

## **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**

**México 1 al 3 de febrero de 2017**

Comunicación presentada por el Dr. Jorge Alejandro Amaya<sup>1</sup>

[jorgeamaya@derecho.uba.ar](mailto:jorgeamaya@derecho.uba.ar)

[jaamaya@jaamaya.com.ar](mailto:jaamaya@jaamaya.com.ar)

### **“Tensiones entre decisiones de los órganos del sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos”**

#### **Primera tensión: El derecho pasivo de sufragio.**

La característica de universalidad del voto ha sido una conquista en contante ampliación en gran parte del mundo occidental y particularmente en los últimos años en la jurisprudencia Argentina.

En efecto, al implementar el carácter universal del sufragio, la llamada ley Sáenz Peña<sup>2</sup> inspiró en la República Argentina otras normas que extendieron luego la composición del cuerpo electoral, como ocurrió –por ejemplo– con la participación de la mujer a partir de la incorporación del voto femenino en las elecciones del año 1951<sup>3</sup>; la inclusión al cuerpo electoral de los habitantes de los territorios nacionales; el voto de los argentinos residentes en el exterior<sup>4</sup>; el voto de los detenidos sin condena<sup>5</sup> dispuesto luego del fallo de la Corte Suprema in re “Mignone”<sup>6</sup>; y el voto de los menores a partir de los 16 años<sup>7</sup>,

---

<sup>1</sup> Doctor y Posdoctor en Derecho (área Constitucional) de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Regular Adjunto de dicha Universidad. Profesor de Posgrado y Doctorado de la UBA. Vocal titular de la Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

<sup>2</sup> Ley 8871

<sup>3</sup> Ley 13.010.

<sup>4</sup> Ley 24.007

<sup>5</sup> Ley 25.858

<sup>6</sup> CSJN “Mignone, Emilio F. s/ habeas corpus”<sup>6</sup> (9/4/02) estableció el derecho a votar de los detenidos no condenados, disponiendo la inconstitucionalidad del artículo art. 3º, inc. d, del Código Electoral Nacional.

<sup>7</sup> Ley 26.774

entre otras acciones tendientes también a suprimir las barreras jurídicas y fácticas para continuar expandiendo la participación electoral<sup>8</sup>,

En este sentido, corresponde recordar que en materia de igualdad respecto de las garantías que hacen al pleno ejercicio de los derechos políticos con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia (art. 37, Constitución Nacional) la jurisprudencia ha distinguido entre el derecho político de sufragio activo, de elegir que tienen los ciudadanos electores, y el del sufragio pasivo de ser elegidos<sup>9</sup>.

El derecho pasivo de sufragio o derecho a ser elegido aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, porque se espera de los elegidos cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral<sup>10</sup>.

Con tal fundamento, la CNE (Cámara Nacional Electoral) estableció que no eran aplicables los precedentes en los que se declaró la inconstitucionalidad de la privación del derecho a elegir de los detenidos sin condena<sup>11</sup> respecto de la postulación al cargo de senador nacional de un ciudadano condenado penalmente<sup>12</sup>.

Efectivamente en el caso “Partido Nuevo” el Tribunal Electoral sostuvo que *“de los artículos 53, 59, 70 y 115 (referidos al juicio político y al enjuiciamiento de los diputados y senadores) puede inferirse fácilmente que la constitución no quiere, como principio, que quien se halla en ejercicio de los cargos previstos en las normas citadas sea sometido a proceso penal, todo lo cual permite vislumbrar con bastante claridad que, sin perjuicio del principio constitucional*

---

<sup>8</sup> Acordada Extraordinaria CNE N° 54/13.-

<sup>9</sup> Fallos CNE 2388/98; 2401/98; 3275/03, entre otros.-

<sup>10</sup> Fallos CNE 3275/03 y 4195/09.

<sup>11</sup> Fallos 325:524 y Fallos CNE 2807/00 y 3142/03

<sup>12</sup> Fallo CNE 3275/03, consid. 3º y 8º, in re “Partido Nuevo”.

