonizadora propuestas, así como las que se podrían proponer como *lege ferenda*. Nos centraremos en los estándares de la Corte IDH definidos tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas (diálogo SIDH vs. ICCAL). El estudio se centraría en analizar qué estándares en materia de género se han definido por parte del SIDH para el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada.

II. LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL REFUGIO EN LA REGIÓN

El desarrollo y avance en la protección internacional de las personas refugiadas en América Latina ha tenido lugar a través de instrumentos de *soft law*. La adopción de la Declaración de Car-

tagena sobre las Personas Refugiadas de 1984 fue el comienzo de este desarrollo regional, como respuesta humanitaria a las circunstancias de desplazamientos forzados que se estaban produciendo en la región. Conviene esclarecer, en primer lugar, que en este capítulo se hará referencia a la categoría jurídica del refugio dentro de la llamada “movilidad humana”. Resulta acertada dicha advertencia, puesto que el tratamiento del refugio y el asilo en el contexto regional latinoamericano ha estado tradicionalmente atravesado por la discusión entre la vigencia y la aplicación del asilo territorial y el refugio. El asilo es definido como un estatuto de permanencia que es concedido por los Estados, una vez han reconocido a la persona bajo la condición de refugiada.¹

La Declaración no solo refuerza los principios del derecho internacional de las personas refugiadas (DIPR), sino que da una definición más amplia de qué hemos de entender por persona refugiada en la región, recomendando a los Estados el uso de dicha definición. La Declaración se conmemora cada 10 años, lo que supone un espacio de reflexión para los Estados latinoamericanos en cuanto a retos, oportunidades y avances. En este sentido, podemos hablar del desarrollo de una interamericanización en materia de refugio² con la adopción, en el plano regional internacional, de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994; la Declaración y Plan de Acción de México, con la inclusión de sus tres programas principales: ciudades solidarias, fronteras solidarias y reasentamiento solidario, basados en la cooperación y solidaridad sur-sur, y la Declaración de Brasilia sobre Protección de Refugiados y Personas Apátridas de 2010. Y en 2014, como parte de la conmemoración del trigé-

¹ Clavijo, J., “Consideraciones sobre la (re)configuración de la condición de refugiado”, *Revista de Temas de Antropología y Migración*, núm. 10, diciembre de 2018, p. 98.

² Morales Antoniazzi, Mariela, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *Ius Constitutionale Commune*”, México, UNAM, 2014, p. 122. Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

simo aniversario de la Convención de Cartagena, se redactó la Declaración y el Plan de Acción de Brasil bajo la iniciativa Cartagena +30.³ En la actualidad, a excepción de Cuba, que no es parte de los instrumentos internacionales sobre refugiados, todos los países de América Latina han adoptado legislación nacional sobre refugiados y cuentan con procedimientos nacionales para la determinación de la condición de personas refugiadas.⁴ Veremos en el epígrafe quinto cómo el proceso de interamericanización del principio de igualdad entre hombres y mujeres del derecho al refugio ha calado en las constituciones colombiana y peruana, que nos impulsará a plantearnos sobre la existencia de un *Ius Constitutionale Commune*⁵ del procedimiento de determinación de persona refugiada en materia de refugio en la región.

III. SOLICITUDES DE REFUGIO EN AMÉRICA LATINA: ESPECIAL MENCIÓN AL ÉXODO VENEZOLANO

Es necesaria una caracterización previa referida al proceso de movilidad humana venezolana, que tanto la CIDH como el Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han seguido de cerca mediante la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V) que integra el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la OIM. Estamos en presencia del movimiento de movilidad humana más grande de toda América. Las cifras oficiales dan cuenta de aproximadamente 5.6 millones de personas en proceso de movilidad.⁶ La CIDH ha sido insistente

³ Asylum Access, “Iniciativa Cartagena +30: La protección internacional y la efectiva integración: recomendaciones de la sociedad civil frente a las dimensiones actuales del asilo y la apatridia en América Latina y el Caribe”, 2014.

⁴ Vedsted-Hansen, Jens *et al.* (eds.), *The Refugee Law Reader*, Budapest, Hungarian Helsinki Committee, 2014.

⁵ Morales Antoniazzi, Mariela, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 418.

⁶ Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), 2021.

en advertir que Venezuela atraviesa por una crisis institucional que repercute en la vigencia de los derechos humanos (CIDH, 2009). El país lleva cinco años en estado de excepción, que proporciona un margen de arbitrariedad a las instituciones públicas con respecto a sus obligaciones, ya que no hay una evaluación de los poderes públicos. También es innegable la crisis humanitaria.⁷ En este capítulo compartimos que esta movilidad se caracteriza por ser forzada.⁸ Por ello, colocamos nuestro estudio en la categoría jurídica de la migración forzada en el marco del derecho internacional y del refugio, por ser personas que huyen del territorio venezolano ante el temor fundado de que su vida se encuentra en riesgo; todo ello al amparo de la Convención de Ginebra de 1951, así como de la Declaración de Cartagena de 1984.⁹

La Organización de los Estados Americanos (OEA) cataloga la migración venezolana como “la más grande en la historia del hemisferio”, lo que representa “más de 4,7 millones de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en todo el mundo”¹⁰ y, de acuerdo con lo expuesto por la misma institución, son acogidos principalmente en Colombia, Perú, Ecuador y Chile. Este fenómeno de éxodo nos sirve de encuadre y contextualización de nuestro estudio, ya que analizaremos el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada en los dos países con más afluencia de nacionales provenientes de Venezuela: Colombia y Perú; ello en aras de resolver si podemos hablar de un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina en materia de procedimiento de concesión de refugio con perspectiva de género. Antes del estudio detenido de los procedimientos, contextualizaremos cuál es la sociología de las cifras que tratamos:

⁷ Universidad Católica Andrés Bello, *El espejismo del retorno: violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de COVID-19*, Caracas, UCAB-Centro de Derechos Humanos, 2020.

⁸ Trujillo, Eduardo, “Calificar a los migrantes venezolanos como desplazados en el extranjero podría reducir la protección a estas personas”, Caracas, Crisis en Venezuela, 2020.

⁹ Blouin, Cécile *et al.*, *El desplazamiento de personas venezolanas en América Latina y la definición de persona refugiada de Cartagena*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 2020.

3.1. Sociología de las cifras en Colombia y Perú

Al hablar de la cifra de 5.6 millones de personas, todas conocemos que muchas de ellas se encuentran en una situación de elevada vulnerabilidad, con condiciones socioeconómicas altamente depauperadas. En consecuencia, las vulnerabilidades a las que se ven sometidas esas personas en su tránsito migratorio también son vulnerabilidades que se mantienen en los Estados de acogida una vez que el porcentaje de personas que se encuentran en situación de calle es alto.

En términos generales, tanto en Colombia como en Perú la llegada de migración venezolana se percibe por parte de la sociedad como un fenómeno mayormente negativo. En el último Latinobarómetro, ante la pregunta de si la llegada de personas migrantes perjudica o beneficia, el 81.7% de las personas encuestadas en Colombia y el 71.8% en Perú admitieron que les perjudicaría.¹¹

Es importante contrastar la cifra de los 5.6 millones de personas en movilidad. La plataforma R4V verifica que, al 31 de diciembre de 2020, en Perú se habían reconocido 2 700 personas refugiadas y contaba con 532 300 solicitudes pendientes. Por su parte, el Estado colombiano, a la misma fecha, había reconocido el estatuto de persona refugiada a 771 personas, y estaban pendientes de reconocimiento o denegación 19 600 solicitantes.¹² Estas cifras no están segregadas por sexo, a pesar de que el propio ACNUR, en 1990, publicó su política sobre mujeres refugiadas en la que resalta como principio básico integrar el enfoque de género en todas sus actividades y programas.¹³ En 2018, con la Política sobre edad, género y diversidad, el ACNUR exige que “como mínimo, todos los datos recolectados por ACNUR se desglosarán por edad, sexo y por otras consideraciones relativas a la diversidad, según resulte apropiado y posible en cada contexto, a efectos de análisis y programación”.¹⁴ La exigencia del des-

¹¹ Latinobarómetro, 2018.

¹² R4V, 2020.

¹³ ACNUR, Política de ACNUR sobre mujeres refugiadas, 1990.

¹⁴ ACNUR, Política sobre edad, género y diversidad, 2018.

glose por sexo es fundamental para, en primer lugar, entender el fenómeno de la feminización del refugio; en segundo lugar, para que los Estados puedan, de manera adecuada, implementar una política de género en su regulación sobre el procedimiento de determinación de refugiada y, en última instancia, para el reconocimiento y garantía del principio de igualdad y no discriminación.

3.2. Preocupación por la ciudadanía por las refugiadas: violencia sexo-genérica

Pese a los avances recientes, América Latina se caracteriza por ser “la región más desigual del mundo” según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que en 2019 afirmó que es la segunda región más peligrosa en el mundo para las mujeres en relación con la violencia sexo-genérica, después de África.¹⁵ En relación con lo anterior, la violencia sexual sigue siendo uno de los grandes problemas de la región. Según los datos proporcionados por la Organización Panamericana de Salud, para 2018, precisamente Colombia y Perú, junto con Bolivia, se posicionan como los países con mayor violencia sexual, dato que se corresponde con que entre el 10 y el 27% de las mujeres encuestadas en estos países han padecido violencia de género.¹⁶

Existe un gran componente sexista en los estereotipos hacia las venezolanas: se identifican por estar hipersexualizadas en las sociedades de acogida. Tal estereotipo condiciona la posición de vulnerabilidad de las mujeres, presentándose un imaginario de cosificación sexual de las mujeres venezolanas que se prioriza por encima de otras características, de tal manera que se identi-

¹⁵ De acuerdo con ese mismo organismo, en 2017 los países con más femicidios por cada 100 000 mujeres fueron El Salvador y Honduras; mientras que, en términos absolutos, los países con mayor número de muertes fueron Brasil, con 1 133; México, con 898, y Argentina, con 255. CEPAL, 2018.

¹⁶ Cos-Montiel, Francisco, “Eliminar la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe: objetivo imprescindible para el desarrollo sostenible, la igualdad y la paz”, *Análisis Carolina*, núm. 19, 2019.

fica su mayor grado de probabilidad de sufrir violencia.¹⁷ Según Blouin,

Las mujeres venezolanas son tratadas como objetos sexuales y se encuentran en peligro, en especial cuando trabajan en ciertos sectores como los salones de masajes o los bares. Por otro lado, los estereotipos frente a las mujeres migrantes venezolanas no solamente se relacionan con sus atributos físicos y características de personalidad, sino que en general se tiene una idea de las mujeres venezolanas como “aprovechadoras” u “oportunistas”, pero que, a la vez, incongruentemente, no aprovechan las oportunidades laborales que se les ofrecen.¹⁸

Es preocupante el hecho de que tanto en Colombia como en Perú haya un incremento de feminicidios. Los Estados han establecido ciertas respuestas desde una perspectiva de género; por ejemplo, Colombia ha establecido espacios seguros y trabajo ininterrumpido de comisarías de familias incluso durante la pandemia, y ha fomentado campañas de difusión encaminadas a sensibilizar respecto a que no podemos permitir la violencia intrafamiliar. Sin embargo, estas medidas han estado tratando a las mujeres de manera neutra, homogénea, de manera que se invisibilizan las interseccionalidades. Esto también ha sucedido en el caso peruano. De alguna manera hay una inclusión de la perspectiva étnica, sin embargo, en materia de movilidad humana no han existido campañas que pongan de relieve esta situación. No existe aún una buena implementación de la perspectiva interseccional en la recogida de data respecto a la vio-

¹⁷ Según Aguilar, el 22.3% de las mujeres encuestadas respondió haber sufrido violencia de género en Perú. Según el estudio realizado por Aguilar, “Esta percepción es ampliamente compartida por las participantes, tanto en las entrevistas individuales como en el grupo focal. En general sienten que en Perú han experimentado el machismo de forma más recurrente y les asombra lo naturalizado que ese machismo se encuentra en la sociedad”. Aguilar, Luis Enrique, *Mujeres migrantes contra la violencia en el mundo del trabajo: venezolanas viviendo y trabajando en Lima, Perú*, Lima, CHS-GAATW, 2019, p. 14.

¹⁸ Blouin, Cécile (coord.), *Estudio sobre el perfil socio económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PADF, 2019, p. 49.

lencia de género que tenga en cuenta el estatus migratorio de las mujeres.¹⁹

El ACNUR y la OIM han alertado a los Estados para que adopten medidas diferenciadas orientadas a prevenir y combatir la violencia en contextos de movilidad humana desde una perspectiva de género. En este sentido, es importante determinar que entre las recomendaciones propuestas se hace hincapié en el acceso a la justicia, en las garantías a un debido proceso, en la reparación de quienes son supervivientes de violencia de género, entre otras.²⁰

Las mujeres, así como otras identidades diversas, ameritan en ciertas circunstancias, como lo es la movilidad humana, un tratamiento diferenciado para alcanzar la igualdad real. Esto se traduce en el procedimiento administrativo de determinación del estatuto de refugiada.

IV. ¿EXISTE UN PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE PERSONA REFUGIADA PARA AMÉRICA LATINA?

La doctrina clásica del DIPR reconoce que es necesario un procedimiento interno nacional de reconocimiento de la condición de persona refugiada.²¹ El Manual de Reconocimiento del ACNUR considera que los Estados deberán permitir que los refugiados

¹⁹ Blouin, Cécile y Zamora Gómez, Cristina María, “Institutional and social xenophobia towards Venezuelan migrants in the context of a racialized country: the case of Peru”, IMISCOE-International Migration Research Network, 2021.

²⁰ Respecto a los feminicidios de venezolanas, existe el proyecto de la Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, elaborado por Diego Battistessa con la asesoría de Jassir Heredia Blanco, abogada especialista en Derechos Humanos Interculturales, “Mapa de casos de muerte y desaparición de mujeres venezolanas migrantes y refugiadas en el extranjero”, https://www.google.com/maps/d/u/0/viewer?mid=11BpBMB2zSzTQpVXwBgBuy6_b0knJRN7j&ll=5.467560346781066%2C-68.5680142902832&z=5

²¹ Goodwin-Gill, Guy y McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, Toronto, Oxford University Press, 2007.

sean identificados, lo que implica un procedimiento de determinación del estatus de protección. Ningún instrumento de DIPR ni la Declaración de Cartagena establecen cómo han de llevarse a cabo este procedimiento de determinación del estatus de persona refugiada.²² Dicha libertad por parte de los Estados para configurar su procedimiento nacional supone, en palabras de Lettieri, que “estos se encuentren [a] medio camino entre el Derecho Internacional y las distintas áreas del derecho interno. De allí que a veces resulte difícil, por ejemplo, compatibilizar las exigencias del derecho internacional de refugiados con las prescripciones del derecho administrativo de un Estado”.²³

Si bien existe libertad en cuanto al tipo de procedimiento administrativo por el cual determinar la condición de persona refugiada, el ACNUR concreta que dicho procedimiento deberá garantizar una serie de estándares (ACNUR, 1992, ap. 92):

- 1) *Garantías relacionadas con el acceso físico a la determinación del estatuto de refugiado.* Por ello, todas las personas que pueden ser incluidas en la definición de refugiado deben poder ingresar al territorio y no deben ser devueltas en virtud del derecho a la no devolución (*non refoulement*).
- 2) *Garantías del debido proceso*, con base en las cuales: a) debe existir una autoridad claramente identificada en materia del procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado; b) en caso de rechazo de la solicitud, debe establecer un plazo razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; c) debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente haya tomado la

²² Berganza, Isabel; Blouin, Cécile y Feline, Luisa, “La aplicación de la definición de Cartagena a las personas venezolanas en el Perú”, *Documento de Discusión Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico*, DD1805, 2018.

²³ Lettieri, Martín (ed.), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2012, pp. 110 y 111.

decisión del caso o mientras esté pendiente una apelación ante una autoridad administrativa o judicial superior, y *d*) el solicitante debe contar con intérprete y ser informado de la posibilidad de comunicarse con el ACNUR.

4.1. Debido proceso y género en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada. Comisión Interamericana

La CIDH ha sido pieza fundamental para el desarrollo del estándar de la perspectiva de género en los contextos de movilidad humana y refugio. En 1996 creó la Relatoría Especial sobre los Derechos de las Personas Migrantes, que amplía su mandato hasta el 2012. El Informe de los derechos humanos de los migrantes y otras personas en contexto de movilidad humana en México, elaborado en 2013, hace un aporte enriquecedor en lo tocante a la incorporación de la perspectiva de género. En este sentido, uno de los primeros aportes que la CIDH reconoce es que las mujeres están expuestas a violaciones de derechos humanos en razón de la violencia y la discriminación histórica y, además, el informe comenta que en muchos Estados de la región las agendas públicas y los sistemas de justicia no incorporan esta violencia y discriminación en razón de género.

Un segundo desarrollo de la Relatoría de la CIDH es la que destaca el aporte de la Convención de Belém do Pará, en cuanto a la definición de la violencia contra las mujeres. Además, el hecho de que esta violencia se ve afectada por variables como la raza, condición étnica, movilidad humana, inclusive, hace énfasis en la obligación de los Estados de la debida diligencia para sancionar la violencia. En cuanto a la obligación para los Estados, está concreta: la obligación de respetar. En primer lugar, los Estados están obligados a respetar, abstenerse, no incurrir en conductas que puedan lesionar el ejercicio del derecho a la igualdad de las mujeres en contextos de movilidad humana y, por supuesto, deben cruzarlo desde la perspectiva de la no discriminación. En segundo lugar, respecto de la obligación de garantizar una vida libre de violencias, la Relatoría es enfática al recordar la obligación del Estado de adoptar las medidas e incluso de transformar

la legislación nacional. Además, debe cumplir escrupulosamente con el deber de la debida diligencia, para lo cual se necesitan espacios de prevención y de investigación encaminados a saber la verdad, la sanción de cara a la no impunidad y la reparación integral a las víctimas.²⁴

En lo tocante al derecho de refugio y la prohibición de devolución, el SIDH presupone un procedimiento que ofrezca las garantías mínimas necesarias que permitan estudiar de manera individualizada, seria y oportuna cada solicitud de refugio. La Corte IDH ha dispuesto que aquellos Estados que no cuentan con legislación interna deberán regularla de manera adecuada y conforme a parámetros convencionales del procedimiento y demás aspectos para proteger el derecho a buscar y recibir asilo.²⁵

Además, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone los requisitos que deben observar las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante todo acto del Estado adoptado por cualquier autoridad pública. En este sentido, hemos de admitir que en la región predominan las instancias administrativas a la hora del reconocimiento del estatuto de persona refugiada. Los procedimientos deben contar con la suficiente flexibilidad para tomar en cuenta la realidad de las personas. Los derechos comprometidos en estos procedimientos son el derecho a la libertad, a la integridad y a la vida. El procedimiento, por tanto, debe ser adecuado para hacer valer esos derechos, proporcionando mecanismos que establezcan si la persona cumple con el estándar de riesgo y dando una respuesta específica de protección.²⁶

²⁴ CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 317.

²⁵ Corte IDH. OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 30 de mayo de 2018. Serie A, núm. 25.

²⁶ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 272.

El estándar del debido proceso en la determinación de la condición de persona refugiada debe incluir el acceso al territorio. Ello implica que las personas con necesidades de protección internacional no pueden ser rechazadas en frontera sin un análisis adecuado y pormenorizado de su solicitud, y que este estándar no puede condicionarse de ningún modo a la presentación de documentos de identidad o de viaje; el carácter individual para permitir evaluar las circunstancias personales; cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas que no estén basadas en un análisis razonable y objetivo de la situación individual; así como no debe discriminar en razón de motivos como nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus.²⁷

Respecto a los derechos y las garantías procesales, el estándar del debido proceso incluye: el acceso a una interpretación; la asistencia jurídica gratuita; la puesta en contacto con el ACNUR; el acceso a una autoridad imparcial, capacitada e identificada; el acceso al procedimiento establecido, el derecho a ser oído, la confidencialidad, el uso de medios de prueba lícitos y admitidos en derecho; que la decisión de la autoridad administrativa esté motivada —lo que supone tener en cuenta la entrevista realizada, así como los datos objetivos del país de procedencia de la persona solicitante—; el acceso al recurso idóneo y efectivo —que, a su vez, implica la obligatoriedad de informar sobre el mismo a la autoridad administrativa—, y la duración razonable del proceso.

De nuevo, el estándar de la perspectiva de género en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, así como el enfoque diferenciado, es enunciado por la CIDH en su Informe de 2020 sobre el debido proceso.²⁸ La CIDH es clara a la hora de determinar cómo ha de materializarse esta inclusión de la perspectiva de género en el procedimiento de determinación de persona refugiada. La autoridad competente deberá tener en

²⁷ CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 306.

²⁸ CIDH, Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 255, 5 de agosto de 2020, párr. 151.

cuenta los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados que enfrentan las mujeres, hombres, niños, niñas, adolescentes y personas LGBTIQ+ en el contexto de la movilidad humana. En este sentido, es amplia la doctrina que viene defendiendo que las mujeres presentan especificidades en sus experiencias de refugio.²⁹ Estas especificidades tienen que ver con las violencias basadas en el género que sufren las mujeres, en general, y las refugiadas, en particular. Estas violencias condicionan no solo los elementos configuradores de la definición de persona refugiada de la Convención de Ginebra y de la Declaración de Cartagena, sino el procedimiento mismo de concesión del estatuto de protección.

En el Informe de 2020 sobre la situación que afecta de manera particular a las mujeres y niñas, la CIDH recuerda que es muy importante que miremos qué sucede respecto a las mujeres en situación de movilidad humana: se tiene que buscar mecanismos para considerar la situación en la que se encuentran y, por supuesto, hace una referencia muy importante a lo que implica la trata de personas.

La CIDH es clara al determinar que un procedimiento de determinación de protección de persona refugiada sin la implementación de la perspectiva de género creará obstáculos en el acceso a mujeres y niñas a dicha figura de protección y, por tanto, podrá generar factores de revictimización que afecten de manera directa a sus derechos.

Como conclusión y recomendación, en ese informe, la CIDH exhorta a los Estados miembros a “Incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todos los momentos procesales, procesos y políticas, teniendo en cuenta los distintos contextos y situaciones a través de los cuales los procesos de reconocimiento y protección pueden potencializar vulnerabilidades a las cuales las personas solicitantes pueden estar expuestas”.³⁰

²⁹ Zamora Gómez, Cristina María, *Violencia contra las mujeres y refugio. Estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 25-27; Sánchez Sánchez, Zulima, *The right to asylum in Europe: innovation of asylum procedures*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2018.

³⁰ CIDH, Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada..., *cit.*, párr. 395.8. Ya en su informe sobre

La CIDH también publicó en 2020 la Resolución 001, donde recuerda las recomendaciones que el SIDH ha formulado para el ejercicio de derecho de las mujeres en contexto de movilidad humana. Esta resolución también incorporó la perspectiva de género e interseccional que considera la edad, la raza, la condición de movilidad humana, teniendo en cuenta la distinción de circunstancias y situaciones que contextualizan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas.³¹

En este sentido, es importante observar que el refugio tiene complejidades. Por esta razón, es valioso el aporte de género, mujeres y diversidades sexo-genéricas que permiten la intersección entre clase, etnia, procedencia, identidad sexual. En este sentido, la incorporación del enfoque de derechos humanos y del enfoque de género va a evitar generalizaciones que obvian las especificidades de las mujeres en contextos de refugio.

4.2. La vocación transformadora de la Corte IDH como efecto real para mitigar la violencia contra las mujeres en el procedimiento de determinación del estatuto de refugiada. Estudio de estándares por ejes temáticos

La vocación transformadora de la Corte IDH tiene por objetivo llevar a cabo una reparación integral en su sentido más amplio. Así, además de reparar los daños sufridos por las víctimas de violaciones graves a derechos humanos en los casos concretos, también implica la obligación de reparar en el sentido de componer la sociedad y el Estado, para que dichas violaciones, generadoras de responsabilidad internacional, no se vuelvan a repetir.

la violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes, de 2019, la CIDH entendió la perspectiva de género como un concepto que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género, y como una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como contra las personas con diversidad sexual y de género, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia.

³¹ *Ibidem*, párr. 61.

Este enfoque transformador supone, en primer lugar, que la Corte IDH toma en cuenta las razones estructurales que dieron origen a la violación de derechos humanos con la finalidad de transformarlas. En segundo lugar, se trata de reconocer la situación de discriminación estructural previa que sufren las refugiadas en general. En este sentido, el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará expresa la obligación de los Estados de prestar especial atención, en la adopción de medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, a “la situación de vulnerabilidad de la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”.³² Por último, los efectos deberán ser no solo restitutorios, sino correctivos.

Cabe preguntarnos cuáles son los estándares en materia de derechos humanos de las mujeres sobre el procedimiento de determinación del refugio desarrollados por la Corte IDH y comprobar hasta qué punto Colombia y Perú los aplican. Siguiendo la propuesta de Garbay, haremos una revisión exhaustiva de cómo la Corte IDH ha desarrollado la perspectiva de género a través de su labor consultiva y jurisdiccional.³³

4.2.1. Garantías de no discriminación en procesos administrativos de naturalización

Opinión consultiva 4/1984

Esta opinión consultiva (OC) es la primera en la que la Corte se pronuncia sobre la perspectiva de género en el contexto de la movilidad humana. La consulta fue realizada por Costa Rica y correspondió a una propuesta de modificación a la Constitución

³² OEA, Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, 1994, art. 9.

³³ Garbay Mancheno, Susy, “El femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal”, en Benavides Llerena, Gina Morela y Chávez Núñez, María Gardena (eds.), *Horizonte de los derechos humanos Ecuador 2012*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Programa Andino de Derechos Humanos, 2013, pp. 243-256 y 250.

Política del país relacionada con la naturalización. La Corte IDH ya planteó la revisión de los estándares de las normas que se fijan en la Constitución de Costa Rica para alcanzar la naturalización. La relación de esta OC con la perspectiva de género radica en que las mujeres que adquirirían la naturalización o la nacionalidad costarricense, para hacerlo, debían renunciar a su otra nacionalidad, requisito que solo se exigía a las mujeres y no a hombres.

En este contexto, la Corte IDH se apoyó en el artículo 24 de la CADH y planteó que dicha norma es discriminatoria y que estaría afectando a la igualdad entre personas y derechos.³⁴

4.2.2. Respeto al principio de igualdad y no discriminación

Opinión consultiva 18/2003

Esta OC, solicitada por México, se refiere a la condición jurídica de las personas migrantes indocumentadas. No cuestionó la incorporación de la perspectiva de género de forma directa, sin embargo, tiene uno de los mayores aportes en cuanto a la igualdad. La Corte IDH puso en evidencia que el principio de igualdad y no discriminación es una norma del *ius cogens* en el marco internacional.³⁵ Al expresar este estatus de norma imperativa, la Corte IDH reconoció que los Estados, al analizar el procedimiento de determinación de refugio, deben incorporar el principio de igualdad y no discriminación. El mensaje que envió la Corte IDH es que los Estados están obligados a cumplir con las cuestiones necesarias para alcanzar *de facto* la igualdad y no discriminación entre las personas. En esta OC también marcó la diferencia entre los conceptos de “discriminación” vs. “distinción” y estableció que esta última, que garantiza la igualdad real y que tiene un sobreimpacto en las personas migrantes y refugiadas, tiene que

³⁴ Corte IDH. OC-4/84 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva de 19 de enero de 1984. Serie C, núm. 4, párr. 54.

³⁵ Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, p. 40.

ser objetiva, razonable y proporcional, es decir, debe estar guiada por la aplicación del principio *pro personae*.³⁶

Caso Vélez Loor vs. Panamá, 2010

En esta sentencia emblemática en materia de detención migratoria, la Corte estableció estándares en materia de garantías judiciales del artículo 8.1 de la CADH, tanto para los procedimientos migratorios como para las sanciones impuestas en caso de infracción administrativa;³⁷ sin embargo, no menciona el principio de igualdad sexo-genérica.³⁸

Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, 2001

La Corte IDH estableció que las garantías judiciales mínimas, entre las que se encuentra el debido proceso, deben ser respetadas en todo acto estatal relacionado con la determinación de derechos de los individuos y que no están restringidas a los procedimientos de naturaleza penal.³⁹

4.2.3. Profundización de estándares

Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013

En esta sentencia, la Corte hizo un análisis muy exhaustivo del alcance del derecho de asilo y refugio establecidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la CADH; sin embargo, no hizo mención de la perspectiva de género. En este caso, una familia peruana con estatus

³⁶ *Ibidem*, p. 25.

³⁷ Para un estudio detallado en materia de derecho administrativo sancionador del SIDH véase el capítulo primero de la segunda parte de esta obra.

³⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218, párr. 60.

³⁹ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párrs. 68-71.

de personas refugiadas fue expulsada por el Gobierno de Bolivia sobre la base de que entraron de forma irregular al territorio. La Corte desarrolla estándares en materia de garantías procesales en el marco de determinación de persona refugiada, para lo cual se ampara en la lectura conjunta de los artículos 22.7 (derecho de buscar y recibir asilo) y 25 (derecho al debido proceso).⁴⁰

Esta reflexión deviene en obligaciones específicas para los Estados relacionadas con los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención:⁴¹

- 1) garantizar un intérprete competente; asesoría legal; recibir orientaciones necesarias para el buen entendimiento del procedimiento, que ha de seguirse en lenguaje y modo que puedan comprender los solicitantes; oportunidad de ponerse en contacto con un representante del ACNUR;
- 2) la solicitud debe examinarse con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;
- 3) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa;
- 4) el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;
- 5) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir tal decisión y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada, y
- 6) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia...*, cit., párr. 154. Salmón, Elizabeth y Blouin, Cécile, “The Standards of the Inter-American System of Human Rights regarding Migration and its impact on the States of the region”, en *Almost Magical Transformations on the Ground: How the Inter-American Human Rights System and Ius Constitutionale Commune impact on Latin-America*, Oxford, Oxford University Press, 2021, en prensa.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia...*, cit., párr. 159.

en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.

Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 2005

El caso se refiere a la responsabilidad internacional de República Dominicana por la negación de la emisión de actas de nacimiento a favor de dos niñas a través de las autoridades del Registro Civil, lo que conllevaba la falta de reconocimiento de la nacionalidad, por lo que las niñas estaban expuestas al peligro inminente de ser expulsadas del país y no podían ingresar a la escuela, por carecer de un documento de identificación.⁴²

La Corte IDH hizo una referencia tangencial a la obligación de recurrir a la perspectiva de género en el procedimiento de determinación de nacionalidad y ante posibles casos de apatridia, debido a que la condición de niñas y mujeres constituye un factor de vulnerabilidad que las coloca en una situación de desigualdad desproporcionada que puede afectar en mayor medida sus derechos.⁴³

Opinión consultiva 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, 2014

La Corte IDH hizo referencia a la especial situación de vulnerabilidad de las niñas y niños migrantes y reconoce su titularidad del derecho a solicitar y recibir asilo, así como presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de persona refugiada en nombre propio, siendo indiferente que se encuentren o no acompañados de un adulto.⁴⁴

⁴² Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 17.

⁴³ *Ibidem*, párr. 155.

⁴⁴ Corte IDH. OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párr. 80.

Vemos cómo la Corte IDH reconoce la obligación que tienen los Estados de incluir la perspectiva de género, así como establecer medidas diferenciadas de acuerdo con las necesidades de la población que se encuentran en contexto de movilidad humana, en este caso, a la luz del interés superior del menor. Así, en cuanto a lo que implica el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como refugiados, la Corte plantea la necesidad de reconocer las formas peculiares de persecución que sufren, así como la necesidad de que se defina su estatus de persona refugiada a la luz de la categoría de género.⁴⁵ La Corte IDH establece que los niños, niñas y adolescentes se enfrentan a condiciones de vulnerabilidad, y estas situaciones ameritan medidas de protección; sin embargo, dichas medidas no pueden ser generalizadas, sino que deben responder a las situaciones particulares que viven cada uno de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en este contexto de movilidad y, desde ahí, para poder dar esta respuesta diferenciada, es muy importante mirar la perspectiva de género: cómo su género y otras categorías interseccionales les pueden ubicar en una posición de mayor vulnerabilidad.⁴⁶

Otro de los aportes que la Corte IDH hace en esta OC es la necesidad de implementar la definición de persona refugiada a partir de la Declaración de Cartagena de 1984, que va a complementar la definición dada por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo Adicional de 1967.⁴⁷

También, la Corte recuerda que es obligación de los Estados que sus agentes que trabajen en contextos de movilidad humana sean profesionales especialistas en la perspectiva de género, para así cumplir con las garantías procedimentales mínimas acordadas con el principio del interés superior del menor y su protección integral. Ello también incluye que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que se centre en las niñas y niños, sea sensible al género y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 69.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 80.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 76-78.

y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; que se provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y brinde las facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento.⁴⁸

Opinión consultiva 25/18, La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, 2018

En esta OC la Corte recuerda que el derecho de asilo conlleva una doble obligación para los Estados: en primer lugar, la de ejercer protección sobre la persona que obtiene el estatuto; en segundo lugar, la de no entregar a dicha persona a un Estado donde existe un riesgo inminente sobre su vida.⁴⁹ Respecto a la obligación referida al principio de *non refoulement*, requiere del Estado de acogida la realización de un examen individual y preliminar del riesgo de devolución.

La Corte IDH señala que el derecho a buscar y recibir asilo va más allá de una prerrogativa estatal y debe ser reconocido como tal, a partir de medidas legislativas que permitan la realización efectiva de tal derecho, de conformidad con el artículo 22.7 de la CADH.⁵⁰ En esta OC, la Corte dota de contenido a los derechos al debido proceso en el procedimiento administrativo de determinación de refugio, entre otros:

- a) La incorporación del enfoque de derechos humanos a las garantías del debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada para que sean justos y eficientes.⁵¹

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 85.

⁴⁹ Corte IDH. OC-25/18..., *cit.*, párrs. 42 y 65.

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 122-132. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2012.

⁵¹ Corte IDH. OC-25/18..., *cit.*, párrs. 42 y 98.

- b) La Corte recuerda que el derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, reconocido en los artículos 22.7 de la CADH y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, leídos en conjunto, suponen, entre otras, las obligaciones estatales de: brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado, y adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes.

V. IMPLEMENTACIÓN DE LOS ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS EN LOS PROCEDIMIENTOS
NACIONALES DE DETERMINACIÓN DE PERSONA REFUGIADA

**5.1. El eje de la exclusión vs. inclusión de las personas
refugiadas en las constituciones colombiana y peruana**

El discurso de la exclusión es uno de los ejes centrales en el constitucionalismo transformador latinoamericano.⁵² En este epígrafe haremos un breve recorrido por dicho discurso respecto a las refugiadas en las constituciones colombiana y peruana.

La Constitución Política de Colombia reconoce que todos los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional gozan de los mismos derechos fundamentales que los otorgados a los nacionales. Respecto a la migración en situación regular, Colombia ha creado algunos instrumentos para regularizar la población venezolana, incluido el Permiso Especial de Permanencia (PEP), que tiene una vigencia de dos años, en algunos casos con posibilidad de renovación. Con el PEP, la población migrante venezolana puede acceder a la salud, a la educación y al mercado laboral. En cuanto a la migración en situación irregular, solo pueden acceder a los servicios de salud de emergencia y a la educación básica y

⁵² Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, p. 10.

secundaria. La exclusión es evidente para las personas críticamente enfermas que no tienen acceso al sistema de salud.⁵³ Por su parte, la Constitución peruana establece el derecho a la igualdad de todas las personas, pero no hace mención expresa a las personas migrantes.

Colombia, de ser un Estado que ha expulsado personas, se convirtió en Estado de recepción debido al flujo de personas venezolanas, e igual ha pasado en el contexto peruano. Estas sociedades están marcadas por el patrón patriarcal y machista. Los reportes de estos Estados dan cuenta de que las mujeres siguen siendo víctimas de violencia de género en situación extrema.⁵⁴ Otro problema es que la violencia está naturalizada y difícilmente las mujeres se atreven a denunciar. Si vinculamos este hecho con la movilidad humana, vemos que existe carencia de medidas de protección por parte de los Estados que velen por el cumplimiento de una vida libre de violencia de las mujeres que están en situación de refugio.

5.2. Cláusulas de apertura del ordenamiento jurídico nacional al derecho internacional: los procedimientos de determinación del estatuto de refugiada

5.2.1. Colombia

La norma que regula el procedimiento de determinación de refugiada es el Decreto 2840 de 2013,⁵⁵ que fue reacondicionado en

⁵³ Vera-Espinoza, Marcia Alejandra *et al.*, *Migrants and Refugees in Latin America during COVID-19: An Inclusion/Exclusion Spectrum of Social Protection*, Comparative Migration Studies, 2021, en prensa.

⁵⁴ Blouin, Cécile *et al.*, *Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción en el mercado laboral peruano: dificultades, expectativas y potencialidades*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020; Clérico, Laura y Novelli, Celeste, “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año XII, núm. 1, 2014, pp. 15-70.

⁵⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Decreto 2840 de 2013, publicado en el *Diario Oficial* núm. 48.996, de 6 de diciembre de 2013, Por

un “Reglamento Único” del servicio de relaciones internacionales, que es un decreto de 2015, el Decreto 1067 de 2015.⁵⁶

Según el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 2840, la encargada de recibir, tramitar y estudiar las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiada es la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (CONARE). Esta Comisión deberá estar integrada según dispone el artículo 2.2.3.1.2.2., que nada dice sobre integración paritaria en función del sexo.

La CONARE es la encargada de entrevistar a las solicitantes de asilo de acuerdo con el artículo 2.2.3.1.2.4. Teniendo en cuenta que el decreto no dice nada sobre la composición paritaria de dicha Comisión, podría entenderse que no respeta la perspectiva de género como garantía en el procedimiento de determinación de refugiada. Sin embargo, la legislación colombiana salva este escollo en el artículo 2.2.3.1.6.4 del Decreto 2840:

Solicitud de refugio presentada por mujeres. “Cuando la solicitud sea presentada por mujeres acompañadas por familiares hombres, se les informará de manera privada de su derecho de presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado independiente. Si la solicitud la han presentado en las fronteras, puertos o aeropuertos del país, se les otorgará la posibilidad de recibir asesoría antes de presentar su solicitud o antes de la ampliación de la misma.

Las mujeres solicitantes podrán ser entrevistadas por funcionarias e intérpretes femeninas quienes contarán con la capacitación pertinente y, en todo caso, serán informadas de esta posibilidad”.

Vemos cómo la normativa nacional colombiana en materia de procedimiento de determinación de refugiada cumple con las garantías del debido proceso en materia de igualdad de géne-

el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones.

⁵⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Decreto 1067 de 2015, publicado en el *Diario Oficial* núm. 49.523, de 26 de mayo de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.

ro.⁵⁷ Además, este artículo se complementa con el 2.2.3.1.6.5., referido a la solicitud hecha por niños, niñas y adolescentes:

En casos de niños, niñas y adolescentes solicitantes de la condición de refugiado, se pondrá en conocimiento al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el cual podrá designar un funcionario que velará por la protección de los derechos del niño, niña o adolescente durante todas las etapas del procedimiento, conforme a las disposiciones vigentes, en especial a las contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En los casos de niños, niñas o adolescentes acompañados por sus padres o quienes ejerzan la patria potestad, estos actuarán como representantes en las gestiones ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. En los demás casos, el ICBF representará a los niños, niñas o adolescentes durante todo el trámite.⁵⁸

Durante el trámite de reconocimiento de la condición de refugiado se velará por la protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

La legislación colombiana hace suyo el mandato transformador de la Corte IDH delimitado en su OC-21/14, donde la Corte plantea la necesidad de reconocer las formas peculiares de persecución que sufren, así como la necesidad de que se defina su estatus de persona refugiada a la luz de la categoría de género.⁵⁹

Este recorrido legislativo culmina con el principio de no discriminación expuesto en el artículo 2.2.3.1.6.16., que insta a que ninguna de las anteriores disposiciones de este capítulo serán aplicadas a los solicitantes de la condición de refugiado y a los refugiados sin discriminación por motivos de raza, género, religión, opinión política, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social, situación diferencial o cualquier otra condición.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia...*, cit., párr. 159.

⁵⁸ Hernández, Lucía, *El refugio: una figura decorativa en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2020.

⁵⁹ Corte IDH. OC-21/14..., cit., párr. 69.

5.2.2. Perú

Perú ha incluido en su legislación nacional sobre el refugio la definición ampliada de Cartagena, al hilo de la OC-25/18 de la Corte IDH. Perú ratificó la Convención de 1951 en 1964 y el Protocolo de Nueva York en 1983. Además, adoptó el derecho constitucional del asilo en su Constitución de 1993 y no fue hasta el año 2002 cuando incorporó la definición ampliada de persona refugiada de Cartagena, en el artículo 3 de la Ley 27891 (Ley del Refugiado)⁶⁰ y su reglamento, el año siguiente.⁶¹

Al igual que sucede en el caso colombiano, la autoridad que dirige sobre el reconocimiento del estatus de persona refugiada es una Comisión, la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR), que, tal como dispone el artículo 7 de la Ley del Refugiado, “[...] es el órgano encargado de recibir, estudiar, procesar, resolver lo correspondiente a la solicitud de reconocimiento de refugio y revisar periódicamente las calificaciones; decide sobre el tratamiento, y la aplicación del estatuto a que tiene derecho el así declarado y vela por que todas las entidades intervinientes en materia de refugio cumplan con los acuerdos contenidos en

⁶⁰ Ley núm. 27891, Ley del Refugiado, publicada el 23 de diciembre de 2002 en el *Diario Oficial El Peruano*. Se considera como refugiado: a) A la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. b) A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público. c) A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al inciso a) del presente artículo.

⁶¹ Decreto Supremo núm. 119-2003-RE, publicado el 14 de octubre de 2003 en el *Diario Oficial El Peruano*. Berganza, Isabel; Blouin, Cécile y Feline, Luisa, *op. cit.*

los instrumentos internacionales signados por el Perú”. Y al igual que sucedía en el supuesto colombiano, la norma no prevé que la composición de la CEPR esté formada de manera paritaria.

En Perú el procedimiento es de naturaleza administrativa. La decisión sobre la condición de refugiado comienza con la entrevista a la persona solicitante por el secretario ejecutivo de la Comisión Especial o su representante, que tampoco prevé que sea una mujer para el caso de que la solicitud esté presentada por una solicitante. Luego de ello, la Secretaría Ejecutiva prepara un informe jurídico de opinión de elegibilidad para presentar a la CEPR. La fase de entrevista en este procedimiento no se ajusta a las exigencias de la Corte IDH examinadas en la OC-21/14, que conmina a los Estados a que los empleados públicos que interroguen a las personas refugiadas tengan formación especializada y apliquen un enfoque de género e infancia.

La CEPR se reúne una vez al mes como mínimo para examinar los casos y decidir si se reconoce o no la condición de refugiado. Con la presencia de por lo menos tres miembros la reunión es válida. Se busca adoptar decisiones por consenso o, en su defecto, por mayoría. La decisión final debe ser motivada (art. 25 del Reglamento) y constar en una resolución vinculante para los demás sectores del Estado. Este procedimiento cumpliría con la garantía del debido proceso enunciada en el caso *Pacheco Tineo*, de acuerdo con el cual las decisiones deberán estar fundamentadas.

La decisión denegatoria fundamentada puede ser impugnada vía reconsideración o apelación, tal como dispone el artículo 27 del Reglamento, y consiste en garantizar el recurso a la revisión o apelación del principio al debido proceso referido también por la Corte IDH en el caso *Pacheco Tineo*.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En la región no existe un único procedimiento establecido a nivel internacional para la determinación del estatuto de refugiada. Esta ausencia supone, *a priori*, diferentes enfoques por parte de los Estados de la región que, en ocasiones, conlleva cierta opacidad.

Conviene recordar que el fenómeno de la movilidad humana desde el SIDH no ha sido siempre abordado desde un enfoque de derechos humanos, sino desde un enfoque securitista de los derechos humanos.⁶² Los Estados miran al refugio desde la necesidad de garantizar la seguridad nacional, y miran a las personas refugiadas como un problema que debe ser atendido desde el ámbito penal, desde el ámbito punitivo. El aporte del derecho internacional de los derechos humanos es poder establecer ciertos límites e incorporar la perspectiva de derechos humanos en los contextos de migración: los Estados han adquirido obligaciones en materia de derechos humanos que han hecho que el debate o la visión en materia de refugio tenga también un enfoque de derechos humanos que se encamina necesariamente a un enfoque de género. En este sentido, creemos que existen dos grandes aportes de la incorporación de la perspectiva de género en el SIDH que evidencian las condiciones particulares que experimentan las mujeres en contexto de refugio: por una parte, permite la implementación de normas y políticas públicas de respuesta al refugio que estén dispuestas a alcanzar una respuesta de protección integral, lo que significa que se van a respetar los derechos humanos de las mujeres, y, por otra parte, se van a cumplir las obligaciones estatales en materia de garantía de los derechos humanos.

En la labor de encontrar prácticas homogéneas que garanticen por igual el derecho de asilo en la región, el SIDH ha venido desarrollando estándares en materia del debido proceso que han calado en los ordenamientos internos, en mayor o menor medida, en las legislaciones sobre el procedimiento de determinación. Estos principios serían: la inclusión ampliada de la definición de Cartagena a las legislaciones nacionales; la inclusión de una perspectiva de género y de infancia al procedimiento que conlleve, por una parte, la posibilidad de que las entrevistas a las refugiadas sean llevadas a cabo por mujeres profesionales y/o por profesionales especializados en la materia. Como cuestión de *lege ferenda*, nos resulta apropiado inducir a que los órganos decisorios en el procedimiento de determinación del estatuto estén integrados de forma paritaria. Otro de los principios enunciados por el SIDH es la posibilidad de acceder a un intérprete por parte de la

⁶² Blouin, Cécile y Zamora Gómez, Cristina María, *op. cit.*

persona solicitante; que se le dé la opción de una asesoría legal, labor que en ocasiones protagoniza el propio ACNUR. También el examen de la solicitud deberá estar fundamentado y se deberá garantizar la protección de datos de la persona solicitante en todo momento.

Como hemos visto, los procedimientos nacionales examinados en este capítulo guardan la mayoría de las garantías enunciadas por el SIDH; sin embargo, es llamativo que aún no haya una adecuada cláusula de apertura en materia de género en el procedimiento peruano.

En este sentido, podemos deducir que nos encontramos ante un incipiente *Ius Constitutionale Commune* para América Latina en materia de procedimiento de concesión de refugio con perspectiva de género y garantías del debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Luis Enrique, *Mujeres migrantes contra la violencia en el mundo del trabajo: venezolanas viviendo y trabajando en Lima, Perú*, Lima, CHS-GAATW, 2019.

BERGANZA, Isabel; BLOUIN, Cécile y FELINE, Luisa, “La aplicación de la definición de Cartagena a las personas venezolanas en el Perú”, *Documento de Discusión Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico*, DD1805, 2018.

BLOUIN, Cécile (coord.), *Estudio sobre el perfil socio económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PADF, 2019.

BLOUIN, Cécile *et al.*, *El desplazamiento de personas venezolanas en América Latina y la definición de persona refugiada de Cartagena*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

BLOUIN, Cécile *et al.*, *Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción en el mercado laboral peruano: dificultades*,

expectativas y potencialidades, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

BLOUIN, Cécile y ZAMORA Gómez, Cristina María, “Institutional and social xenophobia towards Venezuelan migrants in the context of a racialized country: the case of Peru”, IMISCOE-International Migration Research Network, 2021.

BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015.

BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

CLAVIJO, J., “Consideraciones sobre la (re)configuración de la condición de refugiado”, *Revista de Temas de Antropología y Migración*, núm. 10, diciembre de 2018.

CLÉRICO, Laura y NOVELLI, Celeste, “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año XII, núm. 1, 2014.

COS-MONTIEL, Francisco, “Eliminar la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe: objetivo imprescindible para el desarrollo sostenible, la igualdad y la paz”, *Análisis Carolina*, núm. 19, 2019.

GARBAY MANCHENO, Susy, “El femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal”, en BENAVIDES LLERENA, Gina Morela y CHÁVEZ NÚÑEZ, María Gardenia (eds.), *Horizonte de los derechos humanos Ecuador 2012*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Programa Andino de Derechos Humanos, 2013.

GOODWIN-GILL, Guy y MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, Toronto, Oxford University Press, 2007.

- HERNÁNDEZ, Lucía, *El refugio: una figura decorativa en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2020.
- LETTIERI, Martín (ed.), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2012.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *Ius Constitutionale Commune*”, México, UNAM, 2014.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2012.
- SALMÓN, Elizabeth y BLOUIN, Cécile, “The Standards of the Inter-American System of Human Rights regarding Migration and its impact on the States of the region”, en *Almost Magical Transformations on the Ground: How the Inter-American Human Rights System and Ius Constitutionale Commune impact on Latin-America*, Oxford, Oxford University Press, 2021, en prensa.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, *The right to asylum in Europe: innovation of asylum procedures*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2018.
- TRUJILLO, Eduardo, “Calificar a los migrantes venezolanos como desplazados en el extranjero podría reducir la protección a estas personas”, Caracas, Crisis en Venezuela, 2020.
- Universidad Católica Andrés Bello, *El espejismo del retorno: violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de COVID-19*, Caracas, UCAB-Centro de Derechos Humanos, 2020.

VEDSTED-HANSEN, Jens *et al.* (eds.), *The Refugee Law Reader*, Budapest, Hungarian Helsinki Committee, 2014.

VERA-ESPINOZA, Marcia Alejandra *et al.*, *Migrants and Refugees in Latin America during COVID-19: An Inclusion/Exclusion Spectrum of Social Protection*, Comparative Migration Studies, 2021.

ZAMORA GÓMEZ, Cristina María, *Violencia contra las mujeres y refugio. Estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

PARTE III
CALIDAD NORMATIVA E IMPACTO DE DERECHOS
EN DIVERSAS ÁREAS DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA COMO PARTE DEL PROCESO DE
INTERAMERICANIZACIÓN

La interamericanización de la calidad normativa: una consideración especial a los principios de participación, de acceso a la información y de transparencia

*Indira Latorre**

SUMARIO: I. Introducción. II. La políticas de calidad normativa en América Latina y sus desafíos. III. La interamericanización de la calidad normativa. IV. Desafíos y contribuciones del ICCAL para la mejora de la calidad normativa en Latinoamérica. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La implementación de políticas de mejora regulatoria es una tendencia reciente y creciente en Latinoamérica. En buena medida, esto se debe a que los países de la región, como Colombia, Chile, México y Costa Rica, han ingresado a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).¹ Desde 1995,

* Profesora asistente, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad El Bosque (Colombia).

