

DERECHOS POLÍTICOS

**TENSIONES ENTRE LOS ÓRGANOS DEL
SISTEMA INTERAMERICANO Y EL DERECHO
INTERNO DE LOS ESTADOS**

*Por el doctor Jorge Alejandro Amaya
Instituto de Política Constitucional*

DERECHOS POLÍTICOS

TENSIONES ENTRE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

Por el Dr. Jorge Alejandro AMAYA

I. Introducción

Los derechos políticos del constitucionalismo clásico se incorporan al patrimonio del hombre dentro de los primeros “derechos humanos” para garantizar la “libertad política”, pero es con el advenimiento del constitucionalismo social que se amplían en torno al concepto de democracia, abriéndose a un universo más complejo que transita desde la democracia política hacia la democracia participativa.

Así, los derechos políticos han ganado una trascendencia que excede a las características de formalidad, frialdad e indiferencia que los rodearon durante muchos años.

Esta internalización que ha operado la sociedad y que se refleja a través de la creciente participación política ha generado una corriente normativa (dándosele al término una interpretación amplia y comprensiva de todas las fuentes del derecho) que ha

consolidado, profundizado y expandido el espectro de los derechos políticos.

Al reconocimiento constitucional de los mismos y a su desarrollo jurisprudencial le ha seguido un movimiento de derecho interno e internacional que los sitúa como derechos humanos de importancia fundamental que posibilitan el funcionamiento del sistema democrático, y configuran, lo que ha dado en llamarse “el derecho humano” a la democracia¹.

En este último aspecto debe considerarse particularmente importante la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional. Ya se ha expedido nuestra Corte Suprema luego de la reforma constitucional de 1994 que modificó el principio de supremacía constitucional sobre la necesidad que los tribunales internos realicen el control de “convencionalidad”, es decir el control de adecuación entre el derecho interno y el internacional a la luz de la interpretación que del mismo formula la CorteIDH, último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)².

En este contexto, el trabajo apunta a señalar algunas tensiones discordantes entre la actuación de los órganos internacionales y los órganos internos; o entre aquellos y las estructuras constitucionales de algunos países del sistema interamericano.

¹ El artículo 1º de la Carta Democrática Interamericana dice: *“Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”*.

² Posición asumida por la CSJN in re “Mazzeo” (13-07-07). Puede verse nuestra posición al respecto en los trabajos *“El diálogo inter-jurisdiccional” en “Diálogo entre Cortes”* (L. Mezzetti y L. Arcaro Conci coordinadores), AB Nacional, Brasilia, Brasil, 2015, paginas 63/82; y *“El diálogo inter-jurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales” en “Derecho Procesal Constitucional”* (E. A. Velandia Canosa, Director Científico), VC Editores, Bogotá, 2015.

II. Primera tensión: El perfil pasivo del sufragio en la Jurisprudencia de la CNE frente a la doctrina referente de los órganos del Pacto de San José de Costa Rica.

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 República Argentina.

En efecto al implementar el carácter universal del sufragio, la llamada ley Sáenz Peña³ inspiró 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 1951⁴; la inclusión al cuerpo electoral de los habitantes de los territorios nacionales; el voto de los argentinos residentes en el exterior en 1991⁵; el voto de los detenidos sin condena dispuesto en el año 2003⁶, luego del fallo de la Corte Suprema in re “Mignone”⁷; el voto de los menores a partir de los 16 años⁸ reglamentado en el año 2012; y la implementación del “Programa de Promoción de la participación político electoral de los pueblos indígenas” dispuesto por la Acordada Extraordinaria de la CNE N° 54/2013 tendiente a suprimir barreras jurídicas y fácticas para continuar expandiendo la participación electoral⁹.

Profundizando esta línea “pro voto activo” en el año 2013 el TSJ de la Ciudad de Buenos Aires declaró inconstitucional la norma del Código Electoral Nacional (CEN) aplicable a la ciudad que excluye del padrón electoral a los detenidos con condena

³ Ley 8871

⁴ Ley 13.010.

⁵ Ley 24.007

⁶ Ley 25.858

⁷ CSJN “Mignone, Emilio F. s/ habeas corpus”⁷ (9/4/02) estableció el derecho a votar de los detenidos no condenados, disponiendo la inconstitucionalidad del artículo art. 3°, inc. d, del Código Electoral Nacional.

⁸ Ley 26.774

⁹ Acordada Extraordinaria CNE N° 54/13.-

firme¹⁰; y, recientemente en mayo de 2016, la CNE siguió la misma posición en la causa “Procuración penitenciaria de la Nación” declarando Inconstitucional los arts. 12 y 19 inciso 2º del Código Penal y 3º inciso e, f, y g, del CEN¹¹.