*de presunción de inocencia, el desempeño de determinadas funciones parece incluir en el recaudo de idoneidad el no tener pendiente una causa penal*<sup>13</sup>,

Sobre esa base, teniendo en cuenta el requisito de idoneidad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, se resolvió que no era viable oficializar la candidatura de una persona sobre la cual pesaban dos sentencias condenatorias de primera instancia, puesto que, aunque las decisiones no estuvieran firmes, su situación no era asimilable a la de *“un ciudadano que no se halla incurso en proceso penal o sobre el que pesara solamente una sospecha sobre la comisión de un hecho ilícito que no pasara aún de tramitar la etapa instructora”*.

Esta doctrina de la Cámara Nacional Electoral fue afirmada siguiendo un razonamiento contradictorio según nuestra perspectiva in re *“Patti”*<sup>14</sup> y recientemente en el caso *“Procuración Penitenciaria de la Nación”*<sup>15</sup>.

En *“Patti”* la Cámara sostiene en el Considerando 15º que, de acuerdo a lo establecido, en los artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional, la verificación de las condiciones de los candidatos a cargos electivos no se limita a la constatación de las condiciones formales previstas, sino también al requisito de la idoneidad, previsto en el artículo 16 CN (conforme Fallos 3275/03), afirmando que dicho paradigma no puede importar desconocer el principio de inocencia (cf. artículo 18 de la Constitución Nacional) y citando a Burdeau hace suya las siguientes palabras:

*“la regla enunciada por la Declaración [de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de Francia, de 1789, en su art. 9º, según la cual todo hombre es presumido inocente hasta que haya sido declarado culpable] debiera estar escrita en todo tribunal, sobre todo durante los períodos de crisis política, en que la pasión o un resentimiento, algunas veces legítimo, puedan hacer olvidar*

---

<sup>13</sup> Considerando 4º cita ut supra.

<sup>14</sup> CNE, fallo Nº 3741/2006, 14 de septiembre de 2006.-

<sup>15</sup> CNE, Procuración penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/ amparo – Acción de amparo colectivo – Inconstitucionalidad arts- 12 y 19 inciso 2º CP y 3º inciso e, f, y g, CEN – Expediente Nº CNE 3451/2014/CA1, 24/05/16, Considerando 5º.

*a los jueces la presunción de inocencia de los individuos llamados a comparecer ante ellos*<sup>16</sup>

Luego de una afirmación tan contundente, a renglón seguido sostiene: *“Por esta razón el Tribunal ha entendido que, para desvirtuar el mencionado principio, se requiere al menos el dictado de una sentencia condenatoria por un juez competente, aun si ella no se encontrara firme”*<sup>17</sup>.

La contradicción parece devenir claramente: por una lado se sostiene que el principio constitucional de inocencia debe ser un norte para todo tribunal, particularmente en el ámbito de la política, y seguidamente se afirma que - por dicha razón - el Tribunal entiende que basta una sentencia no firme para desvirtuar dicho principio.

Amén de destacar este razonamiento contradictorio del Tribunal, abordamos a continuación los argumentos que nos conducen a sostener que la doctrina vigente en el derecho electoral argentino resulta contraria a la Convención Americana y a la posición mantenida por la CortelDH como último órgano de interpretación de la misma.

La decisión de la Cámara Electoral Argentina constituye una interpretación que tensiona el contenido de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 23, ap. 1 b) y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que conduce a violentar la garantía de presunción de inocencia, tornándola inoperante e inaplicable.

Ello es así, toda vez que sólo hay condena -y, por lo tanto, restricción de derechos políticos y consecuente inhabilidad para ser candidato- cuando hay sentencia firme con autoridad de cosa juzgada, y no una sentencia aún apelada, porque de lo contrario se hace prevalecer preceptos de índole procesal -como la presunción de certeza y legitimidad de las sentencias no consentidas- sobre disposiciones sustanciales, como la del citado art. 18 de la CN.

