

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**La Aplicación Nacional de la
Jurisprudencia de la Corte
Interamericana sobre Derechos
Políticos**

Jorge Ernesto Roa Roa

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 37
***La Aplicación Nacional de la Jurisprudencia de la Corte
Interamericana sobre Derechos Políticos***

Jorge Ernesto Roa Roa

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

La Aplicación Nacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Políticos

Las Antinomias entre las Constituciones y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: El Gran Dilema del Juez Constitucional y Convencional Interamericano

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es defender la tesis de acuerdo con la cual existen algunos problemas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos políticos, que dificultan la interacción entre los jueces nacionales y el tribunal interamericano. Especialmente, esta dificultad se manifiesta cuando los tribunales de cierre de los ordenamientos jurídicos nacionales (cortes constitucionales o salas constitucionales de tribunales supremos) se enfrentan a problemas que involucran restricciones constitucionales a los derechos políticos¹.

*Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas y estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: jorge.roa@uexternado.edu.co

¹ Me he referido al tema de los tribunales de cierre en los sistemas constitucionales de América Latina en: Jorge Ernesto Roa Roa, “La justicia constitucional en América Latina”, *Serie de Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia*, n.º. 34, Bogotá, 2015. Disponible en línea: <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-34.pdf>

En concreto, el mayor problema se produce cuando la interpretación que hacen los jueces nacionales de las disposiciones constitucionales colisiona con la interpretación que hace la Corte Interamericana del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para demostrar esta tesis el artículo se divide en tres partes. En la primera, se hace referencia a dos casos concretos en los que la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua se enfrentaron al problema de la legitimidad convencional de las restricciones a los derechos políticos establecidas en sus Constituciones nacionales. En la segunda parte se formula una explicación en clave crítica de las razones por las cuales, en los dos casos, existió un problema para la correcta interacción entre los tribunales nacionales y el tribunal interamericano. Finalmente, se esboza una propuesta de modificación institucional que permita aumentar las vías de diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana, en el contexto de conflictos entre las Constituciones y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. LOS CONFLICTOS ENTRE LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE DERECHOS POLÍTICOS

A efectos de ilustrar las vicisitudes de la interacción entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la garantía y protección de los derechos políticos, resulta interesante sacrificar la pretensión de exhaustividad para concentrar el análisis en dos casos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Los dos casos tienen en común la existencia de una disposición constitucional que *ab initio* es contraria a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el artículo 23 de la Convención Americana.

Adicionalmente, la selección de un caso de Nicaragua se explica por la inevitable referencia a ese ordenamiento jurídico como el objeto del primer pronunciamiento contencioso de la Corte Interamericana sobre derechos políticos en el caso *Yatama* del año 2005². El estudio de una práctica constitucional concreta de Colombia se debe a la opinión, bastante extendida, de que la Corte Constitucional de ese Estado se ha caracterizado por su alto nivel de diálogo con la jurisprudencia del tribunal interamericano.

1.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre los poderes sancionatorios del Procurador General de la Nación

En este apartado se analizarán dos sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que hacen referencia a las facultades del Procurador General de la Nación para sancionar a funcionarios públicos de elección popular³. La primera decisión (C-028 de 2006) se emitió antes de que la Corte Interamericana tuviera la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación del artículo 23 de la Convención Americana. La segunda sentencia (SU-712 de 2013) se dictó con posterioridad al caso *López Mendoza contra Venezuela* en el que la CorteIDH resolvió sobre la convencionalidad de las potestades

² Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

³ Resulta imprescindible advertir que la institución que en Colombia se denomina Procuraduría General de la Nación no tiene la posición institucional que se asigna a entidades con esa denominación en otros Estados de la región. La Procuraduría General de la Nación de Colombia no es el órgano que impulsa la investigación penal (*prosecutor*) porque esa función la realiza la Fiscalía General de la Nación; tampoco se trata de un órgano que asuma completamente las funciones de *ombudsman* porque esas facultades fueron asignadas a la Defensoría del Pueblo. En resumen, la Procuraduría es una institución que se encarga de investigar y sancionar disciplinariamente a los funcionarios públicos y que tiene, además, algunas funciones de protección del interés general y de los Derechos Humanos. En general, hay un debate pendiente en Colombia sobre la conveniencia de eliminar totalmente o de suprimir la duplicidad entre las funciones que realiza la Procuraduría y las que han sido asignadas a otras instituciones del Estado. En prensa se puede consultar a Rodrigo UPRIMNY YEPES, “¿Sobra la Procuraduría?”, *El Espectador*, 27 de febrero de 2012. Disponible en línea: <http://www.elespectador.com/opinion/sobra-procuraduria>

sancionatorias de las autoridades administrativas en relación con funcionarios elegidos popularmente⁴. Resulta interesante verificar el grado de implementación de la interpretación del tribunal interamericano por parte de la Corte colombiana y, en concreto, la influencia de la decisión del caso *López Mendoza* en la revisión del precedente del tribunal nacional sobre el problema jurídico que representan los poderes disciplinarios de algunas autoridades no judiciales.

El objeto del pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-028 de 2006 fue una acción pública de constitucionalidad contra los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734 de 2002⁵. Estas disposiciones facultan al Procurador General de la Nación para imponer las sanciones de destitución e inhabilidad a los servidores públicos, incluidos aquellos que han sido elegidos popularmente⁶.

A pesar de que el régimen de control disciplinario colombiano ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional y, la propia

⁴ Corte IDH. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

⁵ La ley 734 de 2002 es el Código Disciplinario Único de Colombia y las disposiciones objeto de control de constitucionalidad establecen las sanciones que se pueden imponer a los servidores públicos.

⁶ La ley 734 de 2002 ha sido objeto de múltiples demandas de constitucionalidad que fueron resueltas por la Corte Constitucional de Colombia, entre otras, en las Sentencias: C-181 de 2002, C-948 de 2002, C-1076 de 2002, C-124 de 2003. Sin embargo, esta fue la primera demanda en la que el punto central de los argumentos consistía en la incompatibilidad de la ley 734 de 2002 con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precisamente, por considerar que se trataba de un nuevo cargo de constitucionalidad, la Corte Constitucional consideró que las decisiones de control de la ley 734 de 2002 no constituían cosa juzgada.