¹ Hasta el momento México, Chile, Colombia y Costa Rica son países miembros. Brasil, si bien expresó su interés de convertirse en miembro en el año 2017, coopera bajo el esquema de socio clave. Argentina y Perú están siendo consideradas por el Consejo de la OCDE como posibles miembros. Y otros países como República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay y Uruguay hacen parte del Centro de Desarrollo de la OCDE.

la OCDE ha promovido recomendaciones para mejorar la calidad de las regulaciones en sus Estados miembros. En sus Recomendaciones sobre Política y Gobernanza Regulatoria² se incorporan 12 recomendaciones o estándares de calidad normativa que, de ser implementados en cada país, se espera mejoren los procesos regulatorios. Los países de la región han venido realizando ajustes en sus procesos de producción normativa y en sus estructuras administrativas para implementar dichos estándares. Al mismo tiempo, se espera que los países ajusten sus sistemas jurídicos e institucionales para dar cumplimiento a los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), de manera que se pueda establecer un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL) sustentado en la observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho.³

Una inquietud que surge ante este panorama es qué significa la mejora de la calidad de los procesos regulatorios y cómo aportan ambos estándares a la construcción de este significado. Esta es una inquietud relevante si consideramos la pregunta acerca de ¿qué sucede si ambos estándares apuntan a objetivos distintos o si, en todo caso, no dialogan entre ellos? En este sentido, este capítulo busca hacer un aporte, visibilizando el encuentro o desencuentro que puede darse entre los estándares de calidad normativa de la OCDE y los estándares del SIDH. Esto se hace en el marco del proyecto ICCAL, al cual aspira a contribuir el presente capítulo, ya que este se convierte en un espacio para determinar en qué medida el SIDH puede contribuir a la mejora de la comprensión e implementación de los estándares de calidad normativa, entre ellos los establecidos por la OCDE. Reconociendo que una investigación de este tipo resulta una tarea de más largo aliento, este capítulo se enfoca en el estándar de participación ciudadana y conexos, como el acceso a la información y la transparencia. En este sentido, este capítulo busca responder la siguiente pregunta: ¿cómo puede contribuir el ICCAL a la com-

² OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, 2012.

³ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50.

presión e implementación de estándares de mejora normativa, en especial, al estándar de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia?

La relevancia de esta pregunta no radica solo en que los países latinoamericanos son receptores de ambos cuerpos de estándares. Su relevancia es más profunda. En primer lugar, por el grado de consonancia. El objetivo de los estándares de mejora normativa de la OCDE es promover que la regulación (incluyendo normas administrativas y legislativas) esté basada en evidencia, de ahí que promueva estándares para elaborar, evaluar y revisar las regulaciones. En lenguaje de derecho administrativo, busca evitar la arbitrariedad de la Administración y aumentar la racionalidad de las decisiones normativas. Adicionalmente, la OCDE reconoce que la regulación de buena calidad es una condición del principio democrático y del Estado de derecho. Ambos principios pilares del ICCAL.

En segundo lugar, por su grado de disonancia. La apertura del ICCAL al SIDH implica entender que el respeto de los derechos fundamentales, junto con la democracia y el Estado de derecho, son principios fundamentales. Sin embargo, es precisamente el eje de los derechos el que no aparece explícito en los estándares de la OCDE. Para las recomendaciones de la OCDE, la calidad de la regulación se expresa cuando los beneficios (económicos, sociales y medioambientales) de las regulaciones justifican sus costos, por lo que la creación de normas debe tener en cuenta los efectos en el crecimiento económico, de modo que la calidad normativa promueva la competencia y la eficiencia económica. Por esto, puede cuestionarse en qué medida entender así los estándares obstaculiza la satisfacción de los derechos fundamentales o, al menos, no logra una aplicación plena que contribuya, además, al Estado de derecho y la democracia.

De este modo, este capítulo argumenta que el SIDH contribuye a resolver estas disonancias frente a los estándares de calidad normativa de la OCDE. Con un especial énfasis en el principio de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia, se observa que los estándares del SIDH pueden servir para guiar los déficits actuales que en estas materias tienen los países de la región. Así, el ICCAL tiene unas llaves distintas de las que

tiene la OCDE. Tiene las llaves para garantizar que la política de mejora regulatoria se acerque más al eje de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho.⁴

Este capítulo se divide en tres partes. La primera mira las políticas de mejora normativa en Latinoamérica y se pregunta por la recepción que han tenido los estándares de la OCDE. La segunda parte avanza en la comprensión de la interamericanización de la calidad normativa. Con un énfasis especial en la participación ciudadana, examina el estándar interamericano que orienta la calidad de las normas en la región. Y, finalmente, la tercera parte da respuesta a la pregunta inicial de este capítulo, estableciendo las contribuciones del ICCAL a la mejora de la calidad normativa, dejando planteados algunos desafíos.

Antes de dar inicio, resulta importante hacer algunas precisiones conceptuales con el fin de aclarar al lector lo que este capítulo entenderá por “calidad normativa”. Utilizo esta noción para integrar en la palabra “normativa” una diversidad de actos jurídicos, formales e informales, expedidos por autoridades públicas, bien sea en el nivel legislativo, en el ejecutivo o, incluso, de actos expedidos por actores privados. Esto es relevante, dadas las dificultades para encontrar una definición de regulación unánime,⁵ así como las diversas distinciones que pueden darse entre legislación y regulación.⁶ Por ende, este capítulo prefiere la noción de calidad normativa a la de calidad o mejora regulatoria⁷

⁴ Este trabajo, sin embargo, no hace una evaluación de los estándares del SIDH a la luz de la teoría democrática, lo cual podrá ser objeto de otro trabajo.

⁵ Koop, Christel y Lodge, Martin, “What is regulation? An interdisciplinary concept analysis”, *Regulation & Governance*, vol. 11, núm. 1, julio de 2017, pp. 95-108.

⁶ Kosti, Nir *et al.*, “Legislation and regulation: Three Analytical Distinctions”, *Theory and Practice of Legislation*, vol. 7, núm. 3, septiembre de 2019, pp. 169-178.

⁷ En todo caso, la noción de calidad normativa que utilizo es en algún sentido más restringida si se la compara con la noción de regulación asumida por la OCDE, que incluso puede incluir regulaciones internacionales. Para la OCDE la regulación “abarca una variedad de instrumentos mediante los cuales los Gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas. Las regulaciones incluyen leyes, órdenes formales e informales y regla-

y entiende que esta última puede comprenderse bajo la idea de calidad normativa. Pero otra razón de esta distinción está en que mejora o calidad regulatoria puede verse asociada a las políticas de la OCDE, y este capítulo trata precisamente de extender esa mirada a nuevos ámbitos, como los construidos por el ICCAL.

II. LA POLÍTICAS DE CALIDAD NORMATIVA EN AMÉRICA LATINA Y SUS DESAFÍOS

A partir de las recomendaciones de la OCDE,⁸ nociones como calidad regulatoria o calidad normativa han ganado relevancia en la región. Y aunque este no es un asunto nuevo, puede decirse que, a partir de 2012, han adquirido mayor peso en los países de Latinoamérica.

Hablar de políticas de mejora regulatoria lleva al escenario de las reformas regulatorias y al cómo llevarlas a cabo. Esta última pregunta ha estado atada, si bien no únicamente, a cuestiones económicas, entendiendo que las reformas regulatorias pueden promover la apertura de los mercados y la mejora de la competencia en un mundo cada vez más globalizado. Igualmente, vale aclarar que las políticas regulatorias no son de origen internacional. Es bien conocida la gran influencia de la política regulatoria de Estados Unidos,⁹ que desde 1981 comenzó a llamar la atención sobre los costos de las regulaciones en comparación con los escasos beneficios que generaban, lo cual dio lugar a la creación de la *Office for Information and Regulatory Affairs*, con el fin de con-

mentos subordinados que emanan de todos los órdenes de Gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación” (2012, p. 21).

⁸ Véase OCDE, *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*, OCDE Publishing, 1995; OCDE, *The OCDE Report on Regulatory Reform*, 1997; OCDE, *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, 2005; OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, 2012.

⁹ Betancor Rodríguez, Andrés, *Regulación, mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra, Thomson Reuters, 2010, p. 35.

trolar los costos y los beneficios de las iniciativas de regulación propuestas.¹⁰ Y aunque no sean tan reconocidas como en Estados Unidos, en Latinoamérica también es posible identificar normas que se ocupan de algunas de las dimensiones de la calidad regulatoria. Así, las políticas de calidad normativa no nacen con las recomendaciones de la OCDE. Los países de la región contaban con normas anteriores, si bien dispersas, que contribuían a mejorar la calidad de la regulación. Incluso los tribunales nacionales han jugado un rol relevante a la hora de exigir su cumplimiento.¹¹

A nivel supranacional también ha adquirido relevancia la política de mejora regulatoria. Voermans¹² ha distinguido tres periodos en la Unión Europea (UE). Un primer periodo comprende desde 1992 hasta 2002, el cual se caracterizó por ver a la mejora regulatoria como un asunto técnico enfocado en mejorar la calidad de los borradores de propuestas normativas y en su simplificación.¹³ En un segundo periodo, desde el 2002 hasta el 2006, la mejora regulatoria pasó a verse como parte integral de la buena gobernanza y a comprenderse dentro del ciclo de la política pública. Los principios de efectividad y eficiencia de la legislación se resaltaron como claves y el uso de evaluaciones de impacto de las propuestas normativas también. Este segundo periodo tuvo como soporte el *Libro blanco sobre la gobernanza europea* (2000), la estrategia para el crecimiento *Lisbon Strategy for Growth and*

¹⁰ Breyer, Stephen G. *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 6a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006, p. 26.

¹¹ Moreno, Luis Ferney y Gallo Aponte, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019, pp. 246-271.

¹² Voermans, Wim, “Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?”, *Erasmus Law Rev*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 59-95.

¹³ Sin embargo, como señala el informe Mandelkern, los antecedentes se pueden ver desde 1985 bajo la idea de simplificar la regulación como forma de intervención del Estado en la economía. Aspecto que era visto como una de las formas de alcanzar el establecimiento de un mercado único. La primera inclusión formal de estos programas se da en el Protocolo Anexo al Tratado de Ámsterdam de 1995. Mandelkern Group on Better Regulation, *Final Report*, 2001, http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf.

Jobs y el *Mandelkern Report* (2001), el cual retoma algunas de las herramientas y principios de la OCDE. El tercer periodo (de 2006 a la actualidad) va un paso más allá, pues incorpora la mejora regulatoria como una estrategia general de la UE. Acá puede ubicarse la *Estrategia de Regulación Inteligente* de la Comisión Europea de 2010. En el tercer periodo se pone en evidencia la relación entre crisis económica y debilidad de la legislación,¹⁴ pero también adquieren preponderancia otros objetivos: interés público, medioambiente, menores cargas administrativas y la garantía del cumplimiento de la estrategia Europa 2020.¹⁵

Aunque estos son claros antecedentes y tendencias relevantes para comprender las políticas de calidad normativa en Latinoamérica, vale la pena explorar con más detenimiento las recomendaciones de la OCDE, en cuanto estas han significado reformas administrativas en la región. Pero no solo esto: una mirada juiciosa desde el derecho público sobre estas tendencias nos muestra que, como señalé en la introducción, es necesario poder establecer su impacto sobre la eficiencia de las administraciones públicas, el aumento de su legitimidad democrática, el Estado de derecho y la satisfacción de los derechos humanos.

2.1. La políticas de mejora regulatoria de la OCDE

Aunque las recomendaciones más recientes de la OCDE son de 2012, desde 1995 esta organización intergubernamental concibió instrumentos para que los países contaran con una guía para desarrollar reformas regulatorias. Las recomendaciones de 1995 establecieron 10 principios cuyo fin era servir de guía a la toma de las decisiones políticas. Estos principios se complementaron

¹⁴ Comisión Europea, COM (2010) 543, Normativa inteligente en la Unión Europea (smart regulation), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0543&rid=1>

¹⁵ Estrategia dispuesta para el logro del crecimiento económico de la UE, la superación de la crisis económica y para hacer que el crecimiento sea inteligente, sostenible e integrador. Véase Comisión Europea, COM/2010/2020 final, Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52010DC2020>

en 1997 y luego en 2005. Posteriormente, a inicios de 2012, se adoptó la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, que no pretendió reformar los principios de 1995, sino ampliarlos. Esta es una declaración internacional basada en principios, que toma en cuenta la crisis económica global y pretende servir de guía a los Gobiernos para mejorar los marcos regulatorios, obtener mejores resultados en lo social, económico y ambiental, y aconsejar a los Gobiernos para que adopten reformas regulatorias con un enfoque de Gobierno completo.¹⁶

Dentro de la propia evolución de las reformas regulatorias promovidas por la OCDE se ha dado una ampliación de la noción de mejora regulatoria. Así, además de verla como una que busca mejorar la intervención del Estado en la economía y de promover la liberalización y la competitividad, en sus fundamentos y en las mismas recomendaciones parecen relevantes otros aspectos como la hiperinflación normativa, el impacto del costo de las normas, la inseguridad jurídica, la participación ciudadana en los procesos de decisión, el medioambiente, la coordinación y los procesos de internacionalización. En una palabra, su objetivo es establecer una gobernanza regulatoria efectiva, con el fin de lograr que las políticas públicas que formulen los Gobiernos alcancen sus objetivos.

De este modo, la gobernanza regulatoria es entendida como una actividad de gobierno completo integrada al ciclo de la política pública: diseño, aplicación, revisión y evaluación; con lo cual, una regulación de calidad será aquella que cumple con determinados estándares durante todo el ciclo. Esta integración de la actividad regulatoria al ciclo de la política pública resulta novedosa desde una perspectiva jurídica y de particular relevancia para el derecho administrativo, por cuanto lo expone a nuevas disciplinas con las que tradicionalmente no suele interactuar.¹⁷ La no-

¹⁶ Este enfoque supone que las políticas, instituciones y herramientas deben verse como un todo. En todos los órdenes y entre todos los sectores, incluyendo a los poderes legislativos y judiciales en la garantía de la calidad de las leyes. OCDE, *Recomendación del Consejo sobre...*, cit., p. 6.

¹⁷ Boulin, Ignacio y Cadenas, Enrique, *Innovar el derecho administrativo: bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2018.

ción de ciclo político contiene una idea de proceso que reconoce la relación entre política y derecho, entendiendo que en lo político entran elementos que también le importan al derecho. La noción de ciclo marca una temporalidad, una fase *ex ante* y una fase *ex post* a la creación de las regulaciones que no aparece expresamente en la lógica tradicional del derecho administrativo. La razón puede deberse a que el derecho administrativo se suele enfocar más en la fase *ex post*, esto es, en la correcta aplicación e implementación de las normas.¹⁸ Además, esta lógica de ciclo resulta novedosa para el derecho administrativo, pues la integran una mezcla de principios jurídicos, económicos y de administración pública.¹⁹

No es posible en este capítulo hacer una referencia completa a todos los principios, aunque se enunciarán brevemente los más reconocidos, haciendo especial alusión al principio de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia. Así, antes de la puesta en marcha de una política pública, la OCDE recomienda determinar si es necesario intervenir o regular, esto es, si el Gobierno debe o no hacer algo para solucionar el problema público y si la mejor forma de solucionarlo es mediante la regulación. Para esto se hace énfasis en la necesidad de tomar decisiones basadas en la evidencia, con lo cual entra en juego otro principio, icónico de la mejora regulatoria: la evaluación de impacto *ex ante* y *ex post*. La evaluación de impacto regulatorio (EIR)²⁰ *ex ante* es la herramienta más conocida. Su objetivo es garantizar que los Gobiernos puedan determinar si la regulación propuesta tiene mayores beneficios que costos, invitando, por ejemplo,

¹⁸ Mientras que a las políticas de mejora regulatoria le interesan la evidencia que da lugar a la creación de las normas y los impactos no solo jurídicos, sino en áreas económicas, sociales y ambientales.

¹⁹ Malyshev, Nick y OCDE, *The Evolution of Regulatory Policy In OCDE Countries*, s. f., <https://www.OCDE.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>.

²⁰ Esta es la denominación que utiliza la OCDE. En Costa Rica y el Salvador también se conoce como evaluación de impacto regulatorio, pero su denominación puede ser diferente en cada jurisdicción. Por ejemplo, es conocida como análisis de impacto normativo en Colombia; en Chile y Brasil como análisis de impacto regulatorio, conducente a un informe de impacto regulatorio en Chile o a una manifestación de impacto regulatorio (MIR) en México.

a analizar diversas alternativas regulatorias para poder elegir la más efectiva y eficiente.²¹ Con esta herramienta se promueve principalmente un análisis cuantitativo, y para impactos difíciles de cuantificar, como la justicia, se sugiere un análisis cualitativo. También se recomienda asegurar la legalidad y justicia procesal de las regulaciones, para lo cual se espera que, en especial cuando se trate de sanciones, se establezca la doble instancia y garantice el debido proceso. Adicionalmente, las recomendaciones de la OCDE proponen la realización sistemática de una revisión en conjunto de todo el inventario de regulación, de manera que pueda darse un monitoreo sobre sus costos y beneficios, así como sobre su efectividad. Igualmente, se contempla el principio de simplicidad para disminuir los costos de aplicación de la norma para empresas, ciudadanos y administraciones públicas, lo que supone para los Gobiernos realizar programas de simplificación y actualización normativa. Finalmente, interesa resaltar el principio de cooperación regulatoria internacional. Las medidas regulatorias deben tomar en cuenta los marcos regulatorios internacionales y las obligaciones internacionales adquiridas.²²

Ahora bien, vale la pena señalar que el rol de la OCDE acerca de la mejora regulatoria no se restringe a esta recomendación. Se pueden resaltar también las recomendaciones en cooperación regulatoria internacional²³ y la incorporación de la perspectiva del comportamiento (*behavioural insights*) para la elaboración de políticas públicas y regulaciones más efectivas. Estas últimas, al

²¹ Las políticas de evaluación ex ante deben apuntar a que la regulación mejore, en vez de impedir la competencia y el bienestar de los consumidores, y a que, en la medida en que las regulaciones que obedecen a beneficios de interés público puedan afectar el proceso competitivo, las autoridades exploren formas para limitar los efectos adversos y contrastarlos cuidadosamente con las supuestas ventajas de la regulación. OCDE, *Recomendación del Consejo sobre...*, cit., p. 11.

²² Este principio se enmarca en el reconocimiento de una economía cada vez más globalizada, en donde una regulación local puede tener efectos a nivel global. En esta medida, esta recomendación resalta que las regulaciones no deben dar un trato menos favorable a los productos o servicios extranjeros y llama a que los proyectos regulatorios puedan ser objeto de consulta y comentarios por parte de los extranjeros.

²³ OCDE, *International Regulatory Co-operation*, OCDE Publishing, 2021.

estar basadas en la evidencia sobre el comportamiento de los ciudadanos y las empresas, logran mejorar el nivel de cumplimiento y aceptación de las regulaciones.²⁴

La anterior descripción nos permite advertir la existencia de elementos relevantes para las administraciones y el derecho público. Bajo el lente de este último pueden verse como estándares que ayudan a controlar las actuaciones de las autoridades, con el fin de que estas sean efectivas y eviten la toma de decisiones arbitrarias.

2.2. La calidad normativa en países de Latinoamérica y las transformaciones para la Administración pública

La pregunta que surge ahora es cómo se han incorporado estas recomendaciones de la OCDE a la región latinoamericana. En especial, interesan los cambios sucedidos en el nivel de la Administración pública, con un énfasis especial en el principio de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia. Sobre estos, resulta interesante que la OCDE se refiera a ellos como los principios de Gobierno abierto.²⁵ La transparencia y la participación resultan esenciales para asegurar que las regulaciones sean conformes al interés público y respondan a las necesidades de los regulados y afectados con estas. En aplicación del principio de participación, se espera que se involucre activamente a los actores en los procesos de consulta pública, con el fin de obtener la mayor información (evidencia) posible. Esto con la finalidad, además, de aumentar la confianza en el Gobierno. La OCDE recomienda abrir a consulta los análisis de las evaluaciones de impacto y permitir que las partes interesadas no solo

²⁴ OCDE, *Behavioural Insights and Public Policy*, París, OCDE Publishing, 2017.

²⁵ Los principios de Gobierno abierto son: transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, innovación y tecnología. Estos principios son el eje de la *Open Government Partnership*, una asociación conformada por 78 países, seis Gobiernos locales y diversas organizaciones de la sociedad civil. Aproximadamente 16 países de América Latina han ingresado a esta alianza.

accedan a los borradores de la regulación, sino a todo el material previo que la sustenta y que ofrece razones para la alternativa regulatoria propuesta. Es importante resaltar que la participación se entiende acá como un proceso en el cual las personas y empresas contribuyen a la preparación de borradores, por tanto, va más allá de un proceso de información de una sola vía. La OCDE también recomienda el uso de herramientas tecnológicas que abran las oportunidades de participación. El uso de estas herramientas está relacionado con el acceso público a todas las regulaciones. Supone crear bases de datos actualizadas en donde los usuarios puedan hacer búsquedas fácil y amigablemente. Finalmente, el uso del lenguaje sencillo también se recomienda. Los textos regulatorios deben ser comprensibles, lo que incluye asegurar que los afectados con la decisión conozcan sus derechos y obligaciones, y cuenten con una guía clara para dar cumplimiento a la regulación.

Pero ¿cómo han sido recibidas las recomendaciones de la OCDE en Latinoamérica? En primer lugar, han impactado las estructuras de las administraciones públicas y de los Gobiernos. La OCDE recomienda que la mejora de la calidad regulatoria se lleve a un nivel alto de política, en donde entidades del nivel ministerial supervisen el proceso de gobernanza regulatoria. Así, en algunos Estados se han creado agencias desconcentradas, como en México la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER), adscrita al Ministerio de Economía, o se han asignado nuevas funciones en entidades ya existentes, como es el caso del Departamento Nacional de Planeación (DNP) en Colombia.²⁶ Otra recepción de las recomendaciones se ha dado en la organización de entidades regulatorias. La OCDE recomienda el establecimiento de entidades regulatorias independientes del Gobierno y de los regulados, ya que esto tiene el potencial de generar mayor confianza en las decisiones regulatorias. Sin embargo, no puede decirse que la creación de entidades reguladoras independientes en la región se deba únicamente a la OCDE. Al respecto, los investigadores han mostrado el proceso de difusión

²⁶ En Costa Rica también se han establecido nuevas unidades adscritas a los ministerios, la Comisión de Mejora Regulatoria está adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

del Estado regulador en América Latina.²⁷ No obstante, sí puede observarse cómo las evaluaciones de la OCDE sobre la política regulatoria en cada país tienden a incentivar la mejora de la independencia de los reguladores.

En segundo lugar, como he mostrado anteriormente, la OCDE señala una hoja de ruta en términos de instrumentos y herramientas, como la consulta pública o la EIR. La recepción de estas ha sido importante y diversa y, en algunos casos, se observa una relación relevante entre ambas; por ejemplo, porque se contempla que los documentos de EIR, o bien describan los ejercicios de consulta pública llevados a cabo sobre la propuesta regulatoria, o bien sean ellos mismos sometidos a consulta pública. Veamos algunos casos. Frente a la EIR, Chile, en el 2019, la estableció como obligatoria para todos los proyectos de ley de iniciativa del ejecutivo y para todos decretos dictados por el presidente o “por su orden”.²⁸ Respecto de la consulta pública, Chile ha incorporado el involucramiento de *stakeholders* a la EIR y se ha establecido por la presidencia unas guías voluntarias sobre la consulta pública, las cuales se han integrado a una plataforma web que centraliza todas las consultas públicas.²⁹ Colombia, por su parte, estableció su política regulatoria desde un documento de política pública de 2014.³⁰ La EIR se realiza, mayormente, para regulaciones técnicas.³¹ En cuanto a las herramientas de consulta, cada ministerio o departamento administrativo tiene la obligación de promover la participación ciudadana y de publicar, durante 15 días, en su sitio web los proyectos de regulación (jun-

²⁷ Levi-Faur, David y Jordana, Jacint, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005; Alviar García, Helena y Lamprea, Everaldo (eds.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2016.

²⁸ Presidente de la República de Chile, *Instructivo Presidencial No. 003 de 2019*, Chile, <https://open.economia.cl/wp-content/uploads/2019/04/003-15.04.2019-Instructivo-impacto-regulatorio.pdf>

²⁹ OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, OCDE Publishing, 2018, p. 172.

³⁰ Véase Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 3816. Mejora Normativa: Análisis de Impacto*, 2014, <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/19764302/CONPES3816.pdf/5e09cddf-ad94-4b3f-9255-9548aab35a61>

³¹ OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2021*, OCDE Publishing, p. 228.

to con su soporte técnico) que vayan a ser firmados por el presidente de la república.³² Igualmente se dispone la obligación de publicar el proyecto de Agenda Regulatoria, esto es, la lista de las regulaciones de carácter general que se expedirán en el siguiente año. Colombia, además, cuenta con un sistema de consulta pública (denominado SUCOP) que pretende centralizar todas las consultas, aunque su uso no es obligatorio. Por otra parte, Costa Rica estableció una estrategia nacional de simplificación de trámites y mejora regulatoria en el 2014; sin embargo, el foco de las herramientas de consulta pública y de la EIR se encuentra en la reducción de cargas administrativas. También cuenta con una plataforma centralizada (denominada SICOPRE) para que el público realice comentarios a las propuestas de regulación. En México, tanto la EIR, la evaluación *ex post* y la consulta pública son obligatorios para el ejecutivo. La EIR debe contener una descripción de la consulta pública previamente realizada sobre la propuesta regulatoria y la evaluación *ex post* debe ser sometida a consulta pública por un plazo de 30 días. Pero México ha ido más allá, al conformar un Sistema Nacional de Mejora Regulatoria³³ que incluye a los Gobiernos municipales, quienes también deben realizar EIR. En el caso de Brasil, se incorporó en el 2019, con la Ley 13.874 y la Ley 13.848, la obligatoriedad de realizar EIR³⁴ en la adopción de actos de interés general para los agentes económicos, los consumidores o los usuarios de los servicios prestados. La Ley 13.848 también hace obligatoria la consulta pública de dichos actos normativos, la entiende como un instrumento que apoya la toma de decisiones, de ahí que dispone publicar, por un periodo de 45 días, la información que soporta la propuesta nor-

³² Cuando se trate de proyectos que no llevan la firma del presidente de la República los plazos se establecen por las propias autoridades siguiendo criterios establecidos por esta misma norma.

³³ La Ley General de Mejora Regulatoria del 2018 regula este sistema en su art. 9. Su objetivo es coordinar la mejora regulatoria en las autoridades de todos los niveles del Gobierno.

³⁴ Para un entendimiento completo de la evolución de la EIR en Brasil, véase Gallo Aponte, William Iván; Lima López, Vivian Cristina y Fácio, Rafaella, “La utilización de inteligencia artificial en la actividad regulatoria: una propuesta en favor del desarrollo nacional sostenible”, *Veredas do Direito*, vol. 17, núm. 39, 2020, pp. 123-146.

mativa, entre estos la EIR. Igualmente, el Decreto 10.411 de 2020 reglamentó la EIR y contempla que, antes de tomar una decisión sobre la mejor alternativa, podrá haber participación social sobre el informe de la EIR. Finalmente, es oportuno resaltar el caso de El Salvador. La Ley de Procedimientos Administrativos de 2018 estableció la obligación de realizar EIR y planes anuales de mejora regulatoria como límites a la potestad normativa de la Administración pública. También es pertinente destacar la Ley de Mejora Regulatoria de 2019 por su amplio ámbito de aplicación y porque creó un Sistema de Mejora Regulatoria. Esta ley dispuso que la EIR debe contener el resumen de las consultas públicas realizadas sobre el proyecto regulatorio y también obligó a realizar EIR *ex post*.

Lo anterior permite advertir que en los países de la región se han creado y ajustado estructuras e instrumentos públicos que, con ciertas variaciones, ponen en marcha las recomendaciones de la OCDE. Se reconoce, sin embargo, y así lo hace la OCDE, que todavía faltan aspectos por mejorar; no solo en Latinoamérica, sino en los países de la OCDE en general. Así, en materia de participación, la consulta no siempre suele abarcar al legislativo. Casi nunca se contemplan procesos de participación y de evaluación de impacto obligatorios para los proyectos de ley. Se destacan positivamente Chile, tanto por la evaluación *ex ante* que realiza sobre proyectos de ley de iniciativa del ejecutivo como por la evaluación *ex post* de reglamentos y de leyes. Sobre estas últimas, el Departamento de Evaluación Legislativa en la Cámara de Diputados, creado en 2011, realiza evaluaciones *ex post* de ciertas regulaciones.³⁵ Y en Brasil, desde el 2013, el Senado Federal señaló que dispondrá de mecanismos para que la ciudadanía exprese su opinión sobre las propuestas legislati-

³⁵ Por su parte, la debilidad en Colombia tiene que ver con que las evaluaciones de impacto y las herramientas de consulta no cubren a la legislación. Únicamente lo hacen cuando se trata de proyectos de ley de iniciativa del ejecutivo, que es solo el 13% de las normas que se tramitan en el Congreso (OCDE, *Regulatory Policy Outlook...*, *cit.*, pp. 174-176), lo mismo sucede en Costa Rica y en México, aunque allí el porcentaje de proyectos de iniciativa del ejecutivo equivalen a un 37 y a un 34%, respectivamente (*ibidem*, p. 214). En todo caso, la Asamblea Legislativa en Costa Rica contempla otros mecanismos de consulta y evaluación.

vas.³⁶ Adicionalmente, se observa que los tiempos de consulta en algunos países todavía son cortos. Un buen estándar suele darse en la UE, que contempla en total 12 semanas. Por otra parte, los procesos de consulta todavía se realizan en las etapas avanzadas del ciclo regulatorio, es decir, cuando ya se ha identificado la opción regulatoria o cuando ya existe un borrador de regulación. Y las evaluaciones *ex post*, cuando se hacen, suelen involucrar muy poco a los ciudadanos. Finalmente, otro asunto es el alcance en el contenido de la consulta pública; por ejemplo, en Costa Rica, el proceso de consulta se enfoca en los trámites y procedimientos administrativos, lo cual limita que diversos grupos poblacionales puedan participar. La implementación de EIR también tiene debilidades; sin embargo, dado que no es el centro de este capítulo, no es posible extendernos en este punto. Valga solamente señalar el riesgo de que se convierta en una herramienta que genere cargas procedimentales excesivas, que no se aplique a leyes y regulaciones relevantes y que se centre solamente en medir impactos económicos, dejando de lado otras dimensiones.³⁷

III. LA INTERAMERICANIZACIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA

Como señalé en la introducción, si bien el diálogo sobre la calidad normativa se ha expandido en la región debido a las recomendaciones de la OCDE, mal haríamos en identificar la calidad normativa con dichas recomendaciones. Y esto es así porque la noción de calidad normativa no es equivalente a la noción de mejora regulatoria de la OCDE; de hecho, recordemos que no existe una noción única de calidad normativa, y bien puede tomarse como un asunto principalmente procedimental o como uno principalmente sustantivo.³⁸ Esto se expresa, por ejemplo, con la

³⁶ Véase Senado Federal de Brasil, Resolución No. 26 de 2013, <https://legis.senado.leg.br/norma/583589/publicacao/15612939>

³⁷ Sobre buenas prácticas en el uso de EIR se sugiere consultar: OCDE, *Regulatory Impact Assessment, OCDE Best Practice Principles for Regulatory Policy*, París, OCDE Publishing, 2020.

³⁸ Alsina, Victòria y Martí, José Luis, "The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking", *Analyse & Kritik*, vol. 40, núm. 2, 2018, pp. 317-338.

diversidad de visiones acerca de la política regulatoria.³⁹ Reconociendo esta diversidad, es posible acercarnos a esta noción desde lo que podemos denominar “interamericanización de la calidad normativa”, para indicar que el SIDH y, con ello, el ICCAL, también contribuyen a la calidad normativa. Este es un ámbito que no ha sido explorado en la literatura expresamente, aunque algunos autores han puesto de relieve la relación entre políticas regulatorias y derechos humanos, en parte por el rol de los tribunales constitucionales.⁴⁰

De este modo, hablar de interamericanización de la calidad normativa abre un campo poco explorado en la literatura, que está relacionado con las implicaciones jurídicas, desde el derecho público, de la calidad normativa. En este sentido, el proyecto ICCAL se presenta como una ventana de oportunidad para entender y robustecer los estándares de calidad normativa que están aplicando las administraciones públicas en seguimiento a recomendaciones de la OCDE, contribuyendo con ello al fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos en la región.

Con poca frecuencia se ha estudiado la calidad normativa o la mejora regulatoria desde el ámbito del derecho público. Los estudios más completos tienen lugar en el ámbito europeo. Meuwese y Popelier⁴¹ han investigado cómo se relaciona la mejora regulatoria con la legitimidad de la autoridad pública, con el principio de Estado de derecho y otros principios constitucionales. Ellas identifican que la mayoría de versiones de mejora regulatoria tienen un marcado enfoque económico, y que no suelen considerar el hecho de que encontrar una “buena norma” va muchas veces atado a restricciones propias de los sistemas jurídicos.⁴²

³⁹ Prosser, Tony, *The Regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

⁴⁰ Urueña, René, “Global Water Governance and the Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia”, en Dubash, Navroz y Morgan, Bronwen (eds.), *The Rise of the Regulatory State of the South*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 27-52.

⁴¹ Meuwese, Anne y Popelier, Patricia, “Legal Implications of Better Regulation: A Special Issue”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011, p. 457.

⁴² *Ibidem*, p. 458; véase Brown, Ciara y Scott, Colin, “Regulation, Public Law,

En Latinoamérica tampoco es frecuente este estudio desde el derecho público. Algunos académicos comenzaron a advertir la influencia de las recomendaciones de la OCDE y recientemente comenzaron a pensar en las implicaciones de estas para el derecho. Se han establecido los desafíos y oportunidades de las recomendaciones de la OCDE para al ámbito jurídico,⁴³ se han entendido como tendencias innovadoras del derecho administrativo en Iberoamérica que pueden impactar positivamente la función administrativa⁴⁴ e incluso se ha hecho un llamado a extender los instrumentos de la mejora regulatoria al procedimiento administrativo, a los acuerdos privados y a la toma de decisiones en el poder judicial.⁴⁵ Igualmente, recientes trabajos de derecho administrativo colombiano han comenzado a incorporar en su noción de regulación la noción de mejora regulatoria, así como su lógica de ciclo político e instrumentos de mejora regulatoria.⁴⁶ Esto es de celebrar, ya que el derecho público parece compartir preocupaciones similares con las políticas de mejora regulatoria; por ejemplo la participación y transparencia en la toma de decisiones, legislativas o administrativas, o la preocupación acerca del alto contenido tecnocrático de la Administración pública. Pero al derecho público también le deberían interesar las implicaciones de la política regulatoria en los sistemas jurídicos, sobre todo si, tal y como lo muestra su evolución hasta ahora, esta se ha concentrado en las herramientas como la EIR, dando lugar a que prevalezca, en la práctica, la bandera por la eficiencia económica, dejando de lado una comprensión más holística de la mejora regulatoria que logre impactar en la democracia, el Estado de

and Better Regulation”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011, pp. 467-484.

⁴³ Latorre, Indira, “La política de mejora regulatoria: oportunidades y desafíos para Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014, pp. 1-35.

⁴⁴ Moreno, Luis Ferney y Gallo Aponte, William Iván, *op. cit.*, 2019.

⁴⁵ Gallo Aponte, William Iván y Pinilla Rodríguez, Diego Enrique, “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. Un análisis comparado”, *Direito Público*, vol. 17, núm. 93, 2020, pp. 215-239.

⁴⁶ Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

derecho y los derechos humanos.⁴⁷ De este modo, sigue siendo necesario abrir el campo de estudio de los estándares de calidad normativa y para esto es necesario acercarse a la interamericanización de la calidad normativa. El SIDH ha traído una verdadera transformación al derecho público, de modo que mal haríamos en pretender entender los estándares de calidad normativa dejándolo de lado.

3.1. La calidad normativa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Elaborar un estudio de la calidad normativa en el SIDH implica en realidad un trabajo más grande del que podemos elaborar acá. Supondría una investigación minuciosa de todos los estándares del sistema. Mi objetivo es más acotado, pero no por ello poco relevante. Trato de determinar en qué medida el SIDH contribuye a robustecer los estándares de calidad promovidos por la OCDE. En especial, desde el punto de vista de la participación ciudadana, el acceso a la información y la transparencia.

En alguna medida, esta cuestión es diferente de la judicialización de la mejora regulatoria. La literatura europea ha indagado por esto,⁴⁸ es decir, por la cuestión acerca de cómo los jueces aplican los principios de la mejora regulatoria poniendo de presente sus pros y sus contras, dado que, generalmente, se trata de principios de *soft law*. Pero no es esto lo que entenderemos por

⁴⁷ Las recomendaciones de la OCDE mencionan los derechos, pero no los derechos humanos o fundamentales.

⁴⁸ Popelier, Patricia, "Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs", *Legisprudence*, vol. 6, núm. 3, 2012, pp. 257-270. Por ejemplo, frente al estándar de consulta, esta autora señala los siguientes casos, como algunos en donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sin imponerlo, celebra que se generen estos procedimientos. Véase TEDH, *Caso Hatton vs. Reino Unido* (Gran Sala), núm. 36022/97, ECHR 2003-VIII; *Caso Evans vs. Reino Unido* (Gran Sala), núm. 6339/05, ECHR 2007-I; *Caso A, B and C vs. Irlanda* (Gran Sala), núm. 25579/05, ECHR 2010; *Caso Zammit Maepel vs. Malta*, sentencia de 22 de noviembre de 2011, núm. 24202/10, ECHR 2011. En *ibidem*, p. 260.

interamericanización de la calidad normativa en este capítulo. No pretendo evaluar si el SIDH aplica —y cómo— los principios promovidos por la OCDE. Y no lo hago porque esto implicaría asumir cierta jerarquía entre actores internacionales. Así, en la búsqueda de un diálogo, la interamericanización supone entender cómo se pueden nutrir los principios y recomendaciones de la OCDE a la luz del mandato transformador del ICCAL.⁴⁹

En todo caso, resulta interesante advertir que la literatura sobre judicialización de la mejora regulatoria pone al descubierto el rol que pueden jugar las cortes internacionales en la promoción de la calidad normativa. Algunas investigaciones han mostrado cómo la revisión judicial de las cortes europeas desarrolla criterios de calidad normativa; criterios como el principio de equidad, de proporcionalidad, de legalidad, de seguridad jurídica o debida motivación. Con una mirada más procedimental, se ha mostrado cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza estándares procedimentales, lo que ha llevado a desarrollar evaluaciones de impacto integradas que incluyan un test de derechos fundamentales.⁵⁰

En el ámbito latinoamericano, puede decirse que el SIDH irriga los estándares de calidad normativa de los que hemos venido hablando. Y los irriga tanto en sentido sustantivo como procedimental. Por tanto, es de celebrar investigaciones que, como las de este libro, han comenzado a determinar el impacto de los tratados internacionales y decisiones judiciales sobre derechos humanos en el ejercicio de la función administrativa y los desafíos que esto trae para las administraciones públicas.⁵¹ Y la pregunta por los impactos del SIDH en la función administrativa puede trasladarse a la calidad normativa, pues implica determinar en qué

⁴⁹ Véase Bogdandy, Armin von, *op. cit.*, pp. 3-50.

⁵⁰ Helen Toner explica la importancia que tienen las evaluaciones de impacto integrado (*Integrated Impact Assessments*) en el proceso de producción normativa en la Comisión Europea. Véase Toner, Helen, “Impact Assessments and Fundamental Rights Protection in EU Law”, *European Law Review*, vol. 3, 2006, pp. 316-341.

⁵¹ Klein Gussoli, Felipe, “Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos”, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 46-70.

medida los procesos de toma de decisiones de las administraciones públicas cumplen o garantizan los derechos fundamentales de los administrados.

Precisamente por esto, en Europa, por ejemplo, se ha reconocido la importancia de integrar en las EIR que realiza la Comisión Europea el impacto sobre los derechos fundamentales. Con los desafíos que esto implica, esta medición de impactos integrada aún no opera en Latinoamérica. En Colombia, las guías para elaborar EIR⁵² citan el caso de la UE, pero no establecen una guía para evaluar los impactos sobre los derechos fundamentales. Adviértase que no estamos hablando de las evaluaciones de impacto ambiental (EIA) utilizadas para la evaluación de proyectos. Quizás debido a lo reciente de este instrumento todavía no se presentan casos u opiniones en el SIDH sobre las EIR de forma expresa; sin embargo, esto no significa que el SIDH no tenga una incidencia sobre los estándares de calidad normativa. Por ejemplo, sobre la necesidad de medir el impacto de las regulaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ordenado informes a los Estados en donde se evalúe el impacto *ex ante* de los proyectos de ley.

En *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*, tras la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en donde murieron 60 personas y ante el proyecto de ley aprobado por el Senado en 2017, que pretendía regular “la fabricación, el comercio y el uso de fuegos artificiales”, se solicitó a Brasil un informe en el que indicara: *i*) cambios específicos a la legislación actual que se proponían en el proyecto de ley; *ii*) el impacto que potencialmente tendría la nueva legislación, y *iii*) el plazo estimado para su “aprobación definitiva”.⁵³ Veamos ahora cómo puede verse esta interamericanización en los estándares que aquí nos convocan.

⁵² DNP y OCDE, *Guía metodológica de análisis de impacto normativo*, 2015, <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DesarrolloEmpresarial/GuiaMetodologicadeAnálisisdeImpactoNormativo.pdf>

⁵³ Corte IDH. Caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C, núm. 407, párr. 288.

3.2. La interamericanización del principio de participación, acceso a la información y transparencia

Interesa observar ahora el entendimiento del principio de participación ciudadana, transparencia y acceso a la información. Ya vimos que los países de la región se han enfocado en llevar a consulta pública los proyectos regulatorios, aunque todavía con algunas debilidades, de modo que profundizar más puede aportar nuevas líneas para mejorar su aplicación por parte de los Gobiernos y las administraciones públicas. Y esto puede hacerse dando una mirada a diferentes instrumentos internacionales del SIDH que ponen de relieve la importancia de la participación ciudadana. En especial, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1948, en su artículo 34 y 45, literal f, y el Pacto de San José, de 1969, en su artículo 23, se refieren a la participación ciudadana en la vida política y en las decisiones que involucren su desarrollo. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 13, reconoce el derecho a la libertad de expresión, entendido por el Sistema Interamericano como el eje de la sociedad democrática y, en su artículo 25, señala el derecho de todos los ciudadanos de participar en “la dirección de los asuntos públicos”. Otros instrumentos multilaterales que tienen relevancia para la participación ciudadana son la ya mencionada Declaración de Gobierno Abierto de 2011, que crea la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA, Open Government Partnership) y a la cual hace referencia la OCDE y, más recientemente, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, de 2018, mejor conocido como el Acuerdo de Escazú. Los últimos dos instrumentos han sido entendidos como un refuerzo a los principios y obligaciones de la normativa y jurisprudencia interamericana. El primero se ha entendido principalmente como un refuerzo al contenido del derecho de acceso a la información pública y al principio de transparencia. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende que el compromiso con el Gobierno abierto fortalece las capacidades de los Estados en la lucha contra

la corrupción.⁵⁴ El acuerdo de Escazú, por su parte, refuerza principalmente el derecho a un ambiente sano, así como el derecho a defender el medioambiente.⁵⁵

El SIDH también nos permite detallar mejor el alcance y contenido del principio de participación ciudadana. Dos decisiones resultan fundamentalmente esclarecedoras. En el caso *Yatama vs. Nicaragua*,⁵⁶ la Corte IDH entró a considerar el artículo 23, que establece la participación en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, así como el derecho al voto, a ser elegido y a desempeñar funciones públicas. Esta decisión expresó la relevancia de estos derechos políticos para la democracia representativa, y de la democracia representativa para todo el Sistema Interamericano. Para lograr el ejercicio efectivo de estos derechos, los Estados tienen que disponer las condiciones y mecanismos óptimos. De manera relevante, resalta la importancia de que esas condiciones garanticen la igualdad y no discriminación, lo cual supone tomar medidas para equilibrar la situación de debilidad de ciertos sectores sociales. Si bien este caso se centra en las limitaciones electorales de grupos indígenas, resulta de interés porque resalta el vínculo entre participación, democracia y no discriminación. Otro tanto sucede con *Castañeda Gutman vs. México*,⁵⁷ el cual recuerda que los derechos políticos son derechos humanos vinculados a otros, como la libertad de expresión y de reunión, entre otros. Quizás más llamativo es el hecho de considerar el ejercicio de los derechos políticos como un fin en sí mismo, así como un medio para garantizar los demás derechos humanos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En términos de la participación en una política concreta, la Resolución 1/2020 de la CIDH sobre pandemia y derechos hu-

⁵⁴ CIDH, Resolución 1/18, *Corrupción y Derechos Humanos*, 16 de marzo de 2018.

⁵⁵ CIDH, Comunicado de prensa 94/21, 21 de abril de 2021.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

manos tiene un impacto relevante sobre las administraciones públicas y, de hecho, comparte cierto lenguaje con la política regulatoria, en la medida en que ordena adoptar medidas para proteger la salud, la vida y la integridad personal, con base en la evidencia científica. Además, dispone que todas las medidas tomadas, entre ellas las que pretendan la recuperación económica y social, deben mantener un enfoque de derechos humanos. La resolución llama la atención sobre la necesidad de asegurar planes de actuación con procedimientos para prevenir, detectar, tratar, controlar y hacer seguimiento a la pandemia.

Estos procedimientos deben ser, entre otros, transparentes, claros, participativos e inclusivos. La participación adquiere un énfasis importante, pues debe utilizarse para evaluar los impactos de las medidas tomadas y así realizar ajustes, con lo cual adquieren relevancia los impactos *ex post*. Aquí es importante advertir que la resolución se refiere a la participación social, como algo distinto de los espacios de diálogo con expertos. La participación también se refiere a la necesidad de asegurar que las mujeres estén en posiciones de toma de decisión, bien en comités o en grupos de trabajo. Finalmente, la resolución presenta un modelo participativo de cooperación internacional. Reconoce la crisis global generada por la pandemia y, por ende, la necesidad del diálogo internacional para reconocer buenas prácticas. Pero este diálogo no se queda en el nivel de los expertos: la resolución llama a la inclusión de los grupos afectados y de la sociedad civil.

Por su parte, el derecho de acceso a la información, la publicidad y la transparencia se vinculan con el principio democrático. *Claude Reyes y otros vs. Chile*⁵⁸ es un caso paradigmático con incidencia en la Administración pública. Ante la negativa de una empresa jurídica de derecho público de entregar información sobre un proyecto de deforestación, la Corte IDH establece que la publicidad y la transparencia en la gestión pública son principios clave de la actuación del Estado, que son necesarios para el ejercicio del control democrático de la función pública y, por ende, contribuyen a promover la participación en la gestión pública. Importante: estos deberes de los Estados se enmarcan en el

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, establecido en el artículo 13 de la CADH. La libertad de expresar es también la libertad de buscar, recibir y difundir información, sin que deban demostrar interés directo para ello. Esta mirada es compartida por el acervo interamericano: la Resolución 3 de 2006 y la Carta Democrática Interamericana (arts. 4 y 6). Asimismo, recordemos que el Acuerdo de Escazú y la Declaración de Gobierno Abierto resaltan, en igual medida, el derecho de acceso a la información y el deber de los Gobiernos de promoverlo.

En la opinión consultiva⁵⁹ solicitada por Colombia, referida a la forma como se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medioambiente marino en la Región del Gran Caribe, la Corte IDH, repasando los artículos 13 y 23.1 de la CADH, señaló el carácter instrumental del acceso a la información, en este caso, para el derecho a la salud, la vida o la integridad personal. Recordó que la participación ciudadana o pública también tiene este carácter instrumental. Además, mostró la riqueza de instrumentos que se centran en la participación en asuntos ambientales y en decisiones relacionadas con el desarrollo sostenible,⁶⁰ así como la relevancia que adquiere este derecho cuando se trata de pueblos indígenas.⁶¹ Señaló que la participación debe darse desde las primeras fases de los procesos de toma de decisión, esto es, en

⁵⁹ Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

⁶⁰ Se destacan las declaraciones de Río, Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza. Esta última señala la participación de las personas en el proceso de preparación de decisiones que atañen al medioambiente.

⁶¹ El caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* es clave en este sentido. En este la Corte IDH ordena establecer canales de información para explicar los impactos sociales y ambientales del proyecto, y hace especial énfasis en el derecho de consulta previa. Véase Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.

lenguaje de mejora regulatoria, desde las primeras fases del ciclo de política pública.

IV. DESAFÍOS Y CONTRIBUCIONES DEL ICCAL PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD NORMATIVA EN LATINOAMÉRICA

Lo anterior permite observar el importante desarrollo en torno al derecho a la participación, acceso a la información y transparencia que contiene el SIDH. En concreto, en áreas específicas como la ambiental, podría afirmarse que la regulación social en este sector administrativo cuenta con estándares muy completos y definidos, lo cual llama la atención si se contrasta con los déficits de participación reconocidos incluso por los propios Estados.⁶² Esto lleva a preguntarnos acerca de los desafíos y dificultades en la implementación de estándares de calidad normativa en los países de Latinoamérica en diversos sectores de la Administración pública.

Lo primero que podemos hacer es reconocer las debilidades en términos de calidad normativa. Esto no quiere decir que se desconozcan las mejoras realizadas, pero todavía falta un esfuerzo mayor por lograr una aplicación amplia de los estándares, no solo en el sentido que sugiere la OCDE, sino en el de la garantía de la participación como un derecho fundamental. Se observan mejoras, por ejemplo, en la inclusión del principio de participación ciudadana en los sistemas jurídicos nacionales y en las normas administrativas. En Chile, la Ley 20.500 de 2011, en sus artículos 69 y 70, establece la obligación de reconocer el derecho de participar en planes, políticas, programas y acciones, e impone a los órganos de la Administración el deber de establecer modalidades específicas de participación. En Colombia, la ley de procedimiento administrativo, Ley 1437 de 2011, establece la participación como un principio para las autoridades administrativas y el Decreto 270 de 2017 regula la publicidad y promoción

⁶² En una sentencia reciente de la Corte Constitucional colombiana (SU/095-2018) se presentaron las debilidades de los mecanismos actuales de participación ciudadana ambiental y se ordenó al poder legislativo la creación de un nuevo mecanismo de participación. Véase Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-095, de 11 de octubre de 2018.

de la participación en los proyectos de regulación. Pero si bien se destacan avances, los problemas de los Gobiernos y administraciones públicas subsisten. Vale recordar la crisis reciente que generó la propuesta de reforma tributaria en Colombia, no necesariamente por el contenido de esta, sino por la falta de consulta con los grupos y ciudadanos afectados.⁶³

Adicionalmente, cuando se desciende del nivel de principios y se mira la práctica administrativa, se advierten algunos déficits; entre ellos, los reconocidos por la OCDE y que enunciamos en la primera parte. Además, precisamente a partir del contraste entre las recomendaciones de la OCDE y los estándares interamericanos a los que se hizo referencia, puede decirse que hay una disonancia entre ambos. A la luz del SIDH, la participación no debe entenderse agotada en la obtención de evidencia, sino en la efectiva satisfacción de un derecho fundamental; un derecho que es fin en sí mismo y también un medio para satisfacer otros derechos. Pero este enfoque de derechos no aparece explícito en las recomendaciones de la OCDE. Acá, por tanto, aparece un primer desafío: aplicar los principios de la mejora regulatoria con perspectiva de derechos fundamentales. Esta perspectiva, irrigada por todo el acervo interamericano descrito, puede incorporarse en herramientas como la EIR y, por esto, debe trabajarse en evitar que este instrumento se convierta en un procedimiento burocrático y permita hacer una EIR integral, que evalúe aspectos sociales y de derechos fundamentales.