La Constitución Nacional, en su artículo 16 determina, entre otros principios, que todos los habitantes de la Nación Argentina son admisibles en los empleos

---

<sup>16</sup> Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, ed. Plus Ultra, 1980, Bs.As., T. 6, pág. 98, cita CNE in re Patti.

<sup>17</sup> Considerando N° 15, último párrafo, in re “Patti”.

sin otra condición que la idoneidad y el art. 18 CN asegura la garantía de "presunción de inocencia" de las personas<sup>18</sup>. Por su parte, el art 36 CN condiciona el acceso a los cargos o empleos públicos a no haber incurrido en grave delito doloso contra el Estado, que conlleve enriquecimiento.

El art. 37 CN, dentro del marco del pleno ejercicio de los derechos políticos, asegura el derecho de elegir y ser elegido, con arreglo al principio de soberanía popular y de las leyes que en consecuencia se dicten y consagra el voto universal, igual, secreto y obligatorio.

Asimismo, el art. 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 CN) dispone que los ciudadanos tienen derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos sea directamente o a través de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas y de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país autorizando la reglamentación del ejercicio de estos derechos y oportunidades *exclusivamente* por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y *condena, por juez competente, en proceso penal*.

Por su parte, el art 33 de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos remite al Código Nacional Electoral cuando estipula que "*No podrán ser candidatos a cargos públicos electivos, ni ser designados para ejercer cargos partidarios: a- Los excluidos del padrón electoral como consecuencia de disposiciones legales vigentes ...*".

El art. 3° del Código Nacional Electoral enumera quienes están excluidos del padrón, entre otros y en lo que aquí interesa, " ... e) *los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena*<sup>19</sup>; .. .l) Los *inhabilitados* según disposiciones de *la Ley Orgánica de los Partidos Políticos*; m) Los que en virtud de otras prescripciones legales y reglamentarias quedaren *inhabilitados para el ejercicio de los derechos políticos.*"

---

<sup>18</sup> La tutela de este principio también está establecida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI); en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.1); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.14.2).

<sup>19</sup> Este inciso fue declarado inconstitucional por la CNE en el fallo "Penitenciaria" en mayo de este año.

De lo expuesto, se advierte que la restricción al derecho a ser elegido se limita al condenado por juez competente en proceso penal, entendiendo por tal a aquél sobre el cual pesa una sentencia condenatoria firme, pasada en autoridad de cosa juzgada y, consecuentemente, excluido del padrón electoral mientras dure su inhabilitación.

La jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales, como la Convención Americana, hace que, tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como las directrices de la Comisión Interamericana sirvan como parámetros exegéticos en el *sub examine*.

En este sentido, en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay<sup>20</sup> la Corte Interamericana señaló que en “... el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.” “... el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”<sup>21</sup>

Asimismo cabe señalar que la Comisión IDH en su Informe 119 (caso 11.006 García vs. Perú del 2 de febrero de 1995) interpretó como “sentencia firme” a aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.

Estas afirmaciones quedan ratificadas por el fallo de la Corte IDH en el caso “Lopez Mendoza” del año 2011, en la cual sostuvo que como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2 de la Convención estableció que para privar o suspender legítimamente los derechos políticos de cualquier persona, el Estado debe antes haberla condenado por la comisión de un delito, luego de cumplir con todas las condiciones de un proceso judicial penal, en el que tienen que respetarse las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención

---

<sup>20</sup> Corte IDH, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, N° 111, párrafo 153 y 154.

<sup>21</sup> Con anterioridad se había expresado, en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Reparaciones - sentencia del 19 de septiembre de 1996, serie C, ° 29, párr. 45, " ... ya que las víctimas no habían sido condenadas por sentencia firme por lo cual es aplicable el principio general de derecho de la presunción de inocencia (art. 8.2 Convención Americana).