Ahora bien, 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 de la CNE ha distinguido entre el derecho político de sufragio activo de elegir que tienen los ciudadanos electores, y el del sufragio pasivo de ser elegidos.

Al decir de la CNE, 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 electoral¹².

Efectivamente en el caso “Partido Nuevo” del año 2003 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 de presunción de inocencia, el desempeño de determinadas funciones parece incluir*

¹⁰ STJ CABA “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expediente N° 8730/12). Ver nuestro comentario en *“Reflexiones sobre los límites del sufragio: ¿Qué espacio queda al legislador?”*, MJ-DOC-6552-AR | MJD6552, 23 de diciembre de 2013.

¹¹ 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 N° CNE 3451/2014/CA1, 24/05/16,

¹² Fallos CNE 3275/03 y 4195/09.

en el recaudo de idoneidad el no tener pendiente una causa penal”¹³,

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 sentada por la CNE en “Partido Nuevo” se distanció de la posición que había expuesto al respecto la CSJN dos años antes en “Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/oficialización listas de candidatos”¹⁴, donde el Alto Tribunal había habilitado la candidatura a Gobernador de Raúl Romero Feris quien se encontraba detenido con prisión preventiva firme, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 53 y 57 de la Constitución Provincial que disponían la inhabilitación para ser diputado y senador a los procesados con prisión preventiva firme.

La doctrina sentada por la CNE en “Partido Nuevo” fue afirmada obiter siguiendo un razonamiento contradictorio -según nuestra perspectiva- tres años después de su dictado en el recordado caso “Patti”¹⁵.

Aquí, la CNE 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*

¹³ Considerando 4º cita ut supra.

¹⁴ CSJN fallos 324:3143, 27/09/2001.

¹⁵ CNE, fallo N° 3741/2006, 14 de septiembre de 2006.-

o un resentimiento, algunas veces legítimo, puedan hacer olvidar a los jueces la presunción de inocencia de los individuos llamados a comparecer ante ellos"¹⁶; y luego de una afirmación tan contundente, a renglón seguido afirma: *"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"*¹⁷.

Pareciera existir una contradicción al sostener, por un lado, que el principio constitucional de inocencia debe ser un norte para todo tribunal, particularmente en el ámbito de la política, y seguidamente afirmar que - por dicha razón - el Tribunal entiende que basta una sentencia no firme para desvirtuar dicho principio. La misma doctrina de la CNE ha sido afirmada recientemente en el caso "Procuración Penitenciaria de la Nación"¹⁸.

Ahora bien, este razonamiento del tribunal interno encuentre fuerte tensión con la doctrina que emana al respecto de la CorteIDH. Efectivamente, la decisión de la CNE 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 CADH, al violentar la garantía de presunción de inocencia, tornándola inoperante e inaplicable.

Ello es así, toda vez que sólo hay condena -y por lo tanto posibilidad de 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 haría 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 y 8.2. de la CADH.

El art. 37 CN, dentro del marco del pleno ejercicio de los derechos políticos, asegura el derecho de elegir y ser elegido, con

¹⁶ 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.

¹⁷ Considerando N° 15, último párrafo, in re "Patti".

¹⁸ Considerando 5°.

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 CADH (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*.

De lo expuesto, se advierte que en el caso, 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, con posibilidad de ser excluido del padrón electoral mientras dure su inhabilitación.

En este sentido, en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay¹⁹ la Corte Interamericana señaló:

*"... en 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."*²⁰

Asimismo la Comisión IDH en su Informe 119 (caso 11.006 García vs. Perú de febrero de 1995) interpretó como "*sentencia firme*" a aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad

¹⁹ Corte IDH, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, N° 111, párrafo 153 y 154.

²⁰ Con anterioridad se había expresado, en el caso Neira Alegria 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).

propias de la cosa juzgada.

La doctrina de los órganos del sistema interamericano en torno a la extensión del principio de presunción de inocencia y al concepto de “condena por juez competente en proceso penal” como causal de restricción autorizada de los derechos políticos, quedó afianzada en el año 2011 en el caso “Lopez Mendoza c/Venezuela”²¹ donde la CorteIDH sostuvo 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 respetarse las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana²²; 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 en este punto, surge una clara tensión entre las interpretaciones formuladas por el tribunal interno (CNE) y el internacional (CorteIDH) en torno a la interpretación sobre las posibilidades de limitar el ejercicio del sufragio pasivo en el marco de la expresión “exclusivamente” por... “condena de juez competente en proceso penal”.