Un segundo desafío tiene que ver con la articulación entre la política regulatoria, el SIDH y los poderes judiciales del nivel nacional. Por articulación me refiero al fortalecimiento de la gobernanza regulatoria, en donde las decisiones judiciales se integren a la política regulatoria; no solo para la revisión legal de las regulaciones en casos concretos, sino como herramienta de evaluación

⁶³ Así, por ejemplo, la CIDH señaló en sus recomendaciones generales a Colombia promover un diálogo genuino con todos los sectores, así como “fortalecer la garantía y protección de los DESCAs [...] con un enfoque de igualdad y no discriminación, participación ciudadana y rendición de cuentas”. CIDH, Observaciones y recomendaciones de la visita de trabajo de la CIDH a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021, p. 41.

*ex post*⁶⁴ e incluso como parte del inicio de la agenda regulatoria. Esto último teniendo en cuenta que, en algunas ocasiones, los jueces imponen a los Estados la obligación de regular. Un claro ejemplo se observa en el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*,⁶⁵ en donde se indicó que todos los Estados tienen la obligación de regular los aspectos específicos que garanticen el cuidado de la salud y la integridad de las personas que están expuestas a actividades peligrosas,⁶⁶ así como fiscalizar y supervisar este tipo de actividades, incluso si son realizadas por entidades de naturaleza privada. En este sentido, le ordenó al Estado avanzar en la aprobación de un proyecto de ley para regular la fabricación y el comercio de la pirotecnia; realizar supervisión de las medidas de cuidado y seguridad de las fábricas de fuegos artificiales, y crear una política de desarrollo socioeconómico para promover que las personas que trabajaban en las fábricas de fuegos artificiales pudieran trasladarse a otros mercados laborales.

Similarmente, en *Hernández vs. Argentina*,⁶⁷ la Corte IDH identificó la falta de capacidades de la unidad carcelaria para atender a las necesidades médicas de un recluso, por lo que, entre otras cosas, ordenó garantizar la atención médica, recordó el deber de regulación permanente de “la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad”.⁶⁸ Ordenó crear una política para garantizar la capaci-

⁶⁴ No se hacen evaluaciones *ex post* para determinar la efectividad de las regulaciones.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C, núm. 407, párr. 119.

⁶⁶ La Corte IDH asumió el conocimiento de un caso en el que fallecieron 60 personas como consecuencia de la explosión de una fábrica de fuegos artificiales, en el cual se constató que, pese a que las autoridades administrativas conocían que en la ciudad existía comercio de fuegos artificiales, nunca se tomaron las medidas necesarias para garantizar que en los hospitales locales hubiera servicio de atención médica que permitieran atender estas emergencias.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Hernández vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 395.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 77.

tación de todos los funcionarios penitenciarios, en relación con la identificación, prevención y reacción ante las enfermedades frecuentes en los reclusos. De este modo, más que observar con ojos críticos el papel de las cortes, por ejemplo, por considerar que afecta la planeación regulatoria, debería integrarse de manera consciente en la política de mejora regulatoria, ya que ello contribuye a que la función regulatoria asegure el cumplimiento de los derechos fundamentales.

A los desafíos anteriores, que en principio parecen difíciles de enfrentar, el ICCAL puede aportar guías interesantes. En primer lugar, porque la función regulatoria, al ser función pública, se nutre por todo el SIDH, y este marco contribuye a que los reguladores mejoren su comprensión sobre los estándares de calidad normativa. Tal y como lo ha hecho este escrito, se ha mostrado que existen decisiones que aclaran, detallan y fijan el alcance de dichos estándares. Sobre el principio de participación, por ejemplo, hemos visto cómo existe una relación entre participación e igualdad y no discriminación, relación que debería garantizarse cuando se realizan procesos de consulta pública

Igualmente, el SIDH puede ayudar a configurar las EIR para que incorporen los derechos fundamentales. Así como vimos que se presenta en la Comisión Europea, el SIDH puede ayudar a construir mediciones de impacto más integrales. Del mismo modo, el ICCAL también puede enriquecer los análisis cualitativos de las medidas regulatorias. En cierta forma puede hacerlo más en el ámbito de la regulación social, pero también en el análisis de impactos sociales y de derechos humanos de la regulación económica. Finalmente —y aunque no fue tema central de este capítulo, pero que vale la pena profundizar en futuros trabajos—, el ICCAL puede contribuir a extender la comprensión sobre la cooperación regulatoria internacional, integrando en el contexto latinoamericano regulatorio no solo el sistema de cooperación económico que rodea a la región, sino a todo sistema internacional de los derechos humanos. En una frase, la cooperación regulatoria internacional no solo debe mirar los impactos económicos globales de las regulaciones nacionales o internacionales, sino también los impactos sociales y de derechos humanos.

V. CONCLUSIONES

Este capítulo ha buscado contribuir al análisis de los estándares de calidad normativa, en especial los de participación, acceso a la información y transparencia, poniendo en diálogo la comprensión que sobre los mismos tiene la OCDE y el SIDH; esto con el fin de mostrar cómo estos estándares resultan enriquecidos por el SIDH, así como dejar planteadas algunas contribuciones que puede realizar el ICCAL. De esta manera, se puede hablar de una interamericanización de la calidad normativa, por cuanto las administraciones públicas cuentan con herramientas y principios para mejorar la calidad de sus regulaciones que van más allá de las planteadas por la OCDE.

He mostrado que los países de la región avanzan cada vez más en la incorporación de estos estándares, pero que, si se quiere asegurar que su cumplimiento contribuya al Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos, la perspectiva del ICCAL resulta necesaria. El ICCAL permite mejorar la aplicación de los estándares trayendo la perspectiva de los derechos fundamentales; perspectiva que no se advierte en los estándares de la OCDE. Así, dos conclusiones se extraen de este capítulo. Primero, que la interamericanización de la calidad normativa permite imaginar políticas regulatorias que garanticen los derechos humanos. Segundo, que esto solo es posible si las políticas de mejora regulatoria promovidas por la OCDE entran en diálogo con el SIDH. Este capítulo ha pretendido contribuir a dicho diálogo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Victòria y MARTÍ, José Luis, “The Birth of the Crowd-Law Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking”, *Analyse & Kritik*, vol. 40, núm. 2, 2018.
- ALVIAR GARCÍA, Helena y LAMPREA, Everaldo (eds.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2016.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Regulación, mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra, Thomson Reuters, 2010.

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015.
- BOULIN, Ignacio y CADENAS, Enrique, *Innovar el derecho administrativo: bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2018.
- BREYER, Stephen G. et al., *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 6a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006.
- BROWN, Ciara y SCOTT, Colin, “Regulation, Public Law, and Better Regulation”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011.
- DNP y OCDE, *Guía metodológica de análisis de impacto normativo*, 2015, [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo Empresarial/Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo+Empresarial/Guía+Metodológica+de+Análisis+de+Impacto+Normativo.pdf).
- GALLO APONTE, William Iván; LIMA LÓPEZ, Vivian Cristina y FÁCIO, Rafaella, “La utilización de inteligencia artificial en la actividad regulatoria: una propuesta en favor del desarrollo nacional sostenible”, *Veredas do Direito*, vol. 17, núm. 39, 2020.
- GALLO APONTE, William Iván y PINILLA RODRÍGUEZ, Diego Enrique, “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. Un análisis comparado”, *Direito Público*, vol. 17, núm. 93, 2020.
- KLEIN GUSSOLI, Felipe, “Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos”, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, núm. 2, 2019.
- KOOP, Christel y LODGE, Martin, “What is regulation? An interdisciplinary concept analysis”, *Regulation & Governance*, vol. 11, núm. 1, julio de 2017.
- KOSTI, Nir et al., “Legislation and regulation: Three Analytical Distinctions”, *Theory and Practice of Legislation*, vol. 7, núm. 3, septiembre de 2019.

- LATORRE, Indira, “La política de mejora regulatoria: oportunidades y desafíos para Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014.
- LEVI-FAUR, David y JORDANA, Jacint, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005.
- MALYSHEV, Nick y OCDE, *The Evolution of Regulatory Policy In OCDE Countries*, s. f., <https://www.OCDE.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>.
- MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report*, 2001, http://ec.europa.eu/smartregulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf
- MEUWESE, Anne y POPELIER, Patricia, “Legal Implications of Better Regulation: A Special Issue”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011.
- MORENO CASTILLO, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- MORENO, Luis Ferney y GALLO APONTE, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019.
- POPELIER, Patricia, “Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs”, *Legisprudence*, vol. 6, núm. 3, 2012.
- PROSSER, Tony, *The Regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- TONER, Helen “Impact Assessments and Fundamental Rights Protection in EU Law”, *European Law Review*, vol. 3, 2006.
- URUEÑA, René, “Global Water Governance and the Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia”, en DUBASH, Navroz y MORGAN, Bronwen (eds.), *The Rise of the Regulatory State of the South*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- VOERMANS, Wim, “Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?”, *Erasmus Law Rev*, vol. 2, núm. 1, 2009.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración de un derecho administrativo común en Latinoamérica. Principios y estándares desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Miguel Alejandro López Olvera**

SUMARIO: I. Introducción. II. La reserva de ley como principio de mejora regulatoria y límite entre la ley y la regulación. III. Estándares sobre mejora regulatoria desde el SIDH. IV. Debido proceso, participación ciudadana y libertad de pensamiento y expresión como estándares para garantizar la calidad de las regulaciones. V. Control judicial de las regulaciones. Control de convencionalidad. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo latinoamericano se ha construido y desarrollado bajo paradigmas tradicionales que se originaron en Europa después de la Revolución francesa. El hilo conductor bajo el cual actúan las administraciones públicas en América es básicamente el principio de legalidad, anclado a ideas, reglas y paradigmas que, en su gran mayoría, ya no son compatibles con

* Investigador Titular “B” de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

los derechos humanos, especialmente con el *corpus iuris* internacional.¹

En su momento, resultó loable la idea de someter a la Administración pública a la letra de la ley, en el entendido de que “la ley es la expresión de la voluntad general”. Sin embargo, con el avance del reconocimiento de los derechos humanos, primero como concepto jurídico y luego con la incorporación de más y más derechos humanos a los sistemas jurídicos, hoy resulta trascendente analizar la posibilidad de la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* o derecho común latinoamericano en materia administrativa desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).²

Pensamos que, precisamente, uno de los paradigmas que puede ayudar a conseguir ese fin es la delimitación del principio de reserva de ley que ha sido reconocido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Como sabemos, el constitucionalismo latinoamericano reconoce la facultad reglamentaria de los presidentes de la República, cuya finalidad originaria era compartir la función legislativa del Estado, pero, con el paso del tiempo, especialmente con la llegada del llamado Estado neoliberal, esa facultad reglamentaria, hoy llamada regulatoria, se extendió a los otros poderes estatales (legislativo y judicial) y, en general, a todos los órganos y organismos pertenecientes al poder ejecutivo, así como a todos los órganos estatales, incluso a los particulares.

¹ Jorge Rivero Evia explica que el concepto “*corpus iuris* internacional” es “el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) susceptibles de ser interpretados y aplicados para dar coherencia y armonía al contenido de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional. Véase Rivero Evia, Jorge, “*Corpus iuris* internacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, IJ-UNAM-PJF, 2014, t. I, p. 258.

² Véase Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, IJ-UNAM-MPIL, 2014, pp. 3-23.

La llamada “política regulatoria”, que ahora se desarrolla a partir de la “gobernanza regulatoria”,

Implica métodos para que un gobierno, de cualquier orden territorial, identifique un problema de política pública y analice las alternativas, tanto regulatorias como no regulatorias, que tiene para atenderlo. Si se opta por la opción regulatoria se requieren también procesos sistematizados para el desarrollo de una norma o la adaptación de una regulación existente. Posteriormente, una gobernanza regulatoria efectiva debe asegurar que las reglas sean observadas y se les dé cumplimiento. Para cerrar el ciclo, una buena gobernanza regulatoria requiere evaluar las normas para asegurarse de que cumplen con los objetivos para los que fueron creadas o, en caso contrario, hacer las reformas pertinentes.³

Es decir que, en la actualidad, los congresos ya no desarrollan y pormenorizan la totalidad de una determinada materia establecida en la Constitución, sino que expiden leyes que crean instituciones y órganos, y les asignan competencias regulatorias para que sean estas últimas las que den contenido a esa determinada materia, situación que pone en tensión la tutela de los derechos humanos.

En el presente trabajo subrayamos esta problemática latinoamericana, que puede ser resuelta bajo el estándar del principio de la reserva de ley y de la gobernanza regulatoria a través de los criterios derivados tanto del SIDH como de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), así como de los tratados de libre comercio.

En el primer apartado destacamos la creación y la importancia del principio de reserva de ley convencional desde el SIDH, a través de la opinión consultiva (OC) 6/86, denominada “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. También señalamos las obligaciones convencionales a cargo de los congresos, así como de las administraciones públicas en materia regulatoria, a partir de los estándares interamericanos y desde la OCDE, así como de los tratados de libre comercio.

³ Véase OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: guía práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos*, México, OCDE, 2016, p. 18.

En el segundo apartado analizamos los estándares sobre mejora regulatoria que se han desarrollado, principalmente por la OCDE, pero que también promueven los modernos tratados de libre comercio, así como las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención).

También enfatizamos los problemas que existen en los países latinoamericanos respecto de las amplias facultades regulatorias que en la actualidad tienen las administraciones públicas. Asimismo, analizamos el ciclo de la gobernanza regulatoria para que se expidan regulaciones acordes con los derechos humanos.

En el tercer apartado exponemos tres derechos humanos que se reconocen en la Convención y que, según la jurisprudencia de la Corte IDH son también de aplicación a los procedimientos legislativos y administrativos, incluidos los procedimientos de expedición de regulaciones por parte de las administraciones públicas.

En el cuarto apartado estudiamos los mecanismos de control existentes para verificar la compatibilidad de las regulaciones que expiden las administraciones públicas en Latinoamérica con las disposiciones y la jurisprudencia del SIDH.

Y, finalmente, cerramos con algunas conclusiones derivadas de las reflexiones hechas en el presente trabajo.

Consideramos que bajo estos estándares desarrollados tanto por la OCDE como por la Corte IDH, sí es posible pensar en la creación de un derecho común latinoamericano en materia administrativa.

II. LA RESERVA DE LEY COMO PRINCIPIO DE MEJORA REGULATORIA Y LÍMITE ENTRE LA LEY Y LA REGULACIÓN

2.1. Principio de reserva de ley convencional

En los sistemas jurídicos latinoamericanos se ha desarrollado el principio de reserva de ley como un límite tanto a la potestad regulatoria de los órganos estatales que tienen esta competencia

como a la facultad que tienen los congresos para expedir las leyes ordinarias.

Por el principio de reserva legal, explica Gladys Camacho Cepeda, se delimita constitucionalmente un campo exclusivo de regulación normativa que está confiado al poder legislativo.⁴

El principio de reserva de ley, que encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe que en el reglamento se aborden materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso,⁵ como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación, la determinación de los elementos de los tributos,⁶ entre muchas otras.

Además de las precisiones anteriores, podemos destacar que, debido a la incorporación de la denominada “política de la desregulación” en los países latinoamericanos, lo que ha significado que los congresos hayan abierto la puerta para que las administraciones públicas de todos los poderes y órganos estatales, pero también incluso a particulares cuando prestan servicios públicos o cuentan con una autorización del Estado, puedan desarrollar y pormenorizar las disposiciones de una ley en sentido formal y material, tanto la doctrina como la jurisprudencia de cada país han impuesto una nueva dinámica del principio de reserva de ley, dividiéndolo en reserva de ley absoluta y reserva de ley relativa

La reserva de ley absoluta se refiere al límite que aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada

⁴ Camacho Cepeda, Gladys, “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado”, en Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), *Derecho administrativo chileno*, México, Porrúa, 2007, p. 167.

⁵ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 122/2007, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 122. Véase Rebollo Puig, Manuel, “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, p. 87.

⁶ Tesis 2a./J. 29/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 70. En el mismo sentido, *Diario Oficial de la Federación* de 3 de junio de 2002, p. 150.

en forma exclusiva a la ley formal y material, es decir, a la norma expedida por el poder legislativo, ya sea nacional, federal o local.⁷

La reserva de ley relativa permite que otras normas regulen parte de una materia contenida en el texto de la Constitución, a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deben ajustarse.

En ese sentido, los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención, en diferentes artículos mencionan el concepto “ley”, sin precisar si este se refiere a normas generales emanadas de los congresos o normas emanadas de cualquier órgano estatal.

Ante esta ambigüedad, la República del Uruguay le hizo una consulta a la Corte IDH respecto del significado de la palabra “leyes” utilizada en el artículo 30 de la Convención. En concreto, le preguntó:

Cabe preguntarse acerca de la expresión leyes utilizada (en el artículo 30 de la Convención), en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal —norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución—, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico (párr. 2).

Ante ello, la Corte IDH, opinó “[...] que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.

Es relevante lo resuelto por la Corte IDH, en el sentido de que la expresión “ley” o “leyes” utilizada en la Convención hace referencia al principio de reserva de ley, de acuerdo con el cual —precisa la Corte IDH— “los derechos fundamentales solo pue-

⁷ Tesis aislada 2a. CXXXIII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XXIII, enero de 2006, p. 1301.

den ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación”.⁸

La ley en el Estado democrático —sigue la Corte IDH— “no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad”.

Lo anterior significa que, tratándose de derechos humanos de fuente internacional, su desarrollo debe realizarse única y exclusivamente por una ley en sentido formal y material, lo que se traduce en una reserva de ley absoluta.

La Convención y la jurisprudencia interamericana reconocen derechos humanos que necesariamente impactan en el derecho administrativo de cada Estado, lo cual obliga a los congresos a desarrollarlos, limitarlos, restringirlos y/o garantizarlos por medio de disposiciones legislativas, tal como lo señala el artículo 2 de la Convención: “El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.⁹

Es por ello que la reserva de ley, como principio y límite a la función legislativa estatal, impone un mandato a los Estados para que solo por ley en sentido formal y material se respeten, se garanticen, se protejan, se limiten y se restrinjan los derechos humanos, y solo excepcionalmente¹⁰ exista “la posibilidad de delegaciones legislativas [...],¹¹ siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites im-

⁸ Corte IDH. OC-6/86. La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6, párr. 32.

⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 180.

¹⁰ Casarín León, Manlio Fabio, “Reglamento”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *op. cit.*, t. II, p. 1120.

¹¹ Véase García de Enterría, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970.

puestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.¹²

2.2. Obligaciones a cargo de los congresos. Estándares interamericanos

La Convención establece dos obligaciones esenciales a cargo de los Estados.¹³

Respecto de la primera, la Corte IDH ha señalado, en diferentes sentencias, que el artículo 1 de la Convención impone la obligación de “respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención”.¹⁴

Y respecto de la segunda obligación, ha dicho que “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁵

En particular, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller señalan que “la Corte IDH ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias”.¹⁶

¹² Corte IDH. OC-6/86..., *cit.*, párr. 36.

¹³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017.

¹⁴ Véase Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrs. 164 y 165.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 166.

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 1”, en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Querétaro, Fundación Konrad Adenauer-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, p. 45.

Asimismo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que los Estados que suscriban un tratado internacional deben cumplir de buena fe sus obligaciones y no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales.¹⁷

Surgen, así, dos obligaciones directas para los congresos de los Estados parte para lograr la efectividad de los derechos y libertades previstos en la Convención: la primera, que expidan las leyes correspondientes con el objeto de desarrollar un determinado derecho humano reconocido en la Convención; la segunda, adecuar (reformular, derogar o abrogar) el texto de las leyes ya existentes a las disposiciones de la Convención.¹⁸

Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del derecho internacional de los derechos humanos con la normatividad interna —explican Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller— es la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y las libertades previstos en los tratados internacionales.¹⁹

Como sabemos, el derecho administrativo tiene su corolario en el principio de legalidad, cuyo contenido, ampliamente difundido y aplicado, predica que “la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores”.²⁰

Es decir que la “ley”, como “expresión de la voluntad general”, se convirtió, desde su aparición hasta su expansión y consa-

¹⁷ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, párr. 77.

¹⁸ Véase Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014, pp. 131-141.

¹⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 1”, *cit.*, p. 76.

²⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17a. ed., Bogotá, Temis, 2011, p. 304.

gración, en el elemento central de desarrollo del derecho administrativo latinoamericano: “el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permite la ley”.²¹

En ese sentido, las leyes de los países latinoamericanos, si bien ya regulan y garantizan algunos de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, no se han armonizado para incorporar todos y cada uno de los derechos humanos contenidos en la Convención y en otros tratados,²² especialmente aquellas normativas que establecen procedimientos y competencias para la expedición de regulaciones.

También es importante incluir los debidos controles en las leyes que permiten la expedición de regulaciones a particulares, tanto administrativos como jurisdiccionales, para que además respeten los derechos procesales y materiales.

2.3. Obligaciones de las administraciones públicas en materia regulatoria. Estándares interamericanos

Siguiendo con las ideas anteriores, podemos decir que, efectivamente, las administraciones públicas están sujetas al imperio de la ley, pero a la ley que es acorde con los derechos humanos.

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado 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

²¹ *Idem.*

²² La expresión otros tratados abarca “cualquier tratado internacional aplicable a los Estados americanos”. Véase Corte IDH. OC-1/82. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1.

a aquel, 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.²³

Lo anterior significa que las administraciones públicas, en la expedición de sus regulaciones, deben respetar los derechos humanos de fuente internacional, entre los que podemos identificar el debido proceso, la participación, la libertad de pensamiento y expresión, entre otros.

Pero también los particulares que tienen autorizaciones u obligaciones legales para expedir regulaciones internas deben respetar los derechos humanos de fuente internacional, ya que el Estado puede incurrir en responsabilidad por la falta de vigilancia en el respeto a los derechos humanos.²⁴

Si la ley que establece competencias y procedimientos para la expedición de regulaciones no reconoce los derechos humanos anteriores, “La Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención les compete a todos los órganos del Estado incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.²⁵

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH señaló que “cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, 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”.²⁶

²³ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

²⁴ López Olvera, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración pública*, México, Novum, 2014.

²⁵ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276.

²⁶ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, cit.

Un punto importante a destacar es que la doctrina tradicional todavía habla de “reglamentos” y no de “regulaciones”, situación que muestra la necesidad de construir un nuevo lenguaje desde los derechos humanos, así como una teoría que ayude a establecer límites entre las obligaciones de los congresos y las facultades de las administraciones públicas y de los particulares para desarrollar y pormenorizar las disposiciones de la ley.

Gary Banks, presidente del Comité de Política Regulatoria de la OCDE, destaca que “Una buena regulación es fundamental para que nuestras economías funcionen de manera eficiente y cumplan importantes objetivos sociales y medioambientales”.²⁷

Pero no solo el contenido de la regulación debe respetar los derechos humanos tutelados; también el procedimiento de expedición de la regulación debe respetarlos, ya que una regulación puede ser violatoria de derechos humanos tanto en su contenido material como en la forma en la que se expidió.

Por un lado, y principalmente, la Corte IDH destaca que “en el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”,²⁸ el cual “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”.²⁹

Por otro lado, la OCDE, que es el organismo internacional que promueve la política de la gobernanza regulatoria integral, señala que esa política debe cumplir con su finalidad de generar regulaciones que impacten positivamente en la economía y en la sociedad.³⁰

²⁷ Banks AO, Gary, “Palabras del presidente del Comité de Política Regulatoria de la OCDE”, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, OCDE, 2012, p. 2.

²⁸ Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

²⁹ Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7, San José, Corte IDH, 2021, p. 10.

³⁰ Véase OCDE, *Guía para mejorar la calidad regulatoria de trámites estatales y municipales e impulsar la competitividad de México*, México, OCDE, 2012, p. 86.

También es importante destacar que desde el comercio internacional se promueve la calidad regulatoria a través de una mayor transparencia, análisis objetivo, rendición de cuentas y predictibilidad para facilitar el comercio internacional, la inversión y el crecimiento económico, así como reducir o eliminar requisitos regulatorios innecesariamente gravosos, duplicados o divergentes.³¹

III. ESTÁNDARES SOBRE MEJORA REGULATORIA DESDE EL SIDH

3.1. Problemática latinoamericana

Como sabemos, en toda la región, uno de los problemas más importantes es la abundante legislación y regulación que da vida a nuestros derechos administrativos. Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos otorgan amplias potestades regulatorias a una variedad de órganos estatales,³² diferentes a los congresos, sin que existan límites o mecanismos claros de control para la expedición de esas regulaciones.

Desde hace varias décadas las constituciones han ampliado la facultad reglamentaria a muchas autoridades, especialmente a las administrativas, pero también se ha otorgado esa facultad a los particulares, con el argumento de que la actividad administrativa es dinámica y requiere una adecuación rápida a la realidad, pero la verdad de la situación es que este dinamismo regulatorio ha dejado de lado el respeto de los derechos humanos. Cada vez hay más regulaciones en los sistemas jurídicos y cada vez hay más leyes con menos contenido de la materia que deben desarrollar.

En la actualidad, y desde hace algunas décadas, la labor de los congresos se ha trasladado a las administraciones públicas. Ahora son los funcionarios administrativos, e incluso los par-

³¹ Artículo 28.2, “Objeto y Disposiciones Generales”, del capítulo 28, Buenas Prácticas Regulatorias del TMEC.

³² Véase, por ejemplo, Santos de Aragão, Alexandre (coord.), *O poder normativo das agencias reguladoras*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

ticulares, los que legislan a través de los diferentes instrumentos regulatorios. Hay cinco problemas importantes que observamos: i) exceso de regulaciones; ii) déficit en la calidad de las regulaciones; iii) falta de controles en los procedimientos regulatorios; iv) violaciones a derechos humanos a través de las regulaciones, pero también, v) omisiones regulatorias.

En la mayoría de los países latinoamericanos se ha incorporado la política de la mejora regulatoria,³³ pero no con una finalidad de garantía de los derechos humanos, sino más bien con la idea de simplificar los procedimientos, incorporar las tecnologías de la información, evitar la corrupción, que los costos de los trámites sean menores y mayores sus beneficios, y es por ello que en este capítulo se tomarán como base ambas visiones, tanto la del SIDH como la de la OCDE.

La propia OCDE ha dicho que “el desarrollo de una política regulatoria orientada a la mejora permanente del ambiente normativo ha reemplazado conceptos previos como el de ‘desregulación’ [...]. De hecho, la reciente crisis financiera internacional dejó muy claro que la desregulación excesiva implica riesgos serios”.³⁴

Asimismo, Gladys Camacho Cepeda explica, desde el sistema jurídico chileno, que “con gran preponderancia, destaca la posibilidad de que el gobierno produzca, previa habilitación legal, normas con fuerza de ley con competencia para regular las materias reservadas por la Constitución a la norma legal”.³⁵

Demasiada intervención administrativa —señala Carla Huerta— “conlleva el riesgo de un desequilibrio entre los objetivos

³³ Véase Gallo Aponte, William Iván y Pinilla Rodríguez, Diego Enrique, “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho Público*, vol. 17, núm. 93, mayo-junio de 2020, pp. 215-239; Ferney Moreno, Luis y Gallo Aponte, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019, pp. 246-271.

³⁴ Véase OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios...*, cit., p. 19.

³⁵ Camacho Cepeda, Gladys, op. cit., p. 168.

perseguidos y los resultados probables de una intervención en nombre del interés general, así como de la limitación de la posibilidad de actuación de los particulares y del sacrificio de derechos que en principio deben poder ejercerse libremente”.³⁶

Sin embargo, tanto la Convención como los estándares desarrollados por la Corte IDH establecen un conjunto de principios que deben tomar en cuenta los Estados parte para desarrollar, limitar o garantizar los derechos humanos contenidos en la Convención, especialmente aquellos órganos que cuentan con competencias legislativas (congresos) o regulatorias, y que son los que dan vida a los derechos administrativos latinoamericanos, tanto nacionales como federales, locales y municipales.

En ese sentido, la Corte IDH llegó a la conclusión “de que la obligación general de respetar y garantizar los derechos tenía que *articularse con otros derechos*”.³⁷

La OCDE también ha establecido algunas directivas para que los Estados incorporen sus políticas de gobernanza regulatoria, pero complementada con el debido respeto y garantía de los derechos humanos, mediante los principios de la progresividad y de la interrelación.

3.2. La gobernanza regulatoria

3.2.1. Etapas

La denominada política de la gobernanza regulatoria consiste en una serie de principios e instrumentos cuya finalidad es promover la prosperidad económica, generar beneficios sociales y económicos, así como fortalecer la democracia y el Estado de derecho.

³⁶ Huerta, Carla, “Desregulación y mejora regulatoria: técnicas jurídicas contra las barreras administrativas a la economía”, en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015, p. 199.

³⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 1”, *cit.*, p. 50.

En ese sentido, la Asamblea General de la ONU, como actor principal del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, señaló en la Resolución sobre la “Promoción de un orden internacional democrático y equitativo”, que “la democracia no es solo un concepto político, sino que también tiene dimensiones económicas y sociales”, y que, además, “[...] la democracia, el respeto de todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, una gobernanza y una administración transparentes y responsables en todos los sectores de la sociedad y una participación efectiva de la sociedad civil forman parte esencial de los fundamentos necesarios para lograr un desarrollo sostenible centrado en la sociedad y en el ser humano”.³⁸

Es por ello que las políticas de la OCDE, las directrices de los tratados internacionales de comercio internacional y el *corpus iuris* internacional no se deben ver de manera aislada, sino de manera complementaria e interdependiente:³⁹ “la promoción y protección de los derechos humanos debe basarse en el principio de cooperación y diálogo genuino a fin de fortalecer la capacidad de los Estados [...] para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos en beneficio de todas las personas”.⁴⁰

Así, la política de mejora regulatoria integral debe atender las diferentes etapas del ciclo de gobernanza regulatoria, desde la concepción y el diseño de las normas hasta su evaluación *ex post*, pasando por todos los procesos involucrados en la implementación, cumplimiento e inspección.⁴¹

Las etapas del ciclo de la gobernanza regulatoria son: diseño, evaluación *ex ante*, cumplimiento, inspección y evaluación *ex post*, así como la participación de los actores sociales que son y pueden ser impactados por las regulaciones y los trámites que

³⁸ ONU, Resolución A/RES/68/175, Promoción de un orden internacional democrático y equitativo, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2013.

³⁹ Véase Mejía Rivera, Joaquín, *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, especialmente el cap. VII.

⁴⁰ ONU, Resolución A/RES/68/175, *cit.*

⁴¹ OCDE, *Guía para mejorar la calidad regulatoria...*, *cit.*, p. 100.

de las mismas se derivan. Nosotros agregamos el marco legal y la profesionalización.

En este apartado nos referiremos al caso mexicano, para vincular estas etapas con la realidad del ordenamiento jurídico nacional.

3.2.2. Marco legal que regule el procedimiento de expedición

El establecimiento en una ley en sentido formal y material del procedimiento bajo el cual se expedirán las regulaciones también es muy importante; además, con ello se garantizan los principios de reserva de ley y de legalidad.

La ley tendrá que regular todos y cada uno de los aspectos que señalamos en los siguientes apartados, así como garantizar los derechos humanos mencionados en el apartado IV, que son los derechos humanos al debido proceso, el de participación, y la libertad de expresión y pensamiento.

La reforma al artículo 25 de la Constitución mexicana, de 5 de febrero de 2017, incorporó la política de la mejora regulatoria y obligó al Congreso de la Unión a expedir la Ley General de Mejora Regulatoria, normativa que ya contempla algunas de las etapas del ciclo de la gobernanza regulatoria.

3.2.3. Diseño

En la etapa del diseño es importante tomar en consideración los aspectos recomendados por la OCDE, pero también los establecidos por los tratados comerciales, las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos, así como los instrumentos que señalan obligaciones en relación con la protección y cuidado del medioambiente.

Es muy importante, en esta etapa, poner en práctica el principio de la división de poderes, que sirve en esta materia para precisar con claridad la distribución de competencias

[...] de producción normativa entre el Legislativo y el Ejecutivo, el cual claramente se pronuncia por depositar en el primero las principales decisiones de política pública, reservando al segundo exclusivamente una facultad de ejecución y desarrollo, no de innovación o configuración normativa, lo que implica que solo cuando el legislador lo decida, respondiendo a los resultados del proceso democrático y en representación de la ciudadanía, pueden emitirse reglas que tengan sobre el ordenamiento jurídico el efecto configurador acordado por su jerarquía superior al resto de fuentes subordinadas, porque el proceso democrático deliberativo es el foro apropiado y apto para resolver sobre la suerte de los bienes de las personas.⁴²

Es decir que la regulación no puede más que ejecutar y desarrollar la ley, sin la cual no podría existir.

La OCDE también recomienda “Adoptar un enfoque integral, el cual considere como un todo las políticas, instituciones y herramientas, en todos los órdenes de gobierno y entre sectores, e incluya el papel de la legislatura para asegurar la calidad de las leyes”.⁴³

3.2.4. Profesionalización

Es importante la creación de instancias u órganos encargados de llevar a cabo la tarea de la profesionalización, no solo como mecanismos de control externo, sino también como mecanismos de control interno, previo a la expedición de las regulaciones, es decir, instancias que se encarguen de seleccionar a los mejores funcionarios del país para que desarrollen la función regulatoria. Esos funcionarios, encargados de desarrollar y ejecutar las diferentes etapas del ciclo regulatorio, deberán cumplir con los requisitos, las cualidades y los criterios de la profesionalización, para lo cual se deberá implementar un servicio profesional de carrera en materia regulatoria.

⁴² Tesis de jurisprudencia P./J. 47/2015 (10a.), Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 26, enero de 2016, t. I, p. 444.

⁴³ OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, cit., p. 6.

Para cumplir con esta obligación, se pueden aplicar los criterios y directivas de la Convención y de la Corte IDH, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Comité de Derechos Humanos, pero también los señalados por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Las instancias y normas antes mencionadas señalan que

Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. Si el acceso a la Administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden.⁴⁴

Regularmente, los funcionarios encargados de realizar la labor de la elaboración, revisión, aprobación y expedición de las regulaciones son trabajadores de confianza, es decir, de nombramiento y remoción directos, o al menos así está establecido en México, con lo cual se les resta independencia y autonomía. Por ello es que se deben seleccionar a partir de los criterios mencionados.

3.2.5. Evaluación *ex ante*

La OCDE recomienda adoptar prácticas de evaluación de impacto *ex ante*, así como incluir un análisis de impacto regulatorio, sin dejar de lado los efectos económicos, sociales y medioambientales, así como identificar las necesidades respecto de la protección de los derechos de los ciudadanos que justifiquen el uso de la regulación.

En ese sentido, es importante realizar el control de convencionalidad en cada proyecto de regulación que se pretenda ex-

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general 25.

pedir.⁴⁵ La Ley de Mejora Regulatoria de México sí establece la obligación de presentar ante la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria el análisis de impacto regulatorio.

Y la Ley también señala la obligación de tutela de los derechos humanos en la expedición de las regulaciones, así como el respeto a los principios de legalidad, subordinación a la ley y reserva de ley.

3.2.6. *Cumplimiento*

Una vez que la regulación pasó por todo el procedimiento para su expedición, que se cumplieron todas las etapas y que se verificó el cumplimiento de los derechos humanos, se debe publicar en el medio de difusión oficial y señalarse una fecha precisa de entrada en vigor.

A partir de la entrada en vigor, la regulación debe ser monitoreada por las diferentes autoridades encargadas del ciclo regulatorio, para identificar si existen demandas ante los tribunales que cuestionan la regulación como violatoria de derechos humanos, para vigilar los niveles de aceptación y de cumplimiento por parte de los destinatarios.

Todos estos datos que se recaban respecto del cumplimiento de la regulación son indispensables para poder hacer adecuaciones a la regulación. La autoridad también deberá monitorear a los particulares que expiden regulaciones, ya que son estas regulaciones las que tienen un nivel mayor de incompatibilidades con los derechos humanos.

3.2.7. *Inspección*

Una revisión constante y permanente del acervo regulatorio es muy importante. Tanto las autoridades competentes en la vigi-

⁴⁵ Véase Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

lancia en el ciclo regulatorio como las encargadas de la expedición y aplicación de cada regulación deben hacer una revisión cada determinado tiempo de la compatibilidad o no con los estándares derivados del *corpus iuris* internacional:

Si bien es deseable que la revisión abarque toda la regulación que conforma el acervo, con frecuencia los gobiernos enfrentan condiciones y limitantes que hacen necesario enfocar sus recursos y tiempo en aquellas que les sean de mayor interés y/o le ofrezcan un mayor impacto potencial.

Frente a un horizonte de recursos escasos, es aconsejable que los gobiernos maximicen el impacto de su esfuerzo buscando identificar las [regulaciones] cuya depuración o mejora traerían los mayores beneficios potenciales.⁴⁶

Esta obligación también debe extenderse a los particulares que tienen facultades o derechos para expedir regulaciones. Además, las oficinas o autoridades de mejora regulatoria deben ser competentes para inspeccionar las regulaciones expedidas por particulares.

3.2.8. Evaluación *ex post*

La evaluación *ex post* de regulaciones —señala la OCDE— “ayuda a evaluar las consecuencias y los resultados de las decisiones normativas. Las herramientas de evaluación *ex post* analizan la pertinencia, la eficacia y los efectos de las decisiones normativas, e identifican los resultados no deseados, las causas del fracaso y los elementos que contribuyen al éxito. Los resultados derivados de este instrumento de gestión constituyen una aportación de conocimientos para los tomadores de decisiones, al crear un circuito de retroalimentación que completa el ciclo de gobernanza regulatoria”.⁴⁷

Aunque también, desde la teoría sobre la socialización de las normas, Emma Consuelo Maza Calviño nos explica que la in-

⁴⁶ Véase OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios...*, cit., p. 104.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 43.

fluencia de la regulación internacional puede entenderse como un proceso en tres etapas, y que estas tienen un ciclo de vida en el que el cambio producido por las mismas en cada etapa está caracterizado por diferentes actores, motivos y mecanismos de influencia.⁴⁸

Este conjunto de estándares que surgen de los organismos internacionales, sin duda, permitirán hacer una construcción doctrinal encaminada a la interamericanización de un derecho administrativo sólido, armónico, coherente y garante de los derechos humanos reconocidos en el SIDH.

IV. DEBIDO PROCESO, PARTICIPACIÓN CIUDADANA
Y LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN
COMO ESTÁNDARES PARA GARANTIZAR
LA GOBERNANZA REGULATORIA

4.1. Problemática

En Latinoamérica, el procedimiento para la expedición de regulaciones no está establecido en leyes, pues en las constituciones y en las leyes solo se señalan las facultades de diferentes órganos que pertenecen a los poderes tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial) o a órganos constitucionales autónomos para expedir esas regulaciones. En lo que se ha avanzado en Latinoamérica es en la expedición de leyes de procedimiento administrativo, es decir, en las leyes que señalan los requisitos, las etapas, los pla-

⁴⁸ “La primera etapa del proceso es el ‘surgimiento de la norma’ (*norm emergence*), que se da cuando existe una convicción de que necesita cambiar algo. En esta etapa, los Estados adoptan una norma por razones políticas internas y si un suficiente número la pone en práctica alcanzará un umbral o ‘punto extremo’ (*tipping point*), para pasar a la etapa dos. En esta, los Estados adoptan la norma en respuesta a la presión internacional, incluso si no existe una coalición interna que impulse su aprobación, porque lo hacen para mejorar su legitimidad hacia el interior. La rápida ratificación de un tratado por muchos países puede ser señal de una ‘cascada de normas’ (*norms cascade*) internacional. Con el tiempo, en una tercera etapa, esta norma se acepta internamente y se vuelve incuestionable”. Maza Calviño, Emma Consuelo, *Derechos humanos: México: retórica sin compromiso*, México, Flacso, 2009, p. 15.

zos, los medios de impugnación, etc., para la emisión de actos administrativos, pero no para la expedición de regulaciones.

En la mayoría de los países latinoamericanos no existen controles, ni internos ni externos, que permitan revisar, previo a la expedición de las regulaciones, su compatibilidad o incompatibilidad con el *corpus iuris* internacional.

En el caso de México, la Ley General de Mejora Regulatoria no establece un procedimiento para la expedición de regulaciones; cada poder y órgano estatal expide sus regulaciones con base en las facultades que les otorga la Constitución y las leyes específicas.

La Corte IDH, al interpretar los artículos 8 y 25 de la Convención, ha señalado que su aplicación también se debe extender a los procedimientos legislativos y administrativos, además de los jurisdiccionales.

Isaac Augusto Damsky explica que “para el derecho administrativo clásico cristalizado en las últimas décadas del siglo XX, como derivación de la forma de gobierno democrático representativa cerrada tradicional, el ejercicio de las funciones públicas estatales como lo es la función de control resultaba de resorte exclusivo y excluyente de los poderes del Estado, repeliendo la participación de los particulares y la sociedad civil”.⁴⁹

Pero con la incorporación de la Convención a los sistemas jurídicos internos, las cosas han cambiado: ahora se debe privilegiar la tutela de los derechos humanos, y especialmente en los procedimientos de expedición de regulaciones destacamos la aplicación de los derechos humanos al debido proceso, a la participación ciudadana y a la libertad de expresión y pensamiento.

4.2. El derecho humano al debido proceso

Para la Corte IDH, “El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales

⁴⁹ Damsky, Isaac Augusto, *Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019, p. 23

a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos”.⁵⁰

En el paradigmático caso *Baena Ricardo vs. Panamá*, la Corte IDH, señaló que

124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. [...].

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

Pero también en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte IDH extendió la protección del derecho humano al debido proceso, al precisar, que

118. El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.

119. De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 152.

propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

En ese sentido, en la expedición de las regulaciones, las autoridades correspondientes deben asegurar la aplicación del derecho humano al debido proceso, así como las respectivas garantías que derivan del artículo 8 de la Convención.

La garantía de audiencia, por ejemplo, que forma parte del núcleo central del debido proceso, se puede materializar a partir de diferentes mecanismos.

La audiencia al ciudadano implica, según Zulima Sánchez Sánchez, “desde el punto de vista del administrado una participación funcional en el procedimiento, y obliga a que las decisiones de la administración sean controladas no solo *a posteriori* sino que la toma de decisiones sea transparente, como así sucede con las decisiones del poder legislativo”.⁵¹

4.3. El derecho humano a la participación ciudadana

La participación de las personas ya se reconocía desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El artículo 6 señalaba que “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus representantes”.

Con el tiempo, el contenido de esa disposición se incluyó en los tratados internacionales, especialmente en los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que disponen que los ciudadanos gozarán del derecho a “Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

⁵¹ Sánchez Sánchez, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 189.

Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, al interpretar el artículo 25 del Pacto, señaló, que “La dirección de los asuntos públicos, [...] es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. Incluye el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo. Abarca todos los aspectos de la Administración pública y la formulación y aplicación de políticas internacionales, nacionales, regionales y locales”.

En el mismo sentido, la Corte IDH, al interpretar lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención, en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, señaló que “la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y practicas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio”.⁵²

La transparencia, el acceso a la información pública y la publicidad de las actuaciones de las administraciones públicas en los procedimientos de expedición de regulaciones son esenciales, ya que no se puede opinar, es decir, participar activamente y con calidad por parte de la ciudadanía, si no se tienen los fundamentos y las razones por las cuales la Administración pretende expedir una nueva regulación.⁵³

Siempre se debe poner a disposición del público todos los documentos de los expedientes regulatorios, incluidos los análisis de sustento, así como las razones de las decisiones regulatorias y los datos concernientes en donde consten las motivaciones y las razones.

⁵² Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 173.

⁵³ Bruno dos Santos, Marcelo; Fernández Lamela, Pablo M. y López Olvera, Miguel Alejandro, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto No. 1.172/03”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP*, núm. 315, 2004.

4.4. Libertad de pensamiento y expresión

Para que la participación de las personas sea efectiva en los procedimientos de expedición de regulaciones, es indispensable que se garantice la libertad de pensamiento y de expresión.

Este derecho humano está reconocido en el artículo 13 de la Convención, el cual “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Según la Corte IDH,

Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Con gran acierto, Zulima Sánchez Sánchez precisa: “Es evidente que poco se puede participar si no se está informado”.⁵⁴ La transparencia y el acceso a la información pública son dos derechos humanos que, a su vez, sirven de garantía a la libertad de pensamiento y expresión, así como a la participación de las personas.

Patricia Galeana opina que hay que generar una cultura de transparencia “[...] en la que gobierno y ciudadanía cobren conciencia de su utilidad. En materia política, el ejercicio del derecho a la información permite establecer a la democracia como

⁵⁴ Sánchez Sánchez, Zulima, *op. cit.*, p. 188.

forma de vida. Una ciudadanía informada es más participativa y puede defender mejor sus derechos. Una autoridad que cuenta con archivos organizados, está en posibilidad de tomar mejores decisiones”.⁵⁵

La libertad de pensamiento y de expresión, así como la democracia, forman parte de un conjunto de derechos que aportan los elementos más importantes para el proceso deliberativo respecto de los contenidos de las regulaciones que se someten a la opinión de la ciudadanía, ya que aseguran que las personas puedan expresarse libremente respecto de los contenidos de las regulaciones.

V. CONTROL JUDICIAL DE LAS REGULACIONES. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Todos los actos regulatorios de los poderes públicos, los órganos estatales y de cualquier autoridad, incluso de los particulares, deben ser controlados por autoridades independientes, autónomas e imparciales, tanto previo a su emisión como posteriormente en su ejecución, y deben estar sujetos a los controles políticos, jurídicos y jurisdiccionales estatales.

Los mecanismos de control también deben adecuarse a las obligaciones señaladas en la Convención, ya que, como explica Manlio Fabio Casarín León,

La creciente complejidad de las actividades estatales ha puesto de manifiesto problemas de constitucionalidad de actos normativos, que equivalen en su contenido a auténticos reglamentos expedidos por una pluralidad de órganos estatales, en su mayoría ubicados en el ámbito de la Administración pública (circulares, acuerdos, decretos, normas oficiales mexicanas, lineamientos, manuales de organización, criterios, reglas de carácter general, entre otros), donde se discute la competencia para expedirlos y el alcance de sus disposiciones en relación a la seguridad jurídica y derechos fundamen-

⁵⁵ Galeana, Patricia, “Información, archivos y democracia”, en Fox, Jonathan *et al.* (coords.), *Derecho a saber. Balance y perspectivas cívicas*, México, Fundar, 2007, p. 369.

tales de los destinatarios, así como a los principios de primacía y reserva de ley.⁵⁶

Al respecto, el artículo 25 de la Convención reconoce el derecho humano a la tutela judicial efectiva, el cual, según la Corte IDH, “contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes”.⁵⁷

Sin embargo, la doctrina pretoriana mayoritaria en Latinoamérica no permite el control jurisdiccional en el desarrollo de los procedimientos regulatorios; la regla es la posibilidad de impugnación posterior a su publicación en el medio de difusión oficial.

Luiz Guilherme Marinoni señala que “cuando se piensa en el derecho a la efectividad en sentido lato, [...] la tutela jurisdiccional debe ser oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva”.⁵⁸

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH:

- el control de convencionalidad es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo 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;
- El control de convencionalidad es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública, y

⁵⁶ Casarín León, Manlio Fabio, *op. cit.*, p. 1121.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam...*, *cit.*, párr. 116.

⁵⁸ Marinoni, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007, p. 220.

- 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.⁵⁹

Además, cuando una autoridad jurisdiccional —que puede ser nacional, federal o local, y dependiendo del modelo adoptado por cada país— conozca de casos sobre regulaciones presentados posterior a la publicación en el medio de difusión oficial, tiene que contar con amplias facultades para dictar medidas reparatorias o de no repetición, con la finalidad de expulsar del ordenamiento jurídico una regulación que sea violatoria de derechos humanos, tanto en el procedimiento para su expedición como también en cuanto a la materia que regula, así como con la posibilidad de poder obligar a la autoridad competente a incluir las garantías o derechos omitidos u ordenar la repetición del procedimiento de expedición.

En el caso de *los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH señaló que “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”.⁶⁰

Es decir que la tutela judicial efectiva debe contemplar mecanismos capaces de impedir una violación a los derechos humanos de las personas, por ejemplo, contemplar la competencia de los jueces para dictar medidas cautelares dentro de los procedimientos regulatorios, con el objeto de permitir que un proyecto de regulación potencialmente violatorio de derechos humanos sea suspendido, hasta en tanto no se determine que efectivamente sus disposiciones pueden causar daños a las personas o, por el contrario, que es compatible con el *corpus iuris* internacional.

⁵⁹ Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7, cit., p. 10

⁶⁰ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284, párr. 165.

VI. CONCLUSIONES

El análisis de los temas estudiados en el presente capítulo, además de aportarnos una visión general de las problemáticas que se presentan en la actualidad en los derechos administrativos latinoamericanos respecto de su regulación, nos lleva a formular las siguientes conclusiones.

Primera. Los Estados latinoamericanos deben establecer, atendiendo a los principios, las finalidades y los derechos humanos reconocidos en cada uno, una teoría sobre la reserva de ley que sea capaz de imponer límites claros y precisos respecto de la expedición de las leyes a cargo de los congresos, así como para las competencias regulatorias de cada autoridad estatal.

Segunda. Las reglas, los principios y los controles establecidos por la OCDE, los tratados de libre comercio, la Convención y la Corte IDH en materia de gobernanza regulatoria, son de aplicación por parte de todas las autoridades estatales, y los congresos tienen la obligación de expedir una ley que señale las etapas del ciclo regulatorio, el procedimiento de expedición, así como la tutela de los derechos humanos.

Tercera. Los procedimientos para la expedición de regulaciones, obligatoriamente, deben respetar los derechos humanos al debido proceso, a la participación ciudadana y a la libertad de pensamiento y expresión, para otorgarles legitimación democrática.

Cuarta. El control de convencionalidad no es exclusivo de los procesos jurisdiccionales, es una obligación a cargo de todas las autoridades estatales. Y tratándose de la expedición de regulaciones, deben existir controles sobre el respeto de los derechos humanos, tanto al interior de cada autoridad regulatoria como también mecanismos externos, previo a su expedición, pero también posterior a su publicación y en su ejecución.

BIBLIOGRAFÍA

BANKS AO, Gary, “Palabras del presidente del Comité de Política Regulatoria de la OCDE”, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, OCDE, 2012.

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, IIJ-UNAM-MPIL, 2014.
- BRUNO DOS SANTOS, Marcelo; FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto No. 1.172/03”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP*, núm. 315, 2004.
- CALDERÓN M., Hugo Haroldo, *Derecho administrativo guatemalteco*, México, UNAM-Porrúa, 2004.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys, “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado”, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Derecho administrativo chileno*, México, Porrúa, 2007.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, UNAM, 2017.
- CASARÍN LEÓN, Manlio Fabio, “Reglamento”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, IIJ-UNAM-PJF, 2014, t. II.
- Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7, San José, Corte IDH, 2021.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Navarra, Thomson, 2008.
- DAMSKY, Isaac Augusto, *Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho administrativo uruguayo*, México, UNAM-Porrúa, 2005.