Ley 734 de 2002 ha sido demandada ante la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta revisión de constitucionalidad involucraba un elemento especial. En efecto, en esta oportunidad el principal argumento de los demandantes consistía en afirmar la contradicción entre el amplio poder sancionatorio que la Constitución y la ley atribuyen al Procurador General de la Nación y el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En concreto, los demandantes consideraban que el proceso disciplinario adelantado por el Procurador General de la Nación no era compatible con las condiciones convencionales para la restricción de los derechos políticos mediante una “condena”, proferida por un “juez competente” en un “proceso penal”. Para los demandantes resultaba evidente que el Procurador no era un juez sino un funcionario administrativo, que podía iniciar procesos disciplinarios por razones diferentes a la comisión de un delito y que tal proceso no tenía las mismas garantías de un proceso penal⁷.

La Corte Constitucional declaró compatibles con la Constitución las disposiciones demandadas y reiteró un precedente del año 2002, de acuerdo con el cual, la sanción de inhabilidad permanente solo podía ser impuesta como consecuencia de un delito contra el patrimonio del Estado⁸. Para declarar la compatibilidad de las disposiciones legales con la Convención Americana, la Corte Constitucional tuvo en cuenta que existían disposiciones constitucionales que expresamente facultaban el ejercicio del poder disciplinario del Procurador General de la Nación en relación con los servidores públicos, incluidos aquellos que habían sido elegidos

⁷ Las tres expresiones aparecen en el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

⁸ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-948 de 2002*.

popularmente. Entre todos, el artículo 277-6 de la Constitución de 1991 que establece:

“Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

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”.

La Corte Constitucional de Colombia sostuvo tres argumentos para declarar la constitucionalidad de las normas demandadas y la compatibilidad de las mismas con la Convención Americana. En primer lugar, para el tribunal colombiano era necesario realizar una interpretación sistemática y teleológica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tuviera en cuenta los cambios sociales y los nuevos desafíos de la comunidad internacional. Entre estas transformaciones debía considerarse, como un elemento central, el aumento de la corrupción⁹.

Además de la interpretación evolutiva, la Corte Constitucional sostuvo que era posible encontrar una interpretación que armonizara la Convención Americana con otros tratados que no establecían derechos humanos, ni protegían la dignidad humana, pero creaban obligaciones para los Estados en relación con la persecución y sanción de la corrupción¹⁰.

Finalmente, la Corte consideró que las convenciones de la Organización de Estados Americanos y de la Organización de las Naciones Unidas contra

⁹ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-028 de 2006*, Fundamento Jurídico 6.4.

¹⁰ Ibid

la corrupción permitían que los Estados establecieran e impusieran medidas disciplinarias para sancionar la corrupción de los servidores públicos¹¹.

En una referencia concreta al artículo 23 de la Convención Americana, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo lo siguiente:

“(...) en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador”¹².

En el marco de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-028 de 2006, se puede concluir que ese tribunal consideró que la interpretación sistemática de la Convención, en relación con las obligaciones de Colombia respecto de la persecución de la corrupción, restaban fuerza a una supuesta tensión entre las disposiciones constitucionales que facultaban al Procurador a imponer las sanciones de destitución e inhabilitación y el texto de la CADH. Al mismo tiempo, esas obligaciones fueron el fundamento de la declaratoria de constitucionalidad de las leyes demandadas.

Después de seis años del pronunciamiento comentado anteriormente, la Corte Constitucional de Colombia seleccionó para revisión una decisión de tutela. En el proceso de amparo, la accionante era una ciudadana que había

¹¹ Ibid

¹² Ibid

sido destituida del cargo de Senadora de la República y a quien se le había impuesto la sanción de inhabilitación para ejercer cargos públicos por un periodo de dieciocho años. En su escrito, la ciudadana consideraba que le habían vulnerado sus derechos políticos porque las sanciones las había impuesto el Procurador General de la Nación con fundamento en el artículo 277-6 de la Constitución y en la Ley 734 de 2002.

En la Sentencia SU-712 de 2013, la Corte Constitucional confirmó la decisión judicial previa que había negado el amparo a la actora. En sus argumentos, la Corte enfrentó nuevamente el problema de la convencionalidad de las facultades disciplinarias del Procurador General de la Nación. La estructura argumentativa de la Corte Constitucional se basó en la reiteración de los mismos tres planteamientos esbozados en la Sentencia C-028 de 2006 (interpretación evolutiva, interpretación armónica y existencia de otros tratados que imponen obligaciones a los estados para perseguir la corrupción)¹³.

Sin embargo, existía una diferencia especialmente relevante entre el momento en el que la Corte Constitucional de Colombia decidió la acción pública de constitucionalidad en 2006 y el momento en que decidió la revisión de la acción de tutela en 2013. En efecto, en el año 2011, en el caso *López Mendoza contra Venezuela*, la Corte Interamericana condenó al Estado de Venezuela por la violación de los artículos 8 y 23 de la Convención. Precisamente. En el caso del señor Leopoldo López, la decisión sancionatoria fue tomada por un funcionario administrativo (Contralor General de la República) en el contexto de un procedimiento administrativo y con base en unas faltas que no eran constitutivas de delito.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-712 de 2013*, Fundamento Jurídico 7.6.

Serie Documentos de Trabajo n.º 37, Departamento de Derecho Constitucional, pp. 1-32

En sus argumentos centrales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció a favor de la exigencia de que las restricciones a los derechos políticos sean producto de una decisión judicial, adoptada por un juez competente y en relación con la comisión de un delito¹⁴.

De manera que en la revisión de tutela, la Corte Constitucional de Colombia debió enfrentar la compatibilidad de su ordenamiento interno (Constitución y Ley) con la interpretación del artículo 23 realizada en el contexto del caso *López Mendoza*. Los siguientes cinco argumentos sirvieron para que la Corte Constitucional mantuviera su precedente, a pesar de la interpretación que había hecho la Corte Interamericana del artículo 23 de la Convención en el caso *López Mendoza*.