Americana<sup>22</sup>; recordando que el mencionado artículo 8 establece “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Por lo expuesto, la interpretación que formula el tribunal electoral no es ajustada a derecho, al crear un impedimento que no existe en la reglamentación interna ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, máxime si consideramos que, si bien esta doctrina de la CNE no ha sido revisada hasta el momento por la CSJN<sup>23</sup>, el Alto Tribunal Argentino en el caso “Mignone” sostuvo “... resulta imprescindible observar que el adverbio de modo “exclusivamente” utilizado por el art. 23 de la convención citada, denota que el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos, constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva, por lo cual toda ampliación que la ley nacional haga de dicho elenco resulta contraria al instrumento internacional”<sup>24</sup>.

Conforme lo visto hasta el momento, la reglamentación del sufragio en Argentina admite distinciones en cuanto a su faz activa –derecho a elegir- y pasiva –derecho a ser elegido. En lo que hace a la faz pasiva, como analizamos en párrafos precedentes, la jurisprudencia nacional ha sido restrictivamente inconvencional; y en lo que se refiere a la activa, bien podríamos sostener que la política general (legislativa, doctrinaria y jurisprudencial) se posiciona, como vimos al inicio de este punto, a favor de un criterio amplio “pro voto”.

---

<sup>22</sup> El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. Cfr Caso *López Mendoza*, párr. 107.

<sup>23</sup> La sentencia in re “Partido Nuevo” fue motivo de recurso extraordinario federal concedido, pero el apelante desistió del mismo con posterioridad a pesar de contar con dictamen favorable del Procurador General.

<sup>24</sup> CSJN Fallos: 325:524, Considerando 15º del voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

## **Segunda tensión: La condena por juez competente en proceso penal ¿Es una cláusula cerrada?**

En el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, la CorteIDH sostuvo que: el “artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1 [que consagra los derechos políticos]”. Y concluyó que “una restricción impuesta por vía de sanción”, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Sujetando, de esta manera, la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos políticos pasivos a la determinación judicial de una sanción en un proceso penal.

A nuestro criterio, el punto más interesante, y sobre el cual cabe discutir la doctrina de la Corte, se centra en la extensión restrictiva del derecho político pasivo, es decir la capacidad de los Estados para restringir, transitoria o definitivamente, las postulaciones a cargos electivos, y determinar el tipo de poder u organismo interno del cual puede provenir la restricción, según la estructura constitucional de los distintos países integrantes del sistema interamericano.

En una palabra, en discutir si la cláusula del art. 23 2. “in fine” de la CADH que merita la “condena por juez competente en proceso penal”, es una cláusula cerrada o si permite otras opciones de interpretación y aplicación.

La cuestión es de mayor importancia, ya que las distintas posiciones pueden acarrear consecuencias diferentes y graves en términos de los diseños constitucionales de los estados, pues es característico del control de convencionalidad, por sobre la teoría del diálogo jurisdiccional<sup>25</sup>, que la jurisprudencia de la CorteIDH constituye la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH; y que en caso de condena a un Estado por violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, los países

---

<sup>25</sup> Cfr. Ayala Corao, Carlos, “*Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*”, Paraninfo del Palacio de las academias, Caracas, Venezuela, 8 de marzo de 2012.

en cumplimiento de la sentencia deben modificar, en caso de ser necesario, su legislación interna incluyendo la constitucional<sup>26</sup>.

Diferenciamos tres opciones posibles en torno a la extensión de la última parte del numeral 2. Del artículo 23 de la CADH:

- 1) Que el término “condena, por juez competente, en proceso penal” es cerrado y definido, no admitiéndose opción diferente alguna<sup>27</sup>;
- 2) Que el término “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso judicial que puede ser utilizado para imponer una restricción<sup>28</sup>, pudiendo provenir la restricción de otro tipo de proceso, en la medida que sea judicial (ejemplo jueces electorales);
- 3) Que el término “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso jurisdiccional<sup>29</sup> que puede ser utilizado para imponer una restricción<sup>30</sup>, pudiendo provenir la