- FERNEY MORENO, Luis y GALLO APONTE, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, “Artículo 1”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Querétaro, Fundación Konrad Adenauer-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017.
- GALEANA, Patricia, “Información, archivos y democracia”, en Fox, Jonathan *et al.* (coords.), *Derecho a saber. Balance y perspectivas cívicas*, México, Fundar, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970.
- HUERTA, Carla, “Desregulación y mejora regulatoria: técnicas jurídicas contra las barreras administrativas a la economía”, en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Tratado de la facultad reglamentaria*, México, Porrúa, 2007.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración pública*, México, Novum, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007.
- MAZA CALVIÑO, Emma Consuelo, *Derechos humanos: México: retórica sin compromiso*, México, Flacso, 2009.
- MEJÍA RIVERA, Joaquín, *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

- MORALES ANTONIAZZI, Mariela y CLÉRICO, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- MORELLO, Augusto M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: guía práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos*, México, OCDE, 2016.
- OCDE, *Guía para mejorar la calidad regulatoria de trámites estatales y municipales e impulsar la competitividad de México*, México, OCDE, 2012.
- OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, OCDE, 2012.
- RIVERO EVIA, Jorge, “*Corpus iuris internacional*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, IIJ-UNAM-PJF, 2014, t. I.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17a. ed., Bogotá, Temis, 2011.
- ROLDÁN XOPA, José, “Notas sobre constitución y reserva de ley”, *Lex. Difusión y análisis*, núm. 24, 1997.
- SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valladolid, Lex Nova, 2004.
- SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.), *O poder normativo das agencias reguladoras*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

SILVA GARCÍA, Fernando, “El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos: su evolución en el orden jurídico mexicano”, en CORZO SOSA, Edgar; CARMONA TINOCO, Jorge Ulises y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (coords.), *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Corte IDH-Tirant lo Blanch, 2013.

STRANGE, Tracey y BAYLEY, Anne, *Desarrollo sostenible. Integrar la economía, la sociedad y el medio ambiente*, México, OCDE-UNAM, 2013.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Gustavo Linares Benzo*

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho constitucional latinoamericano y el acceso a la contratación pública. III. Tratados, *soft law* y doctrina. IV. El derecho humano de acceso a la contratación pública en el SIDH. V. Los DESCA y el SIDH. VI. El acceso a la contratación pública como derecho humano consagrado en la Convención. VII. El estándar *RCTV* como estándar del acceso a la contratación pública en el SIDH. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Para el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), “la cuestión central [ha sido] el constitucionalismo transformador en América Latina. Se trata de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho”.¹ De allí que el acceso a la contratación pública, importante mecanismo para la redistribución de los ingre-

* Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela. Profesor agregado de Derecho Administrativo de la misma Universidad.

¹ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

sos públicos, deba entenderse como un derecho protegido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Ello exige a la Administración pública mecanismos transparentes y no discriminatorios de selección de contratistas. Fundamentar este principio es el hilo conductor de este capítulo.

La historia económica de Venezuela en el siglo xx y, en su mayor parte, también la de América Latina, revelan que el acelerado crecimiento de una clase media hasta entonces inexistente se debió en buena medida a la creación y al acceso relativamente general e indiscriminado de muchas plazas de funcionarios públicos. Esta fue una de las vías que los sucesivos Gobiernos emplearon para la redistribución de la renta petrolera y, en general, de las rentas públicas.

Ese carácter igualador y de redistribución es una de las razones de la necesidad de exigir el acceso a la función pública por motivos de mérito y en pie de igualdad, lo que se encuentra garantizado en la mayoría de las constituciones latinoamericanas. Puede hablarse de un derecho constitucional al acceso a la función pública

Sorprende entonces que la otra gran vía de acceso a la redistribución de los ingresos públicos (la contratación administrativa) no haya sido vista de igual manera, como un derecho constitucional que demanda la igualdad de todos a la condición de contratista del Estado, lo que exige, en consecuencia, que la Administración implemente mecanismos transparentes y no discriminatorios para la selección de contratistas, lo que sí es una realidad —al menos normativa— en las leyes sobre contrataciones públicas, pero no existe, o casi no existe, en la mayoría de las constituciones, como veremos.

El acceso a la contratación pública representa también una oportunidad para la garantía y la realización de los derechos humanos, asegurando una mayor legitimidad democrática.² Especí-

² Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017, pp. 138 y 139.

ficamente, “el principio de igualdad no se concibe como la mera prohibición de la discriminación. Requiere más bien el reconocimiento, así como la superación de las formas más grotescas de desigualdad social, y en consecuencia una cierta redistribución por parte de un Estado social”.³

Con base en lo anterior, este trabajo tiene por objetivo analizar cómo el acceso a la contratación pública, influenciada por el SIDH, es un derecho humano, contenido implícito de la igualdad ante la ley (arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —la Convención—).

El acceso a la contratación pública es garantía para alcanzar de manera efectiva la igualdad en el acceso a los fondos públicos (la otra cara de la moneda de la igualdad ante las cargas públicas), y así, lograr un impacto importante en la lucha contra la desigualdad en nuestros países. Una lectura integral de los elementos institucionales, jurisprudenciales y convencionales del SIDH permite identificar la existencia de un derecho humano de acceso a la contratación pública, el cual requiere un mayor desarrollo convencional y jurisprudencial. La tutela efectiva de un derecho humano al acceso a la contratación pública permitirá una nueva lectura de los regímenes de contratación pública de los Estados signatarios.

El acceso a la contratación pública, pues, como importante recurso para la redistribución de los ingresos públicos, debe entenderse como un derecho protegido por el SIDH, inclusive y específicamente mediante sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), lo que exige a la Administración pública, en consecuencia, mecanismos transparentes y no discriminatorios de selección de contratistas.

El principio de igualdad no se concibe como la mera prohibición de la discriminación. Requiere más bien el reconocimiento, así como la superación, de las formas más grotescas de desigualdad social y, en consecuencia, una cierta redistribución por parte de un Estado social.⁴

³ *Ibidem*, p. 152.

⁴ *Idem*.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO Y EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sin embargo, esta realidad potencialmente transformadora de la contratación pública no ha sido vista así ni por la normativa interamericana ni por las decisiones de los órganos del sistema. Ni siquiera el propio derecho constitucional interno de los países latinoamericanos establece claramente ese derecho, que se ha quedado en el nivel legislativo, e inclusive allí con tan poca efectividad que requiere revulsivos externos para desarrollar esa enorme potencia: uno de esos mecanismos de cambio puede ser el uso del SIDH para garantizar el acceso no discriminatorio, e incluso redistributivo, de la contratación del Estado.

Es útil entonces, antes de entrar en el análisis del propio SIDH, buscar una base para un derecho al acceso a la contratación pública: en primer lugar, en el texto de las constituciones nacionales, que sirva al menos de indicio en el posterior y fundamental examen al llamado bloque de convencionalidad,⁵ es decir, las normas y decisiones del SIDH.

Como muestra, la Constitución venezolana de 1999 contiene solo dos normas que se refieren expresamente a la contratación pública: los artículos 150 y 151. Se trata, sin embargo, de las centenarias normas sobre los contratos de interés público que pretenden proteger a la República de las contrataciones perjudiciales con potencias extranjeras, pero que en modo alguno se refieren a la contratación administrativa ordinaria, ni al acceso a ella en pie de igualdad de todos los ciudadanos.

En cambio, la Constitución Política de Brasil (1988) establece expresamente:

CAPITULO VII DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

XXI. Salvo los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenimiento de las condiciones efectivas de la propuesta,

⁵ Ayala Corao, Carlos M., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 114 y ss.

en los términos de la ley, lo cual solamente permitirá las exigencias de cualificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones.

De igual modo, la Constitución Política de México señala:

Artículo 134. [...] Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado (Párrafo reformado *DOF* 07-05-2008, 29-01-2016).

Y la de Ecuador:

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Como vemos, por lo menos tres constituyentes latinoamericanos son conscientes de la necesidad de establecer previsiones constitucionales sobre el acceso a la contratación pública, configurándola como un derecho subjetivo, al menos con toda claridad las constituciones mexicana y brasileña. La de Ecuador, si bien con un lenguaje dirigido más bien a la Administración, también da pie a construir un derecho tal.

Que al menos tres constituciones latinoamericanas establezcan un derecho constitucional al acceso a la contratación del Estado hace aún más necesario que el SIDH lo contemple también, incorporado como está el derecho convencional al bloque de la constitucionalidad en muchos de nuestros países.

III. TRATADOS, *SOFT LAW* Y DOCTRINA

Intentemos determinar si, a partir de tratados distintos a la Convención, sobre la que dedicaremos obviamente el grueso del trabajo, del llamado *soft law* y de la doctrina sobre la convencionalidad, se ha desarrollado un parámetro que permita identificar la necesidad de tutelar un derecho humano de acceso a la contratación pública.

El SIDH contempla una serie de convenciones que consagran la obligatoriedad de adoptar mecanismos de prevención y control sobre los procedimientos establecidos para la garantía de la transparencia, como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés). Estas han sido objeto de importantes desarrollos doctrinales,⁶ y su norma principal, que recoge un criterio general, es el artículo 9.1 de la UNCAC: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, en la competencia y en criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”.

Transparencia y competencia, como criterios, apuntan sin duda al acceso a la contratación pública. Sin embargo, un examen atento del articulado de estos tratados revela que se refieren principalmente al desarrollo y ejecución del contrato, para que en ellos no se violen derechos humanos típicos, como la discriminación de minorías o formas de opresión laborales.

De igual manera, la doctrina latinoamericana ha dedicado bastantes esfuerzos a analizar los vínculos entre derechos humanos y contratación pública.⁷ De este importante acervo pue-

⁶ Véase Morales Antoniazzi, Mariela, “Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos”, en Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 335-366; Piovesan, Flávia *et al.*, “La corrupción y los derechos humanos en Brasil”, en Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *op. cit.*, p. 83.

⁷ Klein Gussoli, Felipe, “Contratos, licitaciones y servicios públicos a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en el

de construirse una teoría de los contratos del Estado, pero, de nuevo, se aprecia la escasa referencia al acceso a la contratación, pues el núcleo del examen se centra en la ejecución contractual, en buena medida, siguiendo el contenido de los tratados correspondientes.

Otro tanto hay que decir del *soft law*, que inclusive algunos llaman ya “derecho administrativo global”. Sin entrar en los complejos problemas de vinculatoriedad y legitimidad de estos desarrollos,⁸ también se refieren sobre todo a la protección de los derechos humanos en la ejecución del contrato, buscando garantizar, por ejemplo, el respeto a los derechos laborales y ambientales por parte de los contratistas.⁹

En conclusión, los derechos humanos en materia de contratación pública en los tratados que integran el SIDH, como en la correspondiente doctrina y en el *soft law* aplicable, se analizan principalmente después de celebrado el contrato, como es el caso del cumplimiento de derechos laborales y ambientales por parte del contratista, pero han tenido mucho menos desarrollo antes de la contratación, en los momentos de preparación y publicidad (o no) del contrato y en los mecanismos de selección de los contratistas.

IV. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL SIDH

4.1. Introducción

No hay mayores referencias a la contratación administrativa en las normas que rigen al SIDH. Ni en la Convención ni en el Pro-

derecho brasileiro”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 24, segundo semestre de 2020, pp. 43-77.

⁸ Cassese, Sabino, *A world government?*, Sevilla, Global Law Press, 2018. Véase Morales Antoniazzi, Mariela, *op. cit.*; Piovesan, Flávia *et al.*, *op. cit.*

⁹ Véase WTO, Procurement principles, https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm; OCDE *Guidelines on procurement*, <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/countrycases/>

toocolo de San Salvador hay referencia alguna a la contratación pública, ni mucho menos a un derecho tutelable para acceder a ella. Tal vacío es fácil de explicar.

En primer lugar, el SIDH ha sido, desde sus inicios, un sistema protector de derechos individuales, como expresamente lo dice el artículo 1.2 de la Convención. Tal limitación era cónsona con el objetivo del sistema en el momento de su creación y a lo largo de sus primeras décadas, que no era otro que la protección de los derechos humanos básicos —derechos civiles y políticos en la terminología al uso—, sobre los cuales actuó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH desde el comienzo del sistema, sobre todo con la instauración casi simultánea de dictaduras a lo largo del continente, muchas de ellas violatorias en sumo grado de los derechos elementales a la vida, a la libertad, a la prohibición de torturas o desapariciones forzadas. Obviamente, tales derechos correspondían a la persona humana en sí misma, a la persona natural —por usar el término técnico del derecho civil—, y no a entidades cuya personalidad jurídica derivara de formalidades establecidas por la ley: las personas jurídicas.

La contratación administrativa, en especial, y todo el derecho administrativo, en general, son una institución y un derecho que se aplican tanto a las personas naturales como a las jurídicas; de hecho, sería discutible llamar derecho administrativo a un ordenamiento que no se aplique a personas jurídicas como empresas u otras formas de personificación jurídica, civiles o mercantiles.

Entre esos campos, donde el derecho administrativo rige principalmente, casi exclusivamente, a personas jurídicas, está el ámbito de la contratación administrativa, en el cual la Administración contrata sobre todo a empresas, muchas veces exclusivamente con empresas por expreso mandato legal. De allí que los particulares afectados por la actuación administrativa en el campo contractual, personas jurídicas casi todas ellas, ni siquiera pensarán en el SIDH para ventilar sus casos contenciosos.

De allí la importancia para la contratación administrativa y, diría, para toda la existencia de un derecho administrativo co-

mún latinoamericano, de la legitimación de las personas jurídicas para acudir al SIDH. Sobre ello volveremos más adelante.

La segunda razón de la ausencia del tema de la contratación pública en la normativa del SIDH es el carácter no justiciable de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Aunque, como veremos, el derecho de acceso a la contratación pública no es un DESCA, sino una simple —aunque importantísima— concreción del derecho a la igualdad y no discriminación, y tanto las constituciones de muchos de nuestros países como buena parte de la doctrina lo consideran tal.

Ello no es de extrañar, puesto que los derechos expresamente justiciables son, en opinión de muchos, los derechos civiles y políticos (como la vida o la prohibición de la tortura), ante los que palidece el mucho más prosaico tema de los contratos de obras públicas o, para aludir a otras áreas del derecho administrativo, una autorización urbanística para construir viviendas o un permiso de conducir.

En otras palabras, el SIDH, hasta muy recientemente, era un foro de derecho supranacional concentrado en el derecho constitucional, aserto que no requiere de mayor justificación, pues basta con leer la Convención para ver su parecido con una lista de derechos fundamentales, una *Bill of Rights* latinoamericana; y cuando el SIDH se atreve a mencionar a los derechos económicos y sociales, donde el derecho administrativo actúa con más frecuencia, simplemente los enuncia, pero no los hace justiciables, *id est*, los saca del derecho.

El SIDH, para decirlo brevemente, es una suerte de derecho constitucional común de América Latina, el ICCAL, pues; pero todavía no un derecho administrativo común latinoamericano. Esa tarea está en ejecución, como se aprecia en esta obra.¹⁰

Enfrentemos el primer problema que presenta el objetivo de convertir al SIDH en un sistema de normatividad y ejecución del derecho administrativo: la legitimación de las personas jurídicas para acceder a su jurisdicción.

¹⁰ Brewer-Carías Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, vol. 67, núm. 268, 2017.

4.2. La legitimación de las personas jurídicas para acceder a la jurisdicción del SIDH.¹¹

El artículo 1 de la Convención garantiza los derechos de toda “persona” (art. 1.1), pero allí mismo define a la “persona” como “todo ser humano” (art. 1.2), con la conciencia, además, de estar dirigiendo la protección del sistema a las personas físicas exclusivamente.¹² Sobre dicha base se ha fundamentado la doctrina y la jurisprudencia del SIDH para no dar legitimación a las personas jurídicas para que tengan acceso a la jurisdicción del sistema.

De entonces a esta parte, algunas modulaciones se han dado a esta exclusividad textual de legitimación del SIDH: darla a los pueblos indígenas y a los accionistas de empresas.

4.2.1. *Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas*

En los casos *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), la Corte amplió por primera vez la legitimación para acudir al SIDH a los pueblos indígenas, básicamente para darles posición procesal para la protección de su derecho a la propiedad comunal, que, según esa misma jurisprudencia, es de una naturaleza distinta a la de la propia de los sistemas de derecho oficiales y, por ello, no corresponde estrictamente a un sustrato personal individual.

Baste retener de este desarrollo que la Corte IDH, al menos desde el 2001, es consciente de que una legitimación procesal

¹¹ Corte IDH. OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.11, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión consultiva de 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22.

¹² Cfr. Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 579-603.

reducida exclusivamente a las personas naturales puede dejar fuera del sistema a muchas de esas mismas personas, dado el carácter, digamos no técnicamente, colectivo del ejercicio de muchos derechos individuales.

4.2.2. Los derechos de los accionistas de empresas

En una evolución mucho más relacionada con el derecho administrativo, la Corte IDH ha venido extendiendo también la legitimación para actuar ante el SIDH a las personas naturales en cuanto accionistas de empresas, con lo cual indirectamente ha dado legitimación a estas para acceder a su jurisdicción. Así, en los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*¹³ y *Cantos vs. Argentina*, permitió que personas naturales invocaran sus derechos como titulares de acciones de sociedades de comercio y sentenció clara y expresamente sobre esas pretensiones, que afectaron jurídicamente a las personas jurídicas involucradas.

En el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*,¹⁴ la Corte ratificó este criterio, afirmando que los derechos económicos y políticos mercantiles de los accionistas —personas naturales en las sociedades anónimas— son tutelables por el SIDH.

Por último, la sentencia *RCTV*¹⁵ también otorgó legitimación a los accionistas de esa empresa de televisión venezolana, quienes demandaron al Estado por la cancelación de la concesión administrativa correspondiente al espectro radioeléctrico. Por esa vía, los accionistas, de hecho, y la empresa, a través de ellos, obtuvieron una decisión favorable de la Corte IDH, que ordenó a Venezuela la restitución de la concesión mientras se licitaba públicamente de manera abierta y transparente.

¹³ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párrs. 123, 125, 138 y 156.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párrs. 399 y 400.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C, núm. 293.

Sin embargo, la Corte procura mantener, al menos formalmente, la legitimidad exclusiva de las personas naturales para acudir al SIDH: “380. [...] Esta medida no implica la protección o reparación de la persona jurídica (RCTV C.A), sino que constituye el medio idóneo para reparar los derechos que se declararon vulnerados de los accionistas y trabajadores, aun si actualmente no hacen parte o trabajan para la empresa”.

Sin embargo, tan meramente formal es esta declaración de principio que la orden contenida en la decisión beneficia directamente a la empresa, pues es a ella a quien se ordena restituir la concesión.

Todo el anterior elenco de decisiones ha superado en la práctica la tradicional interpretación del artículo 1.2 de la Convención, a través de la ficción de que legitimando *ad processum* a los accionistas no se legitima a la empresa, lo que no resiste mayor examen. De aquí a permitir formalmente el acceso al SIDH a cualquier persona —natural o jurídica— que alegue verse afectada en sus derechos convencionalmente protegidos por la Convención, no hay un paso.

Ya vimos —puede decirse además— que en el caso de los pueblos indígenas ni siquiera se recurre a formalidad alguna para dar legitimidad procesal para acceder a la jurisdicción del SIDH a entidades que de ningún modo pueden considerarse personas naturales, sino nada menos que verdaderos pueblos, sin entrar aún a cuestionar su naturaleza jurídica.

4.3. Conclusión

No cabe duda, pues, de que, a todos los efectos prácticos, las personas jurídicas, y no solo las naturales, han accedido a la jurisdicción del SIDH; tanto es así que, de hecho, las empresas han visto satisfechas sus pretensiones por la vía de la legitimación de los accionistas, pero produciendo efectos sobre la empresa. Esta incongruencia técnica procesal, de la que obviamente es consciente la Corte IDH, pero que usó para mantener un criterio tradicional de interpretación con indiscutible base textual y positiva en la Convención, ha sido necesaria porque la tutela de perso-

nas jurídicas es imprescindible para la misión misma del sistema como protector de los derechos convencionales.

Si el justificado criterio aplicado a los grupos étnicos indígenas se emplea para cualquier otra forma de colectividad, inclusive a las personas jurídicas sometidas al derecho administrativo, queda claramente resuelto el problema del acceso de personas jurídicas al SIDH y salvada así, a mi parecer, la existencia misma de un derecho administrativo común latinoamericano sobre la base de las decisiones y doctrina de ese sistema. El derecho administrativo es en gran parte un derecho aplicable a personas jurídicas, y sin la legitimación de estas para acceder al SIDH, sería pírrico el resultado de construirlo por ese método.

Sin embargo, reitero, la tendencia constante y reciente de la Corte es abrir esa legitimación a las personas jurídicas, faltando nada más una declaración formal que exprese la realidad de lo que mediante artificios innecesarios se logra de hecho y de manera encomiable por la Corte.

V. LOS DESCAs Y EL SIDH¹⁶

Podemos ahora analizar la segunda razón por la que el derecho administrativo ve limitada su presencia en la jurisprudencia del SIDH (al menos hasta época reciente), que, como dijimos, es la consideración de que los derechos tutelados por la Convención son estrictamente los civiles y políticos (capítulo II), para los que consagra plena tutela judicial. No obstante, no la extiende a lo que sin duda da base a su artículo 26: los llamados derechos económicos, sociales y culturales, hoy en día aumentados a los ambientales, de lo que se desprende el acrónimo “DESCA” para denominarlos.

Como se ve de la línea del discurso, buena parte del derecho administrativo se refiere a los DESCAs, nada menos, y por ejemplo, que a la regulación económica, a la educación o a la po-

¹⁶ Ventura Robles, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, pp. 87-131, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf>

lítica ambiental. De allí que el problema de su justiciabilidad sea esencial para el objetivo de un derecho administrativo común latinoamericano que merezca el nombre. Enfrentemos someramente este asunto.

Previamente, empero, y como se verá más adelante, considero que el acceso a la contratación administrativa es un derecho civil y político en términos de la Convención, en concreto, un derecho implícito en la prohibición de discriminación y de igualdad ante la ley, así que el problema tiene mucho menos importancia para el asunto de este trabajo, pero puede ser decisivo para otros en este esfuerzo de pergeñar un derecho administrativo común. Basta nada más recordar los temas de mejoras de la regulación o de la organización administrativa para percatarse de ello. Hecho este *caveat*, daré al menos breve noticia del problema.

Los DESCAs no se incluyen en la Convención, que protege únicamente derechos civiles y políticos. Para invocarlos, es necesario justificar su protección implícita en alguno de los derechos previstos en ella. Desde el “Protocolo de Buenos Aires”, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos se encuentran algunos DESCAs, pero condicionados a que los Estados tengan recursos para hacerlos efectivos. Ese protocolo no previó la protección de tales derechos desde el SIDH.¹⁷

El Protocolo de San Salvador (1999) estableció el acceso a la protección convencional de solo dos DESCAs: a la educación y a la sindicalización. La Corte, sin embargo, ha incluido a los DESCAs, refiriéndose a los derechos económicos, sociales y culturales mediante sentencias u opiniones consultivas, vinculándolos a los derechos civiles y políticos protegidos por la Convención.

¹⁷ Sobre el delicado tema de los DESCAs y el derecho nacional, puede verse, con provecho, Sánchez Sánchez, Zulima, *The right to asylum in Europe. Innovation of asylum procedures*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 28 y 29. Aunque referido al tema del asilo, el razonamiento es válido para cualquier otro derecho humano: “Nevertheless, the process towards a common asylum policy reaches its most important limits for development with the sovereignty of the States, as already indicated. While it is true that action must be coordinated, it is also true that the interests of the States in matters of migration and asylum differ according to cultural, social and economic reasons, national politics or geographical location”.

Es bastante pacífico, pues, considerar que los DESCAs, con las excepciones ya mencionadas de la sindicalización y la educación, no son justiciables frente al SIDH. Tal postura ha sido criticada por buena parte de la doctrina, y ello es evidente con tan solo considerar la gran vulnerabilidad a la que se expone a los habitantes del hemisferio si buena parte de sus derechos humanos no son tutelables en sede interamericana.

A los efectos de este esfuerzo de construir un derecho administrativo común sobre la base del SIDH, a esta mayor vulnerabilidad se une una razón adicional: un derecho administrativo sin DESCAs es irreconocible, se vería sustancialmente reducido a la tutela de posiciones jurídicas elementales, impidiéndole al SIDH lo que han venido logrando desde hace décadas, si no siglos, las cortes administrativas nacionales. De allí que uno de los esfuerzos que parecieran ser patrimonio común de este ICCAL derecho administrativo es contribuir a una decidida apertura del SIDH a los DESCAs.

Sin embargo, todo lo dicho sobre los DESCAs no es más que un *excursus*, a mi modo de ver necesario, pero no más que una referencia, porque el acceso a la contratación pública no es un DESCAs, sino una manifestación evidente del derecho a la igualdad previsto en la Convención (arts. 1.1 y 24), plenamente justiciable ante la CIDH y la Corte IDH, por tanto. Veamos.

VI. EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO HUMANO CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN

Una de las poquísimas referencias a la contratación pública en la jurisprudencia del SIDH se encuentra en la sentencia *RCTV*, ya mencionada:

380. [...] sin que ello implique un reconocimiento de la propiedad de la concesión por parte de *RCTV*, como medida necesaria para garantizar el goce y ejercicio de los derechos conculcados en el presente caso de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ordena que se restablezca la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2

de televisión, hasta tanto se otorgue de manera definitiva como consecuencia del proceso establecido en el párrafo 382 de la presente Sentencia. Esta medida no implica la protección o reparación de la persona jurídica (RCTV C.A), sino que constituye el medio idóneo para reparar los derechos que se declararon vulnerados de los accionistas y trabajadores, aun si actualmente no hacen parte o trabajan para la empresa. [...] 382. *Una vez se efectúe la restitución de la concesión a RCTV, el Estado deberá, en un plazo razonable, ordenar la apertura de un proceso abierto, independiente y transparente para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en la LOTEL o la norma 113 interna vigente para tales efectos. 392. Dicho proceso deberá ser llevado a cabo garantizando que no se apliquen criterios discriminatorios que condicionen el otorgamiento de la concesión, y deberá estar encaminado a fortalecer de manera efectiva el pluralismo democrático y el respeto a las garantías judiciales.* (Cursivas añadidas)

Aunque se trata de una orden accesoria al restablecimiento de la concesión al antiguo concesionario, para la Corte queda muy claro que es necesario que la entrega definitiva de la concesión de TV abierta debe hacerse mediante *“un proceso abierto, independiente y transparente para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en la LOTEL o la norma 113 interna vigente para tales efectos”* (cursivas añadidas). Es decir, la Corte establece una base jurisprudencial para el otorgamiento de los contratos públicos, como es el de concesión, en un procedimiento abierto y transparente.

Más adelante, inclusive, señala que esos procedimientos de selección del contratista, en este caso del concesionario, deben hacerse *“garantizando que no se apliquen criterios discriminatorios que condicionen el otorgamiento de la concesión, y deberá estar encaminado a fortalecer de manera efectiva el pluralismo democrático y el respeto a las garantías judiciales”* (cursivas añadidas).

Desde esta decisión, referida —así sea incidentalmente— a la contratación administrativa, ya la Corte hace referencia al principio de no discriminación, que, lejos de ser un DESCAs, está expresamente establecido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, y que es uno de los principios fundamentales del SIDH.

Estas dos disposiciones establecen:

Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.¹⁸

Este principio de no discriminación ha sido aplicado por la jurisprudencia de la Corte IDH sobre todo en relación con la protección de grupos vulnerables, de minorías étnicas o de otra especie, teniendo menos aplicación en el campo estrictamente administrativo. Como he adelantado, el SIDH ha sido sobre todo un tribunal de derechos humanos entendidos como derechos civiles y políticos, una suerte de tribunal constitucional, pero con menos focalización al nivel más concreto del derecho administrativo,¹⁹ con menos actividad en las vinculaciones con la Administración pública de mayor cotidianeidad, que es el ámbito propio del derecho administrativo, del *derecho constitucional concretizado*.

Aun así, hay algunos casos particularmente útiles para nuestro tema, que, junto con *RCTV*, permiten desarrollar y funda-

¹⁸ La jurisprudencia más relevante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 12; *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130; *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182; *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239. Véase Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *op. cit.*, p. 579.

¹⁹ *Cfr.* Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 18.

mentar un derecho de acceso a la contratación pública como un derecho tutelable por el SIDH. Me refiero al caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*.²⁰

En *Barbani*, las personas demandantes (cuatro ahorristas a quienes se les negó el beneficio) se encontraban en la misma posición en relación con los requisitos para acceder a medidas de rescate financiero que la de otras personas que sí accedieron a él. Esta diferencia de trato permitió que la Corte considerase la existencia de discriminación, pues el Estado no justificó el trato diferenciado entre unos y otros.

Se trata de un tema claramente administrativo, el de los subsidios públicos, prestaciones administrativas muy analizadas por la doctrina, a las cuales, aunque no se les ha dado el tratamiento contractual, no cabe duda de que guardan estrecha semejanza.

En *Barbani Duarte*, sobre todo, se analiza y decide sobre una materia estricta de derecho administrativo con base en el principio de no discriminación, sin invocar un DESC. Ha podido hacerlo sobradamente, considerando que el caso en realidad invocaba el derecho a la seguridad social u otro consagrado en el Protocolo de San Salvador y, consecuentemente, negando legitimación a los actores para acceder al SIDH.

En cambio, en *Barbani Duarte* se resuelve el asunto como lo haría cualquier tribunal administrativo de nuestros países: invocando la desigualdad de tratamiento de la Administración en una materia prestacional y de contenido pecuniario. Esta consideración es clave para encontrar la base convencional del derecho al acceso a la contratación pública, puesto que la misma argumentación de *Barbani* sería aplicable prácticamente sin cambios para una persona a la que no se le permitió acceder a los procesos de selección de contratistas, frente a otros que sí participaron y mantenían una posición semejante a del demandante.

Con *Barbani* y *RCTV*, se insiste, es posible encontrar la base del derecho de acceso a la contratación pública en la propia Convención y, más aún, a buena parte de un derecho a la no discrimi-

²⁰ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 234, párr. 174.

nación frente a la Administración pública, con el cual sería muy factible convertir a la Corte en un tribunal contencioso administrativo sin recurrir a los DESCA.

VII. EL ESTÁNDAR RCTV COMO ESTÁNDAR DEL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL SIDH

7.1. Preliminar

Hasta aquí está hecha la mitad de la tarea porque, para convertir el acceso a la contratación pública en un derecho humano convencionalmente protegido, hay que arbitrar maneras en las normas y jurisprudencia del SIDH, que hagan posible su ejercicio sin traspasar la barrera de aplicar el derecho vigente, sin soluciones de *lege ferenda*.

Así, la primera condición para que el acceso a la contratación pública sea un derecho efectivo es la publicidad de esa contratación, publicidad que es uno de los objetivos fundamentales del derecho administrativo en esta materia desde sus mismos inicios. Para que toda persona, por ese solo carácter, tenga derecho a acceder a la contratación del Estado, la primera condición necesaria es que todos puedan conocer con antelación que la Administración pretende celebrar una contratación y, así, actuar en consecuencia. Decidir si se pretende participar en el correspondiente proceso de selección y luego, de ser así, justificar en pie de igualdad con todos los actores participantes en ese proceso los méritos para ser seleccionado como contratista.

Visto en sentido negativo, el gran y primer problema que el derecho administrativo ha afrontado es evitar procesos de selección de contratistas a espaldas del público, empezando por exigir la existencia misma de tales procesos, exigencia que no necesariamente ha existido siempre jurídicamente: es el caso extremo de las adjudicaciones directas, en las cuales la Administración escoge su contratista sin procedimiento ni publicidad alguna. Proceso público, pues, o publicidad procesal, verso y reverso, del requisito *sine qua non* de la existencia misma de un derecho de acceso a la contratación del Estado.

Encontrar la obligatoriedad de la publicidad de la contratación administrativa en la jurisprudencia del SIDH ya se intentó aquí, y está en *RCTV*. Esa decisión exigió “un proceso abierto, independiente y transparente” para seleccionar al contratista de la Administración. Ahondemos en esos conceptos para determinar si incluyen la publicidad.

7.2. Procedimiento abierto como elemento esencial del estándar *RCTV*

Un proceso abierto, debe decirse, desde luego, es necesariamente un proceso público, porque esa apertura significa obviamente “abierto a todos”, es decir, accesible sin discriminación. En otras palabras, cuando el SIDH se ha expresado sobre el procedimiento de selección de contratistas, ha exigido un proceso abierto a todos, es decir, conocido por todos, público, dotado de publicidad.

Continuando con el más escrupuloso respeto a buscar una base en el derecho vigente —camino útil para indagar en los elementos de esa publicidad—, se analiza el procedimiento administrativo concreto que la Corte consideró expresamente abierto y público: el “establecido en la [Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL)]”, procedimiento que la Corte conocía detalladamente, como revela la propia sentencia *RCTV*. La LOTEL vigente para la fecha de *RCTV*, de 22 de junio de 2015, es la de 1 de junio de 2000.

Esa ley establece un detallado proceso de “oferta pública” (arts. 84 a 103). En ella pueden participar cualesquiera interesados (art. 87) sin que se establezca limitación alguna para ostentar esa condición. La LOTEL exige la más amplia publicidad para los procedimientos de otorgamiento de concesiones del espectro radioeléctrico (art. 87): su sistema de carteles, publicaciones, etc., hace que nadie pueda alegar que desconocía del proceso de selección de concesionario para justificar la violación de su derecho de acceso a la contratación pública. Inclusive, la LOTEL prevé una publicidad anticipada a estos procesos, al exigir en su artículo 85 que “[...] la Comisión Nacional de Telecomunicaciones determinará antes del inicio de cada año calendario, [...] las bandas o subbandas del espectro radioeléctrico disponible que serán objeto del procedimiento de Oferta Pública, así como los criterios que se emplearán para la selección”.

En otras palabras, la referencia que RCTV hace a la LOTEL da base a la publicidad del procedimiento de selección de contratistas como elemento necesario del derecho de acceso a la contratación pública.

Este aserto es ya un estándar operativo para que el SIDH juzgue las actuaciones y las normativas de los Estados acerca de la contratación administrativa y su respeto al acceso de todos a ella. Así, a pesar de los distintos nombres y detalles procedimentales, el derecho administrativo comparado conoce de tres tipos de procedimiento de selección de contratistas: la licitación pública; el concurso privado, y la adjudicación directa, por usar únicamente, a efectos prácticos, las expresiones tradicionales del derecho venezolano; es decir, un procedimiento en el que *todos* pueden participar, mientras reúnan las condiciones exigidas (licitación pública); un procedimiento en el que participan *algunos* expresamente invitados por la Administración contratante (concurso privado); y un procedimiento (o ausencia de este) donde participa *una sola persona*, que es designada contratista directamente, sin que haya otras ofertas.

Procedimientos abiertos a todos, procedimientos abiertos a algunos, procedimientos para uno solo. Esta es la estructura, nombres y detalles, más o menos, de todo sistema de contratación pública, al que responden los propios de América Latina. Es necesario juzgarlos con el estándar del procedimiento abierto de RCTV, ya detallado en su referencia a la LOTEL venezolana.

Es obvio, así, que la licitación pública es, por su propia naturaleza, un procedimiento abierto, pues su publicidad es total y nadie puede alegar su desconocimiento para buscar remedio a la violación de su derecho de acceso a la contratación pública. No hay lugar ni espacio aquí para aplicar el estándar del procedimiento abierto a los eventuales déficits de publicidad que los Estados presenten en estos casos, pero, al menos, digamos que la publicación del proceso de licitación pública en el órgano oficial del Estado de que se trate (*Gaceta Oficial, Gaceta Federal, etc.*) o en un sitio web determinado específicamente para ello por la ley es suficiente, ya que respetan los estándares de la LOTEL, convencionalizados por RCTV.

Es ahora cuando comienzan los problemas, como saben tanto los funcionarios públicos que han organizado un proceso de selección de contratistas como los administrados que han decidido participar en él: cuando se recurre a un procedimiento que por definición no incluye a todos, sino que se dirige solo a algunos (el concurso privado) o a uno solo (la adjudicación directa). Es imposible llamar públicos a estos dos procedimientos, al menos en los términos de la licitación pública, puesto que a ellos no todos tienen acceso, sino solamente los que la Administración contratante decide. *¿Quid iuris*, convencionalmente hablando?

Una solución brutal es determinar que únicamente un procedimiento de licitación pública es abierto en los términos de *RCTV*, con lo cual quedaría sin base convencional, es decir, sin base jurídica alguna, cualquier otro procedimiento que no reúna esta publicidad total a la que nos hemos referido, incluyendo al concurso privado y la adjudicación directa: licitación pública o nada. Habría, así, que ordenar a todos los Estados la eliminación de cada uno de sus procedimientos de selección de contratistas que no sean licitación pública, y dar razón a los demandantes que aleguen que su acceso a esa contratación se cerró porque que el contratista fue escogido sin esa licitación.

Creo que es posible una solución menos brutal, a la que apuntan los más recientes desarrollos legislativos tanto en nuestros países como en otros. Analicemos la ley colombiana de selección de contratistas.

7.3. Aplicación del estándar de apertura a la legislación y actividad administrativa

7.3.1. Casos felices. Colombia y la Unión Europea

La Ley 1150 de 16 de julio de 2007 (*Diario Oficial* 46.691), “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, es una reforma de la venerable ley 80, que mantiene los tres típicos procedimientos de selección: “Artículo 2°. *De las modalidades de selección*. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo

a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa”.

A nuestros efectos, aunque la ley mencione cuatro procedimientos, en realidad se reducen a tres en lo que respecta a la publicidad, porque tanto la licitación pública como el concurso de méritos están abiertos a todos.

1. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y organización de los proponentes, según sea el caso.

Así, la falta de publicidad se reduciría a los procedimientos de selección abreviada y de adjudicación directa, que no están abiertos a todos porque la Administración está habilitada en ambos casos para determinar a los participantes en cada proceso. De aplicarse el estándar en bruto, como decíamos, habría que entender que ambos procedimientos violan el ordenamientos del SIDH, porque no serían abiertos, no todos podrían participar.

Sin embargo, la ley 1150 establece una nueva disciplina que matiza notablemente esa conclusión (el parágrafo 2º de su art. 2): “Parágrafo 2º. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2º del presente artículo [la selección abreviada], deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: 1. *Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos*” (cursivas añadidas).

La ley 1150 exige así que, aun en los casos de selección abreviada, si bien no todos pueden acceder al procedimiento y hacer ofertas como en la licitación pública, los actos correspondientes de inicio y todos los subsiguientes deben ser públicos, “*se les dará publicidad*”.

En otras palabras, estamos en presencia de un procedimiento que no es una licitación pública, pero que es público en el

sentido de que todos conocen qué ocurrirá y en qué condiciones. Así, la selección abreviada cumple con el estándar de *RCTV*, en tanto y en cuanto la publicidad sea suficiente para que aquellos que no fueron convocados, pero que se consideran con derecho a hacerlo, puedan acudir a la Administración correspondiente.

Es decir, no todos están convocados al proceso de selección abreviada, pero todos saben que ocurrirá, y ese es el gran cambio de la ley 1150. Se trataría así de un procedimiento en el que no todos pueden participar presentando ofertas, pero todos pueden saber del procedimiento y decidir si reúnen las condiciones para hacerlo y, de no ser invitados o de ser impedidos de participar, podrán, en consecuencia, intentar los recursos administrativos y judiciales ofrecidos por el ordenamiento colombiano. Sobre todo, de aceptarse esta tesis, podrán acudir al SIDH invocando la violación de su derecho a la igualdad y no discriminación si esos remedios fallan, o si son insuficientes.

En cambio, esta previsión de dar publicidad a los procedimientos y actos de la selección abreviada no existe para el caso de la adjudicación directa. Es decir que ese procedimiento, en principio, no pasaría el estándar del procedimiento abierto de *RCTV*, porque no solamente ningún interesado podría presentar ofertas para ser contratista, puesto que este ya fue escogido unilateralmente por la Administración, sino que tampoco conocerá de tal procedimiento. Ello haría al menos posible alegar que no ha debido emplearse en ese caso concreto la adjudicación directa o, inclusive, que la oferta que se hubiese podido presentar era más ventajosa para la Administración.

Podría concluirse, entonces, que el procedimiento de adjudicación directa que no sea hecho público violaría los estándares convencionales basados en *RCTV*. Tal conclusión, sin embargo, debe matizarse con base en los demás elementos del contrato cuyo contratista se selecciona directamente. De hecho, la adjudicación directa, tanto en el derecho colombiano como en prácticamente el resto de nuestros países, es un procedimiento que la ley considera excepcional, y para ello establece una serie de requisitos para garantizar esa excepcionalidad. La ley 1150 que analizamos establece al respecto:

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

- a) Urgencia manifiesta;
- b) Contratación de empréstitos;
- c) Contratos interadministrativos, [...]
- d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;
- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; [...]
- g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
- h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;
- i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Cláusulas semejantes existen en otras leyes de América Latina.

No es el caso aquí analizar si este elenco de causales que dan acceso a la adjudicación directa son suficientes para que supere en esos casos el estándar *RCTV*. Los casos de urgencia manifiesta (inciso a) y reservados por razones de seguridad y defensa (inciso d), son los típicos caballos de Troya de la contratación administrativa, aquí y en todas partes,²¹ y solo un adecuado control judicial del uso de los conceptos jurídicos indeterminados correspondientes garantizaría que la excepción es válida para el derecho interno. Sin embargo, el test para justificar esas excepciones se hace más exigente con el estándar de *RCTV*.

Hay que decir también que esta solución la comparte el derecho de la Unión Europea, del que América Latina —y en ella

²¹ Basta mencionar la batalla entre Amazon y Microsoft en la licitación de un contrato de *cloud computing* del Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Véase <https://www.cnn.com/2021/07/06/pentagon-contract-cells-10-billion-jedi-cloud-contract.html>

el SIDH— es particularmente tributaria, y que exige publicidad para todos los procesos de selección, salvo para lo que denomina *procedimiento negociado sin publicación previa*, que, en los términos que venimos empleando, podría denominarse “adjudicación directa”.

En efecto, la Directiva Europea 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, transpuesta²² ya a casi todos los Estados miembros de la Unión Europea,²³ prevé seis procedimientos distintos de selección de contratistas, regulados en el capítulo I (Procedimientos) del título II (Normas Aplicables a los Contratos Públicos), artículos 25 al 32: procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación, y procedimiento negociado sin publicación previa.

En nuestra categorización, el procedimiento abierto es una licitación pública, puesto que, escogido como procedimiento, “cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación” (art. 27.1), y todos los demás tienen la estructura de un concurso privado, pero con la debida publicidad: en todos ellos, “cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria” pública de la Administración contratante (art. 28.1, procedimiento restringido; art. 29.1, procedimiento de licitación con negociación; art. 30.1, diálogo competitivo; art. 31.1, asociación para la innovación). Vemos entonces que, inclusive en el ordenamiento europeo, la adjudicación directa sin publicidad se mantiene, lo que es una cierta base para aceptarla también en nuestro medio, siempre como excepción.

²² Parejo, Luciano, *op. cit.*, p. 87.

²³ *Cfr.*, para España, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 272, de 9 de noviembre de 2017; para Italia, *Codice dei contratti pubblici*, Decreto Legislativo de 18 de abril de 2016, núm. 50 (G.U.R.I. 19.04.2016 n. 91).

De hecho, la directiva europea construye la adjudicación directa como excepción en términos semejantes a la colombiana, pues solo se acepta, por ejemplo, en casos de urgencia (art. 32.2.c), o de la ausencia de ofertas en un procedimiento normal (art. 32.2.a).

En consecuencia, Colombia, la LOTEL de 2001 venezolana y la Unión Europea son tres ejemplos de sistemas de selección de contratistas que pasarían una comparación con el estándar de *RCTV* y que, por tanto, permiten el acceso a la contratación pública mediante un procedimiento abierto —público hemos precisado aquí—.

Veamos ahora otro procedimiento: el venezolano, de la Ley de Contrataciones Públicas, que no acepta parangón con el estándar *RCTV*.

7.3.2. Casos infelices. Venezuela

La ley de Contrataciones Públicas vigente (G.O. 6.314 extr. de 13 de noviembre de 2014) establece cuatro tipos de procedimiento de selección de contratistas: concurso abierto (arts. 77 a 84); concurso cerrado (arts. 85 a 88); consulta de precios (arts. 96 a 100), y contratación directa (arts. 101 a 103).

Aplicándoles nuestra taxonomía, el concurso abierto es una licitación pública (todos pueden presentar ofertas y se le da publicidad), el concurso cerrado y la consulta de precios pueden considerarse ambos como concursos privados (solo pueden presentar ofertas a quienes la Administración invite) y la contratación directa es una adjudicación directa.

Entonces, en esta legislación, a diferencia de la europea y la colombiana, solo la licitación pública goza de publicidad (art. 79), mientras que en ninguno de los demás supuestos se hace público el procedimiento, con lo cual nadie distinto a los participantes seleccionados por la Administración podría solicitar su ingreso ni controlarlo en las instancias administrativas y judiciales. En el caso de la contratación directa, además, las causales para recurrir excepcionalmente a ella son numerosas y amplísimas (art. 101).

He aquí, pues, un sistema de contrataciones públicas anticonvencional, que no cumple con los requisitos mínimos establecidos en *RCTV*. Sería perfectamente factible, así, que una persona pueda invocar su derecho a la igualdad para controlar y remediar la violación a su derecho al acceso a la contratación pública, si se adjudica un contrato sin publicidad. Bastaría alegar que hubiese participado o, al menos, solicitado participar en el correspondiente procedimiento de selección de haberlo sabido, a lo que tenía derecho de acuerdo con la Convención: sin publicidad no se da el procedimiento abierto que exige *RCTV*.

En consecuencia, el control del sistema venezolano de contrataciones públicas, así como de cualquier otro que no alcance el estándar de apertura exigido por *RCTV*, puede ser controlado por el SIDH, pues este debe tutelar el acceso a la contratación pública como contenido del derecho a la igualdad de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

Cerramos así el círculo, dando fundamento al SIDH como un tribunal de derecho administrativo, capaz de enjuiciar a la Administración contratante cuando sus actos, inclusive su normativa, viola el derecho convencional a la igualdad, al impedir el acceso a la contratación pública en los términos de *RCTV*.

En conclusión, un sistema de selección de contratistas de la Administración que, además de la licitación pública (donde todas las personas pueden presentar ofertas y participar), incluya procedimientos en los cuales no todos puedan ofrecer pero que sean públicos y, por tanto, los interesados puedan presentarse y alegar derechos a ser invitados; y que como procedimiento muy excepcional prevea la adjudicación directa sin publicidad para casos como la urgencia comprobada, puede considerarse que cumple con el estándar de convencionalidad de procedimiento abierto previsto en *RCTV*, como desarrollo del derecho a la igualdad previsto en la Convención.

7.4. Procedimiento independiente

RCTV exige como segundo requisito de un procedimiento de selección de concesionario del espectro radioeléctrico —doctrina

que hemos extendido a todos los contratos del Estado— que tal procedimiento sea *independiente*.

Como se ha dicho, este trabajo es un intento por encontrar en el derecho convencional del SIDH un derecho de acceso a la contratación pública. Una vez obtenido ese acceso, no se pretende analizar ahora las eventuales exigencias del SIDH para el desarrollo del procedimiento. A ese desarrollo se refiere el baremo del procedimiento independiente y, por ello, puedo excusarme de tratarlo aquí.

Sin embargo, digamos simplemente que esa independencia, y obrando con una sola palabra de la sentencia pero de gran carga jurídica, debe entenderse como referente al sujeto que administra y decide el procedimiento de selección. Es decir que, muy probablemente, la Corte está pensando en la categoría de las agencias independientes, importación del derecho estadounidense al resto del mundo y cuyas complicaciones jurídicas son por todos conocidas.

En el caso *RCTV*, referente a una concesión del espectro radioeléctrico, la solución de organizar una agencia independiente para tal área es muy común, tanto en nuestros países como fuera de ellos. Obviamente, sin embargo, esta característica no puede extenderse a toda la contratación administrativa, porque se usurparían las funciones del poder ejecutivo y se crearía un enorme déficit de democracia en una de las actividades más típicas de la Administración, cuya legitimación democrática es evidente, dada su conexión con entidades políticas popularmente electas.

7.5. Procedimiento transparente

Por la misma razón, estudiar la transparencia como requisito de los procedimientos de selección del contratista excede el objetivo de este trabajo, pues sería exigible del procedimiento en sí y no del acceso a él. Además, se trata de un asunto cuyo perfil jurídico está lejos de ser pacífico, entre otras cosas, por su íntima relación, sino identidad, con la publicidad.

VIII. CONCLUSIONES

Recorrido el camino completo, se descubre la existencia de un definido derecho al acceso a la contratación pública como derecho humano incluido en la Convención y, en consecuencia, tutelable por el SIDH.

Ese derecho no es más que un contenido implícito del derecho a la igualdad y no discriminación previsto en la Convención (arts. 1.1 y 24), y no un DESCAs, por lo que su tutela no puede impedirse mediante el razonamiento de que tales derechos no permiten el acceso al SIDH.

Ese derecho tiene como estándar principal el caso *RCTV*, que exige un procedimiento abierto para la contratación pública, apertura que, en buena medida, coincide con la publicidad de los procedimientos antes de la celebración del contrato. Ese estándar es perfectamente aplicable a los ordenamientos nacionales y a su ejecución, como se vio con la legislación colombiana, europea y venezolana.

De esta manera, corresponde al SIDH actuar como un verdadero tribunal contencioso administrativo, lo que exige, sobre todo, dar plena y total legitimación a las personas de cualquier especie, no solo a las personas naturales; y, aunque no sea materia de este trabajo, emplear todas las medidas preventivas y ejecutivas propias de un tribunal administrativo para producir un verdadero impacto, transformar, pues, la normativa y la práctica administrativas en la región.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, Carlos M., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015.

- BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, vol. 67, núm. 268, 2017.
- CASSESE, Sabino, *A world government?*, Sevilla, Global Law Press, 2018.
- KLEIN GUSSOLI, Felipe, “Contratos, licitaciones y servicios públicos a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en el derecho brasilero”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 24, segundo semestre de 2020.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos”, en TABLANTE, Carlos y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *El impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- OCDE, *Guidelines on procurement*, <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/countrycases/>
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- PIOVESAN, Flávia *et al.*, “La corrupción y los derechos humanos en Brasil”, en TABLANTE, Carlos y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *El impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, *The right to asylum in Europe. Innovation of asylum procedures*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, México, Suprema

Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2014.

VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf>

WTO, Procurement principles, https://www.wto.org/english/tra-top_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm

PARTE IV
JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y CONTROL
COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal administrativo

Laura Hering*

SUMARIO: I. Introducción. II. Consideraciones histórico-organizativas. III. Consideraciones funcionales. IV. Consideraciones procedimentales. V. El papel de la jurisdicción administrativa europea en la creación de un derecho administrativo europeo general. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN**

El poder judicial europeo, en particular el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene notoriedad principalmente por sus decisiones en materia de derecho constitucional¹ y civil². Como consecuencia de ello, las funciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal constitucional³

* Doctora en Derecho por la Universidad de Hamburgo. Investigadora asociada del Instituto Max Planck de Derecho Privado Internacional y Comparado.