En primer lugar, la Corte Constitucional sostuvo que el caso *López* se había producido en un contexto jurídico y fáctico diferente. En especial, la Corte se centró en la Constitución de Venezuela que establece la exigencia de decisión judicial para limitar los derechos políticos, frente a la Constitución de Colombia que faculta directamente al Procurador General de la Nación.

En segundo lugar, la Corte Constitucional afirmó que la Convención Americana autoriza la imposición de sanciones administrativas o disciplinarias, siempre y cuando en el proceso de sanción se respeten las garantías judiciales del artículo 8º de la Convención¹⁵.

¹⁴ Corte IDH. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 107.

¹⁵ Se trata, sin duda, de un argumento incompleto o de una lectura parcial de la Convención. Una cosa es que se exija el respeto de las garantías judiciales del artículo 8º de la CADH como una condición necesaria de la convencionalidad de todos los procesos judiciales o administrativos en que se apliquen sanciones y, otra muy distinta, que la observación de las garantías judiciales sea condición suficiente para fundamentar la convencionalidad de las sanciones impuestas. De manera que se pueden imponer sanciones mediante un procedimiento que haya seguido de manera impecable de las garantías judiciales y, aún así, la sanción puede

Por otra parte, el tribunal colombiano se basó en el voto concurrente formulado por el Juez Diego García-Sayán en el caso *López Mendoza*, en el que señalaba la necesidad de realizar una lectura restrictiva de la sentencia para evitar obstaculizar las acciones de los Estados para perseguir la corrupción¹⁶.

En cuarto lugar, la Corte Constitucional afirmó que una interpretación extrema de los requisitos para la imposición de sanciones a servidores públicos establecidas por la CorteIDH en el caso *López Mendoza* conduciría a vaciar las competencias para limitar derechos políticos de algunas autoridades internas como el Procurador General y el Consejo de Estado.

Finalmente, la Corte Constitucional sostuvo que la Convención Americana debía interpretarse armónicamente con el diseño constitucional de cada Estado. De acuerdo con ese enfoque, se imponía el respeto de las facultades de la Procuraduría General de la Nación¹⁷.

A modo de conclusión, en la Sentencia SU-712 de 2013, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a los servidores públicos elegidos popularmente se infería de un:

resultar contraria a la Convención en virtud de la causal invocada, el hecho relevante, la autoridad que la impone, entre otros.

¹⁶ Los votos concurrentes o disidentes tienen un alto valor como opiniones que contribuyen a fortalecer la deliberación sobre una decisión judicial. También tienen una importancia central en la transparencia de los tribunales y en la posibilidad de que exista control ciudadano a la actividad de la judicatura. Sin embargo, resulta insólito que la Corte Constitucional de Colombia desconozca con argumentos altamente deficientes la decisión mayoritaria de la CorteIDH en el caso *López Mendoza* y confiera una importancia central al voto concurrente del Juez Diego García-Sayán.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-712 de 2013*, Fundamento Jurídico 7.6.3.

“(...) diálogo entre las normas constitucionales que regulan las garantías para el ejercicio de la actividad parlamentaria, con las normas del mismo nivel que atribuyen al Procurador facultades disciplinarias, de donde se advierte que las garantías institucionales de los congresistas no comprenden una suerte de inmunidad disciplinaria ante el Ministerio Público”¹⁸.

Las normas que dialogan, para seguir la expresión que utilizó la Corte Constitucional, son los artículos 118, 123 y 277-6 de la Constitución de 1991. El primero establece que el Procurador General de la Nación tiene el deber de vigilar la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, el segundo señala que se consideran servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas y, el tercero, faculta al Procurador para vigilar a quienes ejercen funciones públicas e imponer sanciones, incluso a quienes han sido elegidos popularmente.

La estructura del mencionado diálogo es la siguiente: i) el Procurador General puede vigilar y sancionar a quienes desempeñan funciones públicas, aun cuando sean elegidos popularmente; ii) desempeñan funciones públicas quienes pertenecen a las corporaciones públicas; iii) el Congreso es una corporación pública; iv) los Congresistas desempeñan funciones públicas y pueden ser vigilados por el Procurador.

Resulta muy interesante que la Corte Constitucional utilice la expresión diálogo porque no corresponde con el proceso adelantado por ese tribunal. Quizás se trata de una interpretación sistemática plausible de la Constitución que, precisamente, resulta correcta solamente en la medida en que se omita la

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-712 de 2013*, Fundamento Jurídico 7.

posibilidad de alguna forma de diálogo de esta interpretación con la jurisprudencia de la CorteIDH sobre restricciones a los derechos políticos¹⁹.

Es necesario reconocer que esta decisión de la Corte Constitucional incluye dos brillantes salvamentos de voto. Uno de los salvamentos fue escrito por la magistrada María Victoria Calle y, el otro, por el magistrado Luís Ernesto Vargas. Aunque se trata de dos salvamentos independientes, los argumentos de los dos escritos se pueden resumir en los siguientes cuatro argumentos centrales: i) El caso *López Mendoza* es análogo al caso de la Senadora colombiana; ii) El caso *López Mendoza* es un precedente que vincula a la Corte Constitucional de Colombia; iii) la Corte desconoció la interpretación de la Convención realizada en el caso *López Mendoza* y a la cual el ordenamiento colombiano es contraria; iii) los argumentos del precedente C-028 de 2006 pierden vigencia con el caso *López Mendoza* y no han debido ser aplicados en esta ocasión y, finalmente; iv) la Corte Constitucional ha debido ejercer como juez de la convencionalidad e interpretar que la Constitución solo faculta al Procurador para vigilar y denunciar las irregularidades pero no para imponer las sanciones a los funcionarios públicos²⁰.