Podría afirmarse que el tribunal interno creó interpretativamente un impedimento a la postulación electoral que no existe en la reglamentación interna del país ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, máxime si consideramos que la CSJN en el caso “Mignone” sostuvo: “... *resulta imprescindible observar que el adverbio de modo “exclusivamente” utilizado por*

²¹ CorteIDH sentencia Serie C No. 233, 1 de septiembre de 2011.

²² 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.

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”²³.

III. Segunda tensión: La interpretación del concepto de “condena por juez competente en proceso penal “de la CorteIDH como cláusula cerrada.

En el caso “Castañeda Gutman”, la CIDH aclaró que “la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental” que establece el numeral 2 del art. 23 de la CADH como causal de reglamentación de los derechos políticos constituyen “condiciones habilitantes” que “legítimamente” pueden ser establecidas por los Estados²⁴”.

Estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado o ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones.

Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y se refieren a requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

²³ CSJN Fallos: 325:524, Considerando 15° del voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

²⁴ Cfr. Caso *Castañeda Gutman*, párr. 155.

En “Castañeda Gutman” la Corte también aclaró que los Estados podían regular otras “condiciones y formalidades” habilitantes para hacer efectivo el ejercicio de los derechos políticos, en la medida que reunieran los requisitos de legalidad, finalidad y proporcionalidad. Por ejemplo, en los casos “Yatama” y “Castañeda Gutman”, la Corte había examinado la juridicidad internacional de condiciones habilitantes como la “pertenencia” a un partido político y ciertas formalidades de “inscripción” para la participación en un proceso electoral²⁵.

Ahora bien, el artículo 23 de la CADH no solamente establece “condiciones habilitantes” y permite – según la doctrina sentada en Castañeda Gutman - otras condiciones y formalidades en torno a las cuales el Estado puede regular legítimamente el ejercicio de los derechos políticos, sino que merita en el inciso 2 ciertos límites al Estado para la restricción de los derechos políticos.

La restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona, quien, por lo demás, cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, u otras.

Como vimos en el punto anterior, como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2 estableció que para privar legítimamente a cualquier persona de sus derechos políticos, el Estado debe antes haber determinado que esta persona cometió un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal.

Esta garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos es también coherente con la disposición del artículo 27 de la CADH que expresamente prohíbe la suspensión de los derechos políticos incluso en aquellos casos extraordinarios “de

²⁵ Cfr. Caso *Yatama*, párrs. 210 y 217; y Caso *Castañeda Gutman*, párrs. 170-173.

guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte”.

Ahora bien, de una interpretación del artículo 23 inciso 2 conforme al sentido corriente de sus términos²⁶, se tiene que el término “condena por juez competente en proceso penal” no es equiparable a los términos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”.

Mientras estos últimos son abiertos e indefinidos y, por tanto, deben necesariamente ser desarrollados y definidos por los Estados a través de sus derechos internos para tener efectividad, el término “condena, por juez competente, en proceso penal” parecería, en principio, ser cerrado y definido.

Por ejemplo, en relación al término “edad”, el Estado debe necesariamente definir si el derecho al sufragio activo puede ejercerse a partir de los 16, 18 o 21 años, y si la edad mínima para ejercer el derecho al sufragio pasivo es igual en el caso de un candidato a legislador local, que el de uno nacional; o si las responsabilidades de una cámara legislativa requieren una edad mayor que la otra dentro de un sistema bicameral, y si se requiere la misma edad para ser candidato a presidente de la República que para ser candidato a intendente. De igual manera, en relación a los términos “nacionalidad”, “residencia”, “idioma, instrucción y capacidad civil o mental”.

²⁶ Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31 (que codifica las reglas generales de interpretación de los tratados: “Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”).

Pero a diferencia de los términos abiertos, el término “condena, por juez competente, en proceso penal” parecería ser cerrado y definido. En este caso la Convención no se refiere a una condición habilitante que debe ser definida por los Estados, sino que establecería una garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos.

Esta interpretación se deriva de la sentencia “López Mendoza” c/ Venezuela, cuando afirma que la decisión de un órgano administrativo que impidió se registrara la candidatura de López Mendoza para cargos de elección popular debiera provenir “... de una condena por *juez competente, en proceso penal* para concluir que ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas restricciones no era “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como consecuencia de un “proceso penal”²⁷.