** Esta contribución es una versión reducida y traducida de la contribución “Der Gerichtshof der Europäischen Union als Verwaltungsgericht”, en *Ius Publicum Europaeum*, 2021, vol. VIII, § 153.

¹ Ejemplar TJUE, asunto C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 - *Weiss*; TJUE, asunto C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 - *Egenberger*; TJUE, asunto C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 - *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*.

² Ejemplar TJUE, asunto C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 - *IR*.

³ Schwarze, Jürgen (ed.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden, Nomos, 1983; Bauer, Lukas,

y civil⁴, en particular, han sido ampliamente investigadas. Por otro lado, se ha prestado menos atención a la elaboración dogmática del papel del poder judicial europeo como jurisdicción administrativa,⁵ lo que es lamentable, ya que los litigios administrativos ante los tribunales de la Unión tienen una importancia práctica considerable y la litigiosidad en este ámbito ha crecido. Así lo demuestra el aumento casi constante del número de litigios administrativos ante el Tribunal General.⁶ La fijación del debate en los aspectos de la jurisdicción constitucional y civil tampoco hace justicia de la realidad, ya que no refleja la expansión y diferenciación de la administración de la Unión Europea (UE) y la creciente importancia de los nuevos campos del derecho administrativo en los últimos años.⁷ Al mismo tiempo, no solo existe una considera-

Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht, Baden-Baden, Nomos, 2008; Dausen, Manfred A., “Die Rolle des Europäischen Gerichtshofes als Verfassungsgericht der Europäischen Union”, *Integration*, vol. 17, núm. 4, 1994, pp. 215-229; Gaudin, Hélène, “La cour de justice, juridiction constitutionnelle?”, *RDAE*, núm. 3, 2010, pp. 209-222.

⁴ Rösler, Hannes, *Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

⁵ Brunessen, Bertrand, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruselas, Bruylant, 2012, trata este tema con detalle. Véase también Schenke, Ralf P. y Suerbaum, Joachim (eds.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2016; Azizi, Josef, “Wege zu einer Europäischen Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *ÖJZ*, vol. 2, 2002, pp. 41-58. Contribuciones más antiguas: Ule, Carl H., “Der Gerichtshof der Montangemeinschaft als europäisches Verwaltungsgericht”, *DVBl.* 1952, p. 65; Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften als Verwaltungsgericht”, en Bender, Bernd et al. (eds.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70 Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 1993, pp. 293-311; Scherer, Joachim y Zuleeg, Manfred, “Verwaltungsgerichtsbarkeit”, en Schweitzer, Michael (ed.), *Europäisches Verwaltungsrecht*, Viena, 1991, pp. 197-240.

⁶ Allí se recibieron 790 nuevos casos en 2013, 912 en 2014, 831 en 2015, 974 en 2016, 917 en 2017, 834 en 2018, en comparación con solo 384 nuevos casos en 1999, 398 en 2000 y 345 en 2001, véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe Anual 2018*, p. 247; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe Anual de la Actividad Judicial 2017*, p. 223, así Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe Anual 2001*, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11035/rapports-annuels.

⁷ Ejemplos como la supervisión de los mercados financieros europeos o la legislación sobre migración, así como la creciente creación de agencias y

ble influencia de los sistemas de derecho administrativo de los Estados miembros en el derecho de la Unión, sino que, a la inversa, existe una creciente influencia de la jurisdicción de la Unión en los sistemas de derecho administrativo de los Estados miembros.⁸

Sin embargo, no solo desde la perspectiva europea parece importante un estudio de las funciones judiciales administrativas de la jurisdicción europea. Desde la perspectiva de América Latina, el estudio tiene especial interés porque el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) tiene paralelismos con el concepto de “*Ius Publicum Europaeum*”,⁹ por el que se entiende la vertiente de derecho público de un espacio jurídico formado conjuntamente por el derecho de la Unión Europea y el de sus Estados miembros, que, sin embargo, se nutre también de otras fuentes y tiene efectos más allá de sus fronteras.¹⁰ Un ejemplo temprano del uso de este término puede encontrarse en un ensayo seminal de Peter Häberle en 1991, donde llama la atención sobre un derecho constitucional europeo común en el sentido de principios constitucionales comunes y fines estatales.¹¹ Una evolución similar tuvo lugar en América Latina.¹² Sin embargo, el ICCAL no es un reflejo de las teorías y conceptos europeos, sino que corresponde con un enfoque basado en el contexto latino-

oficinas europeas, demuestran que el derecho administrativo europeo está prosperando en la práctica.

- ⁸ Terhechte, Jörg P., “Einführung”, en Terhechte, Jörg P. (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011, § 1, n. 15.
- ⁹ Rodiles, Alejandro, “The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Towards *Ius Commune Americanum*?”, en Roberts, A. et al. (eds.), *Comparative International Law*, Oxford, OUP, 2018, pp. 501 y 508.
- ¹⁰ Bogdandy, A. von, “The Idea of European Public Law Today - Introducing the Max Planck Handbooks on Public Law in Europe”, en Bogdandy, A. von et al. (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume 1. The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 1-29; Bogdandy, A. von y Hinghofer-Szalkay, S., “Das etwas unheimliche *Ius Publicum Europaeum*”, *ZaöRV*, vol. 73, 2013, pp. 209-248.
- ¹¹ Häberle, Peter, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ*, 1991, pp. 261 y 263.
- ¹² Por ejemplo, Piovesan, Flávia, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *Ius Commune* sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 206-226.

americano, que, al mismo tiempo, tiene en cuenta las experiencias de constitucionalismo transformador en otras regiones. El ICCAL tampoco es un espacio jurídico común en el mismo sentido que la UE. La UE tiene su propio “sistema administrativo”, que es inspirado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, mientras que en el ICCAL ese “sistema administrativo” propio no se ve o, por lo menos, no es el encargado de crear reglas o estándares concretos sobre su propio sistema, sino que va dirigido directamente a los Estados. Sin embargo, el *Ius Commune* europeo y la experiencia europea pueden servir de fuente de inspiración para los enfoques de la resolución de problemas. En este contexto, esta contribución se dedica a la consideración del poder judicial de la UE en su función específicamente administrativa, en el espíritu del proyecto ICCAL derecho administrativo.

El estudio se realizará desde varios puntos de vista.¹³ Se comenzará con un examen *histórico-organizativo* (véase II), a partir del cual se buscará demostrar que todos los niveles de la jurisdicción europea, es decir, tanto el Tribunal de Justicia (TJUE) como el Tribunal General, cumplen funciones de tribunal administrativo. Sin embargo, los litigios administrativos se presentan principalmente ante el Tribunal General. En la actualidad, el TJUE se encarga principalmente de los litigios constitucionales y de derecho civil, aunque cuando se fundó en los años cincuenta su predecesor fue concebido como un tribunal administrativo para la protección de los intereses de los Estados miembros. En un segundo punto, se adoptará una perspectiva *funcional* (véase III). No siempre es fácil determinar cuándo los tribunales de la Unión actúan como tribunales administrativos, ya que pueden tener diferentes funciones según la relación jurídica, el objeto del litigio y el tipo de procedimiento. Sin embargo, en general se considera que un caso es un litigio administrativo si se concede a una persona física (ciudadano de la Unión o empresa) protección jurídica contra las medidas de ejecución del derecho de la Unión. En un tercer punto, el capítulo aborda los aspectos *procedimentales* de la jurisdicción administrativa europea (véase IV).

¹³ Cfr. Bast, Jürgen, “Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht”, en Leible, Stefan, y Terhechte, Jörg P. (eds.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2014, § 35, n. 37 y ss.

A este respecto, resulta pertinente prestar especial atención a las condiciones en las que se concede a los individuos el acceso a la jurisdicción administrativa y a las formas de protección jurídica con las que disponen. En este contexto, se pondrá de manifiesto que la jurisdicción administrativa europea —aunque se aprecia una considerable influencia de Francia, sobre todo en las formas de protección jurídica— no se ha tomado exclusivamente como modelo un tribunal administrativo de un Estado miembro, sino que ha hecho uso de diversos elementos del conjunto de sistemas de los Estados miembros. Asimismo, también se hace necesario examinar la densidad del control de la jurisdicción administrativa. Finalmente, se abordarán las explicaciones que se refieren al papel protagonista de la jurisdicción administrativa europea en la creación, configuración y consolidación de un derecho administrativo europeo general (véase V).

II. CONSIDERACIONES HISTÓRICO-ORGANIZATIVAS

El primer punto corresponde a una consideración histórico-organizativa. En el derecho actual, el artículo 19 (1), primera frase, del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece una *estructura de tres niveles de jurisdicción* de la Unión, compuesta por el TJUE, el Tribunal General y los tribunales especializados asignados a este último en el sentido del artículo 257 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).¹⁴ Los tres niveles

¹⁴ *Ibidem*, § 35, n. 39; Dörr, Oliver y Lenz, Christofer, *Europäischer Verwaltungrechtsschutz*, Baden-Baden, Nomos, 2006, párrs. 25 y ss.; Schwarze, Jürgen y Wunderlich, Nina, en Becker, Ulrich *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 256 AEUV, n. 2. Hay que señalar una peculiaridad terminológica: según la definición legal del art. 19, párr. 1, del TUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Ello confiere al término “Tribunal de Justicia” un doble significado: en un sentido amplio, designa (según el art. 13, párr. 1, y el art. 19 del TUE) el órgano principal uniforme de la Unión con sede en Luxemburgo. Funciona así como un término colectivo, bajo cuyo paraguas se unen los órganos del TJUE, el Tribunal General y los tribunales especializados. Sin embargo, entendido en un sentido estricto, el término se refiere únicamente al TJUE y, por tanto, excluye al Tribunal General y a

cumplen también funciones de tribunal administrativo.¹⁵ Sin embargo, hoy en día, los litigios administrativos se presentan principalmente ante el Tribunal General, mientras que los litigios constitucionales se presentan principalmente ante el TJUE.¹⁶ No obstante lo anterior, una mirada al pasado muestra que no siempre fue así.

2.1. Origen administrativo del TJUE

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no siempre fue un tribunal universal como lo conocemos hoy. Ciertamente, su orientación universal es el resultado de un largo proceso de desarrollo.¹⁷ Cuando se fundó su predecesor, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), en 1952, su competencia como tribunal administrativo estaba claramente en primer plano.¹⁸ Desde la CECA hasta los Tratados Constitutivos

los tribunales especializados. Este déficit terminológico da lugar a desafortunados riesgos de confusión y ambigüedad. En este capítulo, el término “Tribunal de Justicia de la Unión Europea” se utilizará siempre para el Tribunal de Justicia en sentido amplio, mientras que el Tribunal de Justicia en sentido estricto se denominará siempre “TJUE”.

¹⁵ Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 40. El hecho de que el TJUE tenga también una función de tribunal administrativo, además de su función constitucional, es subrayado por Simon, Denys, “Les mécanismes juridictionnels dans la Communauté européenne”, en *Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique en Europe et en Amérique*, París, Pedone, 1993, pp. 61 y 65.

¹⁶ Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 595.

¹⁷ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, p. 295.

¹⁸ Ule, Carl H., *op. cit.*, p. 66; Ophüls, Carl F., “Gerichtsbareit und Rechtsprechung im Schumanplan”, *NJW*, 1951, pp. 693 y ss.; Terhechte, Jörg P., “Einführung”, *cit.*, § 1, n. 34; Classen, Claus Dieter, “Der EuGH und die Herausbildung eines europäischen Verwaltungsrechts”, en Schenke, Ralf P. y Suerbaum, Joachim (eds.), *op. cit.*, p. 11; Rolin, Henri, “Chronique de politique étrangère de l'Institut royal des relations internationales”, *Institut Royal des Relations Internationales, Centre Interuniversitaire de Recherche Independant*, vol. XIII, 1960, núm. 3, pp. 286 y 288 escribió: “Nous nous trouvons en présence d'une véritable juridiction administrative européenne”; Much, Walter, “Der Schumanplan”, *Bundesanzeiger*, núm. 120, 1951, pp. 6 y 7 atribuye al Tribunal de Justicia competencias de carácter constitucional, administrativo y de derecho internacional.

de la Comunidad Económica Europea, a la “atmósfera de derecho administrativo” se sumó una “atmósfera de derecho constitucional”.¹⁹

Para entender los inicios de la jurisdicción administrativa europea, hay que remontarse al Plan Schuman y a la Comunidad del Carbón y del Acero: El Plan Schuman, presentado por el Gobierno francés el 9 de mayo de 1950, preveía poner la CECA que debía crearse en ese momento bajo el control de una “Alta Autoridad” —precursora de la Comisión Europea— que debía concebirse como una autoridad administrativa. En particular, debía supervisar y administrar los dos sectores económicos del carbón y el acero. La Alta Autoridad fue concebida de manera que tomara decisiones administrativas sobre la base de conocimientos especializados, pero no decisiones políticas.²⁰ Debido a esta concepción de la Alta Autoridad como autoridad puramente administrativa, no se consideraba necesario el control externo, sino que se estimaba suficiente el control de expertos. Por tanto, la protección jurídica era puramente interna de la administración: los recursos contra sus actos debían presentarse ante la propia Alta Autoridad y, en consecuencia, también ser resueltos por ella.²¹

Este modelo de protección jurídica administrativa puramente interna no pudo mantenerse tras la evolución de la CECA hacia la Comunidad del Carbón y del Acero y la ampliación de las competencias de la Alta Autoridad. A partir de ese momento, la Alta Autoridad tenía amplios poderes de intervención y regu-

¹⁹ Ophüls, Carl F., “Les Règlements et les Directives dans les Traités de Rome”, *Cahiers de Droit Européen*, vol. 2, 1966, pp. 3 y 10; véase también Pennera, Christian, “The Beginning of the Court of Justice and its Role as a Driving Force in European Integration”, *Journal of European Integration History*, vol. 1, 1995, p. 111; Bogdandy, Armin von y Krenn, Christoph, “EuGH und EGMR: zwei Senate einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Handbuch IPE VII*, Heidelberg, C. F. Müller, 2021, § 118, n. 7 y ss.

²⁰ Tohidipur, Timo, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU. Zu Genese und Zustand justizieller Konstitutionalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 18.

²¹ *Idem*, con más referencias.

lación. De igual modo, ha contado con el poder de dictar tanto decisiones abstractas-generales de carácter económico como actos administrativos individuales frente a los Estados miembros y las empresas.²² Por ello, las partes contratantes deseaban que se estableciera una posibilidad de protección jurídica externa de la administración o la limitación de las competencias de la Alta Autoridad. Se debatió la idea de establecer una protección jurídica a nivel de derecho internacional²³ o de crear un tribunal de arbitraje *ad hoc*.²⁴ Finalmente, prevaleció la propuesta de los Gobiernos belga y de los Países Bajos de crear un tribunal con jurisdicción especial sobre la CECA.²⁵ El objetivo principal era proteger la soberanía de los Estados miembros.²⁶ Por tanto, la principal preocupación no era establecer un nuevo sistema jurídico, sino reforzar la posición de los Estados miembros más pequeños frente a Francia y Alemania.²⁷

La principal tarea del Tribunal CECA, que comenzó su trabajo en 1952, era controlar la actividad administrativa de la Alta Autoridad, es decir, examinar sus actos administrativos concre-

²² Sobre las formas de actuación de la Alta Autoridad véase Bebr, Gerhard, "The European Coal and Steel Community: A Political and Legal Innovation", *Yale Law Journal*, vol. 63, 1953, pp. 1, 20 y ss.

²³ "Projet d'un schéma de traité par Paul Reuter", 16.5.1950, reimpresso en Schulze, Reiner y Hoeren, Thomas (eds.), *Dokumente zum Europäischen Recht - Band 2: Justiz (bis 1957)*, Berlín, Springer, 2000, p. 7; "Document de Genève, Proposed action on the Schuman Plan", 12.6.1959, reimpresso en *ibidem*, pp. 15 y ss. (propuesta en inglés); "Kurzprotokoll über die Sitzung des Ausschusses für die institutionellen Fragen", 12.7.1950, reimpresso en *ibidem*, p. 32, propusieron establecer el Consejo de Europa o la CIJ como sede para la resolución de disputas legales.

²⁴ Tohidipur, Timo, *op. cit.*, pp. 19 y ss. con más referencias.

²⁵ Spierenburg, Dirk y Poidevin, Raymond, *The History of the High Authority of the European Coal and Steel Community*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1994, p. 13; Rasmussen, Hjalte, "The European Court of Justice", *Nordic Journal of International Law*, 1998, pp. 42 y ss.

²⁶ Bogdandy, Armin von y Krenn, Christoph, *op. cit.*, § 118, n. 8.

²⁷ Tohidipur, Timo, *op. cit.*, p. 21; véase también Boerger-De Smedt, Anne, "La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA", *Journal of European Integration History*, vol. 14, 2008, pp. 7 y 13; Spierenburg, Dirk y Poidevin, Raymond, *op. cit.*, p. 16.

tos en el marco de un recurso de anulación.²⁸ Dada esta orientación original del derecho administrativo, no es de extrañar que el Tribunal CECA se concibiera según el modelo del *Conseil d'État* —el más alto tribunal administrativo francés— y que su derecho procesal se inspirara sobre todo en el derecho procesal administrativo francés.²⁹

Sin embargo, el Tratado de Roma supuso un cambio fundamental en el marco normativo. La Comunidad del Carbón y del Acero se ha limitado a los problemas de un mercado especializado con una estructura oligopolística, por lo que, previamente, en los tratados ha podido establecer las soluciones a los problemas que pudieran surgir. En consecuencia, los actos jurídicos adoptados por la Alta Autoridad fueron concebidos como actos administrativos casuísticos para aplicar los requisitos del Tratado CECA. Por otra parte, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) tenía por objeto regular las actividades económicas de la Comunidad a una escala mucho más amplia, por lo que ya no era posible establecer de antemano disposiciones detalladas para resolver todos los problemas que pudieran surgir en el futuro. En consecuencia, los Tratados de Roma se redactaron en gran medida al estilo de los tratados constitucionales.³⁰ Esta evolución también hizo que la función judicial administrativa del Tribunal de Justicia quedara en la sombra, de modo que hoy en día la atención ya no se centra en la función del TJUE como tribunal administrativo, sino como tribunal constitucional.³¹

²⁸ Bogdandy, Armin von y Krenn, Christoph, *op. cit.*, § 118, n. 9 y ss.

²⁹ Sobre la influencia de Francia en la elaboración del Tratado CECA, véanse, por ejemplo, Becker, Peter, *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften*, Hamburgo, Heitmann, 1963; Bonichot, Jean-Claude, “Convergences et divergences entre le Conseil d’Etat et la Cour de Justice des Communautés européennes”, *RFDA*, núm. 4, 1989, pp. 579-604; Ziller, Jacques, “Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Handbuch IPE VII*, *cit.*, § 130, n. 128.

³⁰ Ophüls, Carl F., “Les Règlements et les Directives...”, *cit.*, p. 10.

³¹ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, p. 299; Classen, Claus Dieter, “Der EuGH und die Herausbildung...”, *cit.*, p. 11 con ejemplos. Describiendo esta evolución: Bogdandy, Armin von y Krenn, Christoph, *op. cit.*, § 118, n. 24 y ss.

2.2. Creación del Tribunal de Primera Instancia como tribunal administrativo europeo

Durante mucho tiempo, el Tribunal de Justicia de la CECA mantuvo el monopolio de la jurisdicción sobre los litigios administrativos. En los primeros tiempos de la Comunidad Europea —de 1952 a 1957— solo constituía la jurisdicción de la CECA. Tras la firma de los Tratados de Roma, el artículo 4 del Acuerdo de 1958 sobre las instituciones comunes de las Comunidades Europeas creó un único Tribunal de Justicia para las tres Comunidades que ahora coexisten. Este sustituyó al Tribunal de Justicia de la CECA.³² Sin embargo, el nuevo tribunal tuvo que hacer frente a un número de casos cada vez mayor³³ y, en consecuencia, a unos retrasos procesales cada vez más largos. Estos retrasos en la obtención de una sentencia eran motivo de preocupación,³⁴ razón por la que se adoptaron diversas medidas para reducir la duración de los procedimientos. Además de aumentar el número de jueces,³⁵ abogados generales³⁶ y personal, se inició un proceso de racionalización del procedimiento³⁷ y se previó la creación de un tribunal de primera instancia.³⁸ Ya el 24 de octubre de 1988 se creó el Tribunal de Primera Instancia (TPI) por decisión unánime del Consejo de las Comunidades Europeas.³⁹ Según la decisión

³² Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 4.

³³ Mientras que en 1970 solo había 79 casos, el número se elevó a casi 400 a finales de la década de 1980. Véase Millett, Timothy, *The Court of First Instance of the European Communities*, Butterworths Law, 1990, cuadro p. 2.

³⁴ *Ibidem*, p. 1.

³⁵ Consejo, Decisión 81/208/Euratom, CECA, CEE, de 30 de marzo de 1981, relativa al aumento del número de jueces del Tribunal de Justicia, DO n° L 100/20.

³⁶ Consejo, Decisión 81/209/Euratom, CECA, CEE, de 30 de marzo de 1981, relativa al aumento del número de abogados generales del Tribunal de Justicia, DO 1981, n° L 100/21.

³⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 95 de las *Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* de 12 de septiembre de 1979, DO n° L 238/1, que amplió el número de cuestiones prejudiciales que pueden someterse a las salas.

³⁸ Sobre estas medidas, véase Millett, Timothy, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

³⁹ Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, DO n° L 319 de 25 de noviembre de 1988 y L 241 de 17

del Consejo, la creación del TPI obedece a dos razones: en primer lugar, debe servir de primera instancia para que los particulares (personas físicas y jurídicas) *mejoren la protección de los derechos individuales en el ámbito de la jurisdicción europea*.⁴⁰ En segundo lugar, debía servir para *aliviar al Tribunal de Justicia*, que durante años había llegado al límite de su capacidad, transfiriéndole todos aquellos asuntos que requerían un examen especialmente detallado de hechos complejos y que, por tanto, solían implicar también cuestiones complejas de derecho y de subsunción. Se trata de preservar la calidad y la eficacia del control judicial en el ordenamiento jurídico comunitario.⁴¹

En la actualidad, el Tribunal General desempeña un papel fundamental en la justicia administrativa europea.⁴² La razón es que tiene, sin excepción, el monopolio a nivel de la Unión de todos los recursos directos interpuestos por personas físicas o jurídicas que aleguen que sus derechos han sido vulnerados por una falta de las instituciones de la Unión.⁴³ En cambio, el TJUE es el

de agosto de 1989 (rectificación). Corregido, publicado de nuevo en el DO C 215 de 21 de agosto de 1989.

⁴⁰ Apartado 4 del considerando de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988.

⁴¹ Sobre este doble objetivo de la creación del Tribunal General, véase también Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 44; Kirschner, Heinrich y Klüpfel, Karin, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften*, Colonia, Heymanns, 1998, n. 2; Jung, Hans, “Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften - Praktische Erfahrungen und zukünftige Entwicklungen”, *EuR*, 1992, pp. 246-264; Lenaerts, Koen, “Das Gericht erster Instanz”, *EuR*, 1990, pp. 228, 229 y ss.; Cruz Vilaca, José y Pais, Luis A., “The Court of First Instance of the European Communities: A Significant Step towards the Consolidation of the European Community as a Community Governed by the Rule of Law”, *Yearbook of European Law*, vol. 10, 1990, pp. 1, 10 y ss.; Millett, Timothy, *op. cit.*, p. 8.

⁴² Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 53; Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 47; Nowak, Carsten, “Rechtsschutz im Europäischen Verwaltungsrecht”, en Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 13, n. 20; el Tribunal General se refiere a Jung, Hans, “Das Gericht erster Instanz...”, *cit.*, p. 12 como “tribunal administrativo especial”. Rodríguez Iglesias, Gil C., “Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht”, *EuR*, 1992, pp. 225 y 226. Gil predijo que el TPI “se convertirá en el tribunal administrativo general de la Comunidad”.

⁴³ Además, en 2017, el Tribunal General recuperó la competencia en primera instancia sobre los litigios de la función pública, lo que provocó un aumen-

principal órgano competente para conocer de los recursos interpuestos contra los Estados miembros o por las instituciones de la Unión. Esto se desprende del artículo 256, apartado 1, del TFUE, que atribuye al TJUE la competencia ordinaria para los recursos de anulación y de omisión, así como de la compleja relación entre las excepciones y las excepciones a las excepciones del artículo 51 del Estatuto del TJUE, que regula la competencia en primera instancia del TJUE para los recursos de anulación y de omisión por derogación del artículo 256, apartado 1, del TFUE.⁴⁴ Si un tribunal especializado no es competente en primera instancia, el TJUE es competente en primera instancia para los recursos directos, en particular los recursos de anulación contra actos jurídicamente vinculantes de las instituciones de la Unión, los recursos por omisión y los recursos de indemnización por responsabilidad extracontractual, de conformidad con el artículo 256, apartado 1, del TFUE. Sin embargo, la competencia del Tribunal General en primera instancia puede ser transferida al TJUE. En consecuencia, el artículo 51 del Estatuto del TJUE⁴⁵ —como ex-

to de los litigios administrativos ante el Tribunal General, véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe anual 2017*, p. 148.

⁴⁴ Cfr. Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 46 y ss.

⁴⁵ “No obstante lo dispuesto en la norma enunciada en el apartado 1 del art. 256 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, quedarán reservados a la competencia del Tribunal de Justicia:

a) los recursos contemplados en los artículos 263 y 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea interpuestos por un Estado miembro y que vayan dirigidos contra:

i) un acto legislativo, un acto del Parlamento Europeo, del Consejo Europeo o del Consejo, o contra una abstención de pronunciarse de una o varias de dichas instituciones, excepto:

– las decisiones adoptadas por el Consejo con arreglo al párrafo tercero del apartado 2 del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

– los actos del Consejo adoptados en virtud de un Reglamento del propio Consejo relativo a medidas de protección comercial con arreglo al artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

– los actos del Consejo mediante los que este ejerza competencias de ejecución de conformidad con el apartado 2 del artículo 291 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

ii) un acto o una abstención de pronunciarse de la Comisión con arreglo al apartado 1 del artículo 331 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

cepción a la competencia ordinaria del Tribunal General en virtud del artículo 256, apartado 1, del TFUE— atribuye al TJUE, en parte, la competencia en primera instancia para los recursos de anulación y los recursos por omisión. Para la delimitación de la competencia, la disposición combina los siguientes criterios: la institución que ha adoptado el acto impugnado y que, por tanto, está legitimada al mismo tiempo para interponer un recurso de anulación o un recurso por omisión, o el acto que ha adoptado y el demandante,⁴⁶ e identifica así cuatro tipologías procedimentales para los que el foro del TJUE parece ser un lugar más adecuado para el litigio.⁴⁷ Además, se pueden presentar recursos contra las decisiones del Tribunal General ante el TJUE (art. 256, apdo. 1, párr. 2 del TFUE),⁴⁸ de modo que el TJUE puede actuar como tribunal de revisión en casos de derecho administrativo.⁴⁹ Su poder de revisión se extiende exclusivamente a las cuestiones de derecho. Las apreciaciones de hecho del Tribunal General no están sujetas a revisión por parte del TJUE, excepto en caso de errores graves de procedimiento.⁵⁰

b) los recursos contemplados en los artículos 263 y 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que haya interpuesto una institución de la Unión contra un acto legislativo, un acto del Parlamento Europeo, del Consejo Europeo, del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo, o contra una abstención de pronunciarse de una o varias de estas instituciones;

c) los recursos contemplados en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea interpuestos por un Estado miembro y que vayan dirigidos contra un acto de la Comisión relativo a la falta de ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con arreglo al apartado 2 o al párrafo segundo del apartado 3 del artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

⁴⁶ Wägenbaur, Bertrand, *EuGH Verfo*, 2017, art. 51, n. 5 (sobre el estatuto del TJCE).

⁴⁷ Para más detalles sobre las cuatro constelaciones, véase Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 47 y ss.

⁴⁸ Véase Karpenstein, Ulrich y Dingemann, Kathrin, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, Múnich, C.H. Beck, 2021, art. 256 AEUV, n. 9 y ss.

⁴⁹ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, p. 300.

⁵⁰ Véase Karpenstein, Ulrich y Dingemann, Kathrin, *op. cit.*, n. 40.

2.3. Tribunales especializados como tribunales administrativos

Por último, desde el punto de vista organizativo, los *tribunales especializados* también desempeñan un papel en la jurisdicción administrativa europea. Después de que la creación del Tribunal General se revelara como un remedio insuficiente para la sobrecarga cada vez mayor del TJUE, el Tratado de Niza independizó el Tribunal General y abrió la posibilidad de asignarle “salas jurisdiccionales” como primera instancia para determinados sectores. Estas debían servir para la tramitación eficaz de un gran número de litigios de la misma naturaleza y de carácter políticamente menos importante, en particular los “litigios de la función pública”, en virtud del artículo 236 del Tratado de Roma, hoy artículo 270 del TFUE.

En la actualidad, el artículo 257, apartado 1, del TFUE constituye la base jurídica principal para que el legislador de la Unión cree tribunales de primera instancia especializados y defina su competencia en materias específicas. Hay que destacar sobre todo la apertura de la autorización establecida en el Tratado de Lisboa.⁵¹ El Tratado no limita la creación de tribunales especializados a un ámbito de competencia específico ni determina su tamaño.⁵² El legislador de la Unión dispone así de un conjunto flexible de instrumentos para poder reaccionar ante una carga creciente de la jurisdicción de la Unión.⁵³

En 2005, el Tribunal de la Función Pública inició su labor por primera vez.⁵⁴ Era competente para conocer los litigios entre la

⁵¹ Eggers, Barbara, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 257 AEUV, n. 3.

⁵² Aunque la sugerencia de una limitación fue hecha tempranamente por varias partes, *cfr.* Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, CIG 2000, *Informe provisional sobre las modificaciones que deben introducirse en los Tratados relativos al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia*, CONFER 4729/00 v. 31 de marzo de 2000, párr. 5.

⁵³ Eggers, Barbara, *op. cit.*; Lenz, Carl O., “Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft nach dem Vertrag von Nizza”, *EuGRZ*, 2001, pp. 433-441.

⁵⁴ Decisión del Consejo, de 2 de noviembre de 2004, por la que se crea el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (2004/752/CE, Euratom), DO n° L 333/7, de 9 de noviembre de 2004.

Unión y sus agentes, en virtud del artículo 270 del TFUE; es decir, todos los litigios entre los funcionarios y otros agentes de la Unión y su autoridad facultada para proceder a los nombramientos. Al convertirse el Tribunal General en un tribunal de apelación, nació un sistema judicial de la Unión de tres niveles. Las expectativas sobre las tareas del Tribunal de la Función Pública eran diferentes, lo que también dio lugar a distintas valoraciones sobre la jurisdicción a la que debía asignarse. En cualquier caso, también fue calificado como tribunal administrativo.⁵⁵

También se han debatido otras aplicaciones de las jurisdicciones especializadas, por ejemplo, en el ámbito del derecho laboral⁵⁶ y la propiedad intelectual.⁵⁷ Sin embargo, la evolución de la especialización de la jurisdicción de la Unión está en declive: en el marco de la reforma del Tribunal General, en 2015,⁵⁸ no se crearon más tribunales especializados, a pesar de las propuestas correspondientes. Por el contrario, se decidió transferir las competencias del Tribunal de la Función Pública de nuevo al Tribunal General y suprimir el tribunal.⁵⁹

⁵⁵ Joris, Vincent, “L’administration face aux contentieux de la fonction publique communautaire”, en Govare, Inge y Vandersanden, Georges (eds.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruselas, Bruylant, 2008, pp. 63 y 78; Reithmann, Ulrich, “Europäisches Dienstrecht und Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union: Überblick über die letzten zehn Jahre”, *ZBR*, vol. 7, núm. 8, 2015, p. 226, clasifica el Tribunal de la Función Pública como “tribunal de servicios o laboral” o lo considera “en la zona de tensión entre el tribunal administrativo y el laboral” (*ibidem*, p. 217).

⁵⁶ Jacobs, Matthias *et al.*, *Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht - Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH*, Fráncfort, Bund, 2016.

⁵⁷ Wegener, Bernhard W., en Calliess, Christian y Ruffert, Matthias (eds.), *EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Múnich, C.H. Beck, 2016, art. 257 AEUV, n. 5 y ss.

⁵⁸ Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifica el Protocolo N.º 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, DO 2015 n.º L 341, pp. 14 y ss. De forma crítica, Dehousse, Franklin, *The Reform of the EU Courts (II) - Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court*, Egmont Paper 83, 2016, <http://www.egmontinstitute.be/content/uploads/2016/03/ep83.pdf.pdf?type=pdf>.

⁵⁹ *Cfr.* Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422, en particular el cdo. 9.

III. CONSIDERACIONES FUNCIONALES

Desde un punto de vista funcional, para abordar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal administrativo, se hace especialmente necesario distinguir la función de tribunal administrativo de otras funciones de la jurisdicción europea. Esto requiere una definición de la jurisdicción administrativa europea.

3.1. La jurisdicción europea como “jurisdicción universal”

Según la relación jurídica, el objeto del litigio y el tipo de procedimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede ejercer diferentes funciones. Por ello, no es de extrañar que en la literatura que lo describe se encuentren términos como “jurisdicción universal”,⁶⁰ “tribunal constitucional y órgano de protección judicial”⁶¹ o “jurisdicción polivalente”⁶². En cualquier caso, la jurisdicción europea no puede reducirse a una única función. Se juzga de forma diferente dependiendo de las funciones que tramite.⁶³ De cualquier manera, lo que todas estas caracterizacio-

⁶⁰ Jaeger, Thomas, *System einer Europäischen Gerichtsbarkeit für Immaterialgüterrechte, Grundlagen - Struktur - Verfahren*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 112.

⁶¹ Everling, Ulrich, “Der Gerichtshof als Entscheidungsinstanz - Probleme der europäischen Rechtsprechung aus richterlicher Sicht”, en Everling, Ulrich (ed.), *Das Europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wissenschaft, Ausgewählte Aufsätze 1964-1984*, Baden-Baden, Nomos, 1985, p. 424; Everling, Ulrich, “Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs”, en Weidenfeld, Werner (ed.), *Reform der Europäischen Union*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 1995, pp. 256, 257 y ss.; Schwarze, Jürgen, “Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz - Einführung und Problemaufriss”, en Schwarze, Jürgen (ed.), *Der Europäische Gerichtshof...*, cit., p. 11; Schwarze, Jürgen, “Stellung und Funktion des Europäischen Gerichtshofs im Verfassungssystem der Europäischen Gemeinschaft”, en Schwarze, Jürgen (ed.), *Fortentwicklung des Rechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1986, p. 15.

⁶² Rodríguez Iglesias, Gil C., *op. cit.*, p. 226.

⁶³ Para una visión general, véase Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, pp. 12 y ss.; Berramdane, Abdelkhalq, “La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques”, en Masclat, Jean-Claude et

nes tienen en común es el componente judicial constitucional y administrativo de la jurisdicción europea.⁶⁴ Estas dos funciones también se describen como la tarea más importante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶⁵

3.2. Jurisdicción administrativa europea: protección jurídica de los particulares frente a las medidas de ejecución del derecho de la Unión

Pero ¿cuáles son los elementos que dan a un procedimiento judicial el carácter de procedimiento judicial administrativo? Desde el punto de vista organizativo, la Unión no tiene una rama separada de justicia administrativa. La “administración” no es una categoría dogmática independiente de su sistema de protección jurídica.⁶⁶ Los tipos de acción también son aplicables a todas las jurisdicciones sin distinción. Por tanto, la definición de la jurisdicción administrativa europea debe guiarse por criterios sustantivos.⁶⁷ Dos criterios son decisivos: hay acuerdo en que un caso es un litigio administrativo si una persona (física o jurídica) (véase 3.2.2) busca protección legal ante los tribunales de la Unión contra medidas de aplicación del derecho de la Unión (véase 3.2.1).⁶⁸

al. (eds.), *L'union européenne: Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, París, Pédone, 2010, pp. 227 y 234.

⁶⁴ Schwarze, Jürgen (ed.), *Der Europäische Gerichtshof...*, cit., p. 19, también describe al TJUE como un “tribunal constitucional y administrativo de la Comunidad”; Kutscher, Hans, “Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften”, *EuR*, 1981, pp. 392 y 399.

⁶⁵ Schwarze, Jürgen, “Stellung und Funktion des Europäischen Gerichtshofs...”, cit., pp. 13 y 15. Lagrange, Maurice, “La Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l’Acier”, *RDP*, 1954, pp. 417 y 434. Maurice ve el papel predominante del Tribunal de Justicia como jurisdicción administrativa.

⁶⁶ Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 3.

⁶⁷ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, cit., p. 297; Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 27. Véase también Bonnard, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l’administration: étude de droit administratif comparé: Réimpression de l’édition de 1934*, Dalloz, 2005, p. 26.

⁶⁸ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, cit., p. 297; Rengeling, Hans W. y Kotzur, Markus, en Rengeling, Hans W. et al. (eds.), *Handbuch*

3.2.1. Aplicación del derecho de la Unión

En primer lugar, el carácter administrativo de los procedimientos judiciales puede ser consecuencia de las *partes en el proceso*. Existe un procedimiento judicial administrativo si la Administración está implicada en el proceso. Esto también puede incluir los litigios entre dos organismos administrativos.⁶⁹ Sin embargo, en el derecho de la Unión, esta vinculación orgánica no puede utilizarse debido a la falta de una clara separación de poderes y a la falta de una clara separación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional. Por tanto, es preferible guiarse por la *actividad de derecho administrativo*, es decir, la actividad sustantiva de una institución. En otras palabras, los procedimientos judiciales administrativos se refieren a la actividad administrativa.⁷⁰

Pero ¿qué caracteriza la actividad de la administración en el derecho de la Unión?⁷¹ El TFUE utiliza el término “administra-

des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, Múnich, C.H. Beck, 2014, § 4, n. 21; Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 32; Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 44; Schwarze, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 58.

⁶⁹ Laubadère, André de, *Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes*, Leiden-Boston, Brill, 1964, col. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 111, p. 548.

⁷⁰ Guckelberger, Annette y Geber, Frederic, *Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 98; Grzeszick, Bernd, “Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung - Strukturen und Perspektiven des Charta-Grundrechts auf eine gute Verwaltung”, *EuR*, vol. 41, núm. 2, 2006, pp. 161 y 168; Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Springer, 2008, p. 238; Kanska, Klara, “Towards Administrative Human Rights in the EU. Impacto de la Carta de los Derechos Fundamentales”, *ELJ*, vol. 10, núm. 3, 2004, pp. 296 y 310. Véase también el art. 15, apdo. 3, del TFUE: “cuando ejerzan funciones administrativas”.

⁷¹ Sobre los problemas de definición del concepto de administración en el contexto europeo, véase Hegels, Susanne, *EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 27; Everling, Ulrich, “Elemente eines europäischen Verwaltungsrechts”, *DVBl*, 1983, pp. 649-658; Becker, Bernd, “Zur föderalen Konstruktion des Vollzugs (Verwaltung) in der Bundesrepublik Deutschland, in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Europäischen Gemeinschaft”, en Häberle,

ción pública” en contextos específicos,⁷² pero lo deja sin definir. La jurisprudencia del derecho de la Unión ha dado forma al término especialmente en el contexto de la libre circulación de trabajadores,⁷³ donde el TJUE basó el concepto de “administración pública” en una comprensión funcional, no institucional.⁷⁴ La literatura ha definido a la Administración como “la ejecución de las disposiciones del derecho comunitario en situaciones concretas”.⁷⁵

Peter (ed.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart - Band 39*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1990, pp. 67, 89 y ss.; Guckelberger, Annette y Geber, Frederic, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

⁷² Véase art. 45, apdo. 4, y art. 163, apdo. 1, del TFUE.

⁷³ Sobre esto, Schwarze, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht...*, *cit.*, pp. 21 y ss.; Streinz, Rudolf, “Der Einfluss des Europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten”, en Schweitzer, Michael (ed.), *Europäisches Verwaltungsrecht*, Vienna, 1991, p. 241, n. 4.

⁷⁴ TJUE, asunto 149/79, ECLI:EU:C:1982:195, apartado 1 – *Comisión/Bélgica*; de la literatura véase, por ejemplo, Kreuzsitz, Viktor, en Groben, Hans von der *et al.* (eds.), *Europäisches Unionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, art. 45 AEUV, n. 157; Forsthoff, Ernst, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 45, n. 424.

⁷⁵ Cfr. Everling, Ulrich, “Elemente eines europäischen...”, *cit.*, p. 649. Véase también Streinz, Rudolf, *op. cit.*, p. 242; Rausch, Rolf, *Die Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und -würdigungen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 25; Schwarze, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht...*, *cit.*, p. 22; Mager, Ute, “Entwicklungslinien des Europäischen Verwaltungsrechts”, en Axer, Peter *et al.* (eds.), *Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010, pp. 11, 13 y ss.; Hatje, Armin, en Becker, Ulrich *et al.* (eds.), *Schwarze - EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2019, art. 298 AEUV, n. 3, define la administración europea como “el ejercicio de las competencias europeas y la aplicación del Derecho europeo en casos individuales o situaciones concretas”. Cfr. también Rengeling, Hans-Werner, *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Heymanns, 1977, pp. 12 y ss. Otros, sin embargo, solo quieren describir, pero no definir (positivamente) el concepto de administración europea, Stettner, Rupert, en Dausen, Manfred A. *et al.* (eds.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Múnich, C.H. Beck, 2011, B. III., párr. 2. Para una crítica de este concepto estrecho o poco complejo, véase Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, Springer, 2006, p. 385, párr. 14 y Danwitz, Thomas von, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1996, pp. 18 y ss.

Al vincular la ejecución del derecho de la Unión como objeto de la acción administrativa a examinar, hay que distinguir entre dos grupos de casos, según que el derecho de la Unión sea ejecuto a través de órganos propios de la Unión o a través de los órganos de los Estados miembros. El primer caso se denomina *ejecución directa* y en el segundo *ejecución indirecta* del derecho de la Unión. En ambos casos, el TJUE tiene competencias de control judicial (administrativo). Mientras que en el caso de la ejecución directa del derecho de la Unión los tribunales de la Unión pueden actuar como tribunales administrativos, en el caso de la ejecución indirecta solo realizan excepcionalmente actividades judiciales administrativas.⁷⁶ Dependiendo del tipo de ejecución, se utilizan diferentes procedimientos.

En la *ejecución directa*, la ejecución es llevada a cabo por los órganos de la Unión. Dentro de la ejecución directa, se distinguen la ejecución interna y la ejecución externa.⁷⁷ La ejecución *interna* del derecho de la Unión se refiere a aspectos internos del aparato administrativo de la Unión (cuestiones de personal, ejecución del presupuesto, organización interna). En cambio, la ejecución *externa* tiene por destinatarios Estados y personas físicas o jurídicas y tiene una relevancia práctica mucho mayor.⁷⁸ En este caso, la UE tiene competencia administrativa en la medida en que ha sido autorizada expresamente por los tratados. Ejemplos de aplicación son el derecho de la competencia (art. 105, 106, párr. 3, del TFUE) y el derecho de supervisión de las ayudas estatales (art. 108 del TFUE), la política comercial, la administración del Fondo Social Europeo (art. 163 del TFUE), así como los procedimientos de autorización y concesión de licencias en el marco del derecho económico, como la autorización de medicamentos y la protección de marcas y el fomento de la investigación y la ciencia. La

⁷⁶ Cfr. TJUE, asunto 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, apdo. 23 - *Les Verts/Parlamento*.

⁷⁷ Ejemplar Augsburg, Steffen, "Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen", en Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 6, n. 32 y ss.; Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *cit.*, pp. 326 y ss.; Hegels, Susanne, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

⁷⁸ En detalle Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *cit.*, pp. 327 y ss.

protección jurídica es posible en estos casos en forma de acciones directas ante el TJUE en forma del *recurso de anulación* (art. 263, apdo. 4, del TFUE), la *acción de cesación* (art. 263 del TFUE) y las acciones de *indemnización* por actos u omisiones ilegales.⁷⁹

Sin embargo, el derecho de la Unión es ejecutado principalmente por los Estados miembros.⁸⁰ Dentro de esta ejecución *indirecta* también cabe distinguir entre ejecución indirecta inmediata y ejecución indirecta mediata.⁸¹ El primero describe las actuaciones que llevan a cabo las administraciones nacionales en cumplimiento de una disposición de derecho de la UE.⁸² Entre ellas se encuentra, en primer lugar, el reglamento. Sin embargo, también pueden tener efecto inmediato las normas de derecho primario, las decisiones y las directivas que son excepcionalmente aplicables inmediatamente, o incluso las recomendaciones. Ejemplos de ello son el derecho aduanero, del comercio exterior y agrario.⁸³ La ejecución indirecta mediata, en cambio, lleva a cabo el cumplimiento de una disposición nacional que concreta una norma europea y así se produce cuando los órganos administrativos de los Estados miembros no ejecuten directamente el derecho de la Unión, sino una norma nacional de aplicación que transpone los requisitos del derecho de la Unión. En comparación con la ejecución indirecta inmediata, la ejecución indirecta mediata implica la aplicación de la legislación nacional como nivel inter-

⁷⁹ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, p. 297; Rengeling, Hans W. y Kotzur, Markus, *op. cit.*, § 4, n. 21.

⁸⁰ Véase art. 291, apdo. 1, del TFUE.

⁸¹ Augsberg, Steffen, *op. cit.*, § 6, n. 17; Classen, Kai-Dieter, *Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010, p. 71; Rengeling, Hans-Werner, *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Heymanns, 1977, pp. 10 y ss.; Stettner, Rupert, en Dauses, Manfred A. *et al.* (eds.), *op. cit.*, párr. 11 (a partir de enero de 2019); Hegels, Susanne, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; Pühs, Wolfgang, *Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, p. 76; Suerbaum, Joachim, *Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998, pp. 123 y ss.

⁸² Stettner, Rupert, en Dauses, Manfred A. *et al.* (eds.), *op. cit.*, párr. 12.

⁸³ Rengeling, Hans W. y Kotzur, Markus, *op. cit.*, p. 10; Hegels, Susanne, *op. cit.*, p. 31.

medio.⁸⁴ Uno de los casos más importantes de ejecución indirecta mediata son los reglamentos de los Estados miembros que se promulgan para aplicar las directivas.⁸⁵ Aunque formalmente aquí solo se ejecute la legislación nacional, esta ejecución está condicionada por el derecho de la Unión, en particular por la exigencia de interpretación conforme.⁸⁶ En estas constelaciones, las autoridades de los Estados miembros dictan actos administrativos que encuentran fundamento tanto en el derecho nacional como en el de la Unión. Una persona afectada puede recurrir a los tribunales nacionales competentes contra un acto administrativo de un organismo administrativo nacional de acuerdo con los requisitos aplicables. Seguidamente, el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se ha presentado la demanda debe apreciar la legalidad del acto administrativo adoptado por la autoridad nacional sobre la base del derecho de la Unión. Si se plantean cuestiones de interpretación o validez del derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional nacional puede plantear al TJUE *una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 del TFUE*. De este modo, el TJUE puede convertirse indirectamente en el juez administrativo de la aplicación de los Estados miembros.⁸⁷

3.2.2. Protección jurídica de la persona individual

Como se acaba de demostrar, la participación de la Administración no es el único factor decisivo para calificar un procedimiento como judicial administrativo. También hay que considerar la actividad administrativa del órgano. Sin embargo, a la inversa, la participación de una persona “administrada” (persona física o jurídica) es adecuada para convertir un procedimiento judicial en un procedimiento judicial administrativo.⁸⁸ En el derecho de la

⁸⁴ Augsberg, Steffen, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; Suerbaum, Joachim, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

⁸⁵ Hegels, Susanne, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁶ Sobre el requisito de interpretación conforme a las Directivas, véase TJUE, asunto 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, apdo. 26 - *von Colson y Kamann*; véase Asuntos C-397/01 y otros, ECLI:EU:C:2004:584, párr. 113 - *Pfeiffer*.

⁸⁷ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, pp. 298, 308 y ss.

⁸⁸ Laubadère, André de, *op. cit.*, p. 548; Rengeling, Hans W. y Kotzur, Markus, *op. cit.*, § 4, n. 21.

Unión, las personas físicas (ciudadanos y también los empleados de la Unión) y jurídicas pueden ser calificadas como “administrados”.⁸⁹ Es precisamente la protección jurídica de los particulares la que pretende conciliar el interés general con el interés del individuo,⁹⁰ lo que también puede entenderse como la protección de los derechos del individuo frente a un abuso de poder de la administración.⁹¹ Si los Estados miembros también pueden contarse entre los “administrados”, es decir, si el término debe interpretarse de forma extensiva, es objeto de un controvertido debate.⁹²

IV. CONSIDERACIONES PROCEDIMENTALES

Tras el examen histórico-organizativo y funcional de la jurisdicción administrativa europea en los apartados anteriores, debemos centrarnos ahora en sus peculiaridades procedimentales en detalle. Debido al sistema uniformemente estructurado de las acciones, no es fácil filtrar las características especiales del procedimiento judicial en derecho administrativo. A continuación, resulta necesario prestar especial atención a las particularidades que surgen cuando una persona física o jurídica —a diferencia de un Estado miembro— se enfrenta a una institución europea en un procedimiento judicial.

4.1. Acceso a la justicia administrativa

4.1.1. Protección jurídica intradministrativa

La jurisdicción administrativa no es el único medio de protección jurídica contra la Administración europea en el sistema de

⁸⁹ Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 31; Lassalle, Julie, *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, 2008, pp. 76 y ss.

⁹⁰ Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 31.

⁹¹ Lagrange, Maurice, Discours prononcé à l’audience solennelle de la Cour, (8 octobre 1964), p. 4, http://www.cvce.eu/obj/discours_de_maurice_lagrange_8_octobre_1964-fr-f2f00c1c-2587-497f-ace0-6890bf0cb85f.html.

⁹² A favor Lassalle, Julie, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; en contra Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

protección jurídica de la Unión. Es cierto que, por principio, los recursos contra medidas de las instituciones de la Unión no van precedidos de un procedimiento administrativo obligatorio.⁹³ Sin embargo, hay excepciones. El ejemplo más antiguo de recurso administrativo interno es la reclamación en el marco de la legislación sobre la función pública con arreglo al apartado 2 del artículo 90 del Estatuto de los funcionarios de la UE, que se introdujo en 1968. Sin embargo, en los últimos años ha aumentado el número de recursos administrativos internos previstos en el derecho secundario,⁹⁴ sobre todo en el ámbito de la llamada administración de agencias.

4.1.2. Legitimación para interponer el recurso

Una vez superado el obstáculo de cualquier protección jurídica administrativa interna obligatoria existente, el demandante debe tener capacidad para interponer una acción con el fin de acceder a la protección judicial. En el caso de los recursos de *anulación*, la legitimación y, por tanto, el acceso a los tribunales, se regula en el artículo 263 del TFUE. La norma distingue entre un recurso de anulación por parte de personas físicas o jurídicas y un recurso de anulación por parte de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros. Mientras que los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión pueden impugnar, a través de un recurso de anulación, la legalidad de cualquiera de los actos objeto del recurso de anulación, sin que el ejercicio de este derecho quede supeditado a la justificación de un interés para ejercitar la acción (TFUE art. 263, apdo. 2), las personas físicas y jurídicas podrán interponer recurso solamente en las condiciones generales establecidas (TFUE art. 263, apdo. 4).