---

<sup>26</sup> Como ocurrió en el Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile la Corte Interamericana dispuso que el Estado modificara su ordenamiento jurídico interno, que incluía el realizar una reforma constitucional, toda vez que las medidas de carácter constitucional (artículo 19) y legal contrariaban los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El peticionario (un reconocido abogado activista y defensor del derecho a la libertad de expresión) indicó que no se permitía la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*, debido a que estaba prohibida por un consejo de censura cinematográfica (Consejo de Calificación Cinematográfica) consagrado en el artículo 19 de la Constitución de Chile y un Decreto Ley, por lo cual solicitó se cambie la normativa interna chilena, lo que logró con el fallo. En los 2 años que siguieron al pronunciamiento, el Congreso chileno expidió una reforma constitucional, una ley y un decreto reglamentario sobre el tema. CortelDH, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>27</sup> Posición que parecería derivarse del caso López Mendoza y que emerge del voto concurrente del Dr. Eduardo Vio Grossi.

<sup>28</sup> Posición que emerge del voto concurrente en el caso Lopez Mendoza del Dr. García Sayán.

<sup>29</sup> Adherimos a un concepto amplio de “Jurisdicción”. En este sentido podemos hablar de jurisdicción parlamentaria, militar, electoral cuando se trata de un órgano autónomo externo a la judicatura, etc.

<sup>30</sup> Entendemos que ésta debería ser la posición correcta para resguardar los diseños constitucionales que por historia y tradición rigen en los Estados o aquellos que razonablemente pudieran darse en el futuro a partir de necesidades particulares de su idiosincrasia y de su geopolítica.

restricción de otros procesos jurisdiccionales, no necesariamente judiciales, en la medida que aseguren las garantías exigidas para el proceso penal (ejemplo juicio político).

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta, creemos que la CortelDH debería clarificar la doctrina sentada en el caso “López Mendoza” a partir de un análisis diferenciado entre el sufragio activo y pasivo, para evitar que su interpretación literal confiera un sentido debilitante a las capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.

Por las razones interpretativas expuestas por el Dr. García Sayán<sup>31</sup>, a las que nos remitimos por razones de brevedad, se puede concluir que el término “*exclusivamente*” contenido en el artículo 23.2 de la CADH no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo, que el concepto “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción.

Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener legitimidad para actuar. También, según nuestra perspectiva, nuevos poderes<sup>32</sup> u órganos autónomos e independientes que los diseños constitucionales modernos pudieran edificar para intentar dar respuesta a sus necesidades institucionales y para combatir los distintos flagelos que constituyen “enemigos íntimos de la democracia”<sup>33</sup>.

Pero es claro y fundamental que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la CADH y ser proporcionales y previsibles.

Por otra parte, y como concluimos cuando analizamos la característica de universalidad del voto y la jurisprudencia interna argentina a la que

---

<sup>31</sup> Voto concurrente en el caso López Mendoza.

<sup>32</sup> Ver Ackerman, Bruce, “*La nueva División de Poderes*”, Fondo de Cultura económica, 2007.

<sup>33</sup> Todorov, Tzvetan «*Los enemigos íntimos de la democracia*», Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2012,

consideramos inconvencional, el término “condena” implica que la misma se encuentre firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.

### **El caso “Petro”. Un caso que no llegó a ser pero que dejó muchos interrogantes<sup>34</sup>.**

El 9 de diciembre de 2013, el señor Gustavo Petro Urrego, Alcalde Mayor de la Ciudad de Bogotá, capital de la República de Colombia, fue destituido por la Procuraduría General de la Nación mediante una decisión administrativa (no judicial), que además lo inhabilitó durante 15 años para la función pública, por presuntas irregularidades en las que habría incurrido al cambiar el manejo de recolección de residuos de la ciudad en diciembre de 2012.