Pero el tema no es pacífico si consideramos los argumentos individualmente opuestos de los votos llamados “curiosamente” concurrentes de los Dres. Eduardo Vio Grossi y Diego García Sayán.

El primero sostiene que “...resulta claro, sencillo y categórico, “...que *el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere*” el numeral 1 del mismo, especialmente el concerniente al derecho de “*ser elegido (...)*” puede ser reglamentado “*exclusivamente*” por, entre las otras causales, “*condena, por juez competente, en proceso penal*”²⁸.

En el mismo caso el voto razonado de García Sayán parece abrir otras posibilidades, al preguntarse si la palabra “exclusivamente” impide totalmente la posibilidad de utilizar vías judiciales no penales o vías administrativas, disciplinarias u otras para limitar cargos públicos.

²⁷ *Lopez Mendoza*, voto de la mayoría párr. 107. Se destaca aquí que “ los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

²⁸ Del voto concurrente del Dr. Eduardo Vio Grossi en el caso “*López Mendoza*”.

Para contestar el interrogante propone una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana que obligan a tener en cuenta otros instrumentos internacionales posteriores adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción²⁹ los cuales establecen nuevos y originales medios de control para el avance de este flagelo para concluir que esos documentos no establecen una limitación similar.

Estos argumentos permiten aceptar la convencionalidad de otros mecanismos que disponen inhabilitaciones a funcionarios públicos, incluso electivos, como ser el juicio político, el sistema administrativo disciplinario y la justicia electoral, porque un sistema no es excluyente de otro.

Por consiguiente el punto consiste en discernir 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 jurisdiccional³⁰ 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 en cumplimiento de la sentencia deben modificar, en caso de ser necesario, su legislación interna incluyendo la constitucional³¹.

²⁹ Caso *Lopez Mendoza*, voto de García Sayan, parr. 8

³⁰ 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.

³¹ 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

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 alguna³²;

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 restricción³³, 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 jurisdiccional³⁴ que puede ser utilizado para imponer una restricción³⁵, pudiendo provenir la restricción de otros procesos jurisdiccionales, no necesariamente judiciales, en la medida que aseguren las garantías exigidas para el proceso penal (ejemplo juicio político).

La Corte IDH debería clarificar la doctrina del caso “López Mendoza” que encuentra conflicto con muchos diseños constitucionales de Latinoamérica.

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).

³² Posición que parecería derivarse del caso López Mendoza y que emerge del voto concurrente del Dr. Eduardo Vio Grossi.

³³ Posición que emerge del voto concurrente en el caso López Mendoza del Dr. García Sayán.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

IV. El caso “Petro”. Un supuesto de aplicación de la doctrina “Lopez Mendoza” con distintos resultados³⁶.

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 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 colectivas ante la Comisión Interamericana para que el organismo dictara una medida cautelar en protección de los derechos políticos del Alcalde Petro³⁷, se proveyó favorablemente la misma en fecha 18 de marzo de 2014³⁸, ordenándose al Gobierno de Colombia que suspendiera inmediatamente los efectos de la decisión para que pudiera cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá, 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 para la restricción legítima de los derechos previstos en el artículo 23.2 de la CADH) ni a la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano. Dicha decisión parecería impactar asimismo de manera directa en los derechos políticos de miles de ciudadanos que lo eligieron como alcalde.

³⁶ 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.

³⁷ El pedido fue formulado en fecha 28 de octubre de 2013 por el “Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR)” y por la Asociación para la Promoción Social Alternativa (MINGA).

³⁸ CIDH, Resolución 5/2014 Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia , Medida Cautelar n° 374-13 18 de marzo de 2014

El artículo 275 de la Constitución Colombiana 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 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: ...”.

En este contexto, parecería que la Constitución Colombiana de 1991 ha pretendido crear un nuevo poder u órgano autónomo extra poder claramente “contra mayoritario”³⁹ 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.

Las distintas alternativas que expusimos derivadas del caso “López Mendoza” alrededor del concepto de “condena por juez competente en proceso penal” como cláusula cerrada o flexible que permita otras opciones de interpretación y aplicación, arrojaría diferentes resultados en la evaluación del caso “Petro”.

³⁹ Respecto de la llamada doctrina “contramayoritaria” puede verse Amaya Jorge Alejandro “*Control de Constitucionalidad*” (la Tensión judicial), Astrea, 2012.

Un punto aparte, aunque vinculado con el presente trabajo merece la discusión sobre la convencionalidad de la facultad del Procurador Colombiano de destituir a un funcionario público electivo. Dejamos este nuevo desafío, para futuras reflexiones.