⁹³ Solo la acción por omisión prescribe la realización de un procedimiento preliminar (art. 265, apdo. 2, del TFUE).

⁹⁴ Saurer, Johannes, "Individualrechtsschutz gegen das Handeln der Europäischen Agenturen", *EuR*, vol. 1, 2010, pp. 51-66; Sydow, Gernot y Neidhardt, Stephan, *Verwaltungsinterner Rechtsschutz*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 117; Wegener, Bernhard W., *op. cit.*, art. 19 AEUV, n. 8.

Según la *primera variante* del artículo 263, apartado 4, del TFUE, las personas físicas o jurídicas solo están legitimadas si son las destinatarias del acto de la Unión impugnado, como ocurre en particular con las decisiones en el sentido del artículo 288 del TFUE. Si, por el contrario, el acto de la Unión no va dirigido a ellos, están legitimados en virtud del *artículo 263, apartado 4, segunda variante, del TFUE* si les afecta directa e individualmente.⁹⁵ Por último, la *tercera variante del artículo 263, apartado 4, del TFUE* otorga a los particulares un derecho de recurso contra los actos jurídicos de la Unión que no van dirigidos contra ellos ni les afectan individualmente. La tercera variante permite a las personas físicas o jurídicas interponer un recurso de anulación contra los actos de carácter reglamentario si les afectan directamente y no implican medidas de ejecución.

Por tanto, la legitimación de una persona física o jurídica en virtud del artículo 263, apartado 4, del TFUE se determina desde una perspectiva subjetiva. La legitimación varía en función de cada caso y del demandante.⁹⁶ A estos recurrentes no privilegiados se oponen los Estados miembros, el Parlamento, el Consejo y la Comisión, que se consideran recurrentes privilegiados en virtud del artículo 263, apartado 2, del TFUE. Tienen derecho a interponer una demanda de forma automática sin tener que alegar que se ven afectados individualmente o que sus propios derechos han sido violados. Tampoco tienen que hacer valer un interés (especial) en la protección legal.⁹⁷ Así, gozan de un derecho de acción “objetivo” y siempre constante.⁹⁸ Teniendo en cuenta que son principalmente los recursos interpuestos por ciudadanos o empresas individuales de la UE los que se califican como recur-

⁹⁵ Para información detallada sobre los elementos constitutivos de la afectación directa e individual, véase, por ejemplo, Thiele, Alexander, “Die Nichtigkeitsklage”, en Leible, Stefan y Terhechte, Jörg P. (eds.), *op. cit.*, § 9, n. 46 y ss.

⁹⁶ Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 624.

⁹⁷ TJUE, asunto 45/86, ECLI:EU:C:1987:163, apdo. 3 – *Comisión/Consejo*; asunto 131/86, ECLI:EU:C:1988:86, apdo. 6 – *Reino Unido/Consejo*.

⁹⁸ Lenaerts, Koen, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruselas, Bruylant, 1988, párr. 261; Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, pp. 598 y ss.

tos judiciales administrativos, y el hecho de que deben hacer valer una afectación directa e individual en virtud del artículo 263, apartado 4, del TFUE, el carácter subjetivo del acceso al tribunal o un interés subjetivo en la protección jurídica es, por tanto, un criterio decisivo de los procedimientos judiciales administrativos.⁹⁹

4.1.3. *El acto impugnabile*

La legitimación para interponer el recurso está estrechamente relacionada con el objeto de la acción. Del examen de las diferentes tipologías procesales se desprende que el examen por parte de los órganos jurisdiccionales de la Unión de la conformidad de una medida de ejecución o individual con el derecho primario o secundario se asemeja al examen de legalidad de un órgano jurisdiccional nacional (administrativo), mientras que el examen de la compatibilidad de un acto legislativo, es decir, un reglamento o una directiva, con el derecho primario se aproxima a un control de “constitucionalidad”.¹⁰⁰ Las diferentes variantes del artículo 263, apartado 4, del TFUE muestran que los actos legislativos adoptados conjuntamente por el Parlamento y el Consejo no pueden, en principio, ser impugnados por los particulares (personas físicas o jurídicas), mientras que sí pueden ser revisados otros “actos”, aunque solo bajo ciertas condiciones.

Sin embargo, con el paso del tiempo, el derecho de la Unión también ha permitido interponer recursos individuales contra actos legislativos en determinados casos. Por ejemplo, el Tratado de Lisboa introdujo el *artículo 263, apartado 4, variante 3, del TFUE*, que otorga a los particulares un derecho de recurso contra los actos de la Unión que no van dirigidos a ellos ni les afectan individualmente. Permite a las personas físicas o jurídicas interponer un recurso de anulación contra los “actos de carácter reglamentario” si les afectan directamente y no se requieren medi-

⁹⁹ Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, pp. 596 y ss.; véase también Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁰ Dutheil de la Rochère, Jacqueline, “Le principe de légalité”, *AJDA*, 1996, número especial, p. 161.

das de ejecución. Esta variante colma así la laguna de protección jurídica que existía anteriormente en el ámbito de la Unión y que fue criticada durante mucho tiempo,¹⁰¹ según la cual se negaba al individuo un recurso jurídico contra normas jurídicas de la Unión directamente eficaces que desarrollaban un carácter de intervención sin ninguna aplicación. El carácter general de una disposición ya no significa automáticamente que un individuo no pueda verse afectado individualmente por ella e interponer una acción contra la misma.

4.2. Las formas de protección jurídica y su importancia para la jurisdicción administrativa

El recurso administrativo ante los tribunales europeos puede dividirse en dos partes: en primer lugar, prevé tipos de procedimientos para que los particulares (personas físicas o jurídicas) puedan defenderse de la ejecución directa, es decir, de los actos adoptados por una institución, órgano y organismo de la UE. Para esta protección jurídica individual contra las medidas administrativas de la Unión es fundamental el *recurso de anulación*, de conformidad con el artículo 263, apartado 4, del TFUE. Es el único tipo de acción con el que los ciudadanos individuales o las empresas pueden recurrir directamente a los tribunales europeos (véase apartado 4.2.1).¹⁰² Además, la *acción por omisión* con arreglo al artículo 265 del TFUE y la *acción por daños y perjuicios* con arreglo al artículo 268 del TFUE, en relación con el artículo 340 del TFUE, también garantizan el acceso de los ciudadanos o las empresas a los tribunales europeos. El artículo 340 del TFUE ofrece protección jurídica individual contra la autoadministra-

¹⁰¹ Véase, en particular, el Informe final del Presidente del Grupo II “Incorporación de la Carta/Adhesión al CEDH” a los miembros de la Convención, CONV 354/02 de 22 de octubre de 2002, pp. 15 y ss.; para la crítica en la literatura, véase Calliess, Christian, “Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz”, *NJW*, 2002, p. 3577; Danwitz, Thomas von, “Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft”, *NJW*, 1993, p. 1108.

¹⁰² Fehling, Michael, “Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht”, en Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 12, n. 93.

ción europea (véanse apartados 4.2.2 y 4.2.3). Sin embargo, en comparación con el recurso de anulación, solo tienen una importancia secundaria.¹⁰³ Si el concepto de jurisdicción administrativa europea se basa en una comprensión más amplia, que no solo tiene por objeto la protección de los derechos subjetivos, el *procedimiento prejudicial*, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, también desempeña un papel en la protección de los derechos administrativos ante los tribunales europeos, si un tribunal administrativo nacional somete al TJUE una cuestión sobre la interpretación o la validez del derecho de la Unión en el contexto del control de la actuación administrativa nacional (véase 4.2.4).¹⁰⁴

4.2.1. Recurso de anulación

Las tipologías procesales que se aplican al recurso de anulación como recurso de naturaleza administrativa pueden deducirse a la inversa del artículo 256, apartado 1, del TFUE, en conjunción con el torpemente redactado artículo 51 del Estatuto del TJUE, que establecen la competencia del Tribunal General (y que se aplican igualmente a los recursos de anulación y a los de omisión).¹⁰⁵ Esta interpretación es posible si se asume —como lo hace una opinión generalizada en la literatura— que el propósito del artículo 51 del Estatuto del TJUE es asignar las disputas “constitucionales” al TJUE.¹⁰⁶ Los litigios para los que, por inferencia del artículo 51

¹⁰³ *Ibidem*, § 12, n. 98 y ss.

¹⁰⁴ Para una lista de los tipos de acciones en las que los tribunales de la Unión intervienen administrativamente, véase Simon, Denys, *op. cit.*, p. 65; Schweitzer, Michael y Hummer, Waldemar, *Europarecht*, Fráncfort, Alfred Metzner/Luchterhand, 1993, p. 109; Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, pp. 297 y ss.

¹⁰⁵ Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 46 y ss.; igualmente Nowak, Carsten, “Rechtsschutz im Europäischen Verwaltungsrecht”, en Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 13 n. 20.

¹⁰⁶ Huber, Peter M., en Streinz, Rudolf (ed.), *EUV/AEUV*, Múnich, C.H. Beck, 2012, art. 256 AEUV, n. 6; Pache, Eckhard, en Vedder, Christoph y Heintschel von Heinegg, Wolff (eds.), *Europäisches Unionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012, art. 256 AEUV, n. 2; Dittert, Daniel, en Groeben, Hans von der *et al.* (eds.), *Europäisches Unionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, art. 256, n. 10 y 12; véase también Nowak, Carsten, “Rechtsschutz im Eu-

del Estatuto del TJUE, se prevé una jurisdicción de primera instancia del Tribunal General, pueden entenderse, por tanto, como litigios administrativos.¹⁰⁷ Esta interpretación demuestra que no solo las personas físicas y jurídicas, sino también los Estados miembros y las instituciones de la Unión, pueden ser potenciales demandantes en los litigios administrativos y que la definición de la jurisdicción administrativa europea no tiene por qué limitarse exclusivamente a la protección de los derechos subjetivos, sino que también puede incluir la protección del derecho objetivo.¹⁰⁸

En términos simplificados, la interacción de las normas da lugar a tres constelaciones de procedimientos judiciales administrativos:¹⁰⁹ el primero se refiere a los recursos de anulación individuales, es decir, los *recursos interpuestos por una persona física o jurídica* en el sentido del artículo 263, apartado 4, del TFUE contra un agente de la Unión.¹¹⁰ Ocupa un lugar destacado para la protección jurídica de los particulares frente a las decisiones administrativas del derecho de la Unión, ya que permite a los ciudadanos y a las empresas interponer recursos directamente ante los tribunales de la Unión y defenderse de las medidas administrativas del derecho de la Unión.¹¹¹ En segundo lugar, los *recursos interpuestos por los Estados miembros contra la Comisión* son constelaciones de procedimientos administrativos. Más concretamente, el Tribunal es competente para conocer todos los recursos interpuestos por los Estados miembros, salvo los presentados contra el Parlamento o el Consejo, en virtud del artículo

ropäischen Verwaltungsrecht”, en Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 13, n. 20.

¹⁰⁷ Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35 n. 47 y 53.

¹⁰⁸ Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁹ Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 47 y ss.; Dittert, Daniel, *op. cit.*, art. 256, n. 11.

¹¹⁰ Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 594; Schwarze, Jürgen y Vormizeele, Voet van, *op. cit.*, art. 263, n. 3; Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 44.

¹¹¹ La importancia sobresaliente del recurso de anulación para la protección jurídica administrativa de la Unión también es destacada por Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 41 y ss.; Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, pp. 302 y ss.; Fehling, Michael, “Europäisches Verwaltungsverfahren...”, *cit.*, § 12, párr. 93; Ophüls, Carl F., “Les Règlements et les Directives...”, *cit.*, p. 695; Lagrange, Maurice, “La Cour de Justice de la Communauté Européenne...”, *cit.*, p. 434.

51, apartado. 1, literal a) del Estatuto del TJUE, que prevé tres excepciones a la excepción. Debido a su naturaleza administrativa, el Tribunal General tiene competencia sobre las decisiones del Consejo en el ámbito de las ayudas estatales, los reglamentos de aplicación que imponen medidas de defensa comercial y las medidas de ejecución cuya adopción está reservada al Consejo. Otra excepción, según el artículo 51, apartado 1, literal b) del Estatuto del TJUE, son las acciones relativas a la ampliación de una cooperación reforzada existente en el sentido del artículo 331, apartado 1, del TFUE. En tercer lugar, los “*recursos interinstitucionales*”, es decir, los interpuestos por las instituciones, órganos y organismos de la Unión contra las instituciones, órganos y organismos de la Unión, son contenciosos administrativos. Sin embargo, según el apartado 2 del artículo 51 del Estatuto del TJUE, una excepción son los recursos interpuestos por las instituciones de la Unión contra el Parlamento, el Consejo y la Comisión, así como contra el Banco Central Europeo.

42.2. Recurso por omisión

El recurso por omisión previsto en el artículo 265 del TFUE también puede calificarse de recurso administrativo, especialmente si se trata de un recurso interpuesto por una persona física o jurídica contra el Consejo o la Comisión.¹¹² En cierto modo, constituye el “complemento” de la acción de anulación.¹¹³ Sin embargo, su importancia es considerablemente menor que la del recurso de anulación.¹¹⁴ Es cierto que también pretende examinar la legalidad del comportamiento de las instituciones de la Unión. Sin embargo, en caso de prosperar, el recurso por omisión se limita a

¹¹² Lenaerts, Koen, *Le juge et la Constitution...*, cit., párr. 281; Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 595; cfr. también Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 295; Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, cit., p. 297.

¹¹³ Dörr, Oliver, en Grabitz, Eberhard et al. (eds.), *op. cit.*, art. 265 AEUV, párr. 1; Fehling, Michael, “Europäisches Verwaltungsverfahren...”, cit., § 12, párr. 98.

¹¹⁴ Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 295; cfr. también Bast, Jürgen, *op. cit.*, § 35, n. 83.

establecer en la sentencia que la omisión fue contraria al derecho de la Unión y que debe adoptarse una decisión sobre el fondo.¹¹⁵

4.2.3. Acción por daños y perjuicios

Otro recurso relevante para la protección jurídica individual y, por tanto, también administrativa, es la acción por daños y perjuicios de conformidad con los artículos 268 y 340, apartados 2 y 3, del TFUE, según los cuales la UE es responsable de los daños causados por actos soberanos no contractuales de sus instituciones o empleados.

La importancia de la acción por daños y perjuicios para el desarrollo del derecho administrativo europeo sigue siendo escasa.¹¹⁶ Su relevancia ha disminuido mucho con los años: en el pasado tuvo gran destaque en el ámbito de la agricultura, ya que alrededor de 4/5 partes de todas las acciones por daños y perjuicios pendientes ante el TJUE se referían a la asignación de cuotas lecheras.¹¹⁷ En la actualidad, la relevancia de los recursos de indemnización por daños y perjuicios es notablemente menor que la de los recursos de anulación y las cuestiones prejudiciales: mientras que en 2014, el 4.28 %¹¹⁸ de los nuevos asuntos presentados ante el Tribunal General se referían a indemnizaciones, la cuota porcentual ha descendido a solo el 2.5% en 2017.¹¹⁹

¹¹⁵ Cremer, Hans-Joachim, en Calliess, Christian y Ruffert, Matthias (eds.), *op. cit.*, art. 265 AEUV, n. 1; Dörr, Oliver y Lenz, Christofer, *op. cit.*, párr. 202; Schwarze, Jürgen y Vormizeele, Voet van, en Becker, Ulrich *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 265, párr. 2; Ehlers, Dirk, “Die Untätigkeitsklage des Europäischen Gemeinschaftsrechts”, *Jura*, vol. 31, núm. 5, 2009, pp. 366-370.

¹¹⁶ Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *cit.*, p. 296.

¹¹⁷ Gellermann, Martin, en Rengeling, Hans W. *et al.* (eds.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, Múnich, C.H. Beck, 2014, § 9, párr. 5; Niemeyer, Hans-Jörg, “Erweiterte Zuständigkeiten für das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften”, *EuZW*, 1993, pp. 529 y 530.

¹¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe anual 2014*, p. 190, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_155169/.

¹¹⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe Anual de la Actividad Judicial 2017*, p. 222.

4.2.4. Procedimiento de cuestión prejudicial

El análisis de si la cuestión prejudicial puede contarse entre las formas administrativas de protección jurídica del derecho de la Unión debe apreciarse de forma diferenciada.

En primer lugar, el procedimiento del artículo 267 del TFUE debe atribuirse a una función judicial constitucional, lo que también se demuestra por el hecho de que el TJUE ha desarrollado partes esenciales de su jurisprudencia constitucional precisamente en el contexto de estos procedimientos.¹²⁰ La dimensión constitucional del procedimiento prejudicial se pone de manifiesto, en particular, por el hecho de que su objetivo principal es salvaguardar el interés de la Unión¹²¹ o la *unidad del derecho de la Unión*¹²² más allá del interés individual en cooperación con los tribunales de los Estados miembros.¹²³

Aunque el procedimiento del artículo 267 del TFUE también sirve para *proteger los derechos individuales* garantizando la tutela judicial efectiva,¹²⁴ esta es solo una función subordinada o indirecta del procedimiento de cuestión prejudicial.¹²⁵ Los intereses individuales de las partes en el proceso se tienen más

¹²⁰ Cruz Vilaça, José, “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité: quelques réflexions”, en Rossi, L. (ed.), *Vers une nouvelle architecture de l’Union européenne: Le projet de Traité-Constitution*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. 185-199; Pertek, Jacques, “Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité”, *JurisClasseur Europe Traité*, vol. 360, 2018, párr. 70.

¹²¹ Pertek, Jacques, *op. cit.*, párr. 70.

¹²² Dörr, Oliver y Lenz, Christofer, *op. cit.*, párr. 243.

¹²³ Bogdandy, Armin von y Krenn, Christoph, *op. cit.*, § 118, párr. 69.

¹²⁴ Nowak, Carsten, “Rechtsschutz im Europäischen Verwaltungsrecht”, en Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 13, párr. 59; Dörr, Oliver, “Das beschleunigte Vorabentscheidungsverfahren im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts”, *EuGRZ*, vol. 35, 2008, pp. 349-354; Frenz, Walter, *Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz*, Heidelberg, Springer, 2010, párrs. 3224 y ss.; Pechstein, Matthias, *EU-Prozessrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011, párr. 751.

¹²⁵ Brunessen, Bertrand, *op. cit.*, p. 622; Dörr, Oliver, “Das beschleunigte Vorabentscheidungsverfahren...”, *cit.*, pp. 349-354, habla de una protección “al menos indirecta” de los derechos individuales.

bien en cuenta en el procedimiento ante el tribunal nacional cuando este aplica la respuesta del TJUE al caso concreto. El hecho de que el procedimiento prejudicial no tiene como objetivo principal la protección de los derechos individuales se confirma también en lo que respecta a la *posición de las partes del procedimiento judicial nacional en el procedimiento prejudicial*: No tienen derechos de iniciativa, sino solo la oportunidad de expresar sus opiniones.¹²⁶ Tampoco son los destinatarios de la sentencia del TJUE. Más bien se dirige al juez nacional. Además, el derecho de remisión del tribunal nacional no puede limitarse por la disposición de las partes¹²⁷ y las partes del procedimiento ante los tribunales nacionales no pueden impugnar la orden de remisión.¹²⁸

Sin embargo, si se adopta una interpretación amplia de la jurisdicción administrativa que no solo abarque el control de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión por parte de los tribunales de la Unión,¹²⁹ el procedimiento del artículo 267 del TFUE también puede entenderse como administrativo si un tribunal administrativo nacional plantea una cuestión al TJUE en el contexto de su control de la legalidad de la actuación administrativa nacional. En la medida en que las autoridades de los Estados miembros aplican el derecho de la Unión —lo que ocurre en gran medida—, dictan actos administrativos con arreglo al derecho nacional. Las personas afectadas pueden impugnarlos ante los tribunales nacionales. En ese caso, los tribunales nacionales deben remitirse al derecho de la Unión en el que se basa la resolución nacional impugnada para adoptar su decisión. Para que el derecho de la Unión se aplique de manera uniforme en esta administración descentralizada, se puede recurrir al TJUE mediante un procedimiento prejudicial. Entonces, en el contexto de los procedimientos judiciales administrativos nacionales, el TJUE decide un elemento parcial de estos procedimientos con efecto vinculante, aunque sea de forma abstracta. La decisión fi-

¹²⁶ TJUE, asunto 44/65, ECLI:EU:C:1965:122, p. 1275 - *Hessische Knappschaft/Maison Singer et fils*.

¹²⁷ Wegener, Bernhard W., *op. cit.*, art. 267 AEUV, n. 25.

¹²⁸ Frenz, Walter, *op. cit.*, párr. 3386.

¹²⁹ Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 43.

nal del litigio la toma el tribunal administrativo nacional.¹³⁰ Por tanto, la sentencia del TJUE en el marco de una petición de decisión prejudicial puede entenderse como un extracto del proceso de subsunción y decisión del tribunal administrativo nacional.¹³¹

4.3. Intensidad de control

La cuestión de la intensidad del control judicial es de especial importancia para todo sistema judicial administrativo, ya que depende, en gran medida, de la eficacia de la protección jurídica del tribunal administrativo: cuanto más amplio sea el control fáctico y jurídico del tribunal, mayor será el nivel de protección jurídica.¹³²

El derecho primario apenas establece requisitos definitivos en cuanto al alcance del control judicial en el contexto de un recurso de anulación. Es cierto que del principio de tutela judicial efectiva se desprende que el control judicial debe tener un mínimo de profundidad, amplitud y densidad,¹³³ sin embargo, el artículo 261 del TFUE señala al mismo tiempo que los tribunales de la Unión deben respetar el margen de decisión al que tienen derecho las instituciones demandadas.¹³⁴ El TJUE se considera a sí mismo un “órgano de control judicial específico”¹³⁵ y no sustituye su propia decisión por la del órgano competente para preservar el equilibrio institucional.¹³⁶

¹³⁰ Sobre el conjunto Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, pp. 308 y ss.; Azizi, Josef, *op. cit.*, pp. 43 y ss.; Laubadère, André de, *op. cit.*, p. 547.

¹³¹ Azizi, Josef, *op. cit.*, p. 43.

¹³² Huber, Peter M. y Guttner, Michael, *Handbuch IPE VII*, Heidelberg, C. F. Müller, 2021, § 127, párr. 65.

¹³³ Sobre los requisitos del principio de protección jurídica efectiva de la densidad de control judicial, véase Nowak, Carsten, “Justizielle Grundrechte und Verfahrensgarantien”, en Heselhaus, Sebastian *et al.* (eds.), *Handbuch der europäischen Grundrechte*, Múnich, C.H. Beck, 2006, § 51, n. 44 y ss.

¹³⁴ Dörr, Oliver, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*, párr. 186.

¹³⁵ TJUE, asunto 191/82, ECLI:EU:C:1983:259, párr. 29 s. – *Fediol/Comisión*.

¹³⁶ Classen, Claus Dieter, “Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht”, *NJW*, 1995, pp. 2457-2464; Kahl, Wolf-

El control judicial está limitado, en particular, cuando el ejecutivo tiene poderes discrecionales o poderes de evaluación discrecionales (*Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum*).¹³⁷ Según reiterada jurisprudencia, en estos casos “el control jurisdiccional de un acto de la Comisión [...] debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder”.¹³⁸ La densidad del control judicial es especialmente limitada cuando la decisión requiere una evaluación económica compleja,¹³⁹ va acompañada de una discrecionalidad política¹⁴⁰ o cuando los co-

gang, “Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU”, *VerwArch*, vol. 95, 2004, pp. 1, 9 y ss.; Kment, Martin, *Nationale Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften und Europäisches Recht*, Berlín, Lexxion, 2005, p. 36; TJUE, asunto 280/80, ECLI:EU:C:1981:290, párr. 17 - *Bakke-d’Aloja/Consejo*; asunto 282/81, ECLI:EU:C:1983:105, párr. 13 - *Ragusa/Comisión*.

¹³⁷ Brenner, Michael, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1996, pp. 390 y ss.; Classen, Claus Dieter, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, pp. 165 y ss.; Dörr, Oliver, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 263 AEUV, párr. 187; Everling, Ulrich, “Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbsachen”, *WuW*, 1989, pp. 877-893; Kahl, Wolfgang, “Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU”, *VerwArch*, vol. 95, 2004, pp. 10 y ss.; Kment, Martin, *Nationale Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften und Europäisches Recht*, Berlín, Lexxion, 2005, p. 37; Schmidt-Aßmann, Eberhard, “Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte”, *DVBl*, 1997, pp. 281 y 284.

¹³⁸ En cuanto a los criterios de concesión de ayudas, véase TJUE, asunto C-56/93, ECLI:EU:C:1996:64, párr. 11 - *Reino de Bélgica/Comisión*, con más referencias de la jurisprudencia.

¹³⁹ Dörr, Oliver, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 263 AEUV, párr. 191 con otras referencias.

¹⁴⁰ Como ocurre, por ejemplo, en la legislación sobre ayudas estatales (TJUE, asuntos C-409/00, ECLI:EU:C:2003:92, párr. 93 - *España/Comisión*; véase asuntos C-75/05 P y C-80/05 P, ECLI:EU:C:2008:482, párr. 59 - *Deutschland y otro./Kronofrance*), en la adopción de medidas antidumping (Tribunal General, asunto T-132/01, ECLI:C:2003:93, párr. 93, *España/Comisión*); asunto T-132/01, ECLI:EU:T:2003:189, párrs. 47-50 - *Euroalliances y otros/Comisión*; Dörr, Oliver, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*,

nocimientos científicos, técnicos o médicos son absolutamente necesarios para la aplicación de la ley.¹⁴¹

Sin embargo, el poder de revisión de los tribunales de la Unión también puede ampliarse. El artículo 261 del TFUE otorga al TJUE la “competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos” en relación con las medidas coercitivas de las instituciones de la Unión, si se le confiere explícitamente por reglamento. En estos casos de control de plena jurisdicción (*compétence de pleine juridiction*),¹⁴² los jueces pueden examinar el acto impugnado por su adecuación, razonabilidad y equidad, lo que va más allá de un mero examen de legalidad.¹⁴³ Pueden revisar exhaustivamente las consideraciones de hecho y de derecho realizadas por la Administración, sustituirlas por las suyas propias y también tomar su propia decisión sobre el fondo.¹⁴⁴

V. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EUROPEA EN LA CREACIÓN DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO GENERAL

El poder judicial administrativo europeo no solo desempeña un importante papel como autoridad de protección jurídica de los derechos individuales en el marco del derecho administrativo,

art. 263 AEUV, párr. 188) y en la Política Agrícola Común (TJUE, véase, asuntos C-37/06 y C-58/06, ECLI:EU:C:2008:18, párr. 34 - *Viamex Agrar Handel/Hauptzollamt Hamburg*; asunto C-335/09 P, ECLI:EU:C:2012:385, párrs. 71 y 128 - *Polonia/Comisión*).

¹⁴¹ Por ejemplo, TJUE, asunto C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, párrs. 13 y ss. - *Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte*; Tribunal General, asunto T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209, párrs. 169 y ss. - *Pfizer Animal Health/Consejo*; Dörr, Oliver, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 263 AEUV, párr. 189.

¹⁴² En detalle Schmidt, Florian, *Die Befugnis des Gemeinschaftsrichter zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung*, 2004, pp. 25 y ss.

¹⁴³ Dörr, Oliver, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *op. cit.*, art. 263 AEUV, párr. 195.

¹⁴⁴ *Ibidem*, art. 263 AEUV, párr. 196; Conclusiones del AG Póiares Maduro sobre el TJUE, asunto C-3/06 P, ECLI:EU:C:2006:720, párr. 48 - *Danone/Comisión*.

sino que al mismo tiempo tiene una función de liderazgo en la creación, diseño y consolidación del derecho administrativo europeo general.¹⁴⁵ Es característico de la concepción y el desarrollo del derecho administrativo europeo el hecho de que se haya basado decisivamente en los procedimientos ante el TJUE y el Tribunal General y, por tanto, desde una perspectiva judicial.¹⁴⁶

Desde el punto de vista metodológico, el desarrollo de las normas de derecho administrativo a nivel de la Unión ha sido doble: los tribunales de la Unión se apoyaron decisivamente en el método del llamado *derecho comparado evaluativo*.¹⁴⁷ Si bien al principio el TJUE seguía siendo reticente y se limitaba a la aplicación de los tratados al elaborar el derecho administrativo europeo,¹⁴⁸ más tarde empezó a recurrir cada vez más a los sistemas nacionales de derecho administrativo como fuente y depósito de ideas cuando se enfrentaba a un problema jurídico para el que ni los tratados ni el derecho secundario ofrecían una solución. Al hacerlo, no se limitó a reducir las soluciones encontradas a partir de los modelos normativos nacionales a su “mínimo común denominador”,¹⁴⁹ ya que esto inevitablemente fijaría el nivel de pro-

¹⁴⁵ Everling, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs...”, *cit.*, p. 311; Everling, Ulrich, “Auf dem Weg zu einem europäischen Verwaltungsrecht”, NVwZ, 1987, pp. 8 y ss.; Terhechte, Jörg P., “Einführung”, en Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 1, n. 33; Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *cit.*, p. 141; Schmidt-Aßmann, Eberhard, “Europäisches Verwaltungsrecht als gemeinsame Aufgabe”, *EuZöR*, 2000, p. 22; Schwarze, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht...*, *cit.*, pp. 57 y 61.

¹⁴⁶ Terhechte, Jörg P., “Einführung...”, *cit.*, § 1, n. 33; Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *cit.*, 2008, p. 141.

¹⁴⁷ Sobre el método del llamado derecho comparado evaluativo, véase la sentencia fundamental del TJUE, asunto 7/56 y otros, ECLI:EU:C:1957:7, p. 118 - *Algera y otros/CECA*; Classen, Kai-Dieter, *op. cit.*, p. 30; Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *cit.*, p. 212; Fehling, Michael, “Europäisches Verwaltungsverfahren...”, *cit.*, § 12, n. 6; Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 20 y ss.; Zweigert, Konrad, “Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten”, *RabelsZ*, 1964, p. 611.

¹⁴⁸ Kasten, Hans-Hermann, “Entwicklung eines Europäischen Allgemeinen Verwaltungsrechts”, *DÖV*, 1989, p. 571.

¹⁴⁹ Véanse, en relación con el art. 340, apdo. 2, del TFUE, las conclusiones de AG *Karl Roemer*, asunto 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, p. 990 - *Zuckerfa-*

tección de los principios administrativos individuales a un nivel bajo y, por tanto, los reduciría injustamente.¹⁵⁰ Más bien buscaba la “mejor solución” para el derecho de la Unión, que podía resultar de un examen crítico de las normas de los Estados miembros o de su combinación.¹⁵¹ Aplicando el método del derecho comparado evaluativo, surgió un número considerable de principios jurídicos generales (administrativos) del derecho de la Unión a partir de los principios y tradiciones jurídicas comunes reconocidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, como el principio de legalidad administrativa,¹⁵² el derecho a ser oído en caso de acción administrativa onerosa,¹⁵³ la prohibición de discriminación,¹⁵⁴ el principio de proporcionalidad,¹⁵⁵

brik Schöppenstedt c. Consejo; el dictamen de Miguel Poiares Maduro sobre el TJUE, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, ECLI:C:2008:98, párr. 55 - *FIAMM y otros/Consejo*; asuntos C-120/06 P y C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, párr. 55 - *FIAMM y otros/Consejo*; véase también Dannecker, Gerhard y Biermann, Jörg, en Immenga, Ulrich y Mestmäcker, Ernst-Joachim (ed.), *Wettbewerbsrecht*, 2019, prefacio, art. 23 f, Reglamento 1/2003, párr. 37; Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 213; Hegels, Susanne, op. cit., p. 39; Mader, Oliver, *Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsverwaltungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 76.

- ¹⁵⁰ Fehling, Michael, “Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht”, *EuR*, 2016, Beiheft 1, p. 65.
- ¹⁵¹ Borchardt, Klaus-Dieter, “Auslegung, Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung”, en Schulze, Reiner et al. (ed.), *Europarecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, § 15, párr. 24; Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 213 con más referencias; Schwarze, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht...*, cit., p. 82; fundamentalmente Zweigert, Konrad, op. cit., p. 611.
- ¹⁵² TJUE, asuntos 42/59 y 49/59, ECLI:EU:C:1961:5, p. 172 – *SNUPAT/Alta Autoridad*.
- ¹⁵³ TJUE, asunto 17/74, ECLI:EU:C:1974:106, párr.- 15 - *Transocean Marine Paint/Comisión*; asunto 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, párr. 9 - *Hoffmann-La Roche/Comisión*.
- ¹⁵⁴ TJUE, asuntos 117/76 y 16/77, ECLI:EU:C:1977:160, párr. 7 - *Ruckdeschel*; asunto 138/78, ECLI:EU:C:1979:46, párr. 9 - *Stölting/Hauptzollamt Hamburg*; asunto 52/79, ECLI:EU:C:1980:83, párr. 20 f. - *Debaue et al.*
- ¹⁵⁵ TJUE, asunto 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, párr. 15 - *Internationale Handelsgesellschaft*; asunto 5/73, ECLI:EU:C:1973:109, párrs. 19 y ss. - *Balkan-Import-Export/Hauptzollamt Berlin*.

el principio de seguridad jurídica¹⁵⁶ y el principio de protección de la confianza legítima,¹⁵⁷ por citar solo algunos ejemplos. Posteriormente, este enfoque de derecho comparado se estableció explícitamente en el artículo 340 (2) del TFUE.

Cada vez más los tribunales de la UE también derivan normas de derecho administrativo (además del método del llamado derecho comparado evaluativo) de una *concreción de los requisitos del derecho de la UE*.¹⁵⁸ Así, tanto el Tribunal General como los abogados generales utilizaron la Carta Europea de Derechos Fundamentales como fuentes del derecho.¹⁵⁹ Este enfoque puede describirse sin duda en términos funcionales como “concreción constitucional” (*Verfassungskonkretisierung*).¹⁶⁰ Así, se aplica al derecho administrativo europeo que debe entenderse en muchos aspectos como derecho constitucional concretado.¹⁶¹

Este papel creativo del TJUE era inherente a su fundación.¹⁶² Sin embargo, a lo largo de los años ha evolucionado y cambiado.¹⁶³

¹⁵⁶ TJUE, asunto 15/73, ECLI:EU:C:1974:16, párrs. 31 y 32 - *Kortner-Schots y otros/Consejo y otros*; asunto 98/78, ECLI:EU:C:1979:14, párr. 20 - *Racke/Hauptzollamt Mainz*.

¹⁵⁷ TJUE, asunto 111/63, ECLI:EU:C:1965:76, p. 911 - *Lemmerz-Werke/Alta Autoridad*; asunto 1/73, ECLI:EU:C:1973:78, párr. 5 - *Westzucker GmbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker*.

¹⁵⁸ Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., pp. 141 y ss.

¹⁵⁹ Tribunal General, asunto T-77/01, ECLI:EU:T:2002:4, párr. 35 - *Diputación Foral de Álava y otros/Comisión*; asunto T-54/99, ECLI:EU:T:2002:20, párr. 48 y 57 - *max.mobil/Comisión*; conclusiones del AG Antonio Tizzano sobre el TJUE, asunto C-173/99, ECLI:EU:C:2001:81, párr. 26 y ss. - *BECTU*; conclusiones de la AG Juliane Kokott sobre el TJUE, asunto C-220/02, ECLI:EU:C:2004:92, párr. 39 - *Österreichischer Gewerkschaftsbund*; conclusiones del AG M. Poiares Maduro sobre el TJUE, asunto C-384/02, ECLI:EU:C:2004:316, párr. 56 - *Grøngaard y Bang*.

¹⁶⁰ Danwitz, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 142.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 140.

¹⁶² *Cfr.* Memorandum sobre las instituciones de la propuesta de 9 de mayo de 1950 (versión revisada de 4 de agosto de 1950), reimpresso en Schulze, Reiner y Hoeren, Thomas (ed.), *Dokumente zum Europäischen Recht - Band 2: Justiz (bis 1957)*, Berlín, Springer, 2000, pp. 41 y 43.

¹⁶³ Sobre las distintas etapas de desarrollo del derecho administrativo europeo, véase Terhechte, Jörg P., “Strukturen und Perspektiven des europä-

Mientras que en los primeros días y en la fase inicial de la integración europea se trataba de “descubrir” normas y principios de derecho administrativo totalmente nuevos, hoy en día se ha pasado a matizar el contenido, las excepciones y (en derecho procesal administrativo) las consecuencias de los errores procedurales.¹⁶⁴ Además, el papel de los jueces se ha desplazado hacia el control del cumplimiento de los principios ya desarrollados por parte de los Estados miembros.¹⁶⁵ Sin embargo, incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el poder formativo de la legislación judicial en el ámbito del derecho administrativo europeo sigue siendo grande.

BIBLIOGRAFÍA

- AZIZI, Josef, “Wege zu einer Europäischen Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *ÖJZ*, vol. 2, 2012.
- BAST, Jürgen, “Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht”, en LEIBLE, Stefan y TERHECHTE, Jörg P. (eds.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2014.
- BRUNESSEN, Bertrand, *Le juge de l’Union européenne, juge administratif*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- CLASSEN, Claus Dieter, “Der EuGH und die Herausbildung eines europäischen Verwaltungsrechts”, en SCHENKE, Ralf P. y SUERBAUM, Joachim (eds.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

ischen Verwaltungsrechts”, en Leible, Stefan y Terhechte, Jörg P. (ed.), *op. cit.*, § 30 párrs. 6 y ss.

¹⁶⁴ Fehling, Michael, “Europäisches Verwaltungsverfahren...”, *cit.*, § 12 párr. 14; Terhechte, Jörg Philipp, “Einführung...”, *cit.*, § 1, párr. 33 habla de un cambio de una “fase evolutiva” a una “fase de conservación”; véase también Terhechte, Jörg P., “Von Lissabon zu Mangold”, *EuZW*, vol. 22., núm. 3, 2011, pp. 81 y 82; Terhechte, Jörg P., “Strukturen und Perspektiven...”, *cit.*, § 30, párr. 7. Sobre la jurisprudencia de los tribunales de la Unión sobre las consecuencias de los errores, véase Hering, Laura, *Fehlerfolgen im europäischen Eigenverwaltungsrecht*, Heidelberg, Springer, 2019, pp. 11 y ss.

¹⁶⁵ Terhechte, Jörg P., “Strukturen und Perspektiven...” *cit.*, § 30 párr. 7 habla de que el TJUE “se ha desplazado cada vez más de su papel de innovador al de guardián”.

- DÖRR, Oliver y LENZ, Christofer, *Europäischer Verwaltungsschutz*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- EVERLING, Ulrich, “Das Verfahren der Gerichte der EG im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Mitgliedstaaten”, en GROTE, Rainer *et al.* (eds.), *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2007, p. 535.
- EVERLING, Ulrich, “Zur Funktion des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften als Verwaltungsgericht”, en BENDER, Bernd *et al.* (eds.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70 Geburtstag*, München, C. H. Beck, 1993.
- EVERLING, Ulrich, “Zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union”, en IPSEN, Jörn y STÜER, Bernhard (eds.), *Europa im Wandel. Festschrift für Hans-Werner Rengeling*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 527.
- FEHLING, Michael, “Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht”, en TERHECHTE, Jörg P. (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011.
- FEHLING, Michael, “Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht”, *Europarecht*, Beiheft 1, 2016, p. 59.
- HÖRETH, Marcus, “Die Macht des EuGH als supranationales Verwaltungs- und Verfassungsgericht – die politikwissenschaftliche Perspektive”, en SCHENKE, Ralf P. y SUERBAUM, Joachim (eds.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 67.
- KOTZUR, Markus, “Die europäische Gerichtsbarkeit”, en LEIBLE, Stefan y TERHECHTE, Jörg P. (eds.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2014, § 5.
- LAUBADÈRE, André de, *Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes*, Leiden-Boston, Brill, 1964, col. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 111.

- NOWAK, Carsten, “Rechtsschutz im Europäischen Verwaltungsrecht”, en TERHECHTE, Jörg P. (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011.
- PUISSOCHET, Jean-Pierre, “L’administration de la justice européenne”, *Revue Française d’Administration Publique*, 2000, p. 427.
- SCHERER, Joachim y ZULEEG, Manfred, “Verwaltungsgerichtsbarkeit”, en SCHWEITZER, Michael (ed.), *Europäisches Verwaltungsrecht*, Viena, 1991.
- SCHWARZE, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- SIEGEL, Thorsten, “Die Widerspruchskammer im System des europäischen Verwaltungsrechtsschutzes”, *EuZW*, 2008, p. 141.
- TERHECHTE, Jörg P., “Strukturen und Perspektiven des europäischen Verwaltungsrechts”, en LEIBLE, Stefan y TERHECHTE, Jörg P. (eds.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 1135.
- TOADER, Camelia, “Funktion und Selbstverständnis des EuGH im Verwaltungsrecht. Zur europäischen Integration mit den Mitteln des Verwaltungsrechts am Beispiel des Vorabentscheidungsersuchens”, en SCHENKE, Ralf P. y SUERBAUM, Joachim (eds.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 45.
- TOHIDIPUR, Timo, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU. Zu Genese und Zustand justizieller Konstitutionalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- ULE, Carl H., “Der Gerichtshof der Montangemeinschaft als europäisches Verwaltungsgericht”, *DVBl*, 1952, p. 65.

La resonancia de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las entidades de fiscalización superior de América Latina

Ileana González Chaverri

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos generales de algunos de los órganos de fiscalización de América Latina. III. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Carácter vinculante y acatamiento por parte de los diferentes entes del Estado. IV. Retos de los órganos de fiscalización de cara a algunas resoluciones de la Corte IDH. V. Algunas consideraciones y conclusiones finales. Bibliografía. Anexos.

I. INTRODUCCIÓN

Existen diferentes modelos de entidades de fiscalización superior (EFS): el Westminster; el judicial o napoleónico, y el de junta o colegiado. De estos, cada Estado determinará cuál elegirá, de acuerdo con sus necesidades, así como las características que tendrá cada uno de ellos, cuya decisión los hace especiales y con rasgos únicos en razón de las atribuciones otorgadas.

A pesar de los diferentes modelos y con independencia del tipo que elija cada Estado, la mayoría de las EFS realiza una de las funciones principales, que es la de examinar si los recursos públicos se emplean de forma eficiente y eficaz, de conformidad con la normativa correspondiente y en concordancia con las

prioridades nacionales. Estas entidades cumplen dicha función por medio del desarrollo de tres tipos de control, como las auditorías financieras, las de legalidad y las de desempeño, conocidas también como auditorías de resultados. En algunos casos el control es previo (de carácter preventivo) y en otros posterior (correctivo o penalizador, allí donde las entidades tienen capacidad para imponer sanciones).

En concordancia con la función anterior, algunas EFS poseen la potestad de inhabilitar para el ejercicio de cargos públicos a funcionarios de elección popular cuando estos hayan cometido una falta en contra de la Hacienda pública, como es el caso de las Contraloría de Colombia, Perú y Costa Rica.

Esta potestad fue cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por ser violatoria de los derechos humanos, específicamente en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*. En esta sentencia, la Corte IDH señaló que un órgano administrativo no puede imponer como sanción la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, ya que dicha inhabilitación únicamente puede ser decretada por un órgano judicial.

Es así que esta sentencia viene a marcar un hito para las EFS, ya que es claro que no pueden omitir lo señalado en esa resolución y, por ende, deben respetar lo que se indica en la misma, por lo que en este capítulo se analizará si las EFS de Colombia, Perú y Costa Rica¹ han iniciado algún cambio dentro de su ordenamiento y funciones de cara a esta resolución, que les señala la imposibilidad de decretar la inhabilitación, o si, por el contrario, han hecho caso omiso de la misma, valorando con ello si realmente estamos a las puertas de un *Ius Constitucionale Commune*.

Esa sentencia definitivamente viene a marcar un reto muy relevante para los órganos de fiscalización superior de los diferentes Estados, ya que van a tener que valorar la ejecución de dicha potestad o, en su defecto, buscar alguna alternativa con la que puedan cumplir su función asignada y respetar lo dictado por la Corte IDH.

¹ Se toman para el análisis de estas EFS, pues las mismas poseen características muy similares, como lo es en cuanto a su conformación, características, funciones y la potestad de sanción.

II. ASPECTOS GENERALES DE ALGUNOS DE LOS ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN DE AMÉRICA LATINA

Es indiscutible el papel de la EFS como ente rector de la fiscalización de los fondos públicos, considerado uno de los medios por el cual se brinda rendición de cuentas a los ciudadanos acerca de cómo las instituciones públicas administran y gastan los fondos públicos de la sociedad. En este apartado se definirán dichos órganos y su rol en el aparato estatal, además, se analizarán las potestades conferidas, en especial la facultad para inhabilitar que poseen algunas de estas entidades, como es el caso de las EFS de Perú, Colombia y Costa Rica.

2.1. Los órganos de fiscalización superior, conceptualización

Las EFS son aquellos entes del sector público encargados de examinar si los recursos públicos se emplean de forma eficiente y eficaz, de conformidad con la normativa correspondiente y en concordancia con las prioridades nacionales; de ahí que brinden tranquilidad a los parlamentos y ciudadanos sobre cómo los Gobiernos manejan de forma apropiada y efectiva los fondos públicos.²

Son también definidas como los principales órganos designados por el poder legislativo para llevar a cabo la auditoría del sector público. Su función principal es la de fiscalizar, defender la sostenibilidad del interés general y señalar las responsabilidades de los gestores públicos en el uso de los recursos públicos.³

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “DAC Statistical Reporting Directives”, París, OCDE, p. 11, www.oecd.org/dac/stats/dacdirectives

³ Abellán López, María Ángeles y Pardo Beneyto, Gonzalo, “El papel de las entidades de fiscalización superior en la rendición de cuentas de las administraciones públicas”, en Santos González, D. y Giménez Rodríguez, S. (coords.), *Integraciones y desintegraciones sociales*, Toledo, ACMS, 2016, p. 707.

Es así que estas entidades cumplen varios roles esenciales para las sociedades, siendo uno de ellos el fiscalizar el correcto uso de los fondos públicos a efecto de que sean utilizados de manera adecuada, en el sentido de que se garantice a la ciudadanía los principios que integran la buena administración, labor que realizan mediante la ejecución de sus potestades de fiscalización, es decir, rindiendo cuentas, siendo eficientes, transparentes, así como las demás acciones vinculadas a sus funciones.⁴

Muchas veces suele referirse a las EFS como agencias autónomas de auditoría que actúan como verdaderos sistemas de frenos y contrapesos del Estado. Estas agencias pueden conocerse bajo diferentes denominaciones, como auditorías superiores, oficinas del auditor general, contralorías generales, tribunales de cuentas, cortes de cuentas, entre otras; el nombre y tipo de entidad dependerá de las competencias que se les hayan asignado en cada país. En su mayoría, estos organismos tienen su origen en la Constitución Política y su desarrollo en un marco legal donde se establece su accionar, aunado a que, en la mayoría de los países, las EFS son un órgano auxiliar técnico del poder legislativo y disponen de completa autonomía funcional y administrativa.

Como se dijo al inicio de este capítulo, a las EFS les corresponde desarrollar tres tipos de control, tales como las auditorías financieras, las de legalidad y las de desempeño, conocidas también como auditorías de resultados. En algunos casos, el control es previo (de carácter preventivo) y en otros posterior (correctivo o penalizador, allí donde las entidades tienen capacidad para imponer sanciones).⁵

Dadas esas funciones esenciales, se afirma que las EFS son los engranajes cruciales del sistema de controles horizontales, orien-

⁴ Arroyo Chacón, Jennifer, “El doble papel que posee la Contraloría General de la República de Costa Rica para garantizar el derecho de la ciudadanía a la buena administración”, *XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago de Chile, 8 a 11 de noviembre de 2016, p. 1.

⁵ Cornejo, Carolina, *Elementos para la participación ciudadana en la fiscalización pública: una aproximación desde la experiencia de la Contraloría General de Paraguay (2006-2014)* (Máster), Georgetown, Georgetown University, 2016, pp. 12 y 13.

tados a fiscalizar la legalidad de los comportamientos de funcionarios y agencias públicas, así como vigilar el cumplimiento de los objetivos de política pública de las dependencias estatales.⁶

En definitiva, es claro el rol vital que las EFS juegan para los Estados de derecho, pues con el ejercicio de sus funciones (fiscalizar el buen uso de los fondos públicos, velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico y contribuir por medio del control a la disminución de la corrupción) garantizan a la sociedad el correcto uso de los fondos públicos y, con ello, se establece seguridad, legitimidad entre EFS y la ciudadanía en general.⁷

2.2. Tipos de entidades de fiscalización superior y funciones esenciales

Las EFS dependen de las condiciones legales, financieras y políticas de cada Estado. Es por ello que la historia de cada Estado es la que va a determinar las características que tendrán las instituciones auditoras, buscando con ello que estas sean funcionales dentro del sistema político-administrativo en el que se mueven. Es así que, a nivel mundial, cada nación que haya creado uno de estos órganos de fiscalización lo dotará de características especiales y, a veces, irrepetibles, debido al tipo de atribuciones que se les asigne.⁸

Como señalamos, se distinguen tres modelos de EFS: el Westminster, el judicial o napoleónico, y el de junta o colegiado. El primer modelo —el Westminster— es conocido también

⁶ Gutiérrez Luna, Anahí, “La fiscalización superior a nivel subnacional en México. Una evaluación del desempeño de las entidades de fiscalización superior (EFS) locales”, *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, núm. 4, 2015, p. 144.

⁷ González Chaverri, Ileana, *La participación ciudadana en la gestión y la fiscalización de la Hacienda pública en Costa Rica. Alcance del artículo 9 de la Constitución Política*, Tesis de Doctorado, Salamanca, Universidad Salamanca, 2020, p. 235.

⁸ Fuentes Castro, Benjamín, “Democracia y fiscalización: modelos y aportaciones”, *Revista Técnica sobre Rendición de Cuentas y Fiscalización Superior*, año III, núm. 5, agosto de 2013 - febrero de 2014, p. 12, https://www.asf.gob.mx/uploads/250_Revista_Tecnica/revista_Tecnica5.pdf

como anglosajón o parlamentario, en el cual las EFS son conocidas como oficinas nacionales de auditoría.⁹ En este modelo, las EFS están sujetas a control parlamentario, lo cual explica la clasificación que se ha hecho de las entidades de fiscalización, distinguiéndolas de aquellas del modelo francés o de “corte de cuentas”.¹⁰

Se caracterizan por ser EFS unipersonales independientes del poder ejecutivo, las cuales principalmente realizan labores fiscalizadoras por medio de las auditorías operativas y de asesoría técnica a los parlamentos. Normalmente carecen de potestades jurisdiccionales, por lo que las irregularidades que detectan en sus labores las remiten a los órganos juzgadores.¹¹

Por su parte, en el modelo judicial o napoleónico, las EFS son conocidas como tribunales de auditoría o tribunales de cuentas y coexisten junto a inspecciones estatales generales. En este modelo, las EFS tienen una composición colegiada, además son independientes de los poderes legislativo y ejecutivo y tienen competencias fiscalizadoras y jurisdiccionales.