Ante la presentación de algunas instituciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que el organismo dictara una medida cautelar en protección de los derechos políticos del Alcalde Petro<sup>35</sup>, se proveyó favorablemente la misma en fecha 18 de marzo de 2014<sup>36</sup>, ordenándose al Gobierno de Colombia que suspendiera inmediatamente los efectos de la decisión del 9 de diciembre de 2013 a fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del Sr. Gustavo Francisco Petro Urrego para que pudiera cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá el 30 de octubre de 2011, hasta que la CIDH se pronunciara sobre la petición de fondo.

Una primera aproximación al tema, permitiría concluir que la privación del ejercicio de los derechos políticos del señor Petro no se ajustó a los requisitos legales mínimos para la restricción legítima de los derechos previstos en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ni a la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano.

---

<sup>34</sup> Puede verse nuestro comentario del caso en “Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH” (en coautoría con Adelina Loianno), Diario “La Ley”, Buenos Aires, 25/07/14.

<sup>35</sup> El pedido fue formulado en fecha 28 de octubre de 2013 por el “Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR) y por la Asociación para la Promoción Social Alternativa (MINGA).

<sup>36</sup> CIDH, Resolución 5/2014 Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia , Medida Cautelar n° 374-13 18 de marzo de 2014

Dicha decisión parecería impactar asimismo de manera directa en los derechos políticos de miles de ciudadanos que lo eligieron como alcalde.

Los órganos decisorios de la CADH – como vimos - han fijado lineamientos que sirven de guía para interpretar el alcance de los derechos políticos en los Estados. En virtud del Control de Convencionalidad, estos lineamientos vinculan a los diversos actores estatales –entre otros, los administrativos y judiciales-- encargados de la tutela de los derechos fundamentales.

En esencia, la Corte sostuvo la importancia del derecho a elegir y ser elegido; al acceso a un control judicial para la garantía de los derechos políticos; la relevancia de una actuación rápida, sencilla y oportuna de la justicia para dirimir los asuntos electorales; la relevancia de un debate público plural; que las restricciones a los derechos políticos por vía de sanción debían provenir de un proceso penal ante juez competente y con todas las garantías de dicho proceso; y que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas, por lo que deben estar sujetas a las garantías fijadas para el proceso penal.

En el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, la CorteIDH sostuvo que: el “artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1 [que consagra los derechos políticos]”. Y concluyó que “una restricción impuesta por vía de sanción”, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Sujetando, de esta manera, la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos políticos pasivos a la determinación judicial de una sanción en un proceso penal.

Los diferentes enfoques en el análisis del caso “Petro” se orientaron fundamentalmente a<sup>37</sup>:

1) abordar aspectos relacionados con la obligatoriedad o no de las medidas cautelares dictadas por un órgano no jurisdiccional como es la CIDH;

---

<sup>37</sup> Cfr Ordóñez Gómez Freddy, “Control de convencionalidad y proceso de paz. La decisión del Gobierno sobre las medidas cautelares otorgadas por la CIDH a Gustavo Petro”, disponible en <http://ilsa.org.co:81/node/792>.

2) examinar la jurisdicción y los recursos internos que tenía el ex alcalde Gustavo Petro;

3) poner en cuestión – infructuosamente a nuestro criterio - la tutelabilidad de los derechos políticos;

4) analizar la supremacía de la Constitución Colombiana de 1991 ante decisiones que se toman en el Sistema Interamericano;

El contrapunto más interesante, y sobre el cual cabe discutir la doctrina de la Corte, se centra en la extensión restrictiva del derecho político pasivo, es decir la capacidad de los Estados para restringir, transitoria o definitivamente, las postulaciones a cargos electivos, y determinar el tipo de poder u organismo interno del cual puede provenir la restricción, según la estructura constitucional de los distintos países integrantes del sistema interamericano.

En una palabra, como vimos, en discutir si la cláusula del art. 23 2. “in fine” de la CADH que merita la “condena por juez competente en proceso penal” es una cláusula cerrada o si permite otras opciones de interpretación y aplicación.

Pero un punto aparte, aunque íntimamente vinculado merece la discusión sobre la convencionalidad de la facultad del Procurador de destituir a un funcionario público electivo.