A pesar de la solidez argumentativa de estos dos salvamentos, la mayoría de la Corte asumió los planteamientos comentados inicialmente. De conformidad con la decisión de la Sentencia SU-712 de 2013, el Procurador General de la Nación ha ejercido su competencia sancionatoria respecto de funcionarios elegidos popularmente en otros casos posteriores. Por ejemplo,

¹⁹ Sobre algunas formas de diálogo se puede consultar a: RAFAEL BUSTOS GISBERT, “XV Propositiones para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 95, mayo-agosto, 2012, pp. 13-63.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-712 de 2013*, Salvamento de Voto de la magistrada María Victoria Calle y Salvamento de Voto del magistrado Luis Ernesto Vargas.

el 9 de diciembre de 2013 ordenó la destitución inmediata e impuso la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por quince años del Alcalde de Bogotá. Esta ha sido la ocasión para que algunos jueces de tutela hayan insistido sobre la incompatibilidad del régimen constitucional y legal disciplinario con el artículo 23 de la Convención Americana.

Así lo hizo la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de 13 de enero de 2014. En esa decisión, el Tribunal estableció que la Procuraduría General de la Nación ha debido realizar un control de convencionalidad de las normas que le facultan para imponer sanciones y, como resultado de ese juicio de contraste, ha debido abstenerse de aplicarlas porque su ejercicio es contrario al artículo 23 de la Convención Americana²¹. Adicionalmente, ese Tribunal consideró que tales facultades de la Procuraduría son abiertamente contrarias a la Convención²².

²¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, *Sentencia de 13 de enero de 2014*, Proceso A.T. No. 2013-07052-00, Magistrado Ponente: José María Armenta Fuentes, p. 13. “El Estado colombiano, es parte de la convención Interamericana de Derechos (Art. 23), tratado internacional ratificado por medio de ley aprobada No. 16 de 1972, expedida por el Congreso de la República. Este tratado o Convenio, prevé de manera expresa que los derechos políticos de las personas sólo pueden ser objeto de limitaciones o supresiones como consecuencia de fallos judiciales condenatorios ejecutoriados o que tengan fuerza ejecutorio de cosa juzgada. Al preverse en la Constitución la prevalencia de los tratados internacionales suscritos o ratificados por Colombia sobre el derecho interno, resultaba para la Procuraduría como imperativo procesal administrativo, realizar el denominado control de convencionalidad”.

²² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, *Sentencia de 13 de enero de 2014*, Proceso A.T. No. 2013-07052-00, Magistrado Ponente: José María Armenta Fuentes, p. 14. “(...) la decisión del procurador de destituir e inhabilitar a un servidor público elegido a través del procedimiento del voto popular, es abiertamente contrario a la convención Interamericana de derechos, en la medida en que aniquila los derechos políticos de las personas, sin fórmula de juicio y sin competencia, porque ésta le viene adscrita en la mencionada Convención sólo a los jueces. Es claro, que el procurador es un servidor público administrativo de control, más no un juez. Por esta razón, la decisión que así adopte el jefe del ministerio Público, *per se*, constituirá una verdadera vía de hecho y por ello, quebranta de manera frontal las reglas mínimas del derecho fundamental al debido proceso”.

Por su parte, el magistrado Néstor Osuna del Consejo Superior de la Judicatura, presentó un salvamento de voto en el que afirmaba que las sanciones de destitución e inhabilidad son incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana y que ninguna de estas podía ser aplicada por el Procurador General de la Nación. La primera en virtud del control de convencionalidad y, la segunda, por existencia de un precedente directamente aplicable en el caso *López Mendoza*. En sus propias palabras:

“(…) las sanciones de destitución e inhabilidad son incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana. En cuanto a la sanción de inhabilidad según se desprende de lo establecido por la Corte Interamericana en el caso *López Mendoza*, esta sanción es incompatible con la Convención Americana, en la medida en que la restricción de derechos políticos que de ella se deriva no fue impuesta en el marco de las siete situaciones previstas convencionalmente, en particular, no fue impuesta mediante condena, por juez competente, en proceso penal. En cuanto a la destitución, la facultad de la Procuraduría General de la Nación de imponer esa sanción disciplinaria no ha sido objeto de análisis constitucional ni convencional, lo que permitiría afirmar que existe una presunción general de constitucionalidad y de convencionalidad respecto de esta facultad. Sin embargo, al ejercer respecto de ella un control de convencionalidad como el que aquí se ha propuesto, para este caso, a la luz del contenido y las reglas de interpretación del artículo 23 de la Convención Americana, se impone concluir que la sanción de destitución por una autoridad administrativa y no judicial del Alcalde de Bogotá, en tanto funcionario elegido popularmente, es incompatible con la Convención Americana. Este tipo de restricción al ejercicio de derechos políticos excede las estrictas razones previstas en la normativa convencional”²³.

²³ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, *Sentencia del 6 de marzo de 2014*, Radicado No. 11001110200020130812001, Salvamento de Voto del Magistrado Néstor Osuna Patiño.

Adicionalmente, el 18 de marzo de 2014, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al Estado, como medida cautelar, la suspensión de la decisión de destitución del Alcalde de Bogotá. En la decisión sobre las medidas cautelares, la CIDH estableció que la sentencia *López Mendoza* tiene una relevancia particular para la interpretación del artículo 23 de la Convención y que en el caso concreto del Alcalde de Bogotá:

“(…) la Comisión no ha recibido información respecto a alguna decisión sobre una condena penal, emitida por un juez competente y en un proceso penal, en contra del señor Gustavo Francisco Petro Urrego (...) la Comisión estima que la posible aplicación de una sanción de naturaleza disciplinaria, adoptada por una autoridad administrativa, podría afectar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, quien habría sido elegido por votación popular”²⁴.

La Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre este caso en la Sentencia T-516 de 2014. En esta decisión, la Corte estableció que no se habían vulnerado los derechos políticos del Alcalde de Bogotá porque las facultades constitucionales del Procurador General de la Nación no son contrarias al artículo 23 de la Convención Americana. De esta manera, la Corte reiteró su propio precedente de la Sentencia SU-712 de 2013²⁵.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Resolución 5 de 2014*, Medida Cautelar No. 374-13. 18 de marzo de 2014, Fundamento 15.