Finalmente, el modelo de junta, colegiado, o también conocido como germánico, tiene una composición colegiada, al igual que el anterior. Es independiente de los poderes legislativo y ejecutivo; sin embargo, solo posee competencias fiscalizadoras y no así jurisdiccionales.¹²

⁹ OCDE, *Buenas prácticas para el apoyo de las Entidades de Fiscalización Superior*, p. 16, https://www.oecd.org/dac/effectiveness/Buenas_Prácticas_para_el_Apoyo_a_Entidades_Fiscalizadoras_Superiores-%20for%20web.pdf

¹⁰ Romero Gudiño, Alejandro, “La efectividad del combate a la corrupción mediante el control parlamentario de la fiscalización superior”, *El Cotidiano*, núm. 198, julio-agosto de 2016, p. 48, <https://biblat.unam.mx/hevila/ElCotidiano/2016/no198/6.pdf>

¹¹ Arias Ramírez, Hansel, *La vigilancia superior de la Hacienda pública en Costa Rica Análisis del diseño institucional de la Contraloría General de la República y aportaciones en procura de un arquetipo de institución fiscalizadora en América Latina*, Tesis de Doctorado, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2018, p. 72.

¹² García Blanco, María José, *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, Tesis de Doctorado, Madrid, Universidad Complutense, 2018, pp. 58-60.

2.3. Potestad de sanción e inhabilitación para acceder a cargos públicos

A pesar de los diferentes modelos que existen para los órganos de fiscalización superior, se tiene que uno de los modelos posee la potestad de sancionar e inhabilitar a los servidores públicos que hayan cometido alguna falta contra el erario público.

Cuando un funcionario público, en el desempeño de sus funciones, realiza actos que contravengan las obligaciones contenidas en las leyes, estos pueden incurrir en alguna responsabilidad administrativa. Las sanciones a los cuales se pueden ver expuestos estos servidores son: amonestación privada o pública, suspensión temporal, destitución del puesto e inhabilitación temporal para desempeñar empleos o cargos o comisiones en los órganos de Gobierno.

La inhabilitación es una forma de sanción administrativa que imposibilita temporalmente al funcionario público para desempeñar cualquier cargo o puesto dentro de la Administración pública, y dicha sanción es aplicada cuando las situaciones o conductas que hizo el servidor sean sumamente graves.¹³

A efectos de esta investigación, se procederá a la revisión de esta potestad de inhabilitación en algunas EFS de América Latina y se determinará cuál es la normativa que las faculta para ejercer dicha competencia.

2.3.1. Contraloría General de Perú

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, en el título III, denominado “Contraloría General de la República”, capítulo I, “Atribuciones de la Contraloría General”, específicamente en su artículo 22, señala las atribuciones de la Contraloría General de la República del Perú (CGR Perú). En lo que interesa, se

¹³ Guajardo Cantú, Gerardo, *La autonomía y las facultades de sanción de las entidades superior en México en la efectividad del combate a la corrupción*, Tesis de Doctorado, Madrid, Universidad Complutense, 2013, pp. 65-67.

establece la potestad para sancionar a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones contra la Administración.¹⁴

Asimismo, en dicha ley, en el numeral 47, se detallan los tipos de sanciones por responsabilidad administrativa funcional, señalando que son la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, por un periodo que podrá ser de uno a cinco años, así como la suspensión temporal de sus funciones no menor a 30 días ni mayor a 360 días.¹⁵

Como complemento a la ley citada se tiene que en el “Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control”, en el artículo 11 se hace referencia a los diferentes tipos de sanciones que puede aplicar la CGR Perú, señalando que los funcionarios que incurran en responsabilidad administrativa funcional son sancionados con inhabilitación para el ejercicio de la función pública o suspensión temporal en el desempeño de sus funciones. Dichas sanciones se impondrán de acuerdo con los criterios de la gravedad de la infracción en la que hubieran incurrido y conforme a los criterios de graduación (art. 11.1). El numeral 11 agrega, en su inciso 2), que la inhabilitación comprenderá la pérdida de la capacidad legal para el desempeño de las funciones, cargos o comisiones que representen el ejercicio de una función pública por parte del sancionado, y supone la

¹⁴ Ley 29622, publicada el 7 de diciembre de 2010, que entró en vigor en un plazo de 120 días a partir del día siguiente a su publicación, art. 3, párr. incorporado: d) Disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador del Sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal. *Asimismo, ejerce la potestad para sancionar a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones contra la administración referidas en el subcapítulo II sobre el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional* (cursivas añadidas).

¹⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de Perú, No. 27785, https://doc.contraloria.gob.pe/documentos/TILOC_Ley27785.pdf

consecuente extinción del vínculo jurídico que soporta el desempeño de la función pública que se estuviera prestando a la fecha en que se hace efectiva la sanción; así como el impedimento para obtener un nuevo mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público, celebrar contratos administrativos de servicios o para el ejercicio de la función pública en las entidades, bajo cualquier modalidad. Finalmente, el último inciso de este artículo señala la suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, lo que comprende la separación del cargo y la suspensión del goce de remuneraciones, compensaciones o beneficios de cualquier índole (art. 11.3).¹⁶

Puede observarse que en el caso particular de la CGR Perú existe normativa tanto de rango de ley como de reglamento que le faculta para inhabilitar a aquellos funcionarios que incurran en una responsabilidad funcional. Dicha competencia es comunicada y publicitada por parte de la entidad de fiscalización por medio de su sitio web, donde se puede observar información para el servidor público respecto del impedimento para ejercer la función pública por haber sido sancionado por la CGR Perú; además, se indica sobre el cumplimiento obligatorio y ejecutividad inmediata para los funcionarios públicos sancionados con la inhabilitación o la suspensión temporal para el ejercicio de cargos. Inclusive, se hace referencia, entre otros aspectos, al impedimento de contratar a funcionarios inhabilitados y a la necesidad de revisar el sistema denominado “Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles - SERVIR),”¹⁷ a efecto de consultar qué funcionarios públicos han sido sancionados.¹⁸

¹⁶ Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, http://dataonline.gaceta-juridica.com.pe/resource_gcivil/ElPeruanoGC/05042018/05-04-2018_SE_Res_100-2018-CG.pdf

¹⁷ El sistema puede consultarse en <https://www.gob.pe/818-consultar-el-registro-nacional-de-sanciones-contra-servidores-civiles-rnssc>

¹⁸ Contraloría General de la República de Perú, https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/as_portal/tipscontrol/contenido_tips_control/13_impedimentoejercerfuncionpublica/c_13_impedimientoparaejercerfuncionpublica

Cabe destacar que el 16 de julio 2021, el Congreso de la República de Perú emitió la Ley 31288, denominada “Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República”, en cuyo artículo 47¹⁹ se citan los tipos de sanciones, específicamente en lo referente a la inhabilitación para infracciones graves y muy graves. En particular, en el inciso 3) se indica que, de imponerse la sanción por responsabilidad administrativa funcional cuando la persona se encuentre ejerciendo un cargo de elección popular, la sanción tiene eficacia desde que cese dicho cargo.

En este sentido, este nuevo numeral marca una diferencia, pues señala que la sanción impuesta a un funcionario de elección popular se aplicaría hasta que cese el nombramiento del servidor.

¹⁹ Ley 31288, “Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República (2021), Artículo 47.- Tipos de sanciones 1. Las infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional, tipificadas en el artículo 46, dan lugar a la imposición de sanción conforme a lo siguiente: a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de sesenta (60) días calendario ni mayor a un (1) año para las infracciones graves. b) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor a un (1) año hasta cinco (5) años para las infracciones muy graves. Las referidas sanciones comprenden la pérdida de la capacidad legal para el desempeño de funciones, cargos o comisiones en el ámbito de la función pública por parte del funcionario o servidor sancionado. En caso la indicada sanción sea mayor a seis (6) meses, esta supone además la consecuente extinción del vínculo jurídico de cualquier naturaleza que, para la prestación de función pública, mantuviese el funcionario o servidor con una entidad pública, al momento de la eficacia de la sanción. 2. En reglamento aprobado por resolución de contraloría, se especifican el alcance y criterios para la graduación de las sanciones y se establecen las disposiciones para la aplicación de las mismas. 3. De imponerse la sanción por responsabilidad administrativa funcional cuando la persona se encuentre ejerciendo un cargo de elección popular, la sanción tiene eficacia desde que cesa en dicho cargo”. *Diario Oficial El Peruano*, <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-tipifica-las-conductas-infractoras-en-materia-de-res-ley-n-31288-1974470-1>

2.3.2. Contraloría General de Colombia

En igual sentido que la CGR Perú, la EFS de Colombia posee la facultad de inhabilitar a funcionarios públicos. Dicha potestad tiene su génesis en la Constitución Política de Colombia, específicamente en el artículo 267, el cual señala que la Contraloría General de la República (CGR Colombia) es la encargada de ejercer la vigilancia y el control fiscal; es la que inspecciona la gestión fiscal de la Administración, de los particulares o de las entidades que manejen fondos o bienes públicos.²⁰ Dicho artículo agrega que la ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la CGR Colombia será preferente en los términos que defina la ley.

Aunado a lo anterior, la Ley 734 de 2002, en su artículo 38, denominado “Otras inhabilidades”, indica en el inciso 4 que constituye una inhabilidad para desempeñar cargos públicos el haber sido declarado responsable. En el parágrafo 1, dicho artículo agrega que quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo. Tal sanción cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o la CGR Colombia excluya al responsable del boletín de responsables fiscales. Si hubieran transcurrido cinco años desde la ejecutoria y el responsable no hubiese pagado la suma establecida en el fallo, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y así, sucesivamente, la sanción se adecúa en tiempo y cuantía.²¹

²⁰ Procuraduría General de Colombia, <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/ejecucion/Constitución%20Pol%C3%ADtica%20de%20Colombia%202020.pdf>

²¹ Por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Código Disciplinario Único. *Diario Oficial* de 13 de febrero de 2002, núm. 44.708, https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_734_2002.pdf

Finalmente, el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 regula el boletín de responsables fiscales, en el que se indica que la CGR Colombia será la encargada de publicar trimestralmente un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo de responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado, y no hayan satisfecho la obligación contenida en él. El numeral agrega que los representantes legales y demás funcionarios competentes deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 190 de 1995.²²

2.3.3. Contraloría General de Costa Rica

Al igual que en las contralorías anteriores, el órgano de fiscalización superior de Costa Rica posee la potestad de decretar la inhabilitación. La génesis de este órgano yace en la Constitución Política, en sus artículos 183 y 184, donde se consagra la potestad de fiscalización de la Hacienda pública de Costa Rica.²³

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428, además de desarrollar las competencias constitucionales otorgadas a la institución, en los artículos 68 y 69 plasma la potestad sancionadora que ostenta la EFS. En el artículo 68 se consagra la potestad para ordenar y recomendar sanciones por parte de la Contraloría General de la República (CGR Costa Rica) cuando, en el ejercicio de sus facultades, determine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en esa ley o ha provocado lesión a la Hacienda pública. De ser el caso, le recomendará al órgano o autoridad administrativa competente, mediante su criterio técnico, que es vinculante, que

²² Ley 610 de 2000, República de Colombia, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5725>

²³ Constitución Política de Costa Rica, https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

aplique la sanción correspondiente de acuerdo con el mérito del caso. Asimismo, en el artículo 69 consagra la potestad de la sanción en caso de desobediencia, cuando la Contraloría General de la República (CGR) haya girado órdenes y estas no hayan sido cumplidas.

A su vez, el artículo 72, el cual se denomina la “Prohibición de ingreso o de reingreso del infractor”, establece la sanción de la inhabilitación, la cual es impuesta por la CGR Costa Rica y consiste en que quien haya cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, contemplado en dicha ley o contra la propiedad o la buena fe de los negocios, no podrá ser nombrado para ocupar un cargo en la Hacienda pública. Dicha prohibición puede llegar a ser impuesta en contra de exservidores públicos que intenten reingresar a la Hacienda pública o cuando el servidor público haya sido despedido por haber cometido un delito o falta grave, aunque su relación de servicio anterior con la Hacienda pública haya terminado sin responsabilidad de su parte. La prohibición que puede llegar a imponer el ente fiscalizador con vista a las pruebas no puede ser menor a dos años ni mayor a ocho.²⁴

III. RESOLUCIONES DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
CARÁCTER VINCULANTE Y ACATAMIENTO
POR PARTE DE LOS DIFERENTES ENTES
DEL ESTADO

Todo Estado democrático de derecho debe fundamentarse en el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos humanos que le son inherentes, los cuales integran el bloque de la convencionalidad. Uno de los presupuestos esenciales del régimen democrático es el efectivo ejercicio de las libertades fundamentales y los derechos humanos, reconocidos en las respectivas constitu-

²⁴ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Costa Rica, No. 7428, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=21629&strTipM=TC

ciones de los Estados y en los diferentes instrumentos interamericanos de derechos humanos.²⁵

En ese sentido, el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) reconoce una relación entre el derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho comparado;²⁶ de ahí que el eje del *Ius Constitutionale Commune* sean los derechos fundamentales y humanos. Hay tres razones que le dan ese sustento: la primera de ellas es ese contenido transformador de las constituciones donde se plasman los derechos fundamentales; en segundo lugar, que estos derechos son la piedra angular de la sociedad civil, y, finalmente, las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos. Esto sin duda ha impactado y transformado el ordenamiento jurídico interno de los países y los derechos han proporcionado un lenguaje común, jurídico, político y social que antes no existía.²⁷

Es por ello que se habla de una alteración de las fuentes del derecho administrativo de los diferentes ordenamientos jurídicos internos, principalmente en cuanto a la generación y aplicación de reglas jurídicas que operan a partir del sometimiento de los Estados a normas y tribunales internacionales.

Esta situación obliga a identificar aquellos supuestos de adecuación de las prácticas internas de cualquier naturaleza —por ejemplo, normas, actos administrativos, sentencias— a una red de garantías internacionales que no resulta discutible por los Estados, pues ineludiblemente deberán adaptar los procedimientos e instituciones del Estado para mantenerse dentro de las fronteras de cumplimiento de los tratados internacionales.

En definitiva, esta realidad impone a los operadores del derecho la obligación de adecuar la normativa y el ordenamiento

²⁵ Hernández Mendible, Víctor, “Control de convencionalidad y la Administración pública”, *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*, vol. 1, 2019, p. 644 y 645.

²⁶ Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-IIJ-UNAM-MPIL-Corte IDH, 2016, p. 71.

²⁷ *Ibidem*, p. 84.

jurídico interno, así como los actos administrativos y sus actuaciones a las normas internacionales, pues, al final, un tribunal evaluará lo actuado por ese Estado y juzgará la existencia o no de un hecho ilícito que podría derivar en un acto generador de responsabilidad para el Estado, lo cual, sin duda, implica plantear cambios significativos en las competencias estatales y en la forma de ejercerlas.²⁸

3.1. Control de convencionalidad por parte de los órganos de fiscalización superior

La convencionalidad busca el funcionamiento pleno del poder público en todos los Estados, así como el correcto accionar de todas sus autoridades, incorporando en dichos espacios de acción los criterios de preponderancia y carácter vinculante, en campos relativos como lo es el de los derechos humanos, sociales, políticos y económicos. La edificación del control de convencionalidad tiene sus cimientos en la experiencia constructiva de un marco jurídico y de principios que se han consolidado a partir de la reconstrucción jurídica, política y social de los derechos humanos, siendo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), por medio de la Corte IDH, el gran cultivador y propagador de la convencionalidad y del control sobre el ejercicio del poder de los Estados.

Es por medio de la Corte IDH que se han dado pasos conscientes y firmes para la consolidación de barreras jurídicas sustentadas en principios y valores basados en la condición humana y la convivencia pacífica sin diferencias de fronteras. Es así que, a través de esas experiencias, se ha reconocido y aplicado la convencionalidad en el contexto del SIDH, la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH.²⁹

²⁸ Gutiérrez Colantuono, Pablo, *Administración pública, juricidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 16-18.

²⁹ Santofimio Gamboa, Jaime O., *Control administrativo de la actividad de la Administración, vol. 2: Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración. Instrumento idóneo en los países signatarios*

En cuanto al cumplimiento de esta convencionalidad, se ha dicho que constituye una obligación de los Estados vistos íntegramente, pues si el Estado suscribió, se adhirió o ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como el resto del *corpus iuris* interamericano, todos los órganos que ejercen el poder público deben observar esa convencionalidad, incluida la Administración pública, la cual adquiere, en este caso, una doble condición: por una parte, desde el rol de autoridades públicas, las cuales tienen el deber de cumplir con las obligaciones contenidas en el bloque de la convencionalidad de buena fe y de manera efectiva. La otra condición se refiere a que las autoridades públicas convencionales, dentro del ámbito de las competencias que les otorgan la Constitución y las leyes nacionales, tienen la obligación de suprimir aquellas normas y las prácticas que violen u obstaculicen el efectivo ejercicio de los derechos y las libertades.

Como sustento de ello tenemos a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que se proyecta sobre la CADH y el resto del *corpus iuris* de la convencionalidad. A raíz de ello, la Corte IDH ha señalado que todas las autoridades públicas nacionales son competentes en el ámbito de sus respectivas funciones, así como de los procedimientos constitucionales y legales, para ejercer el control de convencionalidad.³⁰

En definitiva, no existe la menor duda de que la Administración pública, entendida en sentido amplio (tanto central como descentralizada), al ser parte de la estructura del Estado, tiene que asegurar el libre y efectivo ejercicio de los derechos humanos, obligación de la cual no escapan las EFS. Esto implica inelu-

de la Convención Americana de Derechos Humanos, São Paulo, 2019, pp. 221-227.

³⁰ En este sentido, la Corte IDH, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, señaló las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana de organizar todo el aparato estatal (poderes ejecutivo, legislativo y judicial) en los diferentes niveles de organización descentralizada territorial, así como la Administración pública central o descentralizada deben actuar para asegurar el libre y efectivo ejercicio de los derechos humanos. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

diblemente que estas entidades se encuentran obligadas, al igual que toda autoridad convencional, a realizar el control de convencionalidad, tomando en consideración el bloque de legalidad, sus competencias, así como los procedimientos constitucionales y legales existentes, por lo que ese control de convencionalidad debe realizarse con sujeción al imperio de ley y conforme a la jurisprudencia interamericana.³¹

3.1.1. Fuentes jurídicas que conforman el corpus iuris en el marco convencional de los derechos humanos

Como parámetro para aplicar ese control de convencionalidad, las entidades de fiscalización deben tomar como punto de partida el plexo de fuentes jurídicas, que son las que conforman el *corpus iuris* convencional sobre los derechos humanos.

Este plexo está compuesto por el Pacto de San José y otros tratados internacionales de derechos humanos, que forman parte del *ius cogens*, así como las sentencias de la Corte IDH en lo que respecta a los casos contenciosos. A ello se agregan las interpretaciones efectuadas en otras resoluciones que emita la Corte IDH,³² las recomendaciones que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, finalmente, los principios propios de la esencia del sistema de derechos humanos, los cuales constituyen una fuente jurídica de interpretación de normas, actos, reglamentos, conductas y prácticas estatales.³³

Es así que el ejercicio de control primario de convencionalidad va a conllevar la realización de un examen de compatibilidad

³¹ Hernández Mendible, Víctor, *Control de convencionalidad y la Administración pública. Control administrativo de la actividad de la Administración*, 2019, vol. 1, pp. 649-653.

³² Como es el caso de las medidas provisionales, la supervisión de cumplimiento de las sentencias, las solicitudes de interpretación de sentencias y las opiniones consultivas (CADH arts. 64 y 67).

³³ Alianak, Cynthia Raquel, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*. A&C, núm. 59, 2015, p. 33.

entre las disposiciones normativas y actos internos vs. el *corpus iuris*, a efectos de armonizar, invalidar o inaplicar las disposiciones y actos internos cuando estos sean contrarios a ese *corpus iuris*.³⁴

3.2. Incidencia de las resoluciones de la Corte IDH en los diferentes órganos del Estado y su aplicación *erga omnes*

Las decisiones de la Corte IDH conllevan la exigencia, para los Estados que han reconocido su competencia, de implementar medidas en el orden interno cuando se haya determinado alguna vulneración de los derechos humanos, ello en virtud de lo estipulado en el artículo 2 de la CADH, pues dicha norma obliga a los Estados parte de la CADH a adoptar cualquier medida necesaria —legislativa, judicial, administrativa, educativa, entre otras—, ello con el objeto de hacer efectivos los derechos y libertades de las personas.

Es antiguo el conocido impacto de las decisiones de la Corte IDH en el derecho interno y, en particular, sobre la Administración pública. Covilla Martínez señala ciertas categorías para distinguir, en términos generales, algunas decisiones de la Corte IDH, aclarando que no todas las que tratan sobre la Administración pública generan el mismo impacto,³⁵ pues este puede ser diverso: implicar una modificación de la organización administrativa o bien exigir una determinada actuación del procedimiento administrativo.³⁶

³⁴ Rodas Balderrama, Víctor Hugo, “Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, vol. 64, 2016, p. 313.

³⁵ El autor hace una categorización del impacto de las sentencias en tres enfoques: al primero lo ha denominado “las medidas que modifican el panorama organizativo”; al segundo, “las medidas que exigen características especiales de una determinada Administración pública” y, finalmente, “las medidas que exigen el ejercicio de una competencia en un determinado sentido”.

³⁶ Covilla Martínez, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública”, *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*. A&C, núm. 78, 2019, pp. 15-17.

Partiendo de lo anterior, cabe precisar si tales sentencias de la Corte IDH tienen o no efectos vinculantes. Sin pretender entrar en un análisis y realizar elucubraciones complicadas, en definitiva se debe reconocer la fuerza que tienen las opiniones y, con mucha más razón, los fallos de la Corte IDH, los cuales deben ser acatados por la jurisdicción interna de los países que son parte.³⁷

En ese sentido, la Corte IDH, en los casos *Barrios Altos*, *Tribunal Constitucional de Perú* y en especial *La Cantuta*, ha enfatizado el efecto *erga omnes* de sus fallos para el derecho interno de los países. En el caso *La Cantuta*, punto V, “Deber general de adoptar disposiciones de derecho interno”, indicó:

[...] De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, *se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes* y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, *esa declaración conforma ipso iure parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.*³⁸ (Cursivas añadidas)

Del estudio de esas resoluciones puede observarse cómo la Corte IDH asumió la competencia de un tribunal constitucional, anulando leyes de amnistía con efectos *erga omnes*. Parece ser que desde esta arista es clara la competencia de la Corte respecto al carácter vinculante de sus resoluciones para los casos concretos; sin embargo, surge la duda sobre si esa vinculatoriedad aplica al resto de los Estados parte.

Ello nos lleva a revisar el artículo 31.1 de la Convención de Viena, según el cual, partiendo del principio de la buena fe, todo Estado que suscribe un tratado internacional de derechos humanos,

³⁷ Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos del Comisión y de la Corte IDH?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, pp. 141 y 142, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>

³⁸ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit.*, y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párr. 186.

tendrá la obligación de realizar los ajustes necesarios para aplicar sus disposiciones.³⁹ Sin embargo, cabe indicar que en el Pacto de San José no hay ninguna norma que señale ese carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH, excepto para el caso concreto.

Ante esta disyuntiva, Hitters señala que ello se resuelve recurriendo a la interpretación de los principios y postulados que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que señala que, en su opinión, “[...] existe por lo menos una [vinculación] moral y también jurídica de acatamiento ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José)”.

Es por ello que concluye señalando que los pronunciamientos de la Corte IDH, así como los de la CIDH, son una especie de doctrina legal que llega a servir de guía o pauta de interpretación desde la perspectiva del derecho interno.⁴⁰

IV. RETOS DE LOS ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN DE CARA A ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA CORTE IDH

Establecido el carácter vinculante de las resoluciones de la Corte IDH para los Estados que reconocen su competencia, entendido este en el sentido amplio, del que deriva la obligación de todos sus órganos de ejercer ese control de convencionalidad y aplicar el *corpus iuris* interamericano a nivel interno, recurriendo a la analogía, se puede afirmar que las EFS de cualquier Estado tienen la obligación de aplicar dicho *corpus iuris* y hacer ese control de convencionalidad.

En ese sentido, hay una resolución de la Corte IDH de reciente data donde establece la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violaciones a derechos humanos de na-

³⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

⁴⁰ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*

turalidad política, así como a la garantía de imparcialidad en relación con el principio de presunción de inocencia y al derecho a recurrir el fallo, a las garantías del plazo razonable y protección judicial, en concordancia con el derecho a la igualdad y no discriminación, infringidas en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario, el cual terminó con la destitución del alcalde de Bogotá y su inhabilitación general por 15 años. El caso de referencia es el de *Gustavo Petro Urrego vs. Colombia*, el cual fue resuelto por la Corte IDH el 8 de julio de 2020. Varios autores han indicado que el llamado caso *Petro* es resultado o evidencia de la falta de adecuación del sistema interno de un país al sistema normativo interamericano.⁴¹

Evidentemente, este caso marca un hito para los diferentes órganos y entidades públicos de los Estados, entre los cuales no escapan las EFS, pues, como se señaló en el apartado primero, varias de ellas tienen competencia para decretar inhabilidad o inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos. Ello, en definitiva, pone a estos organismos ante un gran reto, pues es clara su obligación de respetar el *corpus iuris* interamericano y realizar las acciones necesarias para adaptar su ordenamiento interno, en aras de respetar los derechos humanos.

4.1. Caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Aspectos generales

Esta resolución de la Corte IDH⁴² versa sobre una denuncia de violación a derechos humanos de naturaleza política. La Corte IDH toma lo preceptuado en el artículo 23 de la CADH, denominado “Derechos Políticos”, el cual establece que todos los ciudadanos deben gozar de los derechos y oportunidades de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de

⁴¹ Villalba Cuéllar, Juan Carlos y González Serrano, Andrés, “Reflexiones sobre el ‘Caso Petro’”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 17, núm. 34, enero de 2014, p. 9.

⁴² Corte IDH. *Caso Petro Urrego vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, núm. 406.

representantes libremente elegidos, además del derecho a ser elegidos en elecciones periódicas y tener acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública de cada país,⁴³ por lo que la inhabilitación impuesta al alcalde Petro Urrego es contraria a la CADH.

Para contextualizar las circunstancias, el señor Urrego fue elegido alcalde mayor de Bogotá de forma interrumpida desde enero 2012 a enero 2016, pero entre el 20 de marzo de 2014 y el 23 de abril de 2014 (aproximadamente un poco más de un mes) se le sancionó con la destitución e inhabilitación, ordenada por la Procuraduría General y ejecutada por la presidencia de la República.

La inhabilitación ocurrió porque la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos dispuso el inicio de una licitación pública para dar en concesión el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá en el 2011. El procedimiento fue suspendido por la Corte Constitucional en varias ocasiones, solicitando ciertos ajustes; sin embargo, la Unidad Administrativa, a pesar de las indicaciones de la Corte, procedió a declarar la urgencia manifiesta de continuar con la prestación del servicio de aseo en febrero de 2012 y, posteriormente, en marzo celebró un contrato para la prestación del servicio, que se delegó a un ente privado por un periodo de seis meses. Luego, el alcalde expidió el Decreto 564 para asegurar la continuidad del servicio de aseo al distrito; además, suscribió una adenda al contrato interadministrativo que no logró detener la crisis y trajo como consecuencia la suspensión de la recolección.

Dada la modificación del esquema de prestación del servicio público de aseo, y debido a varias denuncias presentadas, la Procuraduría General inició una investigación por las presuntas irregularidades. Producto del procedimiento administrativo se consideró responsable disciplinariamente al alcalde por tres faltas gravísimas y, por ello, se le sancionó con destitución e inhabilitación para ocupar cualquier cargo público por un periodo de 15 años.⁴⁴

⁴³ CADH, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_america_na_sobre_derechos_humanos.htm

⁴⁴ A pesar de que el alcalde presentó diversos recursos administrativos, la resolución quedó firme. Además, un tercero interpuso un amparo a favor

El Tribunal interamericano definió el parámetro del análisis de la controversia, siendo uno de los puntos la posible violación a los derechos políticos, entre otros. En cuanto a los alcances de los artículos 23, incisos 1 y 2, de la CADH, la Corte IDH fundamentó su interpretación en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*,⁴⁵ donde determinó que un órgano administrativo no puede imponer sanciones que impliquen la destitución o inhabilitación de una persona por su comportamiento en el ejercicio de la función pública, y menos cuando dicha sanción implique la privación del ejercicio de los derechos políticos para elegir y ser elegidos, afirmando que dichas sanciones solo pueden imponerse por medio de la garantía del debido proceso penal garantizado por un juez competente, ya que dichas penas implican restricciones a los derechos políticos.

En el caso del funcionario Petro Urrego, la Corte IDH señaló que la sanción impuesta no cumplió con los requisitos señalados anteriormente, por cuanto la sanción no fue impuesta por un juez competente y las sanciones no se aplicaron como resultado

del alcalde, al igual que el propio funcionario; sin embargo, el fallo siempre fue confirmado. La CIDH, el 18 de marzo de 2014, emitió una resolución de medidas cautelares a favor del alcalde y solicitó al Estado la suspensión provisional de la decisión de la Procuraduría General. El 23 de abril 2014, el presidente de la República emitió el Decreto 797, donde dejaba sin efectos los decretos previos y la restitución del alcalde. Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia de 21 de abril de 2014 por falta de legitimación activa, sentencia que fue confirmada por la Corte Constitucional el 18 de diciembre de 2014. Paralelamente a los recursos interpuestos en otras vías y rechazados, el alcalde presentó una demanda interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contras las resoluciones del 9 de diciembre de 2013 y del 13 de enero de 2014 por la Procuraduría General. El Tribunal declinó la competencia al Consejo de Estado. Luego de tramitado el proceso, en sentencia de 15 de noviembre de 2017, concedió la pretensión de la nulidad de las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General y ordenó el pago al alcalde de los salarios y prestaciones dejadas de percibir por el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio. Además, dispuso al Gobierno, al Congreso y a la Procuraduría General que implementara reformas dirigidas a incorporar lo preceptuado en el art. 23 de la CADH en el ordenamiento interno.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233.

de un proceso penal en el que tenían que haberse respetado las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la CADH. A pesar de que dicha sanción se materializó solo un mes, por sentencia del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017, para la Corte IDH sí se materializó la restricción de los derechos políticos del alcalde.

Asimismo, la Corte concluyó que las sanciones que impone la Contraloría General pueden tener el mismo efecto de restricción de derechos políticos, incumpliendo lo dispuesto en el citado artículo 23 de la Convención; por ello, la Corte IDH estableció que los artículos 60 de la Ley 610 y 38, inciso 4, del Código Disciplinario son normas inconventionales, por ser contrarias al artículo 23 de la CADH, ya citado, en concordancia con el artículo 2 del tratado.

Finalmente, la Corte IDH determinó que todas las autoridades del Estado colombiano deben interpretar las facultades dadas por ley a la Procuraduría y a la Contraloría, las cuales deben ser coherentes con los principios convencionales en materia de derechos políticos reconocidos en el artículo 23 de la CADH. Es por ello que la Corte declaró al Estado responsable por la violación de derechos políticos y de las garantías procesales establecidas en la CADH, por lo que Colombia debe realizar las publicaciones debidas, adecuar el ordenamiento jurídico interno de acuerdo con lo señalado en la sentencia y pagar la debida indemnización.

4.2. Resonancia de la resolución en los diferentes órganos de fiscalización. Caso de Chile, Colombia, Argentina y Costa Rica

La Corte IDH, en el caso *Petro Urrego*, señaló que la normativa interna que posibilita a la Procuraduría y a la Contraloría General de Colombia para imponer la destitución o inhabilitación para cargos públicos es contraria a la CADH, específicamente al artículo 23, al violar los derechos políticos de las personas.

Si bien la sentencia es vinculante para Colombia, lo cierto es que, tal y como se desarrolló en el punto 1.3 de esta investigación, hay entidades de fiscalización que tienen la misma potestad

de inhabilitar e incluso destituir a servidores públicos, lo que sin duda plantea retos para dichas entidades, quienes, en definitiva, no pueden hacer caso omiso de dicha sentencia. Tal y como se indicó, las sentencias de la Corte IDH se vuelven una especie de doctrina legal, y sirven de guía o de pauta de interpretación desde la perspectiva del derecho interno, por lo que los órganos públicos deben tomarlas, al menos, como un parámetro para revisar su ordenamiento y evitar algún tipo de responsabilidad del Estado.

4.2.1. Aplicación de la normativa que los faculta a dicha sanción vs. resolución de la Corte IDH

En virtud del caso *Petro*, el cual dicta pautas importantes para el respeto de los derechos políticos de las personas e impacta ineludiblemente los ordenamientos jurídicos internos, se procedió a realizar consultas vía correo electrónico a las EFS de Perú y Colombia, solicitando información acerca de lo que la EFS ha hecho o implementado en razón de lo indicado en dicha resolución.

En el caso de Perú, la respuesta recibida fue dada por la Subgerencia de Cooperación, donde nos indicaron: “[...] Vamos a tratar este tema con la Unidad encargada y te lo comentaremos prontamente”. A la fecha no se ha obtenido más comunicación que el correo que se muestra como anexo 1.⁴⁶

Como puede observarse, en el caso de la CGR Perú, el comunicado fue que se iba a trasladar a la unidad encargada y a partir de entonces no se ha recibido comunicación, por lo que se encuentra haciendo una valoración de cara a lo resuelto en la citada sentencia. Sin embargo, como se indicó, se observa una modificación reciente a la Ley No. 31288, donde se incorporó en el inciso 3), para indicar que en caso de inhabilitación de personas que ejercen cargos de elección popular, la sanción se aplicará hasta que cese el plazo de dicho cargo.

⁴⁶ Correo electrónico de Félix Ortega de la Torre, Subgerencia de Cooperación Internacional, Relaciones Internacionales, respuesta recibida el 6 de agosto de 2021.

Si bien en este caso parece que Perú establece esa diferencia a la hora de aplicar la sanción a funcionarios de elección popular, lo cierto es que la sentencia de la Corte en el caso *Petro Urrego* es clara al señalar que la sanción de inhabilitación solo puede ser ejercida por un juez penal con todas sus garantías, ergo, en un proceso judicial y no administrativo.

Así las cosas, en el caso de Perú, a pesar del esfuerzo hecho con la modificación de la ley referida, no se cumple con lo establecido en la citada jurisprudencia de la Corte IDH, pues con esa reforma a la ley la Contraloría puede seguir decretando la inhabilitación, solo que el efecto de la sanción se daría en otro momento, esto en el caso de funcionarios de elección popular. Por ello, las EFS siguen careciendo de facultades para ejercer dicha sanción, al no ser tribunales judiciales.

Ahora bien, tras la consulta realizada a la CGR Colombia se recibió respuesta por parte del vicecontralor general, Julián Ruiz Rodríguez, quien indicó, en lo que nos interesa, que:

[...] la posición de los órganos de control fiscal en Colombia frente a la Resolución de la Corte Interamericana de DDHH en el pronunciamiento del caso del Senador Gustavo Petro Vs. Colombia, me permito informarle que actualmente la Contraloría General de la República *se encuentra elaborando un informe sobre el particular donde se plasma un análisis y posición del mismo*, el cual se dará a conocer en próximas semanas a través de los canales oficiales de la entidad. Así mismo es importante *señalar que en atención a lo consagrado por la Constitución Política de Colombia, la Contraloría General de la República es un órgano de control autónomo e independiente, por lo cual la posición de la CGR no implica una posición general del Estado Colombiano.* // Por lo anterior, nos abstenemos por el momento para dar una respuesta oficial a su solicitud.⁴⁷ (Cursivas añadidas)

De dicha respuesta se desprende que actualmente esa EFS se encuentra haciendo un informe, por lo que se abstiene de dar respuesta. Sin embargo, llama la atención que el vicecontralor señala que la Contraloría es un órgano de control autónomo e

⁴⁷ Correo electrónico de Julián Mauricio Ruiz Rodríguez, vicecontralor general, respuesta recibida el 17 de agosto de 2021. Véase anexo 2.

independiente, por lo que la posición de dicha institución no implica una posición general del Estado colombiano.

Esta afirmación puede llevarnos a interpretar que el vicecontralor tiene la noción de que la Contraloría es un órgano independiente del Estado, por lo que no le corresponde aplicar esa convencionalidad, situación que, de ser así, sería muy lamentable, pues ya se señaló que ese control de convencionalidad debe ser aplicado por todos los órganos que conforman el Estado, siendo la Contraloría un órgano esencial en ese engranaje del Estado colombiano, por lo que no sería aceptable que la sentencia de la Corte IDH no les aplicara por virtud de las funciones constitucionales otorgadas por la Constitución Política.

Además, mediante el oficio núm. 80112-CGR-OJ-de 2021, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de Colombia dio respuesta a una solicitud de información realizada respecto a si la CGR estaba realizando alguna modificación a la normativa y si visualizan algún impacto de cara a la sentencia de la Corte IDH (*Petro Urrego vs. Colombia*). Sobre la consulta planteada indican:

Con todo, es claro que la Sentencia de julio de 2020 proferida por la CIDH, *no afecta la competencia constitucional de la Contraloría General de la República para ejercer la función pública de vigilancia y el control fiscal sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos, ni para establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tiene prelación*^{3°}. // Por ende, resulta necesario diferenciar el dato del boletín de responsables fiscales de sus efectos, dado su carácter público y su conexidad con el derecho ciudadano a “ejercer el control político”. Siendo que, *el objeto de reproche de la Sentencia de Junio de 2020 proferida por la CIDH, insistimos, se circunscribe a que del dato se desprenda una limitación de acceso o permanencia en cargos de elección popular, como expresión de la prevalencia de la garantía de los derechos políticos del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin que se observe pertinente la eliminación del dato público, pues implicaría darle un efecto no contemplado a la Sentencia de la CIDH y la afectación del derecho ciudadano a “ejercer el control político”, sino que lo procedente es que se surta una modificación de sus efectos legales,*

*asunto que como se ha anunciado, no es de competencia de la Contraloría General de la República.*⁴⁸ (Cursivas añadidas)

Como puede observarse, la Oficina Jurídica indica que el fallo de la Corte IDH no afecta la competencia de la CGR Colombia, pues el reproche de la Corte IDH se circunscribe a una limitación de acceso o permanencia en un cargo de elección popular como expresión de la prevalencia de la garantía de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 de la CADH, siendo lo procedente efectuar una modificación de los efectos jurídicos, lo cual es competencia del Estado, pues así lo dejó señalado la sentencia en cita respecto a la adecuación del ordenamiento jurídico.

Aunado a lo anterior, tenemos que en el sitio web de la CGR Colombia se puede consultar el Comunicado de Prensa No. 67, en el que se indica la eventual aprobación del proyecto de ley estatutaria de reforma a la justicia, el cual incluye cuatro artículos. Con él se estaría adecuando el ordenamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad fiscal de cara al fallo de la Corte IDH en el caso *Petro Urrego*. En ese sentido, dicho comunicado señala, en lo que interesa, que

En consecuencia y acorde con el andamiaje constitucional y legal de las diferentes jurisdicciones en el país, los mencionados artículos establecen que la inhabilidad para ocupar cargos de elección popular por responsabilidad fiscal declarada, no es aplicable sino por decisión judicial que deberá estar contenida en la sentencia que defina el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que, a su vez, tendrá un trámite preferente no superior a un año o, en caso de que este medio de control no es ejercido por el interesado, estará contenida en decisión judicial proferida en incidente de declaración de inhabilidad promovido por los órganos de control fiscal correspondientes. (Cursivas añadidas)

Es decir que con esta propuesta de reforma, en caso de que sea aprobada, las inhabilitaciones solo podrán ser aplicadas por un juez en los términos establecidos en los artículos 185 A y 185

⁴⁸ Contraloría General de la República de Colombia, Oficina Jurídica de la Contraloría General de Colombia, Oficio núm. 80112-CGR -OJ-de 2021, septiembre de 2021. Véase anexo 3.

B del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siendo que con ello se cumple con lo establecido en la sentencia *Petro Urrego*, pues este tipo de sanción sería competencia exclusiva de un juez y no de un órgano administrativo.⁴⁹ A pesar de ello, esta EFS se mantiene en la misma posición que la Contraloría anterior, en el sentido de que su potestad de inhabilitar no ha cambiado, siendo que la situación cambiaría una vez que se apruebe la reforma mencionada.

En el caso de la CGR Costa Rica, el órgano constitucional sigue aplicando las inhabilitaciones, y el sistema de consultas de sanciones de la Hacienda pública sigue funcionando con normalidad. Aunado a ello, no hay en la corriente legislativa ningún proyecto de ley que plantee modificación o derogación del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,⁵⁰ es decir, el caso de la CGR Costa Rica no dista de lo que señalan las otras EFS.

Cabe señalar que se tiene conocimiento de la interposición de una acción de inconstitucionalidad en contra del citado artículo 72. La Sala Constitucional de Costa Rica conoció el fondo y declaró dicha acción improcedente, al considerar que la norma supracitada no es contraria a la Constitución Política de Costa

⁴⁹ Contraloría General de la República de Colombia, https://www.contraloria.gov.co/contraloria?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0&_101_assetEntryId=2393334&_101_type=content&_101_urlTitle=aprobacion-de-reforma-a-la-justicia-4-articulos-alinean-la-inhabilidad-de-responsables-fiscales-a-fallo-de-la-cidh-en-caso-de-exalcalde-debogota&redirect=https%3A%2F%2Fwww.contraloria.gov.co%3A443%2Fcontraloria%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dbolet%25C3%25ADn%2Bde%2Binhabilitades%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_groupId%253D0&inheritRedirect=true. Cabe precisar que se trató de indagar más sobre este comunicado, pero no se obtuvo respuesta.

⁵⁰ Contraloría General de la República de Costa Rica, <https://cgrweb.cgr.go.cr/apex/f?p=126:4:112248664136::NO::>

Rica.⁵¹ El voto se encuentra en fase de redacción, además de las notas separadas de tres magistrados. Al encontrarse en etapa de redacción, no es posible analizarlo, porque el órgano constitucional más relevante del país y el que consideran que es el encargado del control de convencionalidad rechazó dicha acción de inconstitucionalidad.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES FINALES

Las contralorías generales o EFS de los diferentes países tienen un rol esencial en los Estados de derecho, pues son las encargadas de fiscalizar el uso correcto de los fondos públicos. Independientemente del tipo de institución que sea, una gran parte de ellas posee entre sus competencias la inhabilitación de funcionarios públicos, incluidos los de elección popular, para el ejercicio de cargos públicos.

Partiendo del bloque de convencionalidad, el cual se encuentra constituido por los tratados, pactos, convenciones, protocolos, resoluciones, principios generales de derecho, jurisprudencia interamericana, se establece que la Administración pública debe garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas, lo que ineludiblemente conlleva que las EFS, con base en ese control de convencionalidad, tienen la obligación de respetar y cumplir con lo dictado por la Corte IDH, y están obligadas a realizar ese control de convencionalidad con vistas al principio de legalidad, por lo que no pueden hacer caso omiso de las sentencias de la Corte IDH cuando estas tengan relación con sus competencias.

En el caso de las EFS, su competencia de inhabilitación es cuestionada por la Corte IDH en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, en el que indicó que este tipo de sanción es contraria a los derechos políticos de las personas, así como a lo estipulado en el artículo 23 de la CADH. En dicha sentencia le indicó al Estado colombiano que la sanción solo puede ser impuesta por un juez

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Resolución núm. 2021-9956, emitida el 20 de mayo de 2021.

penal, es decir, no por un órgano administrativo, por lo que debe ajustar su ordenamiento interno. En ese sentido, cabe indicar que la Convención le otorga un estatus fundamental a los derechos políticos, de que ahí que los Estados parte deben protegerlos y garantizarlos.

La citada sentencia, en definitiva, presenta un reto para las entidades del Estado que tengan esta competencia, como es el caso de las entidades de fiscalización aquí estudiadas. Ahora bien, como se observó en el caso de Perú, si bien se realizó una reforma legal para ejecutar el plazo de la imposición de la inhabilitación para los funcionarios de elección popular, lo cierto es que la misma no cumple con lo señalado por la Corte IDH en *Petro Urrego*, por lo que la condición no cambiaría. Por su parte, en el caso de Colombia, lo que se ha hecho es presentar un proyecto de ley para adecuar el ordenamiento jurídico a lo señalado en la sentencia aquí estudiada, pero, hasta en tanto no sea aprobada dicha reforma, se mantendría en la misma condición. Finalmente, en el caso de Costa Rica, no se visualiza algún cambio de normativa, lo que implica que la EFS de ese país puede seguir aplicando la norma que la faculta para inhabilitar a los funcionarios públicos, incluidos los de elección popular, situaciones que reafirman una eventual violación al artículo 23 de la CADH y a los derechos de las personas a las que se les aplica dicha sanción.

Si bien es cierto que la Corte IDH condenó a Colombia en el caso *Petro Urrego*, y tiene la obligación de cumplir con lo ahí señalado so pena de exponerse a sanciones de nivel internacional, consideramos que si bien las sentencias de la Corte IDH producen efectos *erga omnes* para los países sobre los cuales recae el fallo, también lo es que conforman una especie de doctrina legal que sirve de guía o pauta de interpretación desde la perspectiva del derecho interno para el resto de los países, por lo que los Estados parte deberían ajustar su ordenamiento interno libremente, en caso de que lo dictaminado por la Corte IDH determine una mayor garantía de derechos humanos, esto en aras de evitarse un futuro litigio internacional, aspecto que las EFS deben tomar en cuenta.

Otra consideración es que es notorio el desconocimiento, por parte de los diferentes operadores de derecho de los Estados parte, de ese deber de aplicar el control de convencionalidad, pues

en algunos casos hay normas internas que son menos garantistas y otras veces son contrarias a la CADH y no aplican ese control. Tal es la situación de las EFS de Perú, Colombia y Costa Rica cuando aplican la sanción de la inhabilitación.

De acuerdo con lo antes expuesto, podemos advertir la falta de formación de los Estados parte respecto al control convencionalidad que deben ejercer en aras de aplicar ese bloque de legalidad interamericano y el *corpus iuris* del derecho interno, además de su falta de voluntad para tomar las sentencias como guía para adecuar su ordenamiento interno al sistema normativo interamericano.

Por ende, en definitiva, el panorama no es claro para afirmar que estamos cerca de tener ese *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Si bien hay pequeños avances, todavía falta mucho camino para poder asegurar que los países de América Latina se dirigen hacia un mismo norte en el respeto de los derechos humanos consagrados en la CADH y poder afirmar que estamos ante el añorado *Ius Constitutionale Commune*.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN LÓPEZ, María Ángeles y PARDO BENEYTO, Gonzalo, “El papel de las entidades de fiscalización superior en la rendición de cuentas de las administraciones públicas”, en SANTOS GONZÁLEZ, D. y GIMÉNEZ RODRÍGUEZ, S. (coords.), *Integraciones y desintegraciones sociales*, Toledo, ACMS, 2016.
- ALIANAK, Cynthia Raquel, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*. A&C, núm. 59, 2015.
- ARIAS RAMÍREZ, Hansel, *La vigilancia superior de la hacienda pública en Costa Rica Análisis del diseño institucional de la Contraloría General de la República y aportaciones en procura de un arquetipo de institución fiscalizadora en América Latina*, Tesis de Doctorado, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2018.
- ARROYO CHACÓN, Jennifer, “El doble papel que posee la Contraloría General de la República de Costa Rica para garantizar

el derecho de la ciudadanía a la buena administración”, *XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago de Chile, 8 a 11 de noviembre de 2016.

BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-IIJ-UNAM-MPIL-Corte IDH, 2016.

CORNEJO, Carolina, *Elementos para la participación ciudadana en la fiscalización pública: una aproximación desde la experiencia de la Contraloría General de Paraguay (2006-2014)* (Máster), Georgetown, Georgetown University, 2016.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración pública”, *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*. A&C, núm. 78, 2019.

FUENTES CASTRO, Benjamín, “Democracia y fiscalización: modelos y aportaciones”, *Revista Técnica sobre Rendición de Cuentas y Fiscalización Superior*, año III, núm. 5, agosto de 2013 - febrero de 2014, https://www.asf.gob.mx/uploads/250_Revista_Tecnica/revista_Tecnica5.pdf

OCDE, *Buenas prácticas para el apoyo de las Entidades de Fiscalización Superior*, p. 16, https://www.oecd.org/dac/effectiveness/Buenas_Practicas_para_el_Apoyo_a_Entidades_Fiscalizadoras_Superiores-%20for%20web.pdf

GARCÍA BLANCO, María José, *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, Tesis de Doctorado, Madrid, Universidad Complutense, 2018.

GONZÁLEZ CHAVERRI, Ileana, *La participación ciudadana en la gestión y la fiscalización de la Hacienda pública en Costa Rica. Alcance del artículo 9 de la Constitución Política*, Tesis de Doctorado, Salamanca, Universidad Salamanca, 2020.

GUAJARDO CANTÚ, Gerardo, *La autonomía y las facultades de sanción de las entidades superior en México en la efectividad del*

- combate a la corrupción*, Tesis de Doctorado, Madrid, Universidad Complutense, 2013.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, *Administración pública, juricidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- GUTIÉRREZ LUNA, Anahí, “La fiscalización superior a nivel subnacional en México. Una evaluación del desempeño de las entidades de fiscalización superior (EFS) locales”, *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, núm. 4, 2015.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor, “Control de convencionalidad y la Administración pública”, *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*, vol. 1, 2019.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor, *Control de convencionalidad y la Administración pública. Control administrativo de la actividad de la Administración*, 2019, vol. 1.
- HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos del Comisión y de la Corte IDH?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>
- RODAS BALDERRAMA, Víctor Hugo, “Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, vol. 64, 2016.
- ROMERO GUDIÑO, Alejandro, “La efectividad del combate a la corrupción mediante el control parlamentario de la fiscalización superior”, *El Cotidiano*, núm. 198, julio-agosto de 2016, <https://biblat.unam.mx/hevila/ElCotidiano/2016/no198/6.pdf>
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O., *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*, vol. 2: *Fundamentos Convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración. Instrumento Idóneo en los Países Signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos*, São Paulo, 2019.
- VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y GONZÁLEZ SERRANO, Andrés, “Reflexiones sobre el ‘Caso Petro’”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 17, núm. 34, enero de 2014.