La Constitución Colombiana de 1991 ha situado al Ministerio Público dentro de un diagrama constitucional que, juntamente con La Contraloría General de la República, integra, bajo el título X de la Constitución, los “Organismos de control”.

En este sentido el artículo 275 posiciona al Procurador General de la Nación como supremo Director del Ministerio Público, disponiendo el art. 276 que será elegido por el Senado para un período institucional de cuatro años, de una terna integrada por candidatos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros; y que no pertenecerá al mismo partido, movimiento político o coalición del Presidente de la República y no podrá ser reelegido, aclarando que si el partido o movimiento político al cual pertenezca el Procurador entrara

a formar parte del Gobierno, el elegido cesará en sus funciones y se procederá a una nueva elección.

Según el art. 277 de la Constitución de Colombia el Procurador tiene por función (entre otras) “6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”; y según el art. 278 puede “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: ...”.

Sin perjuicio de señalar que no surge expresamente de la Constitución la capacidad constitucional de destituir a los funcionarios públicos electivos, ya que el 277 se refiere “a ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular”; y cuando el art. 278 autoriza la desvinculación del cargo se refiere al “funcionario público” a secas, cabe destacar que esta facultad ha sido convalidada en muchas situaciones por la Corte Constitucional Colombiana.

En este contexto, parecería ser que la Constitución Colombiana de 1991 ha pretendido crear un órgano autónomo o extra poder claramente “contra mayoritario”<sup>38</sup> con jurisdicción constitucional propia e independiente, que le ha atribuido facultades constitucionales vinculadas con el control de la administración y la actuación pública de los funcionarios, incluso los de origen electivo. Pudiendo controlarlos, investigarlos, sancionarlos y hasta destituirlos.

En el supuesto que los procedimientos previstos para las sanciones y destituciones respetaran las garantías exigidas para el proceso penal:

¿Sería conteste este órgano de diseño constitucional interno con las exigencias de la Convención?; ¿Sería correcto catalogar a sus facultades como administrativas?; ¿No constituiría acaso una jurisdicción constitucional independiente como la parlamentaria?;

---

<sup>38</sup> Respecto de la llamada doctrina “contramayoritaria” puede verse Amaya Jorge Alejandro “*Control de Constitucionalidad*” ( la Tensión judicial), Astrea, 2012.

¿Deben los Estados estructurar las Constitucionales bajo la modalidad de la división del poder clásica?; ¿No podrían crear un nuevo diseño de división de poderes?;

¿Solo el poder judicial puede imponer sanciones de inhabilitación? ¿En qué situación quedaría la institución del juicio político o impeachment cuando a la destitución del funcionario se le adiciona la inhabilitación para ejercer funciones públicas?

No sería aventurado concluir que aplicando en el caso Petro los parámetros de interpretación postulados respecto del artículo 23.2 de la CADH, hubieran existido altas posibilidades que el Estado Colombiano fuera condenado ante el eventual debate del caso ante los estrados de la CorteIDH por violación de los artículos 23.1 b) y 23,2 de la CADH.

Tal posible condena, podría también haber afectado el diseño institucional de la Constitución de 1991 en orden a la estructura, competencia y/o procedimientos del “órgano contra mayoritario” de control de la función pública, ya que parece complejo compatibilizar una interpretación que descalifique por inconvencional la sanción de inhabilitación del funcionario electivo por no provenir – al menos - de un órgano judicial, y salvar las facultades de destitución en manos del Procurador.

Toda destitución “pre termine” de un funcionario electo por la voluntad popular para cumplir un determinado mandato, lesiona el normal desarrollo de los derechos políticos del afectado al impedirle terminar su plazo funcional; y los derechos políticos de los mandatarios soberanos que ven frustrado su derecho político de participación a través de los representantes libremente elegidos. Si la inhabilitación solo puede provenir de una decisión judicial (penal o no), la destitución parecería tener que seguir el mismo camino.