²⁵ Actualmente el Alcalde de Bogotá se mantiene en su cargo en virtud de unas medidas cautelares decretadas por el Consejo de Estado de Colombia. También ha presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la petición individual P-1742 de 2013, en la que denuncia la violación de los artículos 5, 8, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2. Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua sobre la relación entre la prohibición de reelección y los derechos políticos de los funcionarios de elección popular

En la Sentencia 504 de 2011, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua resolvió el amparo interpuesto por un ciudadano en representación del Presidente Daniel Ortega y de un grupo de Alcaldes y vice Alcaldes, en contra de la resolución del Consejo Supremo Electoral que rechazó la inaplicación de las disposiciones constitucionales (Artículos 147 y 178) que prohibían la reelección del Presidente, de los alcaldes y vice alcaldes. El Consejo Electoral se negó a inscribir a un grupo de candidatos a estos cargos por cuanto ya se encontraban en el ejercicio de los mismos. El Consejo fundamentó su decisión en la incompetencia de ese órgano para resolver las posibles antinomias constitucionales entre la prohibición de reelección y los derechos políticos.

El accionante ante la Corte Suprema consideraba que habían sido vulnerados los derechos políticos y a la igualdad de sus representados. En concreto, argumentaba que existía una antinomia entre la disposición constitucional que prohibía la reelección y las disposiciones constitucionales y de tratados de derechos humanos reconocidos por el artículo 46 de la Constitución, los cuales protegen el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, como parte del contenido protegido por los derechos políticos²⁶. El actor afirmaba que la Constitución establecía que los derechos políticos solo se podían limitar por razones de edad o por sentencia judicial en

²⁶ El actor consideraba que la desigualdad se manifestaba en la existencia de otros cargos de elección directa y popular a los cuales no aplicaban los artículos 147 y 178 de la Constitución como: los Diputados de la Asamblea Nacional, los Diputados del Parlamento Centroamericano y los miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica. Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, *Sentencia No. 504*, Exp. No. 602-09, 19 de octubre de 2009, Apartado VI.

firme. En el recurso se solicitaba la inaplicación de la prohibición de reelección de los artículos 147 y 178 de la Constitución.

La Sala Constitucional concedió el amparo, declaró inaplicables los artículos 147 y 178 de la Constitución, adoptó las medidas necesarias para reparar las violaciones a los derechos políticos y a la igualdad de los candidatos. En concreto, profirió una orden dirigida al Consejo Electoral para que certificara que los actores podían ejercer plenamente sus derechos políticos, es decir, inscribirse como candidatos para uno de los cargos públicos que ya ocupaban.

Los tres principales argumentos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para adoptar esa decisión fueron los siguientes. En primer lugar, la Sala Constitucional consideró que existía una antinomia entre la prohibición de reelección de los artículos 147 y 178 y las normas que establecen la protección de los derechos políticos y el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Por otra parte, estableció que la prohibición de reelección es una limitación excesiva de los derechos políticos²⁷ y, finalmente, concluyó que la prohibición de reelección de algunos funcionarios es contraria a las normas internacionales de derechos humanos ratificadas por el Estado de Nicaragua²⁸.

²⁷ “En el presente caso, al modificarse la voluntad del Poder constituyente Originario, limitando –no ampliando– un Principio Fundamental como es el Derecho al Sufragio Electoral: Elegir y ser Elegido, se atenta contra la Soberanía Popular de la Nación Nicaragüense y contra el Principio de Prelación de los Intereses Supremos de la Nación, contenido en el artículo 129”. Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, op. cit. nota 26, Apartado VIII.

²⁸ “De ahí que los Honorables magistrados del Consejo Supremo Electoral, no pueden negarse a cumplir con la voluntad del Pueblo Soberano, de elegir y ser elegido de manera directa como sus representantes a los ciudadanos que crean conveniente, aplicando de manera inescrutable los Principios Fundamentales de Igualdad, Libertad y Soberanía, de no ser así ocurriría una muerte política para los recurrentes, violando también el Derecho al reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica (Arto. 25 No. 3 Cn) y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana consignados en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos recogidas en el artículo 46 Cn., el que nos remite a la Declaración

Del contraste de la decisión judicial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua con las decisiones comentadas de la Corte Constitucional de Colombia y, especialmente, de la forma como estos dos órganos judiciales han abordado la interpretación de sus propias Constituciones en relación con el artículo 23 de la Convención Americana, se pueden extraer dos comentarios. En primer lugar, la reiterada aplicación de la restricción constitucional a los derechos políticos por parte de la Corte Constitucional de Colombia, a pesar de la existencia de una interpretación en un caso contencioso de la Corte Interamericana que evidencia que tales restricciones son contrarias a la Convención Americana. Por otra parte, el hecho de que el tribunal de Nicaragua se muestre tan deferente con la protección de los derechos políticos y permita la reelección de presidencial y de alcaldes mediante la inaplicación de su propia Constitución.

Por otra parte, se trata indudablemente de una paradoja si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional de Colombia se ha caracterizado por tener un mejor nivel de interacción con la jurisprudencia interamericana y, por el contrario, las autoridades administrativas y judiciales de Nicaragua han mostrado unas reticencias al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, incluso en el propio caso *Yatama* del año 2005.

Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), las cuales en sus disposiciones establecen como principios esenciales del ser humano respectivamente: Principio de igualdad (Preámbulo (sic); Artos. IV; y Arto. 2,7); Derecho al Sufragio: Elegir y ser Elegido (Arto. 21; Arto. XX, XXXII, XXXIV; y Arto. 23); Derecho a la Personalidad (Arto. 6; Artos. XVII; Arto. 3). Cabe destacar que todos estos principios fundamentales esenciales en el ser humano son irrenunciables y los Estados partes como nosotros no los podemos restringir tal y como lo dicen de manera expresa el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los artículos 1 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”. Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, op. cit. nota 26, Apartado VIII.

La pregunta que surge en este punto es la siguiente ¿Existen algunas deficiencias en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre derechos políticos que permitan entender el desconocimiento de la misma por parte de un tribunal (Corte Constitucional de Colombia) que tradicionalmente la implementa y que expliquen la aplicación singular por parte de un tribunal (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua) que no se ha destacado precisamente por el alto nivel de diálogo con el tribunal interamericano? En la siguiente parte de este artículo se ofrecerá una respuesta a esta pregunta.

2. PROBLEMAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE DERECHOS POLÍTICOS

Un estudio de los tres casos en los que la Corte Interamericana se ha pronunciado expresamente sobre los derechos políticos y de los argumentos que ha utilizado en otros casos contenciosos pero que guardan relación con la protección del artículo 23 de la CADH, permite colegir algunas dificultades que pueden explicar parcialmente la existencia de los particulares fenómenos de interacción en Colombia y Nicaragua.

No se trata de atribuir la responsabilidad directa a la Corte Interamericana respecto del resultado final de las decisiones judiciales que se acaban de comentar. No obstante, el objetivo de esta explicación crítica es examinar algunos aspectos que habrían permitido un mejor diálogo entre la jurisprudencia interamericana y las sentencias de los dos tribunales nacionales.

2.1. La omisión en que incurre en el caso López Mendoza contra Venezuela respecto del estudio del artículo 23 de la Convención en relación con otros instrumentos internacionales que imponen obligaciones a los Estados para perseguir la corrupción

Sin duda, uno de los factores esenciales que permitió que la Corte Constitucional de Colombia reiterara el precedente del año 2006 en la decisión del año 2013 y posteriores, tiene relación con la omisión de la CorteIDH en el caso *López Mendoza* de enfrentar el problema de la compatibilidad del artículo 23 de la Convención con los tratados internacionales que tienen como objetivo la persecución de la corrupción.

En la nota a pie de página 208 de la sentencia *López Mendoza*, la CorteIDH estableció:

“Por otra parte, este Tribunal considera que la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá presente esa circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto”²⁹.

Esta nota a pie de página presenta varios problemas. En primer lugar, se trata de una confesión de la CorteIDH sobre el conocimiento que tenía ese tribunal respecto de la colisión de su interpretación del artículo 23 con las obligaciones en materia de corrupción. En segundo lugar, se trata de una aclaración insólita en la medida en que el marco fáctico descrito por la CorteIDH y el problema jurídico planteado presentaba una relación directa con sanciones impuestas por actos de corrupción.

Esta omisión fue puesta de manifiesto por el Juez Diego García-Sayán en su voto concurrente y, como se ha mencionado anteriormente, fue utilizada

²⁹ Corte IDH. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

por la Corte Constitucional de Colombia para mantener su interpretación armónica del artículo 23 de la Convención con las obligaciones en materia de corrupción.

Si la CorteIDH hubiese asumido su rol como intérprete de la Convención en relación con otros tratados internacionales, habría resuelto el problema de la compatibilidad de las obligaciones internacionales que ordenan perseguir y sancionar la corrupción con los derechos políticos del artículo 23 de la Convención Americana. La evasión del problema en una nota a pie de página no evitará que la Corte se vea enfrentada muchas veces a esta cuestión en la vía contenciosa, cuando sean sometidas a su conocimiento las peticiones individuales de ciudadanos colombianos que ya han presentado sus casos ante la Comisión Interamericana.

2.2. El carácter generalista de la jurisprudencia, la excesiva deferencia y la válvula de escape: “la Convención Americana no impone un modelo electoral determinado”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que sus estándares sobre derechos políticos no tienen la virtualidad de imponer a los Estados un determinado sistema electoral³⁰. Este postulado se puede compartir

³⁰ Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 149. “El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (infra párr. 197). La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa”.

plenamente y resaltar como un reconocimiento de que, en contextos democráticos, pueden coexistir diferentes modelos electorales.

No obstante, con base en este pilar, la Corte Interamericana ha asumido una jurisprudencia excesivamente deferente con los Estados. El nivel de deferencia alcanza extremos que podrían hacer pensar que la Corte omite el hecho innegable de que muchos de los problemas de garantía de los derechos políticos en el ámbito de los Estados americanos no tienen relación con la diferente configuración de los sistemas electorales de esos Estados, sino con un hecho controvertido pero del cual se pueden proporcionar algunas evidencias: la existencia de elecciones en contextos con alto déficit democrático. Esta distinción es esencial porque es cierto que las elecciones son una condición necesaria de la democracia, pero también lo es que estas no son una condición suficiente para calificar como democrático un sistema político. De manera que pueden celebrarse procesos electorales en sistemas no democráticos y procesos electorales antidemocráticos en contextos de democracias.

Una cosa es afirmar que un Estado puede optar por un sistema mayoritario o proporcional de distribución de escaños mediante la fórmula D'Hont y, otra muy distinta, que las reglas básicas de exclusión de candidatos o los requisitos para el ejercicio efectivo del derecho a ser elegido pueden ser configurados por los Estados de manera absolutamente discrecional³¹.

³¹ Piénsese en el interesante problema de si a los procedimientos electorales se aplica la garantía establecida en el artículo 8.1 de la CADH que exige un juez imparcial. La respuesta es que estos procesos están regidos por esa dimensión de las garantías judiciales. Las preguntas que surgen entonces son las siguientes: ¿Cómo se materializa esa garantía si la conformación de los organismos electorales nacionales no es imparcial porque depende de los propios resultados del juego político? ¿Podría la Corte Interamericana controlar esa conformación de los órganos electorales con el fin de garantizar la imparcialidad en el proceso electoral? Parece que la fórmula de la deferencia citada en el cuerpo de texto tiene unos límites en la garantía de algunos derechos políticos y de derechos conexos a la actividad política.

La deferencia de la Corte con los Estados también desconoce que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha proferido una serie de informes en los que muestra una preocupación central por la organización de los sistemas electorales de algunos países de la región. Entre muchos aspectos, la CIDH ha destacado la necesidad de establecer organismos electorales plurales, como una garantía para el funcionamiento transparente e imparcial de las instituciones que deben juzgar los procesos de elección de las autoridades y como un presupuesto necesario para recuperar la confianza de los ciudadanos en las convocatorias a las urnas que permita reducir los altos niveles de abstención³².

Adicionalmente, como bien ha sido estudiado desde la ciencia política, ningún aspecto del sistema electoral responde a un diseño neutro. Por ejemplo, no es lo mismo que las circunscripciones sean diseñadas por el propio legislador a que las diseñe una comisión independiente. Lo mismo se puede afirmar de los organismos electorales, no es lo mismo que estos sean un espejo de la conformación política del parlamento a que sean organismos independientes de los propios resultados electorales.

En consecuencia, la Corte Interamericana debería asumir que a la constitucionalización de las políticas democráticas se agrega la internacionalización de esas políticas. Eso quiere decir que los tribunales internacionales no pueden ser indiferentes de todas las maneras posibles al hecho de los diferentes grados de desarrollo democrático de los Estados bajo su jurisdicción.

En contra de la deferencia sostenida a favor de los Estados en los casos *Yatama*, *Castañeda Gutman* y *López Mendoza*, la Corte Interamericana tiene

³² Alberto Ricardo DALLA VIA. *Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 57-59.

que apropiarse de la defensa que se ha hecho a nivel constitucional del alto grado de legitimidad de los tribunales para garantizar el respeto por las reglas del juego democrático. Incluso los más importantes críticos del activismo de ciertos tribunales constitucionales reconocen que la revisión judicial de la ley es importante como un mecanismo para garantizar la fase procedimental de la democracia y el respeto por las reglas generales del juego político³³. Hay algunas razones poderosas para pensar que esta idea puede ser aplicada a los tribunales internacionales de derechos humanos, en especial, si se piensa que estos organismos son verdaderos actores externos respecto de los intereses políticos internos y que la garantía de los derechos políticos les faculta para controlar el respeto de las reglas marco de la democracia.

Una intervención más alta en la garantía de los derechos políticos por parte de la Corte Interamericana contribuiría también al fortalecimiento de su grado de legitimidad democrática y a disminuir la tensión entre derechos humanos y democracia.

2.3. Tres ausentes: los electores, las mujeres y la oposición

En relación con los derechos de los electores a ser representados, la Corte Interamericana se ha mostrado especialmente enfática en esta perspectiva cuando la frustración de la voluntad de los electores o la disminución de las alternativas políticas de elección se produce como consecuencia de la desaparición física de la persona por la que se había votado o por la que se esperaba legítimamente poder votar en el futuro. De este énfasis dan cuenta

³³ Cfr. JOHN HART ELY. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.

los casos *Chitay Nech y otros contra Guatemala* y *Cepeda Vargas contra Colombia*. En el primero la CorteIDH afirmó:

“En razón de lo anterior, con el hostigamiento y posterior desaparición de Florencio Chitay no sólo se truncó el ejercicio de su derecho político dentro del período comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. Asimismo, la comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en esos ámbitos de su estructura social, y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”³⁴.

“El Tribunal nota que, en el desarrollo de la participación política representativa, los elegidos ejercen su función por mandato o designación [120] y en representación de una colectividad. Esta dualidad recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación (participación directa) como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho”³⁵.

En relación con la oposición, en el caso *Manuel Cepeda Vargas contra Colombia* la Corte estableció que:

“En este sentido, es de resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad [254]. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos

³⁴ Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 113.

³⁵ Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 115.

políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas 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, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”³⁶.

Sin embargo, la Corte no se ha centrado en el problema del reconocimiento de la existencia de un proyecto de vida relacionado con el ejercicio activo de la política y de los cargos públicos. El tribunal interamericano ha sido indiferente o ha restado valor a los reclamos formulados por parte de las víctimas o de sus representantes en los tres casos sobre derechos políticos, sobre las barreras para el acceso al sistema político (*Yatama y Castañeda*) o las exclusiones injustificadas del mismo (*López Mendoza y Cepeda Vargas*). Estas violaciones a los derechos políticos pueden afectar el proyecto de vida de las víctimas, en la medida en que tal plan de vida se encuentre absolutamente relacionado con el ejercicio activo del derecho a ser elegido, la carrera política y la titularidad de determinados cargos públicos.

En este aspecto, la Corte Constitucional de Colombia ha prestado una mayor atención a este reclamo y ha desarrollado una línea jurisprudencial que tiene en cuenta el efecto concreto de una restricción injustificada a los derechos políticos sobre el proyecto de vida de la persona afectada³⁷.

La ausencia de los electores también se hace patente en el déficit respecto del análisis de su derecho a elegir, cuando la elección se ve frustrada por una restricción injustificada o cuando se reduce el ámbito sobre el que se puede

³⁶ Corte IDH. Caso *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 173.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-1137 de 2004*.

elegir. En el caso *Yatama*, la Corte se refiere a los derechos de los electores porque se trata de los miembros de una comunidad indígena. Esta perspectiva es ya errada porque considera que solo los electores indígenas vieron frustrados sus derechos a elegir y omite el hecho de que electores no indígenas también tuvieran interés en la propuesta política de *Yatama*.

Aún así, en los casos *Castañeda* y *López Mendoza*, la Corte Interamericana abandona totalmente la perspectiva de los derechos de los electores. En este ámbito, la jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional de Colombia también puede contribuir a enriquecer la perspectiva de análisis de la CorteIDH para que este tribunal confiera un mayor peso a los derechos de los electores, incluso si los casos que se presentan para su conocimiento tienen como víctima exclusiva a la persona que ocupaba el cargo público, pretendía ser candidato o fue excluido del sistema político³⁸.

Se trata de aplicar lo que la Corte Interamericana ya ha hecho respecto de otros derechos. Del mismo modo que en los casos sobre la libertad de expresión en los que la víctima es el censurado, la CorteIDH analiza los efectos de tal censura sobre los derechos de los demás miembros de la sociedad a recibir información. En el ámbito de los derechos políticos se trata de la misma idea, la restricción al derecho a ser elegido de una persona tiene como contra cara la afectación de los derechos a elegir de los demás ciudadanos.

Finalmente, en el caso *Yatama* en el que muchas de las víctimas eran mujeres, la CorteIDH omitió una referencia, imprescindible en la región, al diferente impacto que suponen las barreras para el acceso a los cargos públicos y de elección popular para las mujeres en relación con los hombres. En

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-778-2005*.

consecuencia, las mujeres, los opositores y los electores son tres grupos ausentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre derechos políticos.

3. UNA VÍA PARA MEJORAR EL DIÁLOGO ENTRE LOS TRIBUNALES DE CIERRE DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

No cabe ninguna duda de que los problemas de incompatibilidades (antinomias) entre las constituciones nacionales y la Convención Americana hacen parte de los problemas más difíciles a que se puede enfrentar un tribunal nacional y, especialmente, un tribunal constitucional o supremo con funciones constitucionales.

Este tipo de casos resulta especialmente difícil porque supone un verdadero dilema para el tribunal. Ante el fracaso de la interpretación conforme, de la aplicación armónica y del principio *pro persona*, el juez se enfrenta a la necesidad de inaplicar su Constitución o desconocer un estándar interamericano en relación con la protección de un derecho humano.

Además del problema jurídico que esta situación representa, sobre el tribunal pesa la carga de su rol como juez nacional y juez convencional, la presión política y de la opinión pública. En definitiva, se trata de una situación compleja desde el plano jurídico y social.

En medio de ese tipo de casos, una propuesta de diálogo entre los jueces nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos consisten en establecer la legitimación activa de los tribunales de cierre de los ordenamientos jurídicos nacionales para consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del artículo 64.2 de la Convención Americana. Esta disposición establece la posibilidad de que los Estados soliciten opiniones consultivas a la Corte Interamericana, en las que el tribunal

debe pronunciarse sobre la compatibilidad entre el derecho interno y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos³⁹.

La Corte Interamericana ha establecido que los Estados pueden consultarle sobre cualquier norma de derecho interno: leyes, proyectos de ley, la Constitución vigente y los proyectos de reforma constitucional. En ese sentido, la propuesta está dirigida a que la Corte Interamericana pueda pronunciarse, a solicitud de los tribunales de cierre de los ordenamientos nacionales, sobre la compatibilidad de una norma constitucional con la Convención Americana u otros tratados internacionales que tengan relación con la protección de los derechos humanos. La definición de los tribunales con legitimación activa, la harían los propios Estados con base en el procedimiento que ha sido establecido en el marco del Protocolo XVI del Convenio Europeo de protección de los derechos y las libertades fundamentales.

La pregunta interesante que surge de la propuesta es la siguiente: ¿Cuáles serían los efectos de tales opiniones consultivas? La respuesta es que esas opiniones consultivas tendrían el mismo efecto jurídico que la Corte Interamericana estableció en la Opinión Consultiva 21 para todos sus pronunciamientos en virtud de esta competencia, es decir, el pronunciamiento en el que la Corte Interamericana decida sobre la compatibilidad de una disposición Constitucional y la Convención Americana hace parte del parámetro de convencionalidad y vincula al juez nacional como juez de la constitucionalidad pero también de la convencionalidad. En los términos de la Corte:

“Es por tal razón que [la Corte] estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la

³⁹ Cfr. JORGE ERNESTO ROA ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos "⁴⁰.

La anterior propuesta puede tener tres dificultades. En primer lugar, en el corto plazo puede aumentar la carga de trabajo de la Corte Interamericana. Adicionalmente, se puede producir un escalonamiento de la tensión entre la CorteIDH y los tribunales internos, en concreto, si estos rehúsan el cumplimiento de la Opinión Consultiva, le pretenden imponer sus propias interpretaciones a la CorteIDH o usan el mecanismo consultivo para debilitar al tribunal interamericano. Finalmente, desde el punto de vista pragmático, se presenta el problema de la dilación derivada de la suspensión del proceso nacional hasta la emisión de la Opinión Consultiva.

Sin embargo, la posibilidad de que los tribunales de cierre puedan presentar solicitudes de opiniones consultivas a la Corte Interamericana también tiene algunas ventajas. Por una parte, crea un escenario de diálogo en el que los tribunales nacionales y la CorteIDH construyen colectivamente la

⁴⁰ Corte Interamericana. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31.

interpretación que compatibiliza el ordenamiento nacional con el interamericano. En segundo lugar, desde el punto de vista de la presión que recae sobre el juez nacional, se permite que institucionalmente este pueda compartir o trasladar el impacto político de resolver un caso en contra de sus propias disposiciones constitucionales. Esta ventaja también operaría como un estímulo para que los jueces nacionales consulten a la CorteIDH.

En tercer lugar, el mecanismo crearía una vía de diálogo entre los tribunales para casos especialmente difíciles y en los que la adecuada interacción es altamente necesaria. Adicionalmente, en el largo plazo se puede presentar una reducción en el número de casos contenciosos que llegan a la Corte Interamericana porque se consolida la posición de los jueces nacionales como los garantes primarios de los derechos establecidos en la Convención Americana.

Finalmente, el mecanismo contribuiría a enriquecer la jurisprudencia consultiva y la contenciosa, en la medida en que la Corte Interamericana aplique, como lo ha hecho hasta ahora, sus estándares consultivos a los casos contenciosos.

4. CONCLUSIÓN

La ampliación de la legitimación para solicitar opiniones consultivas a los tribunales constitucionales o a los tribunales supremos con funciones constitucionales de toda la región -como se sugirió en la parte final de este trabajo- permitiría articular de una mejor manera el sistema de implementación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito interno de los Estados. Por supuesto, también ampliaría el alcance de la interpretación conforme que deben realizar los jueces nacionales y abriría la posibilidad para pensar en un trabajo institucionalmente coordinado entre los tribunales internos y la Corte Interamericana.

En esta última hipótesis, la función consultiva adoptaría de manera débil el esquema de la cuestión de constitucionalidad que funciona en el ámbito de la mayoría de los Estados europeos o de la cuestión prejudicial de la Unión Europea. Se trataría de una versión débil, en la medida en que los efectos de las opiniones consultivas carecen de la fuerza vinculante que tienen las decisiones sobre las cuestiones de constitucionalidad que resuelven los tribunales constitucionales internos o las cuestiones prejudiciales que resuelve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo caso, se crearía un canal institucional para el diálogo entre tribunales. En materia de derechos políticos, este diálogo no solo es necesario sino que tiene un alto nivel de potencialidad para que los tribunales contribuyan a un reto complejo en el que no hay que ahorrar ningún esfuerzo social o institucional: la cualificación de las democracias de los Estados americanos.