ANEXOS

Anexo 1

 ILEANA GONZALEZ CHAVERRI <igonzalez@ulasalle.ac.cr>

RE: consulta
4 mensajes

Patricia Milagros Guillén Nolasco <pguillen@contraloria.gob.pe>
Para: 'igonzalez@ulasalle.ac.cr' <igonzalez@ulasalle.ac.cr>
Cc: Marco Mendiburu <marcosmendiburu@gmail.com>, Libeth Janet Corcuera Rodriguez <lcorcuera@contraloria.gob.pe>

5 de agosto de 2021, 10:31

Estimada Ileana:
Espero te encuentres bien, en relación a tu comunicación comentarte que para efectos de la atención a lo solicitado, agradeceré lo puedas realizar por intermedio del enlace OLACEFS a cargo de Félix Ortega, su correo es fortgado@contraloria.gob.pe, a fin de que canalice con el equipo a cargo del tema en consulta.
Mencionarte que igualmente he realizado las coordinaciones al interno con la Oficina de Gestión de la Potestad Sancionadora a cargo de María Alzamora para adelantar la atención, y solo esperan sea formalizado.
Saludos

 **LA CONTRALORÍA**
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Patricia Guillén Nolasco
Subgerente de Participación Ciudadana
Contraloría General de la República
Cerro de San José N° 154 - Jesús María
Lima - Perú
Teléfono: +51019000 / Anexo: 3191

Anexo 2

 **Julian Mauricio Ruiz Rodríguez (CGR)** <julian.ruiz@contraloria.gov.co>
para mí

mar, 17 ago 10:28

Respetada señora Gonzalez,

Atendiendo el correo que antecede, donde solicita información respecto de la posición de los órganos de control fiscal en **Colombia** frente a la Resolución de la Corte Interamericana de DDHH en el pronunciamiento del caso del Senador Gustavo Petro Vs. **Colombia**, me permito informarle que actualmente la Contraloría General de la República se encuentra elaborando un informe sobre el particular donde se plasma un análisis y posición del mismo, el cual se dará a conocer en próximas semanas a través de los canales oficiales de la entidad. Así mismo es importante señalar que en atención a lo consagrado por la Constitución Política de **Colombia**, la Contraloría General de la República es un órgano de control autónomo e independiente, por lo cual la posición de la CGR no implica una posición general del Estado Colombiano.

Por lo anterior, nos abstendemos por el momento para dar una respuesta oficial a su solicitud.

Agradecemos su interés y quedamos atentos a demás inquietudes que se puedan llegar a presentar.

Atentamente,

JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
Vicecontralor General

Anexo 3

Oficio de la Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República de Colombia

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

Daniel Wunder Hachem

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 142 y 143.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

La interamericanización del derecho administrativo en América Latina

Hacia un *Ius Commune*

Por: William Ivan Gallo Aponte



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

DFG Deutsche
Forschungsgemeinschaft

Contenido

I. Aproximación conceptual y formal. Hacia una interamericanización de la Administración pública

II. Interamericanización del procedimiento administrativo. Garantía de los derechos humanos en América Latina

III. Mejora regulatoria y calidad normativa como parte del proceso de interamericanización

IV. Justicia administrativa y control como garantía de los derechos humanos en América Latina



I. Aproximación conceptual y formal. Hacia una interamericanización de la Administración pública

¿Un *ius administrativo commune* para América Latina?

- El objetivo de encontrar un *ius administrativo commune*, se ha desarrollado desde la aplicación la convencionalidad como fuente directa del derecho en los ordenamientos jurídicos administrativos de los diferentes países de América Latina.
- El estudio de un *ius administrativo commune* ha tomado tres vertientes:

► La primera, donde se ve la necesidad de que los ordenamientos jurídicos administrativos nacionales, estén permeados por el derecho internacional.

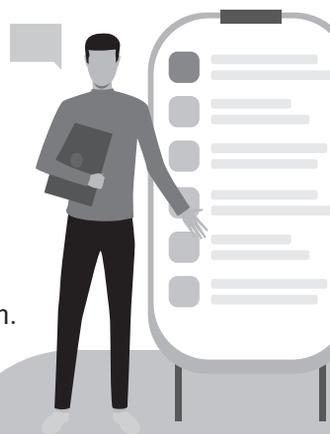
► La segunda propende por la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico nacional, por medio de las diferentes autoridades administrativas.

► El tercero propone de forma difusa una interacción entre derecho constitucional, derecho administrativo, y derecho interamericano, que vaya hacia un derecho interamericano administrativo común.

¿Cuáles son los pilares fundamentales para la construcción de un *ius administrativo commune* para América Latina?

Los pilares fundamentales sobre los que se debería construir este derecho administrativo común interamericano:

- La aplicación directa de las normas de la Convención Americana.
- El reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Interamericana y su papel como intérprete de los derechos reconocidos en las Constituciones de la región.
- El reconocimiento de los diferentes órganos judiciales, del control difuso de convencionalidad.



¿Cómo impactan los estándares del SIDH en el fortalecimiento del Estado de Derecho y la transformación de la legislación administrativa?

Las reformas realizadas a la legislación administrativa, a partir del impacto de los estándares del SIDH, tienen por función reiterar la obligación de:

Ampliarla en conformidad con la regencia de los derechos humanos

Precisar la legislación y delimitar su alcance en relación con una materia específica

Reforzar el deber de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos¹

Aplicar el derecho de fuente internacional que es parte de los sistemas jurídicos signatarios de la Convención

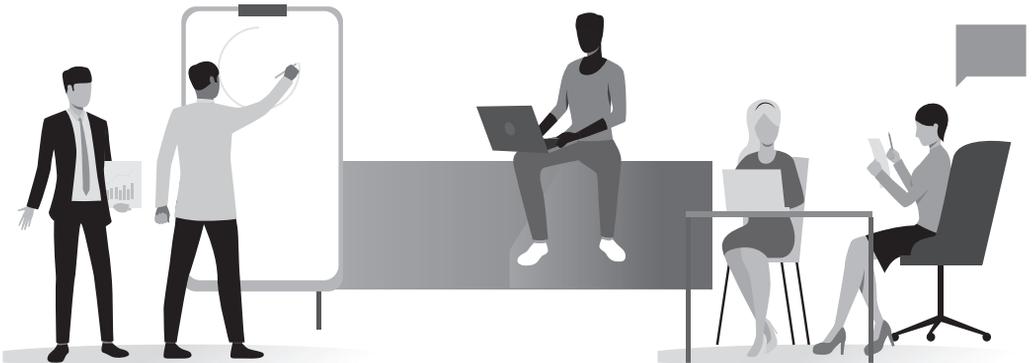


Es importante que los procedimientos administrativos que pueden afectar derechos humanos se rijan por los mismos estándares; sobre todo porque no se puede considerar efectivo un procedimiento simplemente porque está previsto en el sistema jurídico, sino que, además, como bien establece la Corte IDH, debe ser idóneo para reconocer alguna vulneración a los derechos humanos y, en su caso, repararlo.

¹ En México, por ejemplo, se han dado unos ejemplos de legislación administrativa encaminados al cumplimiento de esta obligación, tal es el caso de la Ley de Migración, La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, La aplicación de la Ley General de Víctimas, ley en la que se regula la reparación integral, En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, La Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, y Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Algunos leading cases de la Corte IDH

| Tema de derecho administrativo | Algunos Leading cases de la Corte IDH | Relevancia o impacto transformador de las decisiones de la Corte IDH |
|---|---|---|
| <p>Adecuación de las actividades administrativas al derecho interno</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▶ <i>Caso Las Palmeras vs. Colombia</i> ▶ <i>Caso Cantos vs. Argentina</i> ▶ <i>Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá</i> | <ul style="list-style-type: none"> → Desde la óptica de la Corte IDH, lo único definitivo es su propia determinación de la compatibilidad o no con la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales del Estado demandado. → Los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos Humanos. → El sistema interamericano impone a la estructura de los Estados que sus prerrogativas públicas respeten los “límites infranqueables [...] del respeto a los derechos humanos y la garantía del debido proceso”. |
| <p>Garantía efectiva e integral de los derechos fundamentales por parte de las autoridades administrativas</p> | <p><i>Caso Escué Zapata vs. Colombia</i> <i>Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia</i></p> | <p>→ La Corte IDH, ordena la creación de políticas públicas para concretar derechos humanos reconocidos convencionalmente, por medio de herramientas propias del derecho administrativo.</p> |
| <p>Límites de la función administrativa impuesta por la obligación de respetar los derechos fundamentales</p> | <p><i>López Soto y otros vs. Venezuela</i> <i>Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador</i> <i>Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil</i></p> | <p>→ Las obligaciones de la Convención Americana, que exigen a los Estados a respetar los derechos, pueden imponer límites al ejercicio del poder público de los Gobiernos.</p> |



Organización Administrativa sobre la óptica del ICCAL

El Sistema Interamericano ha impuesto la exigencia del cumplimiento de los estándares interamericanos a la organización administrativa. Tal circunstancia supone una concesión de los Estados a su soberanía.²

En la normativa interamericana no se encuentran reglas concretas en materia de la organización administrativa, pues su configuración es de fines para el cumplimiento de derechos humanos. Sin embargo, la jurisprudencia interamericana, al interpretar dichos fines, ha establecido órdenes concretas u órdenes que para ser implementadas exigen la alteración de la organización administrativa de los Estados.

¿Qué tipo de medidas han sido propuestas para adecuar las normas sobre organización administrativa?

A partir de la jurisprudencia interamericana³ se han identificado algunas categorías de impacto con diferentes medidas:

- Medidas creadoras de nuevas autoridades
- Medidas que modifican de forma estructural el funcionamiento de autoridades

¿Cómo se incorporan los estándares interamericanos en materia de organización administrativa?

Los estándares interamericanos se incorporan dentro de los límites sustantivos a la potestad organizativa de los Estados.

La influencia directa que tiene la jurisprudencia interamericana sobre los estados exige la ampliación de dichos límites para incluir aquellos de naturaleza convencional. La implementación de los estándares no contiene determinaciones estrictas frente a la forma de organización administrativa, por lo que su cumplimiento se deja a la discrecionalidad del Estado, que cumple desde el enfoque de propio ordenamiento jurídico.

² En casos como *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* y *La última tentación de Jesucristo vs. Chile*, la Corte IDH, ha señalado parámetros en el ejercicio de la función administrativa y cambios en los cuerpos normativos.

³ Se destacan las decisiones, entre otras: “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, *Caso García y familiares vs. Guatemala*, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*.

Algunos leading cases de la Corte IDH

| Tema de derecho administrativo | Algunos Leading cases de la Corte IDH | Relevancia o impacto transformador de las decisiones de la Corte IDH |
|--------------------------------|---------------------------------------|--|
|--------------------------------|---------------------------------------|--|

Estructura y función administrativa del Estado (creación y gestión)

La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile
Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México

→ Se ordena la modificación de la estructura y funciones administrativas del Estado, en casos emblemáticos en Chile y México.
 → En el segundo caso, se ordena la construcción de una Comisión Interseccional para el fortalecimiento del mecanismo de seguimiento de casos de tortura sexual.

Creación de organismos y/o autoridades administrativas

- ▶ *Caso García y familiares vs. Guatemala*
- ▶ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*
- ▶ *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*
- ▶ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*
- ▶ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*
- ▶ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*

→ En ocasiones, la Corte IDH ha decretado órdenes expresamente dirigidas a que el Estado demandado diseñe instituciones específicas con funciones concretas.
 → La Corte declaró la responsabilidad internacional del Guatemala debido a la desaparición forzada de un ciudadano, sindicalista y dirigente estudiantil, quien fue detenido por la policía y presuntamente asesinado en febrero de 1984.
 → En ocasiones referenciadas, la Corte ha establecido como medidas la creación de “comités de implementación”, cuya función principal es administrar fondos de desarrollo comunitario con recursos proporcionados por el Estado, los cuales se destinan a la implementación de proyectos sociales para las comunidades indígenas.



II. Interamericanización del procedimiento administrativo. Garantía de los derechos humanos en América Latina

La Corte IDH actúa como jurisdicción supranacional estableciendo estándares para que el procedimiento administrativo sea garantía de protección de los derechos humanos o libertades fundamentales recogidos en la Convención Americana y **provoca una interamericanización del procedimiento administrativo con estándares comunes a todos los países de América Latina contribuyendo a la formación del *Ius Constitutionale Comune***, delineando unos estándares de derecho administrativo común.

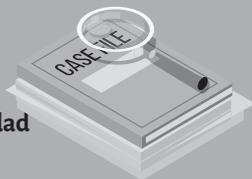
Las garantías del procedimiento administrativo a la luz del SIDH:

Así como en los procesos judiciales, el derecho administrativo se ha abierto y ha permitido garantizar los derechos de las personas en los procedimientos administrativos. Se destacan las siguientes garantías:

Derecho a ser oído:
Comprende el
Derecho a hacer
alegaciones y el
Derecho a presentar
pruebas.



**Por un órgano
competente
que garantiza el
cumplimiento del
principio de legalidad**



**Derechos especiales para
colectivos vulnerables
(particularmente,
extranjeros e indígenas):**
Derecho a contar con un
traductor y a ser asistidos
por abogado o abogada.



**Derecho a obtener
resolución en plazo
razonable**



Límites establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH a la competencia atribuida a los Estados en materia de procedimiento administrativo:

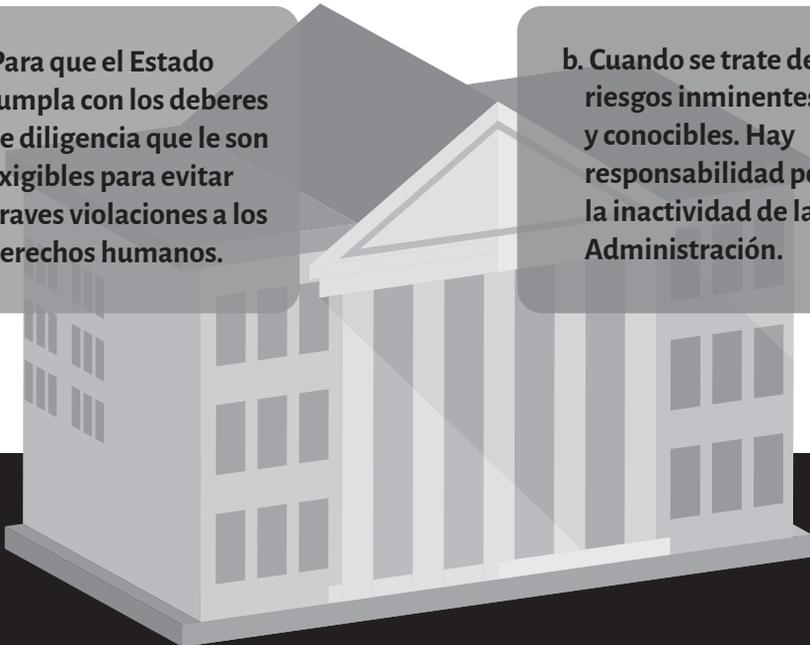
1. Establecimiento de criterios comunes para el control de la discrecionalidad que imponen el respeto de los derechos fundamentales y el derecho al debido proceso.
2. Un mandato para limitar la actuación opaca y poco transparente de la Administración y que permita la revisión (notificación de la iniciación del procedimiento, publicidad de la actuación de la Administración, posibilidad de revisión judicial).
3. Articular las garantías de las personas interesadas en el procedimiento administrativo (audiencia, representación legal, motivación y plazo razonable de resolución).

¿Cómo fortalecer los procedimientos administrativos para proteger los derechos humanos?

1. Es importante revisar los sistemas de gestión de servicios públicos, como servicios sociales o centros de menores. Otras de las medidas implican una modificación de los sistemas de los servicios de inspección.
2. Las fuerzas y cuerpos del Estado deben establecer procedimientos:

a. Para que el Estado cumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles para evitar graves violaciones a los derechos humanos.

b. Cuando se trate de riesgos inminentes y conocibles. Hay responsabilidad por la inactividad de la Administración.



Algunos leading cases de la Corte IDH

| Tema de derecho administrativo | Algunos Leading cases de la Corte IDH | Relevancia o impacto transformador de las decisiones de la Corte IDH |
|---|--|---|
| <p>Control de la arbitrariedad y garantía de imparcialidad por parte las autoridades administrativas</p> | <p><i>Cinco Pensionistas vs. Perú</i> <i>Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana</i> <i>Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile</i> <i>Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela</i></p> | <p>→ La Corte resalta como a partir del procedimiento administrativo puede controlarse la arbitrariedad. → La Corte ha exigido la articulación de mecanismos administrativos sean claros, identifiquen las arbitrariedades, permitan su control y evite que las autoridades administrativas violen derechos. → Para la Corte, el principio de imparcialidad es fundamento necesario en los procedimientos administrativos. La autoridad administrativa debe ser un órgano imparcial.</p> |
| <p>Silencio administrativo</p> | <p>▶ <i>Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay</i></p> | <p>→ La falta de decisión de una autoridad administrativa puede significar la imposibilidad de una comunidad indígena de acceder a la propiedad y posesión de su territorio. Adicionalmente, implica mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, amenazando su supervivencia.</p> |
| <p>Garantía del debido proceso administrativo</p> | <p>▶ <i>Baena Ricardo y otros vs. Panamá</i> ▶ <i>Claude Reyes y otros vs. Chile.</i> ▶ <i>Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay</i> ▶ <i>Caso Martínez Esquivia vs. Colombia</i> ▶ <i>Tribunal Constitucional vs. Perú</i> ▶ <i>Ivcher Bronstein vs. Perú</i> ▶ <i>Barbani Duarte y otros vs. Uruguay</i></p> | <p>→ La procedencia de las garantías del art. 8 de la CADH respecto de procedimientos administrativos se ha vuelto explícita desde <i>Baena Ricardo y otros vs. Panamá</i>, según la cual "[...] cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".</p> <p>→ En el caso <i>Xámok Kásek</i> se le exige al Estado paraguayo que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras sea sustanciado de cierta forma.</p> <p>→ En el caso <i>Claude Reyes</i>, por ejemplo, se exigió al Estado chileno que el acceso a información pública fuese realizado de una determinada manera o procedimiento.</p> <p>→ Debido proceso administrativo es un precepto conforme con el criterio de que la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión.</p> <p>→ Para la Corte, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso administrativo.</p> |

Estandarización y adecuación de los procedimientos administrativos de conformidad con los Derechos Humanos – Debido procedimiento administrativo

- ▶ *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*
- ▶ *Tribunal Constitucional vs. Perú*
- ▶ *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*
- ▶ *Claude Reyes y otros vs. Chile*
- ▶ *Caso Yatama Vs. Nicaragua*
- ▶ *Caso Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*

- Se declaró la responsabilidad internacional de Uruguay por no proporcionar a los consumidores financieros recursos y procedimientos adecuados y efectivos para interponer reclamaciones contra los bancos.
- La Corte consideró que la manera en que funcionaba la autoridad administrativa competente afectaba el derecho a ser oído y, en ese sentido, ordenó garantizar a las víctimas que sus peticiones sean conocidas por un órgano cuya competencia abarque lo suficiente como para realizar un análisis integral, de conformidad con la normativa vigente.
- La Corte ha analizado la idoneidad del procedimiento administrativo sobre estatus de nacionalidad, con el objetivo que las personas puedan ejercer el derecho de contradicción frente a las decisiones administrativas.



Algunas aplicaciones prácticas del procedimiento administrativo interamericano

Procedimientos administrativo sancionador y disciplinario 4:

El derecho administrativo sancionador y el disciplinario constituyen un campo fértil para la creación de un *ius constitutionale commune* transformador.

A partir de la interpretación que la propia Corte IDH ha brindado a los artículos 9 (para los estándares sustantivos en materia sancionadora y disciplinaria) y 8 (para las garantías básicas del debido proceso administrativo) de la CADH, se han sentado las bases de estándares sustantivos y procedimentales comunes para América Latina en dicha materia.

Los estándares procedimentales de convencionalidad aplicables al derecho administrativo sancionador y disciplinario son claros y precisos, y deberían influir en los Estados miembros para una adecuación general de sus órdenes internos.

4La Corte trata el tema en algunas de sus decisiones: *Petro Urrego vs. Colombia*, *López Mendoza vs. Venezuela*, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *López Lone y otros. Vs. Honduras*, *López vs. Argentina*, *Urrutia Labreaux vs. Chile*, *Cordero Bernal vs. Perú* y *Caso Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú*.

Procedimientos de evaluación de impacto ambiental en los países de la región:

A partir de los estándares interamericanos, la protección del medioambiente ha estado íntimamente vinculada a la protección de los derechos de los pueblos indígenas.⁵

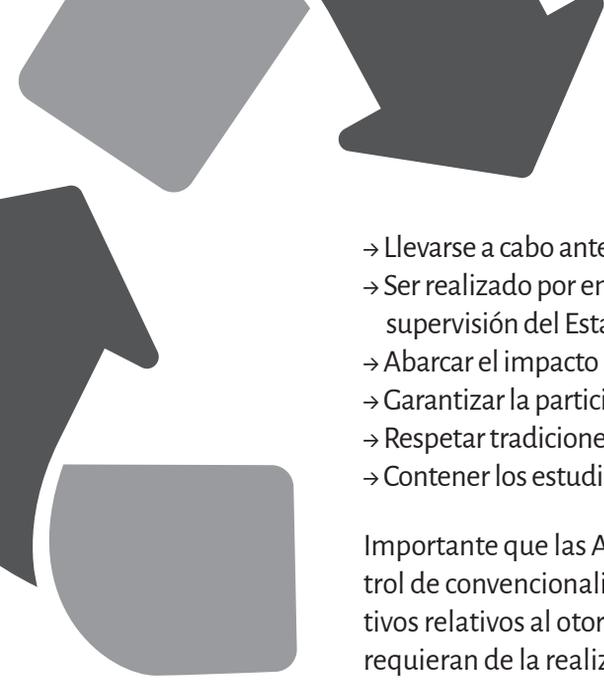
Los pronunciamientos de la Corte IDH sobre la necesidad de realizar estudios de impacto ambiental han tenido como propósito salvaguardar el derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan, así como la protección del derecho a la salud.

La Corte IDH señala como objetivo del estudio de impacto ambiental el asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.

Además de los requisitos que pueda establecer el derecho internacional ambiental, de conformidad con los estándares interamericanos, los estudios de impacto ambiental deben cumplir los siguientes requisitos:



⁵ Se destacan algunas decisiones: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Caso Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Vs. Nicaragua.

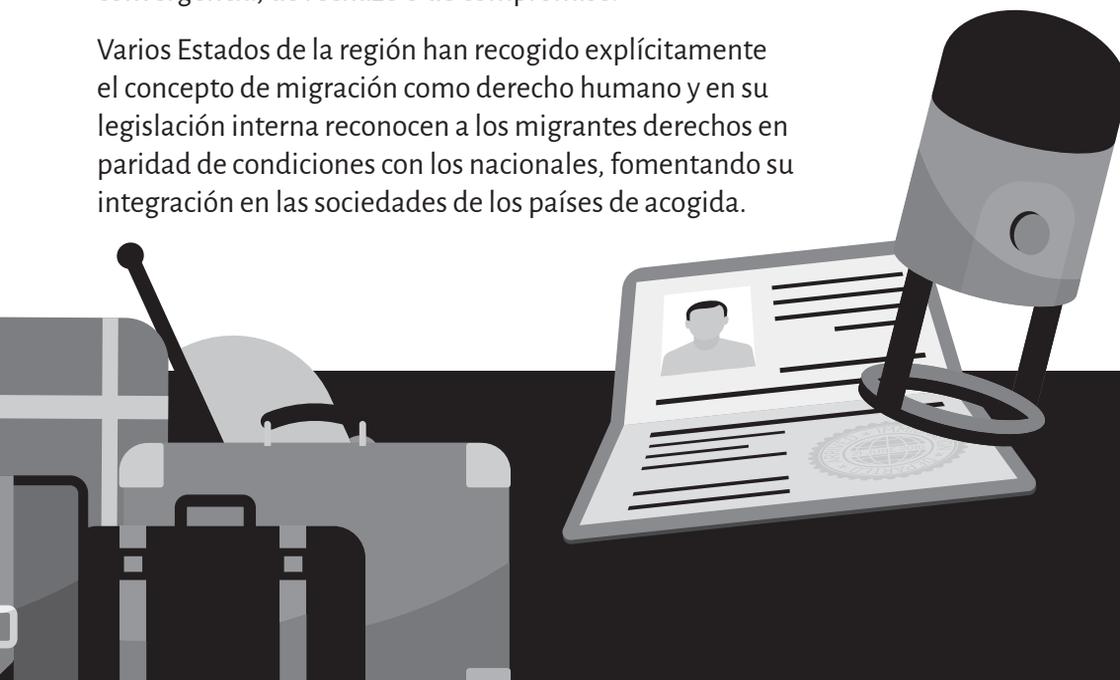
- 
- Llevarse a cabo antes de la realización de la actividad;
 - Ser realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado;
 - Abarcar el impacto acumulado;
 - Garantizar la participación de las personas interesadas;
 - Respetar tradiciones y culturas de los pueblos, y
 - Contener los estudios de impacto ambiental.

Importante que las Administraciones Públicas realicen el control de convencionalidad en sus procedimientos administrativos relativos al otorgamiento de permisos ambientales que requieran de la realización previa de un estudio de impacto ambiental.

Procedimientos administrativos migratorios y determinación de persona refugiada:

La protección de los derechos de personas en contexto de movilidad se desarrolla a partir de la articulación del sistema regional con el sistema universal de protección y con los ordenamientos internos. Las relaciones entre estos sistemas pueden ser de convergencia, de rechazo o de compromiso.

Varios Estados de la región han recogido explícitamente el concepto de migración como derecho humano y en su legislación interna reconocen a los migrantes derechos en paridad de condiciones con los nacionales, fomentando su integración en las sociedades de los países de acogida.



Elementos para el fortalecimiento de los estándares interamericanos en los procedimientos de extranjería y de concesión de refugio:

→ **enfoque preventivo de la Administración Pública.** Es importante que las Administraciones Públicas tengan un enfoque preventivo, enfocado en hacer posible el ejercicio de los derechos por parte de personas que se encuentran en situaciones de exclusión, con preferencia sobre una concepción represiva que, frente al indicio de alguna posible irregularidad o incumplimiento de las normas, intenta acelerar el procedimiento de expulsión, cuando el trámite podría orientarse a evaluar las posibilidades de regularización.

→ **principio promocional.** Según este principio deben crearse condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento.

→ **debió proceso migratorio a través del ICCAL.** Este elemento es importante y debe ser tomado en cuenta por los órganos interamericanos en sus decisiones y su profundización será clave para consolidar en la región, dentro del marco de las instituciones, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los humanos.

→ **Procedimientos administrativos con elementos de interseccionalidad.**

- ◆ La Resolución 001 de 2020, incorporó la perspectiva de género e interseccionalidad que considera la edad, la raza, la condición de movilidad humana, teniendo en cuenta la distinción de circunstancias y situaciones que contextualizan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas.
- ◆ Es importante observar que el refugio tiene complejidades. Por esta razón, es valioso el aporte de género, mujeres y diversidades sexo-genéricas que permiten la intersección entre clase, etnia, procedencia, identidad sexual.
- ◆ Los Estados han adquirido obligaciones en materia de derechos humanos que han hecho que el debate o la visión en materia de refugio tenga también un enfoque de derechos humanos que se encamina necesariamente a un enfoque de género.

→ **Observar procedimiento bajo la lente de género.** Aportes de la incorporación de la perspectiva de género en el SIDH:

- ◆ Permite la implementación de normas y políticas públicas de respuesta al refugio que estén dispuestas a alcanzar una respuesta de protección integral.
- ◆ Cumplir las obligaciones estatales en materia de garantía de los derechos humanos.

→ **Capacitación en materia de derechos humanos.** Se hace necesaria la capacitación de los funcionarios sobre los estándares aplicables relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular.⁶



⁶ Por ejemplo, la reglamentación de la ley migratoria argentina se refiere también específicamente a este punto y a los contenidos de esa capacitación.

Algunos leading cases de la Corte IDH

Tema de derecho administrativo

Algunos Leading cases de la Corte IDH

Relevancia o impacto transformador de las decisiones de la Corte IDH

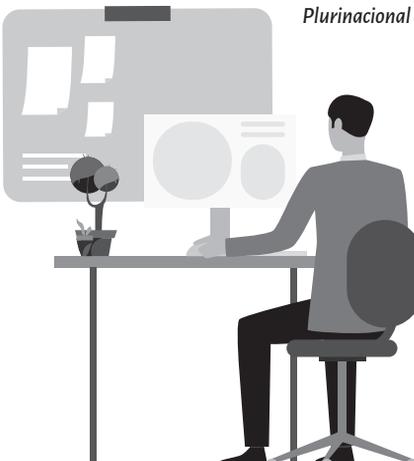
Derecho Administrativo Sancionador y disciplinario

Petro Urrego vs. Colombia
López Mendoza vs. Venezuela
Baena Ricardo y otros vs. Panamá
Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela
Caso Vélez Loor vs. Panamá
López Lone y otros. Vs. Honduras
López vs. Argentina
Urrutia Labreaux vs. Chile
Cordero Bernal vs. Perú
Caso Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú

- La Corte analiza las competencias de las autoridades disciplinarias para el ejercicio de la función de control. Un órgano administrativo no puede imponer sanciones que impliquen la destitución o inhabilitación de una persona por su comportamiento en el ejercicio de la función pública, y menos cuando dicha sanción implique la privación del ejercicio de los derechos políticos para elegir y ser elegidos.
- Dichas sanciones solo pueden imponerse por medio de la garantía del debido proceso penal garantizado por un juez competente, ya que dichas penas implican restricciones a los derechos políticos.
- Para la Corte, las garantías adjetivas y sustantivas de los artículos 8 y 9 de la Convención se aplican también en el régimen jurídico administrativo para el ejercicio de la función sancionatoria y disciplinaria.
- En lo que se refiere a los estándares de derecho disciplinario sobre la óptica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se admite que: (i) las exigencias en tipicidad en materia penal y disciplinaria administrativa pueden ser diferentes, y ii) se pueden emplear conceptos jurídicos abiertos o indeterminados para tipificar infracciones disciplinarias.
- El alcance de la legalidad también es predicable de las sanciones. Las penas y las sanciones “en ocasiones” tienen naturaleza similar, pero también que ambas son expresión del poder punitivo del Estado.
- Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas.
- El grado de precisión de la tipificación de una norma en materia disciplinaria puede ser distinta a la penal, puesto que las exigencias del principio de legalidad pueden variar en estos ámbitos, dada la distinta calidad de los bienes jurídicos protegidos por ambas materias
- La correlación entre la infracción y la gravedad de la sanción puede ser discrecional (aun cuando sería aconsejable manejar un estándar de gravedad de infracciones), pero, en todo caso, la discrecionalidad al momento de aplicar una sanción disciplinaria debe ser reducida mediante el recurso a la proporcionalidad y, nuevamente, a la motivación del acto sancionador, el cual debe detallar la falta cometida.



Algunos leading cases de la Corte IDH

| Tema de derecho administrativo | Algunos Leading cases de la Corte IDH | Relevancia o impacto transformador de las decisiones de la Corte IDH |
|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Interpretación de normas de Derecho Ambiental • Estudios de Impacto ambiental de acuerdo con los Derechos Humanos • Protección de la propiedad colectiva | <p><i>Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam</i> <i>Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam</i> <i>Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras</i> <i>Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador</i> <i>Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras</i> <i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay</i> <i>Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá</i> <i>Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras</i> <i>Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Vs. Nicaragua.</i></p> | <ul style="list-style-type: none"> → La Corte ha precisado que se “debe tomar en consideración la normativa internacional de protección ambiental al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular, al precisar las medidas que deben adoptar los Estados en materia ambiental. → Los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas internacionales al respecto. → La Corte exige el respeto de las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas. Con este requisito se pretende proteger el vínculo especial que tiene la población indígena con la tierra y los recursos naturales, y que son indispensables para su supervivencia física y cultural. → La Corte garantizó la posición procesal para la protección del derecho de comunidades indígenas a la propiedad comunal. Esa propiedad tiene una naturaleza distinta a la oficial de los sistemas de derecho. |
| <p>Derecho migratorio y procedimiento administrativo</p>  | <p><i>Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana</i> <i>Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana</i> <i>Vélez Loor vs. Panamá</i> <i>Lori Berenson Mejía vs. Perú</i> <i>Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia</i></p> | <ul style="list-style-type: none"> → Dentro de los procedimientos migratorios, los niños y niñas deben ser sujetos de especial protección, dada su vulnerabilidad. → La Corte ha establecido que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de estas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. → A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades para el adecuado ejercicio de defensa y de contradicción. → El procedimiento de reconocimiento de persona refugiada debe dar preponderancia a los derechos humanos. → Es fundamental recurrir a la perspectiva de género en el procedimiento de determinación de nacionalidad y ante posibles casos de apátrida, debido a que la condición de niñas y mujeres constituye un factor de vulnerabilidad que las coloca en una situación de desigualdad desproporcionada que puede afectar en mayor medida sus derechos. |

III. Mejora regulatoria y calidad normativa como parte del proceso de interamericanización

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración de un derecho administrativo común en Latinoamérica

La reserva de ley, como principio y límite a la función legislativa estatal, impone un mandato a los Estados para que solo por ley en sentido formal y material se respeten, se garanticen, se protejan, se limiten y se restrinjan los derechos humanos, y solo excepcionalmente exista la posibilidad de “delegaciones legislativas.”

En ese sentido, en el ámbito de su competencia, todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, el cual consiste en verificarla 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.

La Convención como los estándares desarrollados por la Corte IDH establecen un conjunto de principios que deben tomar en cuenta los Estados parte para desarrollar, limitar o garantizar los derechos humanos contenidos en la Convención, especialmente aquellos órganos que cuentan con competencias legislativas (parlamentos) o regulatorias, y que son los que dan vida a los derechos administrativos latinoamericanos, tanto nacionales como federales y locales.



Principios esenciales para los procedimientos de expedición de regulaciones

Transparencia

Acceso a la
información
Pública

Publicidad de las
actuaciones de las
administraciones
publicas

Recomendaciones para los Estados en materia de calidad regulatoria

Teoría de la reserva de ley con límites y principios compatibles con los derechos humanos. Los Estados latinoamericanos deben establecer, atendiendo a los principios, las finalidades y los derechos humanos reconocidos en cada uno, una teoría sobre la reserva de ley que sea capaz de imponer límites claros y precisos respecto de la expedición de las leyes a cargo de los congresos, así como para las competencias regulatorias de cada autoridad estatal.



La aplicación de reglas, principios y controles establecidos por organismos internacionales. Las reglas, los principios y los controles establecidos por la OCDE, los tratados de libre comercio, la Convención y la Corte IDH en materia de gobernanza regulatoria, son de aplicación por parte de todas las autoridades estatales, y los congresos tienen la obligación de expedir una ley que señale las etapas del ciclo regulatorio, el procedimiento de expedición, así como la tutela de los derechos humanos.

El ejercicio del control de convencionalidad en materia regulatoria. El control de convencionalidad no es exclusivo de los procesos jurisdiccionales, es una obligación a cargo de todas las autoridades estatales. Tratándose de la expedición de regulaciones, deben existir controles sobre el respeto de los derechos humanos, tanto al interior de cada autoridad regulatoria como también mecanismos externos, previo a su expedición, pero también posterior a su publicación y en su ejecución.

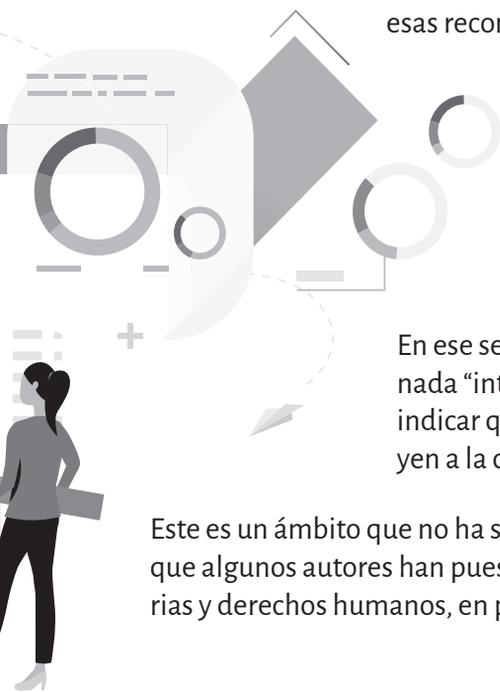
La interamericanización de la calidad normativa

Si bien el diálogo sobre la calidad normativa se ha expandido en la región debido a las recomendaciones de la OCDE, esas recomendaciones no son las únicas que la identifican.

La noción de calidad normativa no es equivalente a la noción de mejora regulatoria de la OCDE; de hecho, no existe una noción única de calidad normativa, y bien puede tomarse como un asunto principalmente procedimental o como uno principalmente sustantivo.

En ese sentido, es posible acercarse a la noción denominada “interamericanización de la calidad normativa”, para indicar que el SIDH y, con ello, el ICCAL, también contribuyen a la calidad normativa.

Este es un ámbito que no ha sido explorado en la literatura expresamente, aunque algunos autores han puesto de relieve la relación entre políticas regulatorias y derechos humanos, en parte por el rol de los tribunales constitucionales.



Aportes del ICCAL para la interamericanización de la calidad normativa:

El proyecto ICCAL se presenta como una ventana de oportunidad para entender y robustecer los estándares de calidad normativa que están aplicando las administraciones públicas en seguimiento a recomendaciones de la OCDE, contribuyendo con ello al fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos en la región.

La función regulatoria, al ser función pública, se nutre por todo el SIDH, y este marco contribuye a que los reguladores mejoren su comprensión sobre los estándares de calidad normativa.

Así como ocurre en Europa, con la comisión europea, el SIDH puede ayudar a construir mediciones de impacto más integrales.

El ICCAL también puede enriquecer los análisis cualitativos de las medidas regulatorias. En cierta forma puede hacerlo más en el ámbito de la regulación social, pero también en el análisis de impactos sociales y de derechos humanos de la regulación económica.

El ICCAL puede contribuir a extender la comprensión sobre la cooperación regulatoria internacional, integrando en el contexto latinoamericano regulatorio no solo el sistema de cooperación económico que rodea a la región, sino a todo sistema internacional de los derechos humanos.



El acceso a la contratación pública como derecho tutelable por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Derecho de acceso a la contratación pública:

- El acceso a la contratación pública, como importante recurso para la redistribución de los ingresos públicos, debe entenderse como un derecho protegido por el SIDH.
- Ese derecho no es más que un contenido implícito del derecho a la igualdad y no discriminación prevista en la Convención (arts. 1.1 y 24), y no un DESC, por lo que su tutela no puede impedirse mediante el razonamiento de que tales derechos no permiten el acceso al SIDH.
- Ese derecho tiene como estándar principal el caso RCTV, que exige un procedimiento abierto para la contratación pública, apertura que, en buena medida, coincide con la publicidad de los procedimientos antes de la celebración del contrato. Ese estándar es perfectamente aplicable a los ordenamientos nacionales y a su ejecución, como se vio con la legislación colombiana, europea y venezolana.

Presupuestos para la garantía del derecho:

- A partir de los estándares interamericanos, se le exige a la Administración pública, en consecuencia, mecanismos transparentes y no discriminatorios de selección de contratistas.
- Los derechos humanos en materia de contratación pública en los tratados que integran el SIDH, como en la correspondiente doctrina y en el *soft law* aplicable, se analizan principalmente después de celebrado el contrato, como es el caso del cumplimiento de derechos laborales y ambientales por parte del contratista, pero han tenido mucho menos desarrollo antes de la contratación, en los momentos de preparación y publicidad (o no) del contrato y en los mecanismos de selección de los contratistas.
- Corresponde la Corte IDH actuar como un verdadero tribunal contencioso administrativo, lo que exige, sobre todo, dar plena y total legitimación a las personas de cualquier especie, no solo a las personas naturales.

Algunos leading cases de la Corte IDH

| Tema de derecho administrativo | Algunos Leading cases de la Corte IDH | Relevancia o impacto transformador de las decisiones de la Corte IDH |
|--|--|---|
| <p>Derecho Administrativo regulatorio: Potestad normativa de la Administración Potestad Regulatoria Regulación social</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▸ <i>Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil</i> ▸ <i>Santo Antônio de Jesus vs. Brasil</i> ▸ <i>Caso Hernández vs. Argentina</i> | <ul style="list-style-type: none"> → La Corte ordena cambios específicos en la potestad normativa que diseña las normas. Esta potestad debe estar conforme con los Derechos humanos. → Los Estados tienen la obligación de regular los aspectos específicos que garanticen el cuidado de la salud y la integridad de las personas que están expuestas a actividades peligrosas, así como fiscalizar y supervisar este tipo de actividades, incluso si son realizadas por entidades de naturaleza privada. |
| <p>Transparencia de la información pública y combate contra la corrupción</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▸ <i>Claude Reyes y otros vs. Chile</i> ▸ <i>Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador</i> | <ul style="list-style-type: none"> → Ante la negativa de una empresa jurídica de derecho público de entregar información sobre un proyecto de deforestación, la Corte IDH establece que la publicidad y la transparencia en la gestión pública son principios clave de la actuación del Estado, que son necesarios para el ejercicio del control democrático de la función pública y, por ende, contribuyen a promover la participación en la gestión pública. → La Corte IDH ha ordenado establecer canales de información para explicar los impactos sociales y ambientales del proyecto, y hace especial énfasis en el derecho de consulta previa. |



IV. Justicia administrativa y control como garantía de los derechos humanos en América Latina

Justicia Administrativas

El diálogo transformador a partir de la experiencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea como tribunal administrativo

El *ius commune* europeo y la experiencia europea pueden servir de fuente de inspiración para los enfoques de la resolución de problemas.

Los litigios administrativos ante los tribunales de la Unión tienen una importancia práctica considerable y la litigiosidad en este ámbito ha crecido.

Según la relación jurídica, el objeto del litigio y el tipo de procedimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede ejercer diferentes funciones. La jurisdicción europea no puede reducirse a una única función. Se juzga de forma diferente dependiendo de las funciones que tramite.

Si bien al principio el TJUE seguía siendo reticente y se limitaba a la aplicación de los tratados al elaborar el derecho administrativo europeo, más tarde empezó a recurrir cada vez más a los sistemas nacionales de derecho administrativo como fuente y depósito de ideas cuando se enfrentaba a un problema jurídico para el que ni los tratados ni el derecho derivado/ secundario ofrecían una solución.

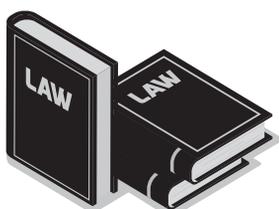


Desde la perspectiva de América Latina, el estudio tiene especial interés porque el *Ius Constitutionale Commune in América Latina (ICCAL)* tiene paralelismos con el concepto de "*ius publicum europaeum*".

La aplicación del método de derecho comparado evaluativo. Aplicando el método del derecho comparado evaluativo, surgió un número considerable de principios jurídicos generales (administrativos) del derecho de la Unión a partir de los principios y tradiciones jurídicas comunes reconocidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros:



→ La prohibición de discriminación



→ Principio de legalidad administrativa



→ El derecho a ser oído en caso de acción administrativa onerosa



→ El principio de proporcionalidad

Control y fiscalización administrativa

La resonancia de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las entidades de fiscalización superior de América Latina tiene un impacto relevante.

Con el ejercicio de funciones de control fiscal (fiscalizar el buen uso de los fondos públicos, velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico y contribuir por medio del control a la disminución de la corrupción) se garantiza a la sociedad el correcto uso de los fondos públicos y, con ello, se establece seguridad, legitimidad entre entidades de fiscalización superior y la ciudadanía en general.

Se establece un carácter vinculante de las resoluciones de la Corte IDH para los Estados que reconocen su competencia, entendido este en el sentido amplio, del que deriva la obligación de todos sus órganos de ejercer ese control de convencionalidad y aplicar el corpus iuris interamericano a nivel interno, recurriendo a la analogía, se puede afirmar que las entidades de fiscalización superior de cualquier Estado tienen la obligación de aplicar dicho corpus iuris y hacer ese control de convencionalidad.



El control de convencionalidad ejercido por la administración pública

Presupuestos:

- El derecho administrativo contemporáneo pasó por importantes transformaciones derivadas del advenimiento del Estado Constitucional y Convencional de Derecho.
- Esa transformación impone el surgimiento o la fuerza del principio de juridicidad administrativa.
- La Administración Pública está sometida al Derecho como un todo, sujetándose al deber de respetar la Constitución (principio de constitucionalidad), los tratados internacionales de derechos humanos (principio de convencionalidad), la ley en sentido formal (principio de estricta legalidad) y los actos administrativos normativos (principio de autovinculación).
- El corpus iuris interamericano en materia de derechos humanos constituye una auténtica fuente del derecho administrativo, imponiendo a la Administración Pública el deber de adoptar una serie de medidas de respeto, protección y promoción de los derechos humanos.
- La jurisprudencia ya consolidada de la Corte IDH estableció que, para garantizar el respeto de las disposiciones de la CADH, las autoridades públicas nacionales deben realizar un control de convencionalidad, que consiste en un examen de la compatibilidad entre las normas del derecho interno y las disposiciones de la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la propia Corte.
- Inicialmente, esta tarea se asignaba a los jueces y a los órganos judiciales. Sin embargo, con el desarrollo de sus decisiones, el Tribunal interamericano comenzó a manifestar el entendimiento de que el control de convencionalidad es una función y tarea de cualquier autoridad pública, de todos los Poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Las autoridades administrativas pasan a sujetarse al deber de examinar la compatibilidad de las normas internas con las convencionales, no pudiendo aplicar ciegamente disposiciones normativas internas incompatibles con el derecho internacional de los Derechos Humanos.

¿Existe un modelo único de control?

La Corte IDH no ha impuesto un modelo único de control, admitiendo que se realice de diferentes maneras, con diferentes intensidades, dentro del sistema de división de competencias definido nacionalmente por cada Estado Parte.

Independientemente del tipo de control de convencionalidad que emplee la Administración Pública de cada país, es crucial que su ejercicio se produzca en el marco de un procedimiento administrativo formal, razonado con la debida motivación que exponga de forma clara y congruente las razones que llevaron a la toma de esa decisión.

El ejercicio del control de convencionalidad

1. El ejercicio de un control constructivo o positivo a través de la interpretación.

En un grado mínimo de intensidad, todas las autoridades administrativas deben ejercer un control de convencionalidad **constructivo o positivo**, que consiste en interpretar las normas de Derecho interno de conformidad con el Derecho convencional, adoptando las interpretaciones compatibles con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH y rechazando la aplicación de aquellas que sean incompatibles.

2. El control represivo de convencionalidad.

Cuando la compatibilidad del Derecho interno con la CADH no es posible a través de la interpretación, la única vía es el control represivo de la convencionalidad.

3. Si es necesario un control represivo, éste puede ser realizado por la autoridad administrativa que tiene la competencia para realizar el control de constitucionalidad.

3.1. Si no lo hace, la autoridad administrativa debe actuar en el ámbito de su competencia y plantear la cuestión a las autoridades públicas que pueden realizar este tipo de control, para que, de acuerdo con lo que establece el ordenamiento jurídico nacional, promuevan la declaración de inconvencionalidad de los actos normativos contrarios a la CADH.



Algunos leading cases de la Corte IDH

| Tema de derecho administrativo | Algunos Leading cases de la Corte IDH | Relevancia o impacto transformador de las decisiones de la Corte IDH |
|--|---|---|
| <p><i>Ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas</i></p> | <p><i>Cabrera García y Montiel Flores vs. México</i> <i>Gelman vs. Uruguay</i> <i>Andrade Salmón vs. Bolivia</i> <i>Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú</i> <i>Baena Ricardo y otros. Vs. Panamá</i> <i>Tibi vs. Ecuador</i> <i>Almonacid Arellano y otros vs. Chile</i> <i>Mack Chang vs. Guatemala</i> <i>Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.</i> <i>Masacre de Santo Domingo vs. Colombia</i> <i>Castillo Petruzzi y otros vs. Perú</i> <i>Ximenes Lopes vs. Brasil</i> <i>Liakat Ali Alibux vs. Suriname</i> <i>Radilla Pacheco vs. México</i> <i>Cabrera García y Montiel Flores vs. México</i></p> | <ul style="list-style-type: none"> → La Corte extendió el alcance del ejercicio de control de convencionalidad a la Administración Pública, afirmando que este ejercicio es una función y tarea de cualquier autoridad administrativa y no solo del Poder Judicial. → El deber de ejercer el control de convencionalidad de las leyes y los actos normativos internos ya no se limita a los jueces, sino que ahora se amplía para alcanzar también a las autoridades administrativas del Estado. → La obligación de respetar la Convención vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención. → La obligación de respetar los derechos humanos de la CADH y de adaptar el derecho interno a sus disposiciones dan lugar a dos vertientes: i) “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”, y ii) “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. → La primera salvedad que debe hacerse antes de examinar los aspectos operativos y procedimentales del control de convencionalidad es que la Corte IDH no impuso un modelo específico de control de convencionalidad para los países del SIDH. → La Corte reconoce un papel constructivo o positivo para el control de convencionalidad, que consiste en realizar un filtro convencional de las normas locales a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de una interpretación de las disposiciones normativas internas de conformidad con el corpus iuris interamericano. |





MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

DFG Deutsche
Forschungsgemeinschaft



*La interamericanización del derecho administrativo
en América Latina*

Prolegómeno de un Ius Commune

se terminó de imprimir en octubre de 2022,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección de Alejandro Rugama Núñez,
su tiraje consta de 500 ejemplares.



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

*Ius commune en migración y constitucionalismo
transformador en Colombia*
Un enfoque de derechos para la movilidad humana

Armin von Bogdandy
Manuel Góngora Mera
Mariela Morales Antoniazzi
Editores

**(En coedición con la Universidad del Norte
Centro de Derechos Humanos del Caribe
Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado
y Derecho Internacional Público
Fundación Alemana para la Investigación Científica)**

Constitución, justicia ambiental y derechos
El caso Cuenca Matanza-Riachuelo de la Corte Suprema argentina
Esteban Nader

Derecho procesal constitucional y derecho convencional
Rubén Hernández Valle

*La tutela dei diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali:
profili teorici, sostanziali e processuali.*
Scritti scelti a partire dal CAF 2021

Giuseppe Campanelli
Hugo A. Frazão
Cristina Luzzi (a cura di)
(En coedición con la Universidad de Pisa)

El caso Lhaka Honhat vs. Argentina
y las tendencias de su interamericanización

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja (coords.)
(En coedición con el MPIL y el IJ-UNAM)

LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

HACIA UN *IUS COMMUNE*

El estudio que se presenta tiene como punto de partida la investigación llevada a cabo en el marco del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), en el que se constataron retos comunes que afrontan los países latinoamericanos, los cuales pueden ser atendidos desde una perspectiva del constitucionalismo transformador. En esa medida, la interamericanización del derecho administrativo en América Latina utiliza los fundamentos adelantados por el ICCAL, con la finalidad de identificar el impacto que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tiene sobre la Administración pública de los países de la región.

Este trabajo ha sido fruto del diálogo de varios investigadores provenientes de Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Perú, República Dominicana y Venezuela, por lo que permite identificar el impacto que el SIDH ha tenido en el derecho administrativo latinoamericano desde la perspectiva de diversos ordenamientos jurídicos. Estas herramientas pueden ser utilizadas por los servicios jurídicos de las administraciones, los abogados en ejercicio, los jueces y magistrados y los asesores legales de organizaciones no gubernamentales para distinguir estándares comunes de protección en América Latina.

Tales estándares constituyen garantías jurídicas que sirven para la consolidación de una Administración pública que atienda las necesidades sociales, políticas y económicas con pleno respeto al Estado de derecho, y con una visión protectora de los derechos humanos, los grupos vulnerables y las generaciones futuras de la región.

ISBN 978-607-7822-96-7



9 786077 822967



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